LA AUTORÍA MEDIATA DE LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS EN VIRTUD DE SU DOMINIO DE ORGANIZACIÓN. UNA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE DICHO CONCEPTO*

Juan Cruz Salinas, Gaspar Yoldjian & Matías Minicucci**

Resumen: La teoría de los aparatos organizados, concebida por Roxín, fue ampliamente receptada por la doctrina y la jurisprudencia para fundar la responsabilidad de los altos mandos y mandos medios en el marco de organizaciones ilícitas. Sin embargo, respecto de las empresas, la evolución jurisprudencial y doctrinal no ha llegado a una posición definitiva. Por ello, en el marco del presente trabajo, se ha propuesto como objetivo determinar si la teoría de los aparatos organizados puede ser extendida y aplicada para fundar la responsabilidad de los administradores de empresas y, a partir de allí, se ha buscado construir un concepto de "dominio de organización" a su medida. Para llevar a cabo dicha investigación, se realizaron entrevistas a administradores de empresas y a actores penales con relevancia en la temática. Los resultados de la presente investigación han permitido concluir que las empresas deben ser consideradas aparatos organizados de poder y, por lo tanto, puede hablarse de un dominio de organización del administrador de empresa. Conforme la teoría aquí desarrollada, el dominio de organización está supeditado a la configuración de los siguientes presupuestos: 1) que exista una orden o falta de control del administrador hacía sus subordinados; 2) que dicha orden o falta de control involucre o tenga una adecuada relación con competencias y funciones de sus subordinados; 3) que dicha orden o falta de control hiciera posible la conducta típica ejecutada por el subordinado. La existencia de dichos presupuestos funciona como un límite

* Recepción del original: 07/02/2024. Aceptación: 14/08/2024.
** Juan C. Salinas: Para mi papá. Por ser mi fuente de inspiración y darme su incondicional apoyo en este camino que es la vida; Gaspar Yoldjian: A Silvia y Lucía por su inquebrantable apoyo y amor incondicional; Matías Minicucci: A mis padres, Evangelina y Marcelo por darme todo el amor y la contención que necesitaba, y que voy a seguir necesitando...

adecuado y razonable que determinan el ámbito de responsabilidad del administrador por los delitos cometidos por sus dependientes.

Palabras clave: aparatos organizados de poder — autoría mediata — administrador — empresa — dominio de organización — indirect perpetration

Abstract: The theory of Organized Power Structures, conceived by Roxín, has been widely embraced by doctrine and case law to establish the liability of high-ranking and mid-level leaders within illicit organizations. However, in the corporate context, neither jurisprudence nor academic doctrine has reached a definitive position on this issue. Therefore, the objective of this study is to determine whether the theory of Organized Power Structures can be extended and applied to establish the liability of corporate administrators and, consequently, to develop a concept of "organizational control" tailored to this framework. To conduct this research, interviews were carried out with corporate administrators and legal actors relevant to the topic. The findings of this study suggest that companies should be considered Organized Power Structures, and thus, it is possible to recognize the organizational control of corporate administrators. According to the theory developed herein, organizational control is contingent upon the fulfillment of the following prerequisites: (1) the existence of an order or lack of oversight by the administrator over their subordinates; (2) such order or lack of oversight must involve or bear an appropriate relationship to the subordinate's competencies and functions; (3) the order or lack of oversight must enable the subordinate's commission of the criminal act. These prerequisites provide a reasonable and appropriate boundary that determines the scope of the administrator's liability for crimes committed by their subordinates.

Keywords: organized power structures — indirect perpetration — administrator — corporate — organization domain

I. Introducción

La "autoría mediata mediante aparatos organizados de poder" es una construcción de Claus Roxin, elaborada en 1963, para explicar, desde una óptica dogmática penal, la responsabilidad de quien, sin ejecutar materialmente el hecho, domina la realización o evitación del resultado típico, a partir del dominio de la voluntad de sus subordinados en un aparato or-

ganizado de poder.[1] Al desarrollar su teoría, Roxin, en principio, dejó por sentada su inaplicabilidad a las personas jurídicas constituidas conforme a derecho, puesto que, según él, "el dominio de organización solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico",[2] ya sea que se trate de una organización que se sirve y utiliza el aparato del Estado para cometer delitos, o bien, se trate de movimientos clandestinos, banda organizada de criminales, y grupos semejantes.

Respecto de las organizaciones ilícitas, la responsabilidad por el dominio de la organización ha ido encontrando amplia acogida en la doctrina y jurisprudencia para enjuiciar a los altos mandos y mandos medios. En el orden nacional, debe destacarse la Causa Nro. 13/84, mejor conocida como "Juicio a las Juntas Militares", resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (CNCC).[3] En el orden local, debe destacarse la Causa "Cantero", resuelta por el Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, de la ciudad de Rosario (CCPROS).[4]

Ahora bien, cuando se trata de organizaciones constituidas conforme a derecho, la situación se vuelve más problemática. En este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia discuten si la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder puede ser extendida y aplicada para fundar la responsabilidad de los administradores en los delitos de empresa.

Responder este interrogante será uno de los objetivos centrales del presente trabajo. El segundo de ellos consistirá en construir un concepto de "dominio de organización" a la medida del administrador de empresas. Para ello, utilizaremos la teoría elaborada por Günther Jakobs; quien, si bien se opone de manera radical a la teoría formulada por el Prof. Claus Roxin,[5] elabora un nuevo criterio de atribución de responsabilidad, basado en deberes, roles y competencias,[6] que tomaremos prestado para desarrollar el concepto de "dominio de organización" del administrador aquí procurado.

1. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.
2. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, pp. 276-278.
3. CNCC, "Juicio a las Juntas".
4. CCPROS, "Causa 'Los Monos".
5. Jakobs, "Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori", p. 108.
6. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".

A partir de este marco teórico, la hipótesis que se busca considerar es que es posible afirmar que el administrador posee "dominio de organización" de la empresa; sin perjuicio de que este dominio estará condicionado a las características propias de la empresa —la cual no es estrictamente un aparato organizado de poder—. En estos términos, el administrador, en virtud de sus competencias y funciones, poseería el dominio de evitación de todos aquellos resultados típicos relacionados con delitos en beneficio de la empresa (dominio de organización del administrador); y, en virtud de dicho dominio, deberá ser responsabilizado a título de autor mediato cuando él imparta órdenes a sus dependientes en miras a la ejecución por parte de estos de delitos en beneficio de la empresa, o bien, cuando estructure y organice la empresa de modo tal de permitir que los dependientes puedan ejecutar libremente, en el marco de sus funciones, delitos en beneficio de esta.

En el marco del presente trabajo, serán entrevistados actores penales con relevancia en la materia; tales como: el fiscal provincial de la ciudad de Rosario, de la Unidad de Delitos Económicos, Dr. Sebastián Narvaja, el defensor particular Dr. Oscar Romera, y el juez del Colegio de Jueces en materia penal de la ciudad de Rosario, Dr. Román Lanzón. Y, también, los siguientes administradores de empresas, Sr. Gabriel Nuncio Maidá, integrante del directorio del Banco Coinag, y el Sr. Ariel Carrabs, integrante del directorio y administrador de Fabaher SA.

A los fines expositivos, el presente trabajo estará estructurado en tres títulos: en primer lugar, desarrollaremos la teoría de los aparatos organizados de poder ideada por Roxin y su recepción por parte de la doctrina y jurisprudencia. En el segundo capítulo, indagaremos respecto de si, conforme sus elementos, estructura y concepto, la empresa puede ser considerada un aparato organizado de poder. Y, en el tercer capítulo, se desarrollará un concepto de "dominio de organización" del administrador, tomando prestado, para ello, elementos que nos brinda la teoría de los aparatos organizados roles de Jakobs.

II. La teoría de los aparatos organizados de poder. Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la posibilidad de aplicación de dicha teoría a los delitos cometidos en el seno de empresas

II.A. La teoría concebida por el Prof. Claus Roxin

La "autoría mediata mediante aparatos organizados de poder" es una construcción de Claus Roxin, elaborada en 1963, para explicar, desde una óptica dogmática penal, la responsabilidad de quien, sin ejecutar materialmente el hecho, domina la realización o evitación del resultado típico, a partir del dominio de la voluntad de sus subordinados en un aparato organizado de poder.[7] Tal como lo reconoce su autor, dicha teoría fue concebida para dar respuesta a una problemática concreta: la necesidad de responsabilizar al jefe y a los altos mandos de gobiernos totalitarios y dictaduras militares que se hubieran servido de la maquinaria organizada del Estado para cometer delitos.

Esta necesidad, según el Prof. Roxin, se funda en que estos casos de crímenes de guerra, de Estado y de organización no pueden ser explicados ni resueltos de manera adecuada mediante las figuras jurídicas tradicionales de autoría, inducción y complicidad. Puesto que ellas fueron pensadas y diseñadas a la medida de los delitos y hechos individuales y, por lo tanto, no pueden dar debida cuenta de los sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global.[8]

Entonces, la conducta del "sujeto de atrás" que tiene a su disposición una estructura organizativa y que imparte a sus subordinados la orden de matar, ya no puede explicarse mediante la figura de la inducción; puesto que ello sería una solución jurídica que otorgue una mayor participación y reproche penal al mero ejecutor material del hecho, a la vez que relegue a la zona periférica al verdadero protagonista: el sujeto de atrás que emitió la orden. Por ello, y para evitar que se aplique en estos casos una solución jurídica que, a todas luces, se traduce en injusta y en incapaz de explicar el fenómeno del delito, el Prof. Roxin diseñó la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio del aparato organizado de poder.

7. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.
8. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 270.

Según esta teoría, el sujeto de atrás debe ser responsabilizado a título de autor mediato como consecuencia de su "dominio de organización". Y este "dominio de organización" consiste, según Roxin, en la utilización por parte del sujeto de atrás de la estructura organizativa, de la cual se sirve para cometer delitos, sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor, puesto que se trata de una organización que funciona de manera "automática", sin que importe la persona individual del ejecutor, que es sustituible.[9] Aquí, el sujeto de atrás no tiene que recurrir a medios coactivos o engañosos para que su orden sea cumplida, ya que sabe que si uno de los numerosos instrumentos que se sitúan por debajo de él elude cumplir la orden, inmediatamente otro subordinado lo suplirá, no resultando en ningún caso afectada la ejecución del plan global.[10]

De este modo, puede observarse que Roxin ha elaborado una construcción dogmática que, no solo permite explicar el fenómeno del delito de organización de una manera más adecuada y "global", sino que también impulsa al sujeto de atrás al centro del acontecer. Por lo tanto, y sin perjuicio del grado de participación y responsabilidad que merecerá la conducta del ejecutor material del hecho delictivo a partir de esta teoría —estudio que excede los límites del presente trabajo—, lo cierto es que ahora, y en virtud de ella, la medida de responsabilidad del sujeto de atrás irá aumentando a medida que más lejos él se encuentre del ejecutor material y, por ende, más se acerque a los puestos superiores de la cadena de mando; porque, aquí, "la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que irá aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato".[11]

Definido, en estos términos, el concepto de "autoría mediata en virtud del dominio sobre el aparato organizado de poder", restaba definir su ámbito de aplicación; es decir, determinar qué tipos de organizaciones podrían ser consideradas un aparato organizado de poder. Y, en este punto, el Prof. Claus Roxin sostuvo que solo podrían ser consideradas como tales aquellas organizaciones ilícitas estatales o paraestatales, es decir, aquellas que se sirven y utilizan el aparato del Estado para cometer delitos de genocidio, de guerra o de Estado, o aquellas organizaciones de criminales que, por

9. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, pp. 270 y 272.
10. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 272.
11. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 274.

sus características especiales, constituyan un verdadero "Estado dentro del Estado".[12]

El fundamento de su opinión se encuentra en la consideración de que "el dominio de organización solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico".[13] Ello, porque, según él, si todo el aparato funciona de acuerdo con la norma, una instrucción antijurídica no puede fundamentar dominio; puesto que, si es obedecida, se trataría de una iniciativa particular llevada a cabo de manera tal que quede oculta respecto de los restantes titulares de competencias de la organización.[14] De este modo, y en su opinión, "en esos casos no se actúa con el aparato, sino contra él",[15] por lo que no podría hablarse aquí de un aparato organizado de poder en los términos de su teoría.

Esta última posición de Roxin es lo que en este capítulo ponemos en consideración, en el entendimiento de que el contexto social en el que fue elaborada dicha teoría (época de posguerra, marcada por los crímenes cometidos durante el régimen nazi), no es el mismo contexto social que el actual. En este punto, cabe mencionar que la sociedad actual ha sido denominada "sociedad de riesgos"[16] debido a la proliferación de una delincuencia que atenta contra bienes jurídicos colectivos (tales como el orden económico y financiero, y el medioambiente), y que encuentra a la empresa como el sujeto que, de manera más significativa, pone en riesgo dichos intereses supraindividuales.[17] Ello nos permite ver que, en el contexto social actual, razones de política criminal permitirían asimilar la empresa a un aparato organizado de poder.

II.B. La recepción de la teoría de los aparatos organizados de poder por parte de la doctrina y jurisprudencia

En los supuestos de organizaciones ilícitas, la responsabilidad por el dominio del aparato organizado de poder ha ido encontrando amplia acogida en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en el orden internacional, como nacional y local.

12. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p.274
13. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, pp. 276 y 277.
14. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
15. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
16. Beck, "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo", pp. 19 y ss.
17. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal...*

En el orden internacional, se debe mencionar el "Caso Alemán",[18] en la Causa Nro. 98/94, resuelta por la Corte Suprema Federal de dicho país (BGH), en el cual se atribuyó la autoría mediata a la cúpula de la antigua República Democrática de Alemania, por los asesinatos cometidos por el Ejército Nacional Popular contra ciudadanos de ese Estado que decidieron vivir en la República Federativa Alemana, y por ello, cruzar la frontera interna entre ambas repúblicas. Aquí, se decidió que el sujeto de atrás tiene la completa voluntad de dominio del hecho si sabe que la decisión que ha de ser tomada por el ejecutor no representa un obstáculo para la realización del resultado querido por él —puesto que, en caso de que el ejecutor no acate la orden criminal, inmediatamente otro le suplirá—. Por lo tanto, en estos casos, no tratar al hombre de atrás como autor no se correspondería con el significado objetivo de su aporte al hecho.[19]

En el orden nacional, debe destacarse la Causa Nro. 13/84, mejor conocida como "Juicio a las Juntas Militares", resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal,[20] en la cual se resolvió condenar a título de autor mediato a Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola, entre otros integrantes de la cúpula de la Junta Militar, por los delitos de homicidio agravado por alevosía, privación ilegítima de la libertad, tormentos, y robos cometidos por sus subordinados al combatir a la subversión al margen de toda prescripción legal y por métodos atroces.[21]

Aquí, se observó que "las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto de servicio",[22] consistente en el combate a la guerrilla, regulado por una serie de disposiciones legales.[23] También, valoró el Tribunal que había integrado el plan delictivo la estrategia de negar la existencia de los hechos ante todo reclamo de cualquier autoridad o de familiares de las víctimas, de dar respuestas falsas a los requerimientos judiciales, de simular investigaciones para esclarecer los hechos, de atribuir las desapariciones a genéricos motivos, y de alegar

18. Ambos, "Capítulo I. El caso alemán", pp. 17-38.
19. Jakobs, "Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori, p. 24.
20. CNCC, "Juicio a las Juntas".
21. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 267.
22. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 264.
23. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 267.

que todo el asunto era una campaña fomentada por los propios guerrilleros desde el exterior.[24]

Por lo tanto, concluyeron que, en este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia, debido a que el dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total.[25] Y, en este punto, el Tribunal argumentó que, aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien solo desempeña el rol de mero engranaje de una gigante maquinaria organizada y dominada por los procesados.[26]

Esto permitió ver al tribunal que, en estos supuestos, el dominio del hombre de atrás no es sobre la voluntad concreta del hombre que ejecuta la orden o el plan, sino sobre una voluntad indeterminada, que es la organización que él maneja discrecionalmente. Y, por lo tanto, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se produciría, puesto que "quien domina el sistema, domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran".[27]

En el orden local, se debe resaltar la Causa "Cantero", resuelta por el Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, de la ciudad de Rosario,[28] en la cual se consideró a la asociación ilícita liderada por Ariel Máximo "Guille" Cantero y su hermano de crianza, Ramón Ezequiel Machuca, comúnmente denominada "Los Monos", como un aparato organizado de poder.[29] En dicho fallo se relatan las diferentes acciones delictivas diseñadas y ordenadas por ambos líderes de la banda a modo de venganza por el asesinato de su hermano, Claudio Ariel "el Pájaro" Cantero; y, allí, se evidencian los diferentes elementos ideados por Roxín, para considerar a la banda como un aparato organizado de poder:

1) Existencia de una estructura jerárquica con división de roles y funciones: los magistrados observaron que, en la banda, al igual que en una estructura empresarial, existía una división de las tareas basadas en

24. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 268.
25. CNCC, "Juicio a las Juntas".
26. CNCC, "Juicio a las Juntas".
27. CNCC, "Juicio a las Juntas", p. 269.
28. CCPROS, "Causa 'Los Monos'".
29. CCPROS, "Causa 'Los Monos'"., p 132.

principios de división de roles y funciones; y, mientras las personas de un mismo rango basaban su relación en función de principios de cooperación, las personas de diferentes jerarquías tenían una relación fundada en el principio de subordinación.[30] Aquí, por un lado, Cantero estaba encargado del brazo armado de la organización, ejerciendo su jefatura sobre sus dependientes, Chamorro, Vilches y Villa; y, por otro lado, Machuca estaba encargado de ejercer influencia sobre funcionarios policiales, a los fines de procurarle impunidad a la banda. Por su parte, mientras ambos jefes se encuentran como ideadores de la logística, planificación delictiva, y emisión de órdenes a sus subordinados; las "segundas líneas", poseían un mediano poder de decisión, pero basando su voluntad y conducta al cumplimiento del plan del grupo (deber de lealtad).

2) Fungibilidad de la última línea: los magistrados sostienen que, en dicho caso, al igual que en todo aparato organizado de poder, la última línea se presenta como fungible y, por esta razón, dichos integrantes pueden aparecer o desaparecer en el decurso de la investigación.[31] Al respecto, argumentan que hay ciertos componentes de la organización que, por sus tareas no cualificadas, resultan fungibles (el caso del soldadito que debe buscar proyectiles); mientras que otros, por la especificidad de las tareas desempeñadas, su personal presencia cobra una especial relevancia a los fines de la consecución del plan del grupo (el caso de los jefes y el caso de las "segundas líneas" que tenían por función estar en contacto frecuente con la policía).[32]

3) Estructura al margen del ordenamiento jurídico: toda la organización actuaba, de manera evidente, al margen de la ley. En este punto, los magistrados argumentaron que, de manera regular, "la cúspide de la pirámide se erigía organizada con ambos líderes esparciendo su poder de manera descendente y garantizando el logro del objeto social (venta de estupefacientes), el negocio violento, y la limpieza del territorio";[33] pero, a partir del asesinato de "Pájaro Cantero", los planes de la organización se tornaron más violentos, sin perjuicio de la no variación de su objeto social.[34]

30. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", pp. 127 y 142.
31. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 132.
32. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 132.
33. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 274.
34. CCPROS, "Causa 'Los Monos'", p. 135.

Ahora bien, cuando se trata de organizaciones constituidas conforme a derecho, es decir, empresas, la situación se vuelve más problemática. En este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia discuten si la teoría de los aparatos organizados de poder puede ser aplicada en casos de criminalidad de empresa; observándose opiniones totalmente disímiles al respecto.

Dentro de los defensores de la posibilidad de asimilar las empresas a aparatos organizados de poder encontramos, por un lado, el Supremo Tribunal alemán. Dicho tribunal, en un primer momento, en el caso denominado anteriormente como "Caso Alemán",[35] sostuvo que: "el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas económicas también puede resolverse de este modo";[36] haciendo aquí clara alusión a la posibilidad de aplicar la teoría de los aparatos organizados de poder a las organizaciones empresariales.

Luego, dicha postura fue mantenida por dicho Supremo Tribunal al dictar la BGHSt, 40, 257 del 13/9/1994, en la que aplicó la teoría de los aparatos organizados de poder para responsabilizar a título de autor mediato a un médico que, en el marco y ejercicio de sus funciones, ordenó a los enfermeros de una institución de salud cambiar la alimentación de una paciente por té, lo que la condujo a su muerte.[37] Y, finalmente, en un precedente más reciente, resolvió aplicar dicha teoría para condenar como autores mediatos a los directivos de una sociedad anónima que cedieron residuos peligrosos para el ambiente a otras empresas que no disponían de posibilidades adecuadas de eliminar estos residuos.[38]

Obsérvese que, para arribar a dichas conclusiones, el Supremo Tribunal alemán debió haber prescindido de la exigencia de que la organización funcione "al margen del derecho", por lo cual, según su tesis, este ya no sería un elemento necesario sino accidental o eventual, a los fines de considerar a una organización determinada como un aparato organizado de poder. En este sentido, Kai Ambos sostiene que el dominio de la organización depende únicamente de la estructura de la organización y del número de ejecutores intercambiables; porque, según su opinión, "si el aparato no está fuera del ordenamiento jurídico, el dominio del hecho de los hombres

35. Ambos, "Capítulo I. El caso alemán".
36. Ambos, "Capítulo I. El caso alemán", p. 24.
37. Lascano, "Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y...", p. 26.
38. Lascano, "Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y...", p. 27.

de atrás es mayor que en el caso del aparato desvinculado del derecho".[39]

En esta misma línea, de las cuales se pueden extraer conclusiones en favor de la posibilidad de extender la aplicación de la teoría de los aparatos organizados de poder al ámbito empresarial, se ha expresado el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 12/1/1995.[40] Dicho tribunal, en primer término, estableció que "debe entenderse por organización lo que en la doctrina recibe el nombre de aparato organizado de poder"[41] y, por su parte, "que los requisitos esenciales de toda organización son: a) estructura jerárquica; b) fungibilidad de sus miembros; c) existencia conocida de un centro de decisiones".[42]

Para fundar su posición, el Tribunal español sostuvo que:

> La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, es la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal.[43]

En contraposición con este profuso desarrollo, encontramos que en la jurisprudencia argentina no existen precedentes publicados en los que se haya asimilado, o siquiera discutido, la posibilidad de asimilar una organización empresarial a un aparato organizado de poder. Por su parte, tanto el fiscal de Delitos Económicos de la ciudad de Rosario, Dr. Sebastián Narvaja,[44] como el juez en lo Penal de la ciudad de Rosario, Sr. Román Lanzón,[45] y el defensor privado, Dr. Oscar Eduardo Romera,[46] entrevistados para el presente trabajo, exponen que, en su experiencia, en ninguna causa que haya llegado a juicio oral se utilizó dicha doctrina para fundar la atribución de responsabilidad en casos de delincuencia empresarial. Sin

39. Ambos, "Dominio del hecho por dominio de...", p. 51.
40. Upsala, "Sobre el concepto de organización en...", pp.658-683.
41. Upsala, "Sobre el concepto de organización en...", pp. 661.
42. Upsala, "Sobre el concepto de organización en..." pp. 662.
43. Upsala, "Sobre el concepto de organización en..." pp. 662.
44. Entrevista al Dr. Narvaja.
45. Entrevista al Dr. Lanzón.
46. Entrevista al Dr. Romera.

embargo, el Dr. Lanzón y el Dr. Narvaja refieren también que el único caso que puede acercarse, por como lo presentó la Fiscalía, a considerar a la empresa como aparato organizado de poder, es la "Causa Vicentín", que actualmente se encuentra en la investigación penal preparatoria. En dicha causa, la Fiscalía ha imputado al directorio, integrado por integrantes de un mismo grupo familiar, por haber llevado a cabo de manera organizada una serie de estafas en perjuicio de los acreedores de la sociedad.

De este modo, a partir de lo investigado en las Bases de Datos Jurisprudenciales disponibles en la Web, así como de la información que pudimos obtener de nuestros entrevistados, podemos afirmar que, a nivel nacional y local, la discusión que en este trabajo nos planteamos es incipiente, tal como se observa en el "Causa Vicentín".

Por otro lado, dentro del grupo que se opone a la posibilidad de considerar a las empresas como aparatos organizados de poder, encontramos a gran parte de la doctrina, tal como lo hace ver Lascano.[47] En este punto, Muñoz Conde coincide con Kai Ambos en cuanto a que la desvinculación del derecho no es un elemento necesario a los fines de considerar a determinada organización como un aparato organizado de poder,[48] sin embargo, concluye que, en las organizaciones empresariales, no puede hablarse de un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado, toda vez que allí no puede hablarse de un ejecutor responsable, puesto que en la mayoría de los casos este actúa sin intención, hecho que excluye su autoría, y en otros casos no puede hablarse de que el ejecutor sea mecánicamente intercambiable, en el sentido de la fungibilidad.[49]

Por su parte, Silva Sánchez, opinión a la que se arroga Lascano, sostiene que, en las organizaciones empresariales, el superior "facilita el hecho del inferior" con una omisión de control, o se limita a impartir órdenes a estos, pero sin un dominio organizativo tan intenso, en el sentido de que pueda confiar en que, en el caso de que su orden fuere desobedecida, otro instrumento la cumplirá. Por dicho motivo, sostienen que, en esos casos, "parece difícil construir una auténtica autoría mediata activa del sujeto de atrás",[50][51] y, por el contrario, se inclinan por afirmar que, en esos casos, la

47. Lascano, "Teoría de los Aparatos...".
48. Muñoz Conde, "¿Dominio de la voluntad en virtud...", p. 106.
49. Muñoz Conde, "¿Dominio de la voluntad en virtud...", p. 112.
50. Lascano, "Teoría de los Aparatos...", pp. 38-39.
51. Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas y...", p. 125.

responsabilidad del sujeto de atrás se funda en una comisión por omisión, en el sentido de la teoría funcionalista.

De este modo, observamos que este grupo de autores se concentra en evidenciar los elementos de la teoría roxiniana que, a su criterio, en la empresa no se encuentran presentes, a los fines de poder considerarlas como un aparato organizado de poder. Sin embargo, y como veremos de manera fundamentada y sistematizada en el apartado siguiente, no todos los elementos deben ser considerados como esenciales a los fines de determinar la existencia o no de un aparato organizado de poder; sino que, por el contrario, alguno de ellos puede no encontrarse en determinado caso, sin perjuicio del aparato mantenerse vigente.

III. Elementos de un aparato organizado de poder y su aplicabilidad a la empresa

Un aparato organizado de poder, para ser considerado como tal, debe reunir una serie de elementos que hacen al dominio de la organización. Es decir, para que el sujeto de atrás posea el dominio de la organización hace falta la vigencia simultánea de determinados elementos que hacen que este sea quien domine la realización de la conducta típica.[52]

Conforme lo ha concebido Roxin, estos elementos son: poder de mando, desvinculación del ordenamiento jurídico de la organización, fungibilidad del ejecutor, y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.[53]

III.A. Poder de mando

Este elemento implica que el sujeto de atrás tiene la competencia que hace a la organización y control de la estructura. En este entender, el poder de mando detentado por el "sujeto de atrás" implica necesariamente la existencia de una estructura jerárquica de la propia organización.

El poder de mando debe ser considerado como esencial a los fines de determinar la existencia de un aparato organizado de poder. Es que, solo

52. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría...", p. 15.
53. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente de autoría...", pp.11-22.

en el marco de una estructura jerárquica, el sujeto de atrás puede utilizar sus competencias para dirigir la conducta de sus subordinados para la comisión de conductas típicas, ya sea mediante una orden, o bien, creando las condiciones necesarias para que un determinado resultado lesivo sea cometido.

Entendemos que una de las características propias de las empresas modernas consiste en su estructura jerárquica en la que el poder de mando es ejercido por el directorio y la administración. En este sentido, Faraldo Cabana sostiene que la mayoría de las empresas, y no necesariamente solo las calificables de grandes, disponen de estructuras organizativas fundadas en la descentralización y división del trabajo, en sistemas de mutua dependencia de los distintos departamentos que las conforman, y regidas por el principio de jerarquía.[54]

Para corroborar ello, realizamos un trabajo de campo, entrevistando al Sr. Gabriel Maidá, administrador del Banco Coinag SA, una gran empresa, y al Sr. Ariel Carrabs, administrador de Fabaher SA, una pyme familiar. Al respecto, el gerente del Banco Coinag SA expone que:

> [...]el banco funciona con un directorio, que es el que fija las políticas... y yo tengo, a su vez, una estructura de gente que depende de mí... debe haber 8 o 10 gerencias departamentales que me secundan, y un subgerente general... El banco arrancó con 30 empleados y hoy tiene 170. [...] Igualmente, está tan regulada la actividad que hasta el Banco Central te impone un organigrama, vos lo podés aggiornar, pero hay un organigrama mínimo, un gerente de administración, un gerente de finanzas, un gerente de riesgos, un gerente de relaciones técnicas, un gerente de seguridad física; está todo establecido en un organigrama mínimo[...]

Por su parte, el gerente de Fabaher SA, manifiesta que:

> Somos una pyme familiar... en este momento tenemos 20 empleados... Yo soy director y gerente general de la empresa... y mi función es la de control... Luego, tenés el área de ventas, que se encargan de

54. Faraldo Cabana, "Posibilidades de aplicación de la autoría...", pp. 89-130.

> tomar los pedidos; el área administrativa, donde se el control crediticio del cliente y se habilita el pedido; el área de depósito, donde se prepara y se despacha el pedido; y el área de compras, que hacen los pedidos y pagos a proveedores...

De ambas entrevistas se permite extraer que, sin importar el tamaño de la empresa —ya sea la empresa una pyme familiar o una gran corporación—, ellas se estructuran de manera jerárquica, organizando su trabajo en función de claros principios de cooperación, entre el personal que desempeña funciones en diferentes áreas de un mismo rango, y de subordinación, entre aquellos que se encuentran en un mismo departamento, con jerarquías diferentes. Asimismo, se puede observar que, sin importar su tamaño, quien ejerce un control y detenta el poder de mando respecto de lo que sucede en la organización es su administrador.

Por lo tanto, cabe concluir que, en el marco de las organizaciones empresariales, el elemento relativo a la estructura jerárquica y poder de mando del gerente respecto de la organización, se halla presente.

III.B. Fungibilidad del ejecutor

La fungibilidad del ejecutor consiste en la capacidad que posee el sujeto de atrás de sustituir, a su voluntad, a la persona que cumple el rol, dentro del aparato organizado de poder, de ejecutar el acto lesivo. Este elemento es una característica esencial del aparato organizado de poder,[55] sin el cual no puede ser fundada ningún tipo de dominio de organización del hombre de atrás.

En virtud de esta sustituibilidad, la persona concreta del ejecutor pierde relevancia, quien podrá aparecer o desaparecer a lo largo de los diferentes hechos delictivos, sin perjuicio de la organización seguir funcionando de manera invariable o "automática".[56] De este modo, la realización del tipo penal no depende de la mera voluntad del último eslabón que ejecuta el plan, puesto que, como lo hace ver Roxín, si este se niega automáticamente otro lo reemplazará.[57]

55. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", p. 17.
56. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 272.
57. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 272.

Por el contrario, la orden o directiva impartida por el sujeto de atrás genera la movilización de la organización como un todo, y, dentro de ella, el funcionamiento de las diferentes áreas o departamentos, en miras a la consecución de un mismo resultado. En este entender, cada área o departamento funciona como un engranaje que, en cumplimiento de sus competencias, se encuentra al servicio del sujeto de atrás, que detenta el poder de mando. El área que tiene la competencia de ejecutar la orden o directiva es simplemente un engranaje más y, si funciona del modo esperado por el sujeto de atrás, la sola voluntad reticente de una persona que integra dicha área de ninguna manera puede frustrar el plan colectivo; si no, a lo sumo, retrasarlo.

Consideramos que, en el ámbito empresarial, la fungibilidad del ejecutor se encuentra asegurada por las formas de organización y de división del trabajo dentro de la empresa. Ellas, a los fines de responder las exigencias del mercado y regulaciones normativas, constituyen un organigrama compuesto por áreas o departamentos de la empresa que poseen sus propias competencias y funciones.

En el plano vertical, enseña Yacobucci, dichas áreas responden jerárquicamente unas a otras, y se van delegando y asignando competencias y funciones, en una suerte de efecto cascada.[58] Mientras que, en el plano horizontal, es decir, al interno de cada área, estas competencias y funciones se traducen en tareas que deben llevar a cabo, para lo cual se dividen entre los integrantes de cada área.[59] Estos son los principios de subordinación y cooperación que regulan la actividad empresarial.

Ello fue corroborado mediante trabajo de campo, al entrevistar al gerente del Banco Coinag SA y al de Fabaher SA. Nuevamente, pudimos extraer que, sin importar el tamaño de la empresa —pyme familiar o gran corporación—, ellas se estructuran de acuerdo con un organigrama compuesto por departamentos, los cuales, cada uno, posee competencias y funciones específicas y, dentro de cada área o departamento, el personal se divide las tareas correspondientes.

En el caso del Banco Coinag SA, el organigrama es elaborado de acuerdo con las imposiciones normativas del BCRA, mientras que en Fabaher SA, este se elabora por razones de eficiencia y eficacia. Pero lo

58. Yacobucci, "La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de...", p. 7.
59. Yacobucci, "La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de...", p. 7.

destacable aquí es que, independientemente de que exista una imposición normativa o no, la evidencia muestra que las empresas se estructuran de manera orgánica, en donde a cada órgano o área se le asignan y delegan funciones específicas (principio de subordinación), y cada área se divide el trabajo entre sus integrantes a los fines del cumplimiento de sus funciones (principio de cooperación).

De este modo, a raíz de esta división de funciones y del trabajo, es que en la empresa se asegura la fungibilidad del ejecutor. Es decir, esta forma de organización propia de la empresa permite el cumplimiento del plan ordenado por el sujeto de atrás sin que importe la voluntad individual de la persona que tiene la tarea de ejecutarlo. Puesto que, en la empresa, la sola directriz u orden del gerente, pondrá en marcha los diferentes departamentos de la organización, que funcionarán de manera automática conforme sus competencias y funciones en pos de asegurar el resultado ordenado. Siendo ello una clara muestra de que, ante la hipótesis de que un ejecutor se niegue a realizar la tarea encomendada, además de poner con ello en riesgo su fuente de trabajo, otra persona de su misma área o departamento lo suplirá.

Por lo expuesto es que consideramos que no resulta correcto lo sostenido por Kai Ambos y por Muñoz Conde, cuando afirman que no hay fungibilidad del ejecutor en el ámbito de las empresas, debido a que "allí, la fungibilidad no es tan amplia como puede serlo en los aparatos de poder estatales o paraestatales organizados al margen del derecho".[60] Ello, debido a que, tal como señala el Tribunal Supremo español:

> [...] la existencia del aparato organizado de poder no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal.[61]

Por su parte, tampoco consideramos procedente la oposición formulada por el Prof. Claus Roxín, relativa a que:

60. Muñoz Conde, "¿Dominio de la voluntad en virtud...".
61. Upsala, "Sobre el concepto de organización en..." p. 662.

> [...] si todo el aparato funciona de acuerdo con la norma, una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; puesto que, si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una iniciativa particular llevada a cabo de manera tal que quede oculta respecto de los restantes titulares de competencias de la organización.[62]

De este modo, y en su opinión, "en esos casos no se actúa con el aparato, sino contra él".[63]

En este punto, es evidente que, si el gerente da una orden homicida a sus dependientes, la organización no se pondrá en marcha, porque ningún órgano de la empresa tiene la función o competencia de matar. Sin embargo, así no es cómo funciona la delincuencia empresarial, o al menos la que es objeto de estudio en el presente trabajo.

Por el contrario, la empresa, por los propios fines lucrativos que persigue, es un sujeto que es idóneo para cometer delitos económicos,[64] tales como evasión fiscal, fraude a los acreedores, lavado de activos, balances falsos, etc. Y, tal como expone el entrevistado Dr. Narvaja:

> [...] en el delito económico en general, los actos particulares que se llevan adelante, que constituyen la maniobra ilícita, *per se*, son acciones lícitas; porque un contrato de cesión de acciones, o un contrato de mutuo, o una compraventa, o un balance... por más que estén en el marco de una acción delictiva, a simple vista lucen como un negocio lícito, igual que cualquier otro [...].[65]

De este modo, la orden o directriz del gerente tendiente a la celebración de determinado negocio jurídico, aunque ella sea emanada en el marco de una maniobra ilícita, sí pondrá en funcionamiento a la organización, puesto que aquí sí habrá áreas que tendrán competencias y funciones comprometidas, y actuarán de manera automática a los fines de que dicho negocio jurídico se celebre.

62. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
63. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
64. Arocena & García Elorrio, "Responsabilidad penal de personas jurídicas: un...", p. 7.
65. Entrevista al Dr. Sebastián Narvaja.

Ello permite concluir que, en el ámbito de los delitos económicos, la orden o directriz del gerente pondrá en marcha los diferentes departamentos de la organización, que funcionarán de manera automática, conforme sus competencias y funciones, en pos de asegurar el resultado ordenado; y, por lo tanto, el ejecutor resultará fungible.

III.C. Desvinculación con el ordenamiento jurídico

Este elemento refiere, al decir del Prof. Claus Roxin, a la necesidad de que la organización se encuentre al margen del ordenamiento jurídico, no solo respecto a las actividades que lleva a cabo, sino también en lo que hace al objeto para el cual fue constituido.[66] De este modo, Roxin separa la *"paja criminal"* (criminalidad organizada) del *"trigo legal"* (empresas).[67]

A partir de dicha diferenciación, por un lado, quedan aquellas organizaciones que tiene por objeto mismo la comisión de delitos (asociaciones ilícitas); y, por el otro, aquellas organizaciones que poseen un objeto lícito, pero que en el marco de las actividades desarrolladas para el cumplimiento de su objeto, se cometen ilícitos (empresas).[68] Las primeras, se encuentran al margen del derecho, mientras que las segundas, se encuentran conforme a derecho.

Según Roxín, que la organización se encuentre al margen del Derecho es una condición indispensable para fundar el dominio de organización del sujeto de atrás,[69] puesto que, según él:

> [...] en tanto la dirección y los órganos ejecutores se mantengan ligados al ordenamiento jurídico, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de mando del sujeto de atrás.[70]

Sin embargo, contrario a lo sostenido por Roxin, de las entrevistas realizadas, observamos que no siempre, en el marco de una organiza-

66. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.
67. Lascano, "Teoría de los Aparatos...", p. 34.
68. Faraldo Cabana, "Posibilidades de aplicación de la autoría...", p. 107.
69. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", p. 16.
70. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, p. 277.

ción constituida conforme a derecho, el acatamiento de las leyes por parte del sujeto de delante excluirá la ejecución de una orden antijurídica. Por el contrario, en el marco de la actividad empresarial, cuando la orden emitida por el sujeto de atrás involucre competencias y funciones asignadas a los dependientes de determinada área, dichos empleados no se pondrán a analizar, previo a ejecutar su tarea, si la misma pudiera ser considerada como un acto ilícito o no; sino que, por el contrario, la ejecutarán de manera automática, como una tarea rutinaria más a ellos asignadas.

Ello porque, como fue argumentado anteriormente, en el ámbito de la delincuencia económica y empresarial, las maniobras ilícitas están constituidas por actos que, por regla, y observados de manera aislada, son lícitos. Como se dijo, esta circunstancia, en la medida que la orden del administrador involucre competencias y funciones asignadas a sus dependientes, afianza y asegura el poder de mando del administrador y la fungibilidad del ejecutor, en tanto y en cuanto la empresa funcionará de manera automática. Y, por lo tanto, el hecho de que la empresa "se mueva por los cauces del derecho", no afecta el dominio de organización de su administrador.

Por su parte, consideramos que no es procedente la posición formulada por Faraldo Cabana, relativa a que:

> En las empresas que solo ocasionalmente llevan a cabo maniobras ilícitas en el marco de sus actividades lícitas... no puede aplicarse la figura del dominio de organización. El motivo es claro: las empresas no son básicamente organizaciones delictivas, absolutamente desprendidas del derecho.[71]

Es que, aquí, el argumento de Faraldo Cabana puede traducirse en la siguiente afirmación: "las empresas no son aparatos organizados de poder, porque los aparatos organizados de poder son organizaciones que se encuentran al margen del derecho". Pero esta afirmación, a nuestro entender, presenta un error de base, consistente en que este elemento estaba presente en la teoría originalmente concebida por Roxin, porque este era el tipo de organizaciones que él estudió al elaborarla.

71. Faraldo Cabana, "Posibilidades de aplicación de la autoría...", p. 109.

Y, en este punto, sostenemos que no resulta razonable entender "aparato organizado de poder", como mero sinónimo de asociación ilícita o banda organizada de criminales; porque, de ese modo, se estaría truncando todo interés jurídico y dogmático que exista por dicha teoría, a los fines de resolver problemas de autoría y participación en casos de delincuencia organizada. Justamente, la relevancia dogmática de la teoría diseñada por Roxin, tal como lo hace ver Muñoz Conde, consiste en la posibilidad de brindar una respuesta al problema de "cómo hacer responsables a los miembros de organizaciones que no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que solo llevan a cabo otros, pero cuya dirección asumen".[72]

De este modo, lo que resulta determinante en un aparato organizado de poder es el dominio de organización del sujeto de atrás; y, por lo tanto, habiendo observado que la circunstancia de que la empresa "se mueva por los cauces del derecho" no afecta, necesariamente, dicho dominio, corresponde concluir que "la desvinculación con el ordenamiento jurídico" no es un elemento esencial de los aparatos organizados de poder, sino uno tan solo eventual o accidental. Es decir, un elemento o característica que puede encontrarse o no presente en cada caso concreto.

III.D. La disponibilidad al hecho del ejecutor

La "disponibilidad al hecho del ejecutor" consiste, según Roxin, en la predisposición que tienen los miembros de la organización para la realización de las conductas típicas que le son ordenadas.[73] Predisposición que se fundamenta en numerosas influencias que la organización ejerce sobre el autor inmediato, como consecuencia de encontrarse este inmerso dentro de la organización.[74] Esta influencia permite hablar, al decir de Roxin, de un actuar incondicionado e irreflexivo del ejecutor; influencia que, sin embargo, según él "no excluye su culpabilidad ni responsabilidad por el hecho".[75]

Roxin sostiene que este elemento no se halla presente en la criminalidad de empresas, puesto que, allí, "el ejecutor corre un considerablemente

72. Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores...", p. 1.
73. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", pp. 19 -20.
74. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", pp. 19 -20.
75. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", pp. 19 -20.

elevado riesgo de punibilidad y de la pérdida del puesto en la empresa".[76] A partir de allí es que Muñoz Conde sostiene que, en el ámbito empresarial, normalmente el ejecutor se trata de un instrumento irresponsable que actúa sin intención, y que no puede ser considerado autor;[77] no es posible, por tanto, aplicar la figura del "autor tras del autor", ni fundamentar un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder.[78] De este modo, bajo esta premisa, si no hay responsabilidad no puede haber predisposición al hecho.

Sin embargo, en este punto, entendemos que hay dos cuestiones a considerar. Por un lado, la predisposición al hecho a la que refiere Roxin y, por el otro, la consecuente responsabilidad del ejecutor.

En lo que hace a la predisposición al hecho, coincidimos con Roxin en cuanto a que este, a la par con la fungibilidad, es un elemento esencial y determinante del poder de mando y consecuente dominio de organización del sujeto de atrás que se sienta en la cúspide de la organización. Ello por cuanto a que solo un accionar incondicional y "automático" del ejecutor, así como su eventual reemplazo, en caso de negativa, por otro ejecutor igual de "incondicional", asegura el estricto cumplimiento de la orden, sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor.

A partir de aquí, recién, se puede hablar de que el sujeto de atrás domina la realización o evitación del resultado típico. Justamente, si el sujeto de atrás no pudiese contar con un accionar incondicional del ejecutor y, por el contrario, este tuviere libertad para decidir la modalidad (el cómo, el dónde, el cuándo y el cuánto) de la ejecución del delito ordenado por el sujeto de atrás, no puede hablarse de que él domina su resultado y, por lo tanto, no podrá ser responsabilizado a título de autor mediato, sino, eventualmente, como inductor o partícipe del delito cometido por otro.

En el ámbito empresarial, consideramos que la predisposición del ejecutor al hecho se encuentra presente. Es que, conforme hemos observado a través de las entrevistas realizadas, la reglas que rigen la división del trabajo dentro de la empresa permiten que los empleados ejecuten de manera mecánica, es decir, irreflexiva, las tareas que le son asignadas, en la medida que estas se encuentren en el ámbito de sus competencias y funciones.

76. Roxin, "El dominio de organización como forma independiente...", p. 21.
77. Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores...", p. 6.
78. Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores...", p. 6.

De este modo, contrario a lo argumentado por Roxin en este punto, el empleado no se detiene por "el riesgo de punibilidad" o por "el riesgo de ser despedido", porque esta tarea a ejecutar, a pesar de aquí integrar una maniobra ilícita, es análoga a cualquier otra tarea lícita de rutina que él ejecuta y, desde su perspectiva, el riesgo de ser despedido existe, justamente, si él no cumple con las tareas que se encuentran dentro del ámbito de su competencia.

Ahora bien, en lo que hace a la consecuente responsabilidad del ejecutor, disentimos con Roxin y con Muñoz Conde en cuanto a que ella tenga algún tipo de relevancia a los fines de determinar el dominio de organización y consecuente autoría mediata del hombre de atrás. Si bien el estudio exhaustivo del grado y tipo de responsabilidad que merece la conducta del ejecutor material excede los límites y objeto del presente trabajo, puede observarse a simple vista que, si, en el ámbito de la delincuencia económica, las maniobras ilícitas están compuestas por actos y negocios jurídicos por regla lícitos, la orden del administrador consistente en que sus empleados realicen una tarea que se encuentra dentro del marco de sus competencias y funciones, puede hacer, perfectamente incurrir en error a su empleado respecto del carácter antijurídico de dicha tarea y, por lo tanto, excluirá la tipicidad de su conducta. Sin embargo, aún bajo esta hipótesis de error de tipo incurrida por el empleado, se puede hablar de la figura del "autor detrás del autor" porque el instrumento, que es el empleado, actúa, sin intención, pero actúa; y, por lo tanto, está en condiciones de ser considerado como autor del hecho; sin perjuicio de su accionar no ser penalmente punible.

Insistimos, el estudio de la responsabilidad del autor inmediato del hecho ilícito cometido en el marco de un aparato organizado de poder merecerá un estudio propio y ulterior, puesto que excede los límites y marco del presente. Ahora bien, en lo que resulta de interés para este trabajo, tal como lo pone de resalto el Dr. Oscar Eduardo Romera al ser entrevistado:

> [...] cuando el instrumento, es decir el autor dentro del autor, incluso ignora la ilicitud de lo que está haciendo, la solución jurídica debe ser construida a través de la autoría mediata, porque el que tiene el dominio de la situación no es el que la instrumentalizó sino el administrador, gerente o director de la empresa.[79]

79. Entrevista al Dr. Romera.

De este modo, observamos que, en el marco de la delincuencia empresarial, el conocimiento o desconocimiento del empleado respecto de la ilicitud del hecho a él encomendado, no afecta el dominio de organización del administrador que emite la orden. Puesto que, por regla, el administrador tiene la certeza que su empleado cumplirá la orden, por involucrar competencias y funciones a él asignadas (disponibilidad al hecho) y, a todo evento, para el caso de una inusitada negativa a cumplirla —ya sea por conocer la ilicitud o por cualquier otra razón—, tiene la certeza que otro empleado de la misma área o departamento, con análogas competencias y funciones, lo suplirá y cumplirá la tarea encomendada.

En suma, en el ámbito empresarial, la "disponibilidad al hecho ejecutor", en tanto elemento esencial para considerar a determinada organización como aparato organizado de poder, se halla presente, sin perjuicio de la responsabilidad o irresponsabilidad del ejecutor, circunstancia que no afecta el dominio de organización del administrador.

IV. Desarrollo del concepto de "dominio de organización del administrador de empresa"

Definido, en el capítulo anterior, que la empresa puede ser considerada un aparato organizado de poder, en tanto y en cuanto se hallan presentes las condiciones necesarias para sostener un dominio de organización del administrador, resta elaborar un concepto de dicho dominio, a su medida. Para desarrollarlo, resulta relevante tomar prestado los elementos delineados por Jakobs para atribuir responsabilidad, basados en deberes, roles y competencias,[80] por ser ellos los que de un mejor modo explican el funcionamiento y actuar organizado de la empresa.

En este punto, Jakobs sostiene que "la responsabilidad jurídico penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol",[81] sea este un rol especial o un rol común. El rol común es aquel que está a cargo de toda persona, el rol de comportarse conforme a derecho;[82] mientras que el

80. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
81. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
82. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".

rol especial hace alusión a la especial posición que ocupa una determinada persona dentro de una determinada institución u organización.

Este rol especial supone la existencia de determinadas competencias y funciones que pesan sobre la cabeza de dicha persona. Competencias y funciones que, a su vez, le imponen a su titular el cumplimiento de determinados deberes especiales. Por lo tanto, dice Jakobs que el quebrantamiento de un rol especial, cuando adquiere relevancia jurídico penal, implica la comisión de un delito de infracción de un deber.[83]

En el ámbito empresarial, la calidad de "administrador de la empresa" implica, naturalmente, un rol especial dentro de la organización; rol al cual se le asignan determinadas competencias y funciones específicas. Como hemos visto, la competencia principal del administrador es el poder de mando en la empresa; el cual se traduce, en términos generales, como el deber de organizar eficientemente el aparato empresario y controlar que su actuación sea conforme a derecho.

Este rol tiene suma importancia puesto que, tal como reconoce Ilharrescondo, la empresa es una fuente generadora de riesgos, cuya actividad riesgosa, para evitar afectar bienes jurídico penales, debe, por un lado, desempeñarse dentro de los cauces y estándares fijados por el ordenamiento jurídico[84] y, por el otro, debe "contar con una estructura idónea que evite que errores de organización dentro de la empresa finalmente desemboquen en la afectación inmediata de bienes jurídicos de terceros".[85]

Para la ejecución de los fines societarios, el administrador no actúa de manera directa, sino a través de los órganos de la sociedad. Para ello, elabora un organigrama, integrado por departamentos, subdepartamentos y áreas de la empresa, a los cuales, tal como sostiene el Dr. Lanzón, les asigna y delega deberes, facultades y atribuciones.[86]

La importancia de la determinación del organigrama reside, al decir del Dr. Lanzón, en que este permite determinar y delinear el ámbito de responsabilidad y actuación de cada miembro al interno de la empresa.[87] En este punto, el Dr. Lanzón sostiene que, en ningún caso, el administrador podría ampararse en el organigrama para pretender eximirse de

83. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
84. Ilharrescondo, *Delitos societarios,* p. 95.
85. Ilharrescondo, *Delitos societarios*, p. 96.
86. Entrevista al Dr. Lanzón.
87. Entrevista al Dr. Lanzón.

responsabilidad, "si del mismo no surge la clara distribución de funciones y cuál es el grado de responsabilidad que tiene cada uno de los sujetos intervinientes".[88] Y ello encuentra sentido, justamente, en que, en virtud de su poder de mando, el administrador tiene sobre su cabeza el deber de organizar debidamente el aparato.

Ahora bien, cuando el organigrama está correctamente confeccionado, el administrador delegante de funciones y competencias dentro de la empresa no queda totalmente desentendido, sino que, tal como lo reconoce el Dr. Lanzón, "subsisten sobre su cabeza obligaciones que se llaman de responsabilidad residual, como ser las de supervisión y control".[89]

Por ello, debe decirse que el poder de mando también le otorga al administrador la potestad de delegar y asignar competencias y funciones a las diferentes áreas y departamentos de la empresa que dependen de él, y el deber de impartirles órdenes y controlar su actuación (deber de supervisión y control), con relación a las competencias y funciones que les fueron asignadas.

Ahora bien, este deber residual de control y supervisión no es absoluto, es decir, no puede extenderse sobre toda actuación desempeñada por los subordinados en la empresa. En este sentido, el Dr. Lanzón afirma que:

> [...] en todo organismo de dirección es humanamente imposible pensar que el director de la empresa va a poder conocer todo lo que hacen todos los subordinados. Entonces. Esto no significa que por el solo hecho de ser la cabeza de una persona jurídica, él deberá responder por cualquier delito cometido por un dependiente. Ello implicaría ingresar a zonas de atribución de responsabilidad objetiva vedadas por el derecho penal.[90]

Para evitar ello, la responsabilidad del administrador respecto de los hechos cometidos por sus dependientes debe elaborarse sobre un marco que encuentre relación con el rol que el administrador cumple en la empresa. En este punto, tal como hemos visto en el capítulo anterior, la potestad del administrador de impartir órdenes a sus dependientes y controlar su

88. Entrevista al Dr. Lanzón.
89. Entrevista al Dr. Lanzón.
90. Entrevista al Dr. Lanzón.

actuación, fundaba dominio de organización, en la medida que estas órdenes y control encuentren adecuada relación con las competencias y funciones asignadas a los dependientes; puesto que, de lo contrario, no podía asegurarse la predisposición al hecho del ejecutor ni su eventual fungibilidad.

De lo expuesto, surge que lo decisivo a la hora de hablar de dominio de organización del administrador es la existencia de una conducta ilícita ejecutada por un subordinado en el marco de sus competencias y funciones asignadas, como consecuencia de una orden emanada por el administrador en dicho sentido, o de una falta de control de él que hiciere posible aquella conducta. En ausencia de relación entre la conducta ilícita del subordinado y sus competencias y funciones asignadas, tal como afirma Roxin, "la conducta solo se tratará de una iniciativa privada en desmedro de la empresa",[91] que mal podrá ser atribuible al administrador a título de autoría mediata.

Es que, por un lado, en el caso de una orden emitida por el administrador que no involucra las competencias y funciones de ningún dependiente, como puede ser el caso de una orden homicida, ella no logrará poner en marcha al aparato de manera automática. Y, por lo tanto, el administrador no podrá confiar en que la orden será cumplida en virtud de su dominio de organización. En este caso, si la orden es acatada, la responsabilidad del administrador deberá ser encuadrada en otro tipo de participación, como es la figura del instigador.

Por su parte, en el caso de una falta de control debida del administrador respecto de actos ilícitos ejecutados por sus subordinados pero que no tengan relación con competencias y funciones a ellos asignadas, corresponde sostener que, aquí, no habrá responsabilidad del administrador, ni a título de autoría mediata ni por otro título. Es que, el deber de control del administrador es el deber de controlar cómo sus dependientes llevan a cabo las tareas que les fueron encomendadas. Por lo tanto, si el accionar ilícito del dependiente no tiene relación con competencias a él asignadas, resulta irrelevante que el administrador haya omitido su deber de control, puesto que el resultado lesivo no es una consecuencia de ello.

A partir de lo expuesto, estamos en condiciones de construir el concepto de dominio de organización del administrador en los siguientes términos: El administrador de la empresa posee el dominio de evitación de aquellos resul-

91. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.

tados típicos que fueren ejecutados por sus subordinados en cumplimiento de sus competencias y funciones dentro de la organización, en la medida que esa ejecución fuere posible por una orden emitida por el administrador o una falta de control. Y, en virtud de dicho dominio, el administrador deberá ser responsabilizado a título de autor mediato 1) cuando imparta una orden delictiva a sus subordinados, que involucre las competencias y funciones asignadas a ellos; o 2) cuando omita controlar la actuación de las áreas o departamentos a su cargo y, como consecuencia de esto, sus subordinados, en el ejercicio de sus competencias y funciones, cometan conductas ilícitas.

En el primer supuesto, hay una directiva concreta del administrador, que pone en funcionamiento los diferentes departamentos del aparato organizado que es la empresa, que funcionarán de manera automática, puesto que la orden del sujeto de atrás involucra competencias y funciones que les compete directamente.

El accionar del ejecutor es incondicional e irreflexivo (es decir, tiene predisposición al hecho), no porque necesariamente esté obrando dolosamente, sino porque la tarea a él encomendada resulta análoga a cualquier otra tarea lícita de rutina que realiza. De este modo, si a un empleado que trabaja en el área de suscripción de documentos le ordenan que suscriba un documento, resulta irrelevante para la realización del resultado típico que él conozca —o no— que dicho documento integra una maniobra ilícita tendiente a defraudar a un tercero; puesto que, en todo caso, si él se niega, otro empleado, en cumplimiento de las funciones a él asignadas, lo suplirá.

Con esto puede observarse que ya sea que el ejecutor sea utilizado como un mero instrumento de la empresa, o bien este actúe con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal cuya realización le encomendaron, en nada una circunstancia u otra obsta el dominio de organización del administrador, y su consecuente responsabilidad a título de autor mediato en virtud de dicho dominio de organización; porque, en cualquier caso, él domina la realización del resultado ordenado.

Ello, debido a que, al emitir una orden ilícita que compromete competencias y funciones propias de sus subordinados, está ejerciendo su poder de mando sobre el aparato para asegurarse que el resultado lesivo se concretará, sin importar quien sea la persona que, en definitiva, lo lleve a cabo. Porque, en la empresa, en donde hay competencias y funciones involucradas, habrá fungibilidad del ejecutor y predisposición al hecho.

En el segundo supuesto, hay una omisión de control por parte del administrador, es decir, un quebrantamiento del rol, quebrantamiento creador

de un riesgo, que se concretiza en un resultado típico que es ejecutado por su subordinado, en el cumplimiento de las competencias y funciones a él encomendadas.

En el aspecto de la tipicidad objetiva, lo que funda la responsabilidad del administrador, entonces, es la existencia de un rol quebrantado que encuentra una relación de causalidad con el resultado lesivo. Por ello, esta imputación no resulta violatoria del principio de autorresponsabilidad, puesto que, tal como lo reconoce Jakobs, cada uno responde por las consecuencias de su comportamiento.[92]

En el aspecto de la tipicidad subjetiva, la cuestión es un tanto más controvertida. Al respecto, el interrogante que se plantea es cómo puede acreditarse el conocimiento por parte del administrador si, justamente, se le está atribuyendo no haber controlado a sus subordinados. Sobre este punto, fueron entrevistados tanto el fiscal Dr. Narvaja, el juez Dr. Lanzón, y el defensor particular Dr. Romera.

En primer lugar, el Dr. Narvaja considera que:

> Yo entiendo que, doctrinariamente, la utilización de la doctrina de los aparatos organizados de poder se presenta como legitima porque, en definitiva, es una forma que representa cierta posibilidad de aplicar presunciones que impactan en que se considere que ha habido dolo de las personas que se encuentran más arriba... Y por cómo está construido nuestro derecho penal, todo lo que sea introducir presunciones de dolo u objetivizar el dolo, encuentra siempre un montón de trabas y oposiciones y discusiones. [...] Específicamente la doctrina de la autoría mediata por tratarse de un aparato organizado de poder, me parece que tiene un fuerte contenido en ese sentido y, entonces, ponerse a usar esa doctrina como fiscalía, te trae un montón de problemas de litigio. Para subsanar este problema de litigio, dice... están las categorías de ceguera ante los hechos o ignorancia deliberada, como base de dolo eventual o del dolo. Entonces, cuando la persona deliberadamente se mantuvo en ignorancia de los elementos específicos del hecho particular... pero vos podés demostrar que básicamente lo hizo adrede, vos le podés imputar el dolo...[93]

92. Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho...".
93. Entrevista al Dr. Narvaja.

Por su parte, el Dr. Lanzón sostiene que:

> [...] El problema está cuando el delito se comete por algún subordinado de la empresa, porque allí hay que ver de qué forma puede eventualmente responder quienes ocupan los cargos jerárquicos. Para eso sirve me parece la estructura de los aparatos organizados de poder y me parece que el ámbito donde más cómodamente se pueda analizar es en el caso de los delitos imprudentes, más difíciles en los delitos dolosos. [...] Entonces, en estos casos puede haber responsabilidad a título de imprudencia. Ahora, cuando el sujeto que delega pueda advertir cognitivamente que esta persona va a cometer un delito, ya ahí es distinto porque yo estoy inclinando mi comportamiento al plan del autor. De forma tal que ahí entran las reglas de la participación dolosa. [...] Ahora, si el delito es cometido dolosamente por la otra persona, y yo no tengo ningún tipo de participación; puedo incluso ser condenado, perseguido o imputado por un delito imprudente, de la medida que yo pueda acreditar que las funciones mínimas de control y supervisión que me corresponden como órgano de dirección no las hice y favorecí la comisión de delito por parte del subordinado.[94]

Finalmente, el Dr. Romera manifiesta que:

> Cuando estamos hablando de conductas dolosas, el dolo no se presume hay que demostrarlo; y si hay dolo, como en definitiva es hecho psicológico, se prueba a través de las conductas precedentes, concomitantes y posteriores. Es decir, ya es un tema de prueba de la sana crítica racional, que es el uso de la experiencia, la lógica y la psicología. [...] Entonces, yo no puedo probar las intenciones de las personas, pero sí lo que exteriorizó y llevarme una conclusión de ello. Ahí es donde juegan un papel predominante los roles que cumple el administrador. En función de los roles vos determinás, porque uno nunca va a meterse en la cabeza del administrador, que inexorablemente no podía ignorar o desconocer lo que se hizo por-

94. Entrevista al Dr. Lanzón.

> que estaba dentro de la esfera de sus atribuciones o su ámbito de competencia.[95]

En este punto, consideramos que, siempre que haya una clara asignación de atribuciones al interno de la empresa (organización adecuada), la responsabilidad del administrador en los casos de omisión de control respecto de los delitos cometidos por sus subordinados en el marco de sus funciones y competencias es a título de culpa. Para ilustrar nuestra posición, partiremos del ejemplo utilizado por Jakobs relativo al caso de la empresa que vierte residuos contaminantes al río.[96]

En este caso, si el administrador asignó al responsable del área la tarea de tratar los residuos, previo a deshacerse de ellos, para que ellas no sean sustancias susceptibles de contaminar el río; pero, en el caso en concreto, no controló adecuadamente que dicho tratamiento de residuos efectivamente estuviere siendo llevando a cabo por sus subordinados, estaremos frente a una imprudencia desplegada por el administrador, es decir, un incumplimiento de un deber propio de su rol, que favoreció la comisión del delito por parte del subordinado, tal como sostiene el Dr. Lanzón.[97]

V. Conclusión

En el presente trabajo se abordó el tema "La autoría mediata del administrador de empresas en virtud de su dominio de organización", con la finalidad de estudiar si las organizaciones empresariales podían ser consideradas, conforme su estructura y elementos, aparatos organizados de poder; y, a partir de allí, elaborar un concepto de dominio de organización a la medida del administrador de empresas, a partir de las construcciones teorías de Roxin y Jakobs.

En el marco de nuestra investigación, hemos desarrollado un trabajo de campo consistente en cinco entrevistas dirigidas al fiscal provincial de la ciudad de Rosario, de la Unidad de Delitos Económicos, Dr. Sebastián Narvaja, al defensor particular Dr. Oscar Romera, y al juez del Colegio de

95. Entrevista al Dr. Romera.
96. Jakobs, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, p. 79.
97. Entrevista al Dr. Lanzón.

Jueces en materia penal de la ciudad de Rosario, Dr. Román Lanzón. Así como también, a los siguientes administradores de empresas, Sr. Gabriel Nuncio Maidá, integrante del directorio del Banco Coinag, y al Sr. Ariel Carrabs, integrante del directorio y administrador de Fabaher SA.

Conforme ha surgido del primer capítulo, la evolución jurisprudencial y doctrinal respecto a la aplicabilidad de la teoría de los aparatos organizados de poder a las empresas no ha llegado a una posición definitiva. Aunque algunos tribunales extranjeros, como el Tribunal Supremo alemán y el Tribunal Supremo español, han concluido que es posible aplicar dicha teoría en el ámbito de la delincuencia empresarial, en nuestro país no existen sentencias definitivas que apliquen dicha teoría a empresas. El único caso existente en el fuero local, mencionado tanto por el Dr. Lanzón como por el Dr. Narvaja, se trataría de la Causa "Vicentín", que se encuentra en la investigación penal preparatoria.

En la doctrina, las posiciones están igualmente controvertidas, sin que ninguna postura domine la discusión. Mientras que algunos autores basan su postura en afirmar que las empresas carecen de todos los elementos enunciados por Roxín para ser consideradas aparatos organizados de poder; otros autores sostienen que no todos los elementos son esenciales a dichos fines, teniendo una posición más aperturista.

Por ello, es que en el capítulo II del presente trabajo nos hemos propuesto estudiar en detalle los elementos de los aparatos organizados de poder, según la teoría concebida por Roxin, y si los mismos se encontraban presente en la organización empresarial. Los elementos constitutivos de todo aparato organizado de poder serían, según Roxin: el poder de mando, la fungibilidad del ejecutor, la desvinculación con el ordenamiento jurídico del aparato, y la disponibilidad al hecho del ejecutor.

En este punto, hemos demostrando que, mientras el poder de mando, fungibilidad del ejecutor, y disponibilidad al hecho del ejecutor deben ser considerados elementos esenciales de todo aparato organizado de poder, puesto que fundan el dominio de organización del sujeto de atrás; la desvinculación con el ordenamiento jurídico del aparato se trata de tan solo un elemento accidental o eventual, es decir, uno que en cada caso concreto puede encontrarse o no, sin perjuicio de que el dominio de organización del sujeto de atrás subsista. De este modo, según lo aquí investigado, prima la posición aperturista.

También hemos demostrado que, en el ámbito empresarial, estos tres elementos esenciales se encuentran presentes. Como consecuencia de ello,

las empresas deben ser consideradas aparatos organizados de poder y, por lo tanto, bajo ciertas condiciones y alcances, puede hablarse de un dominio de organización del administrador de empresa.

Finalmente, en el presente capítulo hemos demostrado que la empresa y el dominio de organización del administrador posee características y elementos esenciales propios. En este punto, se ha observado que habrá dominio de organización del administrador, en la medida que haya competencias y funciones comprometidas de los subordinados, que aseguren la movilización automática del aparato en aras del cumplimiento del plan del autor.

Esto nos lleva a afirmar que la primera parte de la hipótesis inicialmente considerada se ha visto parcialmente modificada. Allí, habíamos sostenido que el administrador poseería dominio de organización de la empresa; sin perjuicio de que este dominio estará condicionado a las características propias de la empresa —la cual no es estrictamente un aparato organizado de poder—. Ahora, al momento de desarrollar la presente conclusión, estamos en condiciones de afirmar que, efectivamente, el administrador posee dominio de organización de la empresa, *la cual es un aparato organizado de poder*, que, a su vez, posee características y elementos propios.

Determinado lo anterior, restaba desarrollar, en el tercer capítulo, un concepto de dominio de organización a la medida del administrador, que determine en qué casos él deberá responder a título de autor mediato en virtud de su dominio. Ello, a los fines de confirmar o refutar la segunda parte de nuestra hipótesis.

En este sentido, observamos que, conforme el rol que el administrador cumple en la empresa, este posee el deber de organizar eficientemente el aparato empresario y controlar que su actuación sea conforme a derecho. Para ello, crea un organigrama, compuesto por departamentos y áreas, a las cuales les asigna ámbitos de responsabilidad y de actuación. Respecto de dichos ámbitos, el administrador conserva sobre su cabeza el deber de control y supervisión.

Ahora bien, en función de dicho deber de control y supervisión, el administrador no puede ser responsable de todos los delitos que se cometan en la empresa. Lo contrario configura objetivizar la responsabilidad del administrador, cuestión vedada para el derecho penal.

Por ello, nuestra principal preocupación ha sido encontrar un límite razonable a la hora de elaborar el concepto de dominio de organización que funde la responsabilidad del administrador por los hechos cometidos por

sus dependientes. Límite, que debía encontrar una relación razonable con el rol que el administrador cumple en la empresa.

Este límite ha sido encontrado en la adecuada relación que debe existir entre la orden o falta de control del administrador, por un lado, y la comisión de una conducta ilícita por parte del subordinado en el marco de sus competencias y funciones asignadas, por el otro. Por lo tanto, si la conducta ilícita no es ejercida en el marco de dichas competencias y funciones, por más que existe orden o falta de control del administrador, no existe nexo de causalidad adecuado que funde dominio de organización del administrador y, por lo tanto, no habrá autoría mediata en virtud de dicho dominio.

En función de ello, estamos en condiciones de concluir que, para que exista dominio de organización del administrador, y una consecuente responsabilidad a título de autor mediato en virtud de dicho dominio, deben reunirse los siguientes elementos objetivos:

1) Que exista una orden o falta de control del administrador hacia sus subordinados;

2) Que dicha orden o falta de control involucre o tenga una adecuada relación con competencias y funciones de sus subordinados, siendo esto esencial a los fines de asegurar que el accionar del dependiente sea incondicional e irreflexivo, así como la posibilidad de sustituirlo en caso de negativa y, por lo tanto, asegurándose el administrador que el resultado lesivo se producirá independientemente de la voluntad concreta del ejecutor;

3) Que dicha orden o falta de control hiciera posible la conducta típica ejecutada por el subordinado, y esto es determinante a los fines de poder imputarle objetivamente el resultado al administrador.

De este modo, estamos en condiciones de afirmar que la segunda parte de la hipótesis inicialmente considerada ha sido refutada. Allí, habíamos desarrollado el concepto de dominio de organización del administrador en los siguientes términos:

> El administrador, en virtud de sus competencias y funciones, poseería el dominio de evitación de todos aquellos resultados típicos relacionados con delitos en beneficio de la empresa (dominio de organización del administrador); y, en virtud de dicho dominio, deberá ser responsabilizado a título de autor mediato cuando él imparta órdenes a sus dependientes en miras a la ejecución por parte de estos de delitos en beneficio de la empresa, o bien, cuando estructure

> y organice la empresa de modo tal de permitir que los dependientes puedan ejecutar libremente, en el marco de sus funciones, delitos en beneficio de la misma.

Ahora, a partir del límite descubierto, que determina el ámbito de responsabilidad del administrador por los delitos cometidos por sus dependientes, la nueva tesis ha quedado formulada en los siguientes términos:

> El administrador de la empresa posee el dominio de evitación de aquellos resultados típicos que fueren ejecutados por sus subordinados en cumplimiento de sus competencias y funciones dentro de la organización, en la medida que esa ejecución fuere posible por una orden emitida por el administrador o una falta de control a él imputable. Y, en virtud de dicho dominio, el administrador debe ser responsabilizado a título de autor mediato cuando imparta una orden delictiva a sus subordinados, que involucre competencias y funciones a ellos asignadas, o cuando omita controlar la actuación de las áreas a su cargo y, como consecuencia de ello, sus subordinados, en el ejercicio de sus funciones, cometan conductas ilícitas.

Finalmente, como palabras finales quisiéramos manifestar que, en nuestra opinión, el límite descubierto es uno de los puntos más valiosos de nuestra investigación, pese a no haber estado incluido dentro de nuestros objetivos al iniciar nuestro trabajo. Ello, debido a que permite establecer el ámbito de responsabilidad del administrador por el hecho de sus dependientes, así como también permite poner un freno razonable a supuestos de heterorresponsabilidad que no superen un filtro de legalidad. Asimismo, este límite o ámbito sobre el cual se funda la responsabilidad del administrador según nuestra tesis, podrá ser el punto de partida de nuevas hipótesis que tengan por objeto investigar la responsabilidad del administrador en casos de delincuencia empresarial, más allá de la autoría mediata.

VI. Bibliografía

Ambos, Kai, "Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", en *Cuadernos de Conferencias y Artí-*

culos, N.º 20, Universidad Externado de Colombia, 1998, Bogotá, traducción de Cancio Meliá, Manuel.

——,"Capítulo I, El caso alemán", en Ambos, Kai, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2ª Ed., Temis, 2009, Bogotá, traducción de Béguelin, José Raúl.

Arocena, Luis & García Elorrio, Juan, "Responsabilidad penal de personas jurídicas: un compromiso internacional en materia de lucha contra la delincuencia organizada", en Slokar, Alejandro, De Luca, Javier & Alagia, Alejandro, en *Derecho Penal*, 2013, año II, vol. 4, Delitos económicos, Infojus, pp.3-31.

Beck, Ulrich, "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo", *en Revista de Occidente*, N.°150, 1993, pp. 19-40, traducción de Del Río, Herrmann.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, "Juicio a las Juntas Militares", "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", Causa 13/84, 9/12/1985, id SAIJ: FA86000882.

Colegio de Cámara de Apelaciones Penal Rosario, "Causa 'Los Monos'", "C.A.M. y otros s/Asociación Ilícita agravada, atentado contra la autoridad, homicidio agravado por el uso de arma de fuego, cohecho activo, tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil condicional, tenencia ilegítima de arma de guerra, encubrimiento agravado, violación de secreto, cohecho pasivo, incumplimiento de los deberes de funcionario público", 6/11/2018, *Fallos* 26:238.

Faraldo Cabana, Patricia. "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa", en Serrano Piedecasas, José Ramón & Demetrio Crespo, Eduardo, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, 2008, Madrid.

Ilharrescondo, Jorge M., *Delitos societarios*, La Ley, 2008, Argentina.

Jakobs, Günther, "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en Jakobs, Günther & Cancio Melia, Manuel*, El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Grijley, 2000, Lima.

——, "Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori", en Ambos, Kai, *La autoría mediata: El caso Fujimori*, Ara Editores, 2010, Lima.

——, *La imputación objetiva en el derecho penal*, 5ª Ed., Editorial Ad-Hoc, 2009, Argentina.

Lascano, Carlos J., "Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales", en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, homenaje a Claus Roxin*, Marcos Lerner Editora, 2002, Córdoba, pp. 340–349.

Muñoz Conde, Francisco, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", en *Revista Penal*, Universidad de Huelva, N.º 9, 2002, pp. 59-98.

——, Francisco, "¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?", en *Revista penal, Universidad de Huelva*, N.º 6, 2000, pp.104-114.

Roxin, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 7, 2006, pp. 11-22.

——, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7ª Ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, Madrid, traducción de Contreras, Joaquín Cuello.

Silva Sánchez, Jesús María, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos de dirección en derecho español", en Bacigalupo, Enrique, en *Derecho Penal Económico*, Hammurabi, 2000, Buenos Aires.

——, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª Ed., Editorial DdeF, 2006, Buenos Aires.

Upsala, Joshi Jubert, "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección Jurisprudencia, fascículo N.º 2, 1995, pp. 657-683.

Yacobucci, Guillermo Jorge. "La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de funciones", en *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*, 2002, id SAIJ: DACF020040, http://www.saij.gob.ar/guillermo-jorge-yacobucci-responsabilidad-al-interno-empresa-delegacion-funciones-dacf020040-2002/123456789-0abc-defg0400-20fcanirtcod, consultado 15/08/2024.