

# TENDENCIAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EMPRESARIAL.

*TRENDS IN AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN  
ECONOMIC AND BUSINESS CRIMINAL LAW.*

## LUIS ALONSO ROJAS RISHOR

- Licenciado en Derecho en la Universidad de Costa Rica,
- Máster en Derecho Penal en la Universidad Internacional de Las Américas.
- Doctorando en Derecho Penal en la Universidad Escuela Libre de Derecho.
  - Juez de Juicio en el Tribunal Penal de Puntarenas, Costa Rica.

# 5

# TENDENCIAS DE AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL DERECHO PENAL ECONOMICO Y EMPRESARIAL.

## TRENDS IN AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN ECONOMIC AND BUSINESS CRIMINAL LAW.

### Resumen.

La presente investigación es un análisis general del Derecho penal económico, su relación con el Derecho penal empresarial, se reseña la existencia de características principales de la delincuencia y del autor de estos delitos usualmente equiparado a la figura de delincuente de "cuello blanco". Posteriormente se adentra de forma general en las formas de autoría y participación para la responsabilización de los actos cometidos en el seno de la empresa y particularmente las principales teorías utilizadas para la imputación de codelinquencia del llamado "hombre de atrás" de la organización empresarial.

### Abstract.

This research provides a general analysis of economic criminal law and its relationship to corporate criminal law. It outlines the main characteristics of crime and the perpetrators of these crimes, typically equated with the "white-collar" criminal. It then delves broadly into the forms of authorship and participation in the determination of liability for acts committed within a company, and particularly the main theories used to impute co-delinquency to the so-called "man behind the scenes" of a business organization.

### Palabras clave.

Derecho penal económico, Derecho penal de empresa, coautoría, instigador, hombre de atrás, omisión.

### Keywords.

Economic criminal law, corporate criminal law, co-authorship, instigator, man in the back, omission

### Sumario.

I. Planteamiento inicial. II. Origen Histórico del Derecho penal económico. III. Concepto de Derecho penal económico. IV. Conceptualización de Derecho Penal Empresarial. V. Características de la criminalidad económica VI. Autoría y Participación en el Derecho penal económico y de empresa. VII Conclusiones

### I. Introducción.

El presente artículo pretende establecer líneas generales y elementales que se presentan en los delitos económicos. Para esta labor en primer término se pretende establecer ¿cuáles son los conceptos que de forma mayoritaria la doctrina ha reconocido en relación con Derecho penal económico y el Derecho penal de empresa?

Asimismo, trata de puntualizar algunas características principales del Derecho penal empresarial y del delincuente de "cuello blanco" como comúnmente se le ha denominado al autor de estos delitos económicos. Finalmente, de la suma de todos estos elementos, caemos a los problemas básicos

de coautoría y participación en el Derecho penal económico, las formas en que se ha intentado involucrar al “hombre de atrás”, refiriéndose a los altos mandos en la estructura empresarial, por delitos que se comenten bajo dicha estructura, este repaso general por esas ideas o tesis de la penalidad de la codelincuencia entre altos mandos y ejecutores hacen que finalmente se brinde una postura sobre el panorama general de esta problemática jurídica.

## II. Origen histórico del Derecho penal económico:

Es claro que no existe una posibilidad de anunciar el tema sin hacer una breve referencia histórica al surgimiento de estos delitos, en el caso particular debemos entender Derecho penal, como todo el régimen sancionatorio estatal ante la descripción de conductas que se estiman desaprobadas, bajo esta tesitura la doctrina ha reseñado que el Derecho penal económico es tan antiguo como el Derecho penal, esto porque siempre hubo una norma que castigaba o sancionaba las estructuras económicas de las sociedades.

Esto ha llevado a Caro Coria (2016) a establecer que: *“Así, en la época romana, por ejemplo, se castigaba a quienes especulaban con los precios de los cereales o evadían impuestos. En la misma época, el emperador Diocleciano fijó los precios máximos de los productos y salarios sancionando bajo pena de muerte su inobservancia. Con la misma sanción y la confiscación eran castigados quienes sacasen determinado tipo de productos, en especial el hierro y las armas. Es también común apreciar en el Derecho romano sendos tipos penales represores de la adulteración de productos alimenticios.”*, por lo cual podemos observar que existen antecedentes del Derecho económico, en las raíces de nuestro ordenamiento jurídico penal, como lo es el Derecho romanista.

Esta materia, como todo el Derecho evoluciona según el contexto histórico y social,

lo que nos lleva hasta el punto de ir deslindándose como una temática independiente y ya reconocida durante el siglo XIX que se reconoce el Derecho penal económico en sentido propio, esto tiene sentido porque es para ese momento en que se da un auge de las actividades económicas mundiales, de una forma centralizada y dirigida, inicialmente en Europa.

## III. Concepto de Derecho penal económico.

Como se ha indicado, estas normas que tutelan las actividades comerciales han ido evolucionando, se ha dado su reconocimiento y la doctrina mayoritaria ha esbozado como criterio para su definición su objeto de protección. Podemos distinguir desde un concepto denominado restringido y un concepto amplio.

La postura del criterio restrictivo es la de Miguel Bajo Fernández, autor que justifica su definición por cuanto estima que un concepto amplio incide directamente en la concreción del bien jurídico, en particular el orden económico, la definición es la siguiente: *“conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”*<sup>1</sup>. Es decir, a partir de este concepto el objeto de protección sigue siendo un interés estatal, no de las personas intervinientes en la economía sino un interés de intervención estatal en la regulación de la economía, es un Derecho penal administrativo económico.

La propuesta del concepto amplio del Derecho penal económico viene dada por el autor Klaus Tiedmann, mismo que goza de mayor auge en la doctrina jurídico penal, esto por cuanto no solo protege el derecho del Estado en normar la economía, sino porque además, comprende aspecto de la producción, fabricación y distribución de bienes, es decir, la amplitud le permite que la tutela no

<sup>1</sup> Derecho-penal-económico-parte-general-y-parte-especial Libro Libro Libro.pdf (página 49)

sea únicamente la potestad estatal, sino que regule el comercio entre las personas, empresas y entes que se involucren en la vida económica. El Derecho económico protege: *“a todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica”*.<sup>2</sup>

Sobre el particular se estima que el concepto amplio resulta beneficioso, pese a que existen críticas por cuanto pareciera que la generalidad impediría el establecimiento de diferencias entre un delito de contenido patrimonial clásico y un delito económico. No obstante, hay argumentos que inclinan la balanza a favor de este concepto amplio, en particular la sociedad evoluciona rápidamente y el comercio de igual manera, esto hace que un concepto de tutela estatal puede quedar corto frente a las nuevas tendencias comerciales. El concepto estricto además limitaría el espectro de delitos a los que tengan o atenten contra intereses económicos públicos, (delitos monetarios, contrabando, delitos fiscales), mientras que desde la perspectiva amplia abarcaría un grupo de delitos mucho más vasto.

#### **IV. Concepto de Derecho penal empresarial**

Cuando se habla del Derecho penal empresarial y Derecho penal económico, se habla de conceptos en una relación de género y especie, aunque comúnmente se tratan como si fueran sinónimos no lo son por cuanto el Derecho penal empresarial es una subespecie del Derecho penal económico. Para acceder a la definición de Derecho penal empresarial, debemos iniciar con el concepto de empresa, la cual se ha considerado como una: *“organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de los bienes y servicios para el mercado”*<sup>3</sup>; anteriormente las legislaciones occidentales se basaban en el principio *societas*

*delinquere non potest*, que significaba que la empresa no tiene capacidad de delinquir, no obstante, esto se ha ido modificando con el paso del tiempo generando la posibilidad de atribuir conductas delictivas y pudiendo ser consideradas penalmente responsables por los delitos cometidos en su nombre o beneficio, como sucede en Costa Rica con la N° 9699. Por ello, los conceptos que han sido desarrollados en la doctrina contemplaban esta imposibilidad, así fue desarrollado por el autor Schünemann, Bernd, el cual proponía que el Derecho penal empresarial consistía en aquella que: *“por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa”*<sup>4</sup>. Dentro de este concepto amplio, debemos entender que hay lesiones tanto a intereses individuales como intereses colectivos de la propiedad privada y al orden económico en general. Algunos de los delitos que se podrían reseñar como parte de esta gama de tipos penales, corresponde a los delitos de insolvencia, estafa, administración fraudulenta, al igual que los delitos bursátiles y los fraudes al consumidor.

Como conclusión de este apartado, entonces podemos establecer que el Derecho penal económico, en la vertiente restrictiva, protegería únicamente los objetivos del Estado en la delimitación del Derecho penal económico, es por ello por lo que considero que la salida más efectiva al problema conceptual es la apertura a una definición amplia e integradora, que desde esa postura permita entonces abarcar la regulación en conjunto de todos los elementos de la actividad económica. De esta manera, se puede establecer que constituyen tipos penales del Derecho penal económico aquellas conductas que están penadas y que perjudiquen tanto intereses privados dentro del ejercicio de la vida económica, como también el ni-

<sup>2</sup> Derecho-penal-económico-parte-general-y-parte-especial Libro Libro Libro.pdf Pag 50.

<sup>3</sup> Citando a Sánchez Calero: Terradillos Basoco, J. Op. Cit., p. 13.

<sup>4</sup> Schünemann, B. (1988) “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. p. 531. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/46331>

vel global, es decir el orden económico y la regulación jurídica estatal en la producción, distribución, consumo de bienes y servicios.

## V. Características de la criminalidad económica

Es importante para la comprensión del tema, la delimitación de algunas de sus características, en la doctrina hay acuerdo sobre algunas de ellas, en este sentido han sido reseñadas Dino Carlos Caro Coria<sup>5</sup>, de la siguiente forma:

**a) Multiplicidad de sujetos activos.-** Al ser las empresas entes de carácter colectivo, sus actividades se desarrollan mediante la participación de múltiples sujetos que actúan para proteger los intereses del ente colectivo, lo que genera dificultades en la determinación de responsabilidad penal, sobre todo en empresas con complejos sistemas de distribución de funciones.

En estas organizaciones, la Sociología y la Psicología Social han denunciado el hecho que la actitud colectiva de los miembros de los entes empresariales varía en relación con su comportamiento individual, lo que lleva a la adopción de una "actitud criminal colectiva".

**b) Afectación de bienes jurídicos colectivos.-** Resulta evidente que las conductas en el seno de las agrupaciones tienden a afectar bienes jurídicos de carácter colectivo o macro social, ligados al propio funcionamiento del sistema social, como son, por ejemplo, el medio ambiente, el mercado de valores, el sistema socioeconómico, etc., intereses que resultan vinculados a la propia actividad de la empresa, macro entes que provocan lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de similar intensidad, todo lo cual deriva en la indeterminación de las víctimas afectadas, dando lugar al distanciamiento entre

agresor y víctima, con las dificultades probatorias que ello supone.

## c) Diversidad de nexos causales y problemas en la determinación de responsabilidades.-

Los procesos de producción, distribución y venta de bienes y servicios generan una serie de problemas en la determinación de la participación, hecho que es característico en las sociedades postmodernas."

Como vemos se trata de una delincuencia particular, donde no es posible establecer con claridad bajo las reglas básicas del Derecho penal, las responsabilidades por hechos delictivos, lo cual deviene en consecuencias prácticas muy evidenciables, como lo es la poca respuesta de los sistemas judiciales a nivel mundial contra los actos delictivos de las empresas.

La criminalidad económica, constituye entonces un fenómeno complejo, que impide la aplicación de las reglas clásicas del Derecho penal, para enfrentar el flagelo de la impunidad en estos delitos. Es claro, hasta aquí que no se trata de una criminalidad convencional, que tiene características, que desde el punto de vista de autoría y participación, generan gran dificultad a la hora de lograr la delimitación de ¿quiénes son las personas que deben ser considerados como imputados?

A esto podemos sumarle que existe un escaso interés del legislador por perseguir al delincuente de "cuello blanco", las razones vienen dadas por el perfil de este delincuente, que es de alto poderío económico y que por el sistema capitalista en que vivimos, no se presentan estos actos como una amenaza latente al *status quo*. En esta misma línea de pensamiento, se destaca el "Psicodrama de Mergen" reseñado por Burgos (2015) <sup>6</sup> que de manera estructurada establece los ras-

5 Caro, D. (2016) "Derecho Penal Económico". Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Perú, p. 44.

6 Burgos, A. (2015). Cuello Blanco y Delito. Revista de Ciencias Jurídicas N° 138 (57-88) Setiembre-Diciembre 2015. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35091.pdf>

gos del perfil del delincuente de delitos económicos, lo cual indica es por lo general de la siguiente manera:

- a. **Materialismo:** Este tipo de delincuente sólo le da valor a los bienes materiales, constituyendo un auténtico maniaco cuya tensión patológica se libera con la ganancia, siendo su psicología similar a la del jugador.
- b. **Egocentrismo:** (*propio del estado primario*). Como no logran alcanzar la efectividad que pretenden, esta soledad la compensan mostrándose caritativos y generosos.
- c. **Narcisismo:** De conformidad con el cual este tipo especial de delincuente es soberbio, insensible, sumamente inteligente, audaz y dinámico.
- d. **De Alta peligrosidad.** Por encontrarse exentos de límites éticos.
- e. **Hipocresía:** Mediante esta pese a ser sumamente fríos y calculadores se muestran generosos.
- f. **Hipocresía** Este especial tipo de delincuente posee una falta de conciencia de culpabilidad, debido a la ausencia de reacción social que los actos llevados a cabo por ellos producen.

Ahora bien, no se trata de generar una política criminal de Derecho penal de autor, es claro que estas características son sólo rasgos generales que incluso podrían evidenciarse presentes en algunos casos y en otros no, es una tesis sobre la que incluso debe afirmarse no existe consenso pero que para los efectos del presente trabajo permiten esbozar, algunas perspectivas desde la psicología que evidencian que no se trata de un delincuente convencional.

Es importante hacer ver también que existe escasa voluntad política para establecer tipos penales particulares en esta materia, esto lo podríamos definir como una débil criminalización primaria, “según TIEDEMANN, debido a que el “delincuente fuera del alcance de la ley” impide al legislador penal la criminalización de determinadas conductas

sobre la base del “poder social” que ostenta, dominio que el propio TIEDEMANN define como “la posibilidad de realizar su propia voluntad aún en contra de la resistencia de los otros participantes en la acción social”. En el caso alemán, la influencia del poder social de los “delincuentes fuera del alcance de la ley” en la formación de la ley penal se ha manifestado en la impunidad de los “en- tentes” (entendimientos de adjudicación), limitándose su represión al ámbito de lo administrativo sancionador.”<sup>7</sup> Si bien en nuestro país, existen varios tipos penales que atañen a la delincuencia económica, es evidente que no es algo que esté comúnmente en la agenda legislativa, por el contrario son los delitos contra la propiedad, la vida, la integridad física los que mantienen la discusión continua y vigente del Derecho penal.

Lo mismo sucede en el ámbito judicial y en la agencia policial, es decir, en los procesos de criminalización secundaria, existe un sesgo respecto a los otros delitos que podríamos definir como criminalidad común, si bien se conoce la existencia especializada de fiscalías y secciones de investigación de delitos económicos, estos cuentan con poco personal y bajo presupuesto, lo cual evidencia que no es una prioridad para el país, esta situación no es exclusiva de Costa Rica, sino que se generaliza en varios países, “al respecto Klaus TIEDEMANN estima que las dificultades de persecución penal se relacionan a la influencia corruptora que ejercen los “delincuentes fuera del alcance de la ley”, en la posibilidad de acceder a defensa judicial de mayor nivel y, principalmente, en la complejidad de las materias que el Derecho penal pretende regular, así es que en el ámbito del derecho fiscal, derecho de quiebras, derecho societario, etc., las garantías se transforman en obstáculos para la obtención de la verdad material.”<sup>8</sup>, así las cosas conociendo

7 Caro, D. (2016) “Derecho Penal Económico”. Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Perú, P.93

8 CARO, D. (2016) “Derecho Penal Económico”. Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Perú, P.93

este antecedente sobre este tipo de delincuencia es menester avocarnos a desarrollar el tema de autoría y participación, los principales problemas en la forma en que se imputan las circunstancias de codelincuencia, principalmente en cuanto al “hombre de atrás” en la figura empresarial.

## **VI. Autoría y Participación en el Derecho penal empresarial:**

A partir de la teoría del dominio del hecho, se generó la posibilidad de explicar la división entre autor, coautor, cómplice e instigador. Esta inició con Hegel, pero ha ido modificándose y se plantea con una argumentación desde el finalismo.

Así para poder definir la autoría Castillo (2006) ha establecido: “# 72.- De acuerdo con la teoría del dominio del hecho hay autoría cuando el autor tiene en sus manos el dominio del hecho en el sentido de “mantener en las manos el desarrollo del acontecimiento típico” (“In- den-Händen-Haltens des tatbestandsmäs-sigen Geschehensablaufs”). El autor del hecho es la “figura central” o la “figura clave” del acontecimiento, el cual dirige por medio de su decisión y que moldea conforme a su voluntad. Característicos de la autoría son por ello el dominio sobre la realización del hecho (“das Ob der Tat”) (dominio de la decisión “Ents-cheidungsherrschaft”) y el dominio sobre el cómo (forma) del hecho (“das Wie der Tat”) (“Gestaltungsherrschaft”)(p.103)”, esta es una teoría que ha permitido establecer la diferencia entre autoría y participación, no obstante, tiene problemas para poder definir bajo este criterio la autoría en todos los tipos penales, de forma tal que en los delitos de propia mano, especiales propios, y omisivos la separación de la autoría y participación se da en medio del criterio especial que el respectivo tipo penal requiere, es decir, lo que lo define es quien puede ser específicamente autor.

En cuanto a la participación accesoria se trata de la instigación y la complicidad, al respecto el autor ha sostenido, lo siguiente: “Las formas de participación- la instigación y la complicidad-son participación en el injusto ajeno. Las formas de participación son hechos dolosos, accesorios a la conducta principal, la cual debe ser un hecho antijurídico y doloso. La instigación y la complicidad, además del ataque al bien jurídico realizado por medio de la acción ajena, deben representar también un ataque al bien jurídico por el autor y por el cómplice. Conforme a la imputación objetiva, los actos de instigación y de complicidad deben provocar un aumento de riesgo para el bien jurídico.” (P.554), es decir, tradicionalmente el tema de la imputación se hace en calidad de autor, cómplice o instigador de forma general. Estos conceptos usualmente no representan mayores problemas, en temas de delincuencia común, no obstante, han surgido retos siempre para el juzgamiento de estructuras organizativas delincuenciales.

Pero en la delincuencia empresarial, los problemas son múltiples, existe una imposibilidad actual para definir cuál es la forma adecuada de penalizar los actos de empresa, como se castiga a los altos medios, como se castiga al “hombre de atrás”, “los sujetos de arriba”, e incluso cual es la responsabilidad de los ejecutores, también existen problemas para la determinación de la responsabilidad individual de los miembros de la empresa ya que ocurren dentro del marco de una estructura jerárquica, lícita y donde tienen deber de obediencia con respecto a sus empleadores, en igual término existen dudas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que es la forma en que están constituidas por lo general las empresas.

Como se observa son muchos los temas que existen alrededor del Derecho penal empresarial, pero en este apartado de autoría y participación se abordaran de forma general algunas de las principales formas en que se ha tratado de dar solución a la imputación del “hombre de atrás”, en el marco de este

9 González Castillo, F. (2006). Autoría y Participación en el Derecho Penal. Editorial Jurídica Continental. P.105.

voluble tipo de delincuencia empresarial.

### **a) Tesis de la Coautoría: Los superiores jerárquicos como coautores**

Como se estableció líneas atrás, el tema de los delitos cometidos dentro del contexto de la empresa trae como consecuencia que existan supuestos facticos en los cuales las personas que cometen o ejecutan los hechos delictivos, tengan por completo el dominio del hecho. Esto atenta directamente con lo que conocemos como elementos fundamentales de la coautoría y que también fueron reseñados anteriormente bajo la teoría del dominio funcional del hecho. Es decir, que no es posible bajo estos fundamentos dogmáticos imputar una coautoría al superior jerárquico del ejecutor, pues no tiene dominio del hecho, incluso en ocasiones desconoce hasta la identidad de la persona que lo realiza. Es por ello por lo que dentro de este marco dogmático esta figura ha sido abandonada como respuesta a esas delincuencias por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

No obstante, existe una teoría disidente respecto a la posibilidad de imputar en coautoría y que ha ganado fuerza en los últimos años, el máximo exponente de esta teoría es el Dr. Günther Jakobs quien propone un entendimiento de la coautoría de forma muy particular, así ha indicado que solo tendría que cumplir con alguna de estas tres manifestaciones del dominio del hecho como criterio objetivo para determinar la coautoría en un hecho delictivo:

- i. el dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva** (dominio del hecho formal),
- ii. dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho** (dominio del hecho material como dominio de la decisión) y
- iii. el dominio del hecho a través de la configuración del hecho.** En esta medida, para este autor la autoría se define como

dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho.<sup>10</sup>

Así bajo la teoría de Jakobs de la coautoría, se permite atribuirle al "hombre de atrás", los hechos en coautoría, para él no es tan importante la intervención del sujeto en la fase ejecutiva, sino la configuración del hecho y particularmente la posibilidad que tiene el superior de decidir en ella.

En el libro Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, el Dr. Kai Ambos (2008) ha criticado la doctrina de Jakobs y en general la postura que sostiene la posibilidad de imputar por medio de la figura de la coautoría por las siguientes razones: *"En contra de esta posición se ha dicho que vulnera el modelo legal de la coautoría; esto es, la comunidad en la ejecución del hecho. Ante todo, falta la decisión conjunta de realizar el hecho entre quien ordena y el ejecutor, pues normalmente no se conocen entre sí. Empero, esta condición es irrenunciable, pues sin ella se pierden totalmente los contornos de la coautoría. Además, el hombre de atrás no realiza ninguna contribución para la ejecución conjunta del hecho y, precisamente, esto es lo que sirve para delimitar la inducción frente a la autoría mediata. Este punto de vista desconoce, particularmente, que la realización en coautoría se basa en una estructura horizontal, mientras que en los casos en cuestión predomina una estructura vertical entre el que ordena y el subordinado. La Corte Suprema Federal alemana habla, en tanto, de una "distancia espacial, temporal y jerárquica. Finalmente, es imposible resolver en la práctica casos de criminalidad masiva con 10.000 coautores."*<sup>11</sup>

### **b) Tesis de la autoría mediata: Teoría de la Autoría Mediata por Instrumentos de Poder:**

<sup>10</sup> Günther, J (1997) *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Madrid: Marcial Pons), 749-755.

<sup>11</sup> Ambos, K. (2008) Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf>

La doctrina penal ha tratado de solventar el problema de la imputación del hombre detrás del ejecutor de los actos materiales a través de la **teoría de la autoría mediata por instrumentos de poder**. Esta fue diseñada por Roxin en el año 1963, sobre la cual el autor indicó: “en la actualidad ha cobrado gran importancia internacional. Puesto que la Corte Penal Internacional en la Haya ha basado varias sentencias en esta construcción, para poder castigar las cabezas de organizaciones delictivas como autores de los delitos cometidos bajo su responsabilidad. Incluso la Corte Suprema de Justicia de Perú, se apoyó en todos los extremos de mi doctrina, cuando condenó al ex presidente Fujimori como autor de los delitos que sus órganos de seguridad cometieron por sus órdenes.”<sup>12</sup>, de forma tal que podemos evidenciar que fue diseñada con el fin de lograr el juzgamiento de miembros altos de la estructura nacional-socialista, que ordenaron la ejecución de crímenes de lesa humanidad cometidos durante el gobierno de Adolf Hitler en Alemania, la particularidad es que bajo las convencionales estructuras dogmáticas de la teoría del delito de la época, no era posible atribuirles en grado de autoría inmediata pues los hechos eran cometidos por otros ejecutores incluso ignorados por los miembros más altos de la organización.

Tampoco se podía a través de la autoría mediata, pues se trataba de instrumentos dolosos, ya que el ejecutor realizaba las conductas de forma consciente y dentro del marco de una organización de poder que incluso en ocasiones desconocía los detalles y particularidades de cada acto delictivo en particular, por lo que había ausencia de plan común, de dominio del hecho, circunstancias que llevaron a Roxin al diseño de dicha teoría, al respecto el autor de cita indicó: “No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecional-

mente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada”, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá”<sup>13</sup>. Luego de lo anterior podemos ver que se trata de una posibilidad novedosa para la época y que contiene una serie de elementos o requisitos que deben ser expresados para su adecuada comprensión, estos son los siguientes:

**A.** Dominio de la organización. Dice Roxin: “Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito”.

**B.** Fungibilidad del ejecutor. El ejecutor es un sujeto libre y responsable que, por tanto, responderá penalmente como autor inmediato, pero la peculiaridad es que es un ser anónimo y sustituible, que, sí, domina la acción (y, por ello, también es autor), pero sigue siendo un engranaje reemplazable en la maquinaria del poder, de modo que el sujeto de atrás puede contar siempre con que alguien cumplirá su orden y domina siempre así el acontecer típico.

**C.** Por último, Roxin exige que se trate de aparatos de poder al margen o desvinculados del Derecho, pues, de lo contrario, lo normal es que no existan sujetos dispuestos a cumplir órdenes antijurídicas, decayendo toda la construcción en ese caso. Ello significa que si bien Roxin admite la posibilidad

12 Claus R. (2015). Estudios de Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica P. 38.

13 Márquez Cárdenas, Á. (2004). La autoría mediata en derecho penal. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia, pág. 244.

de esta forma de autoría mediata en organizaciones criminales distintas de los aparatos estatales de poder en regímenes fuera del Derecho (como organizaciones mafiosas, terroristas, etc.), la descarta para la delincuencia en empresas.<sup>14</sup>

Debe indicarse, que de la investigación realizada se ha logrado observar que esta teoría ha sido utilizada en Colombia y otros países, para equipararlo a organizaciones criminales de narcotráfico y otras delincuencias, no obstante, desde su concepción fue diseñada con otros fines como aquí se ha reseñado.

En cuanto a las principales críticas respecto al uso de la teoría de la autoría mediata mediante estructuras de poder, para el caso de los delitos económicos y en particular en lo referente al hombre de atrás en el Derecho penal de empresa, se le hacen críticas para la aplicación de esta teoría, ya que no es posible establecer la fungibilidad del ejecutor dentro de la empresa, también que en ocasiones se consideran sujetos tan especializados que difícilmente podrán ser considerados como fungibles.

Otra crítica que se le hace a esta teoría es que pese a que el *sujeto de atrás* pueda contar con la seguridad o la alta probabilidad de que el hecho será realizado con independencia de la persona del ejecutor, esto no pasa de ser una hipótesis que no fundamenta el dominio fáctico del instrumento en el caso concreto, esto es importante porque evidencia que aunque exista esta fungibilidad, el problema es que existe la posibilidad de que el ejecutor tenga plena libertad y responsabilidad sobre el curso causal de la acción de forma tal que no existiría dominio del hecho en el caso concreto.

Pero la crítica principal corresponde al principio de responsabilidad, la inmensa mayoría de las críticas se dirige a la vulneración por Roxin del principio de responsabilidad, en el

sentido de que es contradictorio suponer a la vez que un sujeto es libre y responsable y un instrumento en manos de otro. Esto se suma a la crítica sobre la aplicación de esta teoría al Derecho penal de empresa, consistente en que el elemento de fungibilidad no siempre está claramente presente en la estructura de la empresa, como si puede asumirse en organizaciones criminales, siendo que, en el caso de la empresa al ser una entidad regulada para la realización de actividades económicas, no siempre puede ponerse de manifiesto puesto que quien entra en ella no ingresa a ella para cometer delitos.

Debe indicarse que, pese a las críticas, hay ordenamientos jurídicos que han incorporado en sentencias estas teorías para el juzgamiento de los casos de Derecho penal empresarial, (sentencia del Tribunal Supremo Alemán (BGH) de 26 de julio de 1994 (BGHSt 40, 218<sup>15</sup>) no obstante, el mismo Roxin, autor de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, la considera sólo válida para los aparatos organizados criminales y no para la criminalidad de estructuras lícitas, como es el Derecho empresarial. Es por ello por lo que existen además otras tesis para lograr evitar la imputación en la codelincuencia del hombre de atrás y demás miembros de la organización empresarial, intentando evitar la impunidad a partir de la ausencia de criterios dogmáticos claros para la atribución de las acciones ejecutadas dentro del ámbito del Derecho penal de empresa.

### **c) Tesis de la Instigación o Inducción:**

Siempre enfocándonos en el tema del "*hombre de atrás*", hay quienes han tratado de evitar la impunidad de este sector a través de la figura de la inducción, la lógica que persigue esta teoría consiste en que los eslabones intermedios de la cadena no pueden

14 Díaz M. y García C. (2007). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. *Enero - Junio*. Nuevo Foro Penal, No. 71. P.133-134.

15 Se trata de un caso en el cual se juzgó a los altos de organización a los altos mandos de la antigua República Democrática alemana por la muertes producidas por los soldados que resguardaban el muro de Berlín, pero la particularidad de dicha sentencia es que indica que esta teoría es capaz de ser utilizada delitos organizados, mafiosamente, o delitos cometidos en el ámbito de la empresa.

quedar impunes bajo las reglas de la participación. Recordemos que la instigación es la determinación a otro de una acción típica, dolosa y antijurídica, sobre el tema hay dos maneras de ser vista bajo la fórmula de la igualdad de condiciones o bajo el principio de prohibición de regreso, así lo indica el Dr. Castillo (2015) cuando establece: “La acción del instigador no es causal para el resultado. Sin la aplicación de la categoría de la prohibición de regreso, y si aplicáramos la teoría de la igualdad de condiciones, el instigador sería autor. Además de que en la instigación vale la prohibición de regreso, la exclusión de la autoría del instigador ocurre por la naturaleza accesoria de la instigación, dispuesta por el legislador en el art. 46 cód. pen., y por su consecuencia, que es el concepto “restrictivo” de autor”<sup>16</sup>, bajo esta premisa de la prohibición de regreso, que es la postura seguida en Costa Rica, la acción del instigador no es causal para el resultado y por ende no puede ser equiparado a autor, sino a un grado inferior de cooperación en el resultado.

En lo que respecta al concepto de instigación o inducción como es conocido en otros países, podemos establecer que existe consenso en definirlo como: “Inducción es la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar la resolución delictiva, pero no toma parte en el dominio del hecho mismo. De este modo se diferencia la inducción de la coautoría (...)”<sup>17</sup> Ya propiamente en cuanto al tema de los altos mandos y directivos de una estructura jerárquicamente organizada, como el caso de una empresa, se pretende calificar bajo esta figura su participación, lo cual presupone que el ejecutor tiene absoluta libertad en la realización o no del hecho delictivo, sin ningún tipo de instrumentalización como en la autoría mediata, lo cual no necesariamente ocurre en todos los casos.

16 González Castillo, F (2006). Autoría y Participación en el Derecho Penal. Editorial Jurídica Continental. P.367.

17 Hans-Heinrich, J. (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (Granada: Comares), p.738.

En cuanto a las críticas a la figura de la instigación, el Dr. Kai Ambos (2008) ha indicado: “En contra de la instigación se han planteado innumerables argumentos, todos ellos convincentes: la instigación presupone la determinación del hecho y del autor, la que, normalmente, debe rechazarse en estos casos. No se presenta ninguna situación típica propia de la instigación. Al hombre de atrás, en tanto dispone de un potencial lesivo del derecho mucho más grande, le es suficiente una orden ya que no tiene necesidad de buscar y convencer al ejecutor directo. La “mera” instigación no aprehende correctamente la situación; sólo la autoría exterioriza los valores estructurantes de las categorías jurídicas y no contradice los principios sensatos de una imputación social, histórica y también jurídica.”<sup>18</sup>

#### **d) La teoría de la autoría omisiva: Responsabilidad penal por los superiores jerárquicos como intervinientes omisivos:**

Esta propuesta de imputación para los superiores jerárquicos de empresas, está siendo utilizada por la doctrina como una nueva forma para la atribución de responsabilidad penal del hombre de atrás. Como los delitos omisivos son un no hacer, se establece una atribución a la ausencia de reacción para la evitación del resultado, lo cual se explica negativamente por una no acción de una conducta debida que hubiese impedido la afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. A esta ubicación ontológica del ser humano, llamada posición de garante, se le endilga la responsabilidad de hacer o prevenir, con ocasión de las particulares condiciones en que se encuentre el sujeto.

Sobre el concepto de posición de garante nos dice Roxin lo siguiente: “Según la doctrina reciente, en cambio, la posición del omitente ante el bien jurídico violado brinda la clave para la equiparación de la problemá-

18 Ambos, K (2008) Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf>

tica. La posición de garante se origina o en la obligación de controlar los peligros inminentes para los bienes jurídicos ajenos dentro de la esfera propia de dominio. O resulta de la obligación de proteger ciertos bienes jurídicos, de cuya protección frente al posible perjuicio por otras personas, alguien se ha responsabilizado. En el primer caso se trata de la posición de garante vigilante, en el segundo de la posición de garante protector.<sup>19</sup> A partir de ello podemos entonces establecer la existencia de una dualidad en la posición de garante, un vigilante y otro protector. La posición de garante vigilante por ejemplo, la tienen los dueños de las fábricas respecto del mantenimiento de las máquinas o propietarios de un hotel o restaurante respecto al mantenimiento de sus condiciones, por lo cual podrían bajo esta tesis ser responsables por la lesión corporal por omisión derivadas de un estado defectuoso del equipo de trabajo de sus empleados. Dentro de los requisitos objetivos para la atribución del delito omisivo, al igual que en el delito activo en los tipos penales de resultado, debe ser posible la atribución de la producción del resultado dañoso, es decir, que sea producto de una generación de un curso de riesgo desaprobado o bien que no se haya realizado una conducta para la contención de ese riesgo.

En cuanto a la posición de garante en el Derecho empresarial podemos indicar que, al respecto se ha indicado: *“Para proceder a imputar un resultado a una omisión será necesario que el omitente tenga un deber especial de contención del riesgo o de protección de otro que luego se ha concretado en el resultado. A ese deber le denominamos deber de garantía. Además, hará falta una valoración añadida del significado de esa omisión: hará falta que su desvalor nos parezca similar al de la acción generadora del mismo resultado.”*<sup>20</sup>, la posición de garante en el Derecho penal empresarial, al igual que

en todos los delitos omisivos, tiene su fuente en la ley, el contrato y en el actuar peligroso precedente.

Se habla en el Derecho penal de empresa de la posición de garantía del titular de la empresa, donde el dueño de la empresa es garante respecto a las fuentes de riesgo dentro del ámbito de dominio, al respecto se ha indicado: *“En la propia razón de ese deber de garantía están sus límites, a mi juicio, en justa y clave restricción respecto a cualesquiera delitos de empresa que, como veremos, resulta muy discutida. El empresario no es garante en relación con todos los peligros que para terceros surjan de su empresa, sino solo en relación con aquellos que sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro, lo que ocurrirá notoriamente con los riesgos laborales o para el medio ambiente, con los que puedan provocar derrumbes o explosiones, o con el riesgo que para la salud de los consumidores pueda suponer el consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquella, por poner algunos ejemplos. Tampoco parece merecer mayor discusión la posición de garantía de la empresa respecto de las personas, objetos o datos cuyo cuidado se encomienden a la empresa. En este caso la fuente del deber de garantía sería la delegación.”*<sup>21</sup>.

Siempre en el análisis de ¿hasta dónde llega la posición de garante del hombre de atrás? se ha indicado: *“Se señala que el mencionado dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material) o puede proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio personal).”*<sup>22</sup>, desde esa perspectiva también se ha establecido que estos riesgos pueden emanar de lo que sus

19 Claus R. (2015). Estudios de Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica. P. 38

20 De la Mata Barranco, N. y otros (2024). Derecho Penal Económico y de la Empresa., Editorial Dykinson. P.125

21 De la Mata Barranco, N. y otros (2024). Derecho Penal Económico y de la Empresa., Editorial Dykinson. P. 127

22 Peñaranda Ramos, E. (2010). “Autoría y participación en la empresa”, Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 11 Mayo: p.404.

empleados hacen en la empresa, que sería la forma de poder ligar la acción del ejecutor con una falta al deber de garante del administrador, al respecto se ha establecido: *“De esta manera, los superiores jerárquicos asumen, voluntariamente, una función de control de los hechos con relevancia penal que se susciten en la empresa sea que las fuentes de peligro la constituyan sus subordinados o las maquinarias o instrumentos de la empresa. El empresario, por tanto, adquiere competencia para contener los riesgos de su actividad empresarial que le exige en el caso concreto vigilar y adoptar medidas necesarias para evitar que se vulneren antijurídicamente bienes jurídicos.”*<sup>23</sup>

Así el administrador de una empresa podrá ser imputado a título de omisión por la acción realizada por un subordinado de la empresa, sobre el cual tenía una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad económica de la empresa, este deber lo puede incumplir: 1. Si no vigila al delegado y 2. Si no corrige dicha acción. De igual forma hay acuerdo en la doctrina de si se trata de una decisión colectiva de los administradores, solo cometen el delito correspondiente por acción quienes la hayan adoptado con su voto.

Sobre las críticas a esta teoría principalmente se ha indicado lo siguiente: *“La primera solución, que luego abordaremos, no termina de resolver el problema en los casos en los que el administrador no posee una posición de garantía por no tratarse de un riesgo imbricado en la actividad de la empresa. Y considerarlo en todo caso como garante por su actuar precedente peligroso por el hecho de impartir la orden no deja de ser una sobrevaloración de su aportación como partícipe, que terminaría convirtiendo a todos los partícipes activos en autores omisivos.”*<sup>24</sup>, es decir, la crítica se resume en que no en todos los casos es aplicable porque no en todos los

casos el hombre de atrás tiene esa posición de garante, en segundo lugar, consideran algunos que es una sobredimensión del papel del hombre de atrás en la codelincuencia pues se extrapola su rol de partícipe a autor omisivo.

Desde mi postura personal observando ligeramente la discusión, considero que para algunos casos desde esta postura, es posible resolver adecuadamente la imputación por medio de la omisión, ya que puede ser una vía idónea en cuanto a los comportamientos de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa y principalmente para atribuir una responsabilidad de vigilancia y control de las empresas sobre el comportamiento de los ejecutores dentro de la organización jerárquica de la empresa. Desde la visión de la posición de garante, al administrador u hombre de atrás como se ha indicado en la doctrina se le atribuye un rol no sólo en la ejecución de la actividad riesgosa que explota económicamente, sino además por los actos y hechos que puedan afectar a bienes jurídicos de terceros y sobre los cuales se pueda establecer una posibilidad de evitar y contener.

## VII. Conclusiones

De conformidad con lo antes expuesto, luego de finalizar la presente investigación se ha podido arribar a los siguientes resultados:

- El concepto de Derecho penal económico es principalmente un tema de índole dogmático pero que tiene incidencia práctica, esto por cuanto la discusión de si debe definirse de forma amplia o cerrada, tiene implicaciones en el grupo de delitos que se incluyen dentro de esta área del Derecho penal, por lo cual de lo estudiado hasta acá resulta conveniente la conceptualización abierta del Derecho penal económico.
- El Derecho penal de empresa, es una subespecie del Derecho penal económico y se fundamenta en el tipo de delin-

23 Silva Sánchez, J. (2013). Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, (Madrid: Edisofer), p.86.

24 De la Mata Barranco, N. y otros (2024). Derecho Penal Económico y de la Empresa., Editorial Dykinson. P. 124

cuencias que son realizadas dentro del ámbito de una institución base del comercio como es la empresa, sus características son particulares tanto en la ejecución y participación de sus ejecutores, como las notas que se han evidenciado individualizan a los delincuentes de cuello blanco.

- En el tema de autoría y participación, no existe unanimidad sobre cuál es la teoría adecuada para la imputación de la co-delincuencia empresarial y principalmente sobre el aporte del llamado “hombre de atrás”, existen sentencias a nivel mundial que utilizan una u otra postura.

A la luz de los hallazgos mi postura sobre la autoría y participación del “hombre de atrás” en el Derecho penal de empresa se puede resumir de la siguiente forma:

- Desde la coautoría existe gran dificultad para señalar al “hombre de atrás”, las críticas realizadas por los autores de referencia en la presente investigación denotan, que no se toma en cuenta que el hombre de atrás y el ejecutor no actúan en una relación horizontal típica de la coautoría.
- La postura de la instigación, pese a que podría resultar desde un punto de vista de la dogmática jurídica compatible con los elementos clásicos de esta figura, no deja de ser un instrumento para penalizar la participación accesorio, por lo cual tiende a invisibilizar que la responsabilidad del “hombre de atrás” puede contener mayor reproche que el mismo ejecutor.
- La figura de la *autoría mediata por medio de instrumentos de poder* podría ser la mejor opción y es sostenida mayoritariamente según lo establece el autor de referencia en esta investigación, Dr. Kai Ambos (2008), no obstante tiene problemas conceptuales desde su estructura que tornan compleja su adecuación a los delitos empresariales, por las razones dichas, porque fue formulada por Roxin para otros fines, porque además para el tema de la fungibilidad, debería entonces partirse del supuesto de una “empre-

sa delictiva”, lo cual no es compatible con el concepto jurídico de empresa. Sin embargo, la teoría del dominio por organización, es en definitiva convincente, pero necesita una mejor estructuración para poder ser utilizada.

- En cuanto a la omisión impropia, considero que para algunos casos desde esta postura, es posible resolver adecuadamente la imputación por medio de la omisión, ya que puede ser una vía idónea en cuanto a los comportamientos de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa y principalmente para atribuir una responsabilidad de vigilancia y control de las empresas sobre el comportamiento de los ejecutores dentro de la organización jerárquica de la empresa, pero al igual que en las teorías anteriores, no es posible para todos los supuestos.
- Al igual que varios autores, concluyo diciendo que el tratamiento debe darse caso por caso y no existe una posibilidad de hablar de una solución franca y categórica capaz de involucrar todos los supuestos, ni es posible imputar a todos los miembros de una empresa que tuvieron participación, ni tampoco es algo que deba presumirse como presente en cada caso de Derecho penal empresarial, ya que los supuestos son diferentes y a veces el mismo ejecutor goza de un margen de libertad que lo hace responsable por sus propios actos de manera individual.

### **Bibliografía:**

Ambos, K. (2008). Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: Un estudio comparado. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf>

Bajo, M. (2010). Derecho penal económico. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Burgos, A. (2015). Cuello blanco y delito. Revista de Ciencias Jurídicas, (138), 57–88. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35091.pdf>

Claus R. (2015). Estudios de Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica.

Contreras, J. (2012). Apuntes de derecho penal económico. Edición ICED.

Coria, D. (2016). Derecho penal económico. Parte general. Jurista Editores E.I.R.L.

De la Mata, N. (2024). Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dickinson.

Díaz y García Conlledo, M. (2007). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. Nuevo Foro Penal, (71), enero-junio.

González Castillo, F. (2006). Autoría y participación en el derecho penal. Editorial Jurídica Continental.

Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

Jescheck, H.-H. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. Santiago Mir Puig). Granada: Comares.

Márquez Cárdenas, Á. (2004). La autoría mediata en derecho penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Peñaranda, E. (2010). Autoría y participación en la empresa. Gaceta Penal & Procesal Penal, (11), mayo.

Roxin, C. (2015). Estudios de derecho penal. Ediciones Nueva Jurídica.

Schünemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Silva Sánchez, J. (2013). Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, (Madrid: Edisofer), p.86.

Tiedemann, K. (s.f.). Delito y abuso de poder (pp. 239–240). En Bramont-Arias Torres, L. &

García Cantizano, M. del C. Manual de derecho penal. Parte especial (4ª ed. aum. y act.).

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

Edición 18 / 1, Agosto 2025

Costa Rica