

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA

SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA
PERSONA JURÍDICA EN COSTA RICA**

ELABORADO POR

LUIS MIGUEL MORA HERRERA

SAN JOSÉ, COSTA RICA

2017

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA

SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 16 de septiembre del 2017.

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

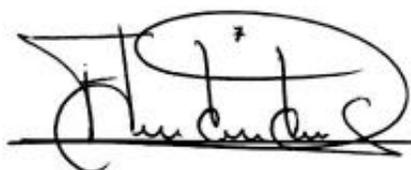
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado "La falta de regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Costa Rica", elaborado por el estudiante Luis Miguel Mora Herrera, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico MÁSTER PROFESIONAL EN DERECHO PENAL.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos Finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Flor Sidey Salazar Fallas', with a stylized flourish at the end.

Msc. Flor Sidey Salazar Fallas.

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA

SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL LECTOR DEL TRABAJO FINAL DE
GRADUACIÓN**

Heredia, 16 de septiembre del 2017.

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado "La falta de regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Costa Rica", elaborado por el estudiante Luis Miguel Mora Herrera, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico MÁSTER PROFESIONAL EN DERECHO PENAL.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos Finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Miguel Fernández Calvo", written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

Msc. Miguel Fernández Calvo.

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA

SEDE HEREDIA

CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL FILÓLOGO DEL TRABAJO FINAL
DE GRADUACIÓN**

Heredia, 16 de septiembre del 2017.

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado "La falta de regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Costa Rica", elaborado por el estudiante Luis Miguel Mora Herrera para optar por el grado académico MÁSTER PROFESIONAL EN DERECHO PENAL.

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de ustedes cordialmente,



Lic. Mario Bonilla Flores

Carné #5670 COLYPRO.

CARTA DE AUTORIZACIÓN DEL AUTOR PARA EL USO DIDÁCTICO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Yo, Luis Miguel Mora Herrera, autor del Trabajo Final de Graduación de la Maestría Profesional en Derecho Penal titulado “La falta de regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, autorizo a la Universidad Latina de Costa Rica para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página web institucional, así como medios electrónicos en general, internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos dentro o fuera de la Red Laureate, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que ahí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de esta.

La presente autorización se extiende el día 16 de septiembre del 2017 al ser las ocho horas treinta minutos. Asimismo declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: que soy el autor del presente trabajo final de graduación, que el contenido de dicho trabajo es obra original del suscrito y de la veracidad de los datos incluidos en el documento. Eximo a la Universidad Latina; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier

cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, rounded loop on the left and several vertical and diagonal strokes on the right, crossing the text below.

Luis Miguel Mora Herrera.

RESUMEN EJECUTIVO

En las siguientes páginas se expondrá de una forma objetiva la falta de regulación de la persona jurídica en Costa Rica, de manera que se analizarán los temas y circunstancias que delimitan a la empresa como posible sujeto activo del derecho penal.

El problema en síntesis trata sobre la utilización de las figuras empresariales modernas para disuadir la responsabilidad penal, y cómo los actuales planteamientos del derecho penal nacional no permiten aplicar una pena a las personas jurídicas que se encuentran detrás de la criminalidad económica.

Haremos un planteamiento a favor de la pena contra la persona jurídica, ello siempre a partir de la estructura jurídica actual para así señalar cuáles son las principales problemáticas del estado de la criminalidad empresarial que no permiten su persecución penal a nivel nacional.

Una vez con esa información, se propondrán determinadas reformas sobre puntos clave como el concepto de persona, la acción penal y su imputación, la culpabilidad y la pena en contra de la persona jurídica. Esos ejes temáticos constituyen el contenido del estado actual de las reformas a nivel internacional, en donde ha sido posible la sanción de la empresa como actual actor del comercio mundial.

Ello permitirá concluir que en el ordenamiento jurídico penal nacional, la empresa, a pesar de constituir un ente modificador de la realidad social mediante el ejercicio de su plena capacidad jurídica de actuar, no encuentra tratamiento ni referencia alguna que sea proporcional a la clase de delincuencia económica moderna a la cual nos enfrentamos.

Dicha omisión en regular debidamente el tema comprende al menos dos corolarios, primero un gasto excesivo del presupuesto nacional en políticas criminales y administrativas redundantes, que no logran disminuir la comisión de

determinados delitos debido a que no se centraliza el poder punitivo en contra de la persona jurídica y por tanto, no se rebate directamente la fuente del problema.

Asimismo tenemos que Costa Rica al no contar con legislación clara respecto a la imputación individual y colectiva desarrolla día a día su jurisprudencia en lesión a los principios más arraigados del debido proceso.

Es de esa manera como nos enteramos que el desarrollo de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica parte de una acción penalmente relevante ejecutada un sujeto activo plenamente reconocido, un hecho de conexión que siga criterios finalistas, para así culpar a la empresa como conglomerado organizado que constituye con base en una imputación objetivo por el riesgo creado que permita fundamentar su pena. Sin embargo para ello, son necesarias las consideraciones que veremos en el desarrollo de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

	PÁG.
I.- CAPÍTULO PRIMERO: PROBLEMA Y PROPÓSITO.	1.
I.A.- ESTADO ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN.	2.
I.B.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	17.
I.C.-. PROPÓSITO.	18.
I.D.-JUSTIFICACIÓN.	20.
I.E.- OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS.	23.
II.- CAPÍTULO SEGUNDO: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.	24.
II. A.- ¿QUIÉN –qué- ES PERSONA EN EL DERECHO COSTARRICENSE?	25.
II. B.- LA ACCIÓN PENALMENTE RELEVANTE Y LA IMPUTACIÓN A LA EMPRESA.	30.
II. C.- LA PONDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL JERARCA.	35.

	PÁG.
II. D.- LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD Y LA PERSONA JURÍDICA.	40.
II. E.- LA CULPABILIDAD DE ORGANIZACIÓN: ¿Es suficiente la falta de control?	48.
II. F.- LA PENA A LA PERSONA JURÍDICA.	52.
III.- CAPÍTULO TERCERO.	61.
III. A.- METODOLOGÍA.	62.
IV.- CAPÍTULO CUARTO	63.
IV.A.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	64.
V.- CAPÍTULO QUINTO.	70.
V.A.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	71.
PÁGINAS FINALES: BIBLIOGRAFÍA.	

!

CAPÍTULO PRIMERO

I.A.- ESTADO ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN.

Al momento de preguntarnos por el estado actual de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Costa Rica y su desarrollo, de inmediato denotamos que esa falta de regulación es consecuencia directa de la problemática que se expondrá en el siguiente acápite.

Ese estado actual de la cuestión, mismo que sustenta la idea de castigar penalmente a la empresa, ha reconocido al menos dos preludios. Primeramente, acepta que nos encontramos ante una colectividad organizada de personas, objetos y fines, misma que merece distintas consideraciones a las aplicadas en el proceso penal ordinario en contra de una persona física. Y segundo, que responsabilidad se entiende como esa legitimación para accionar en contra de una persona jurídica que surge en virtud de ser considerado persona por la sociedad y por el derecho.

En este sentido Bacigalupo (2001) afirma incluso que desde el derecho romano se reconocía aquella diferencia entre la corporación *universitas* y sus miembros *singuli*, para distinguir entre sus derechos y obligaciones. Lo anterior demuestra el inicio de un desarrollo histórico que acepta la idea de encontrarnos ante cuestiones distintas, y por lo tanto es ineludible para nosotros pensar en la problemática detrás de la impunidad de las personas jurídicas.

Ese desarrollo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, denota que la ilustración y el individualismo liberal de la Revolución Francesa, así como el intento de suprimir toda corporación por parte de la monarquía absoluta para centrar todo el poder en la hegemonía única del monarca, trajo consigo una evolución del poder del Estado en donde poco a poco se fueron suprimiendo las capacidades e independencia de las agrupaciones como un mecanismo de concentración del poder en las autoridades estatales. Los ideales de libertad e individualidad que permearon a la ilustración dejaron de lado el tema para centrarse en la persona como centro de todo sistema.

A lo anterior se le suma la época del nacionalsocialismo en Alemania, al respecto Llobet comenta que (2015), el Estado asumió la mayoría de atribuciones existentes, de manera tal que la responsabilidad penal de la persona jurídica quedó relegada al poder de ese gran aparato estatal que pretendía abarcar la actividad económica de ese país para esos momentos.

La doctrina sobre la responsabilidad de las empresas parte de la máxima romana *societas delinquere non potest*, sin embargo a partir del siglo XX han surgido nuevas hipótesis de hecho que obligan a preguntarse cuál es la mejor manera de regular el tema.

Una de las primeras lesiones al bien jurídico tutelado que tuvo que analizar el derecho penal a nivel mundial fue la persecución de los delitos ambientales, y los efectos de ello se dejan ver en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. En nuestro país existen ciertos y determinados delitos en perjuicio del medio ambiente, muchos se tipifican en la Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317 del 07 de diciembre de 1992, de manera tal que al enterarse un ente competente –el Ministerio Público- de la comisión de un delito de esta naturaleza, debe perseguirlo con fines condenatorios.

Sin embargo, como veremos más adelante, en la mayoría de ocasiones son las compañías las encargadas de establecer protocolos de actuación para sus empleados, de forma tal que este último no tiene la opción de desobedecer si cometer o no el delito al contaminar un río o bien al utilizar químicos en la tierra prohibidos por la ley especial. Es claro que esa persona física actúa sin dolo, es mandado por el autor mediato.

De esa forma la criminalidad ambiental permitió los primeros avances en la materia, en vista de que es la empresa la que en última instancia lucra con la actividad comercial de donde se desprende la lesión al medio ambiente como bien jurídico, y a su vez, existe esa dificultad para imputarle al servidor el cumplimiento de la orden debida. Lo anterior claramente difumina la atribución de un delito a la

persona física que actúa y también a las personas que se encuentran detrás de la empresa.

Al respecto es relevante la forma en cómo poco a poco nos encontramos dentro de supuestos fácticos que son producto de la vida en comunidad y que en definitiva han ampliado el margen de acción del derecho penal. Teorías como la expuesta por Beck (2006) referente a *la sociedad del riesgo* demuestran la antelación debida de la normativa penal de fondo, de manera que se prevén las hipótesis de hecho en donde pueda resultar lesionada la vigencia de alguna norma, y con ello la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Ante lo anterior el derecho penal ha evolucionado notablemente hacia estándares de mayor seguridad. Tomar en cuenta la realidad social, dar el paso desde la ética hasta el ámbito social, es tarea que en definitiva se relaciona con esa delimitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si esta es capaz de modificar el entorno social, de igual manera deben ser atribuidos los resultados dañosos de esa participación comunitaria.

De tal manera que la criminalidad económica en Costa Rica se encuentra ante una difícil tarea, veremos aquí cómo no se le ha prestado la debida atención a la responsabilidad penal de la empresa, esta es capaz de cometer y ocultar delitos, y sin embargo nunca ha sido considerada como el riesgo social que desencadena en la sociedad en la que vivimos en la actualidad.

Una rápida revisión internacional evidencia la seriedad del tema mediante la cantidad de países que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas; entre ellos tenemos a Dinamarca, Holanda, Inglaterra, Australia, Escocia, Irlanda, España, Noruega, Estados Unidos, Canadá y Japón. Claramente no hablamos solo de la cantidad de naciones que regulan el tema, sino de la clase de estados que estos configuran, en definitiva -y sin incurrir en una falacia de autoridad- estamos ante sociedades mucho más evolucionadas, y ello debe llamar nuestra atención a fin de tomarlo como referencia para el ordenamiento jurídico nacional.

De todos estos países tomaremos el ejemplo del Código Penal de España, Ley N° 10, del 23 de noviembre de 1995, este dedica cinco de sus normas a la responsabilidad de las personas jurídicas. Destacamos la reforma provocada por la LO 5/2010, del 22 de junio, misma que introdujo el artículo 31 bis, el cual nos permitimos transcribir:

Artículo 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª. El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2ª. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3ª. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4ª. No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación con aquellos.

3º. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5º. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6º. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios (I, 1995). [Subrayado no es del original].

A pesar de su excesiva extensión lo cierto es que el artículo 31 bis establece la responsabilidad penal directa e indirecta de las personas jurídicas, incluye la eventual responsabilidad personal de sus representantes, directivos, supervisores y administradores. Expresamente refiere a la responsabilidad penal por falta de organización al incumplir la regulación previa y más importante aún, no limita los tipos penales a los cuales se aplica.

Dicha norma del Código Penal español es parte de una serie de reformas que introdujeron cinco artículos dedicados a regular la problemática que analizamos aquí, razón por la cual es un punto de partida relevante para el caso de la legislación

costarricense. Consideramos que Costa Rica tiene la oportunidad de realizar una reforma menos forzada, sistémica y multidisciplinaria.

El problema ha llegado hasta organismos internacionales los cuales se han ocupado del tema estableciendo regulación obligatoria para los estados. Las Naciones Unidas redactó la Convención Contra la Delincuencia Organizada, conocida como la Convención de Palermo, suscrita por nuestro país mediante Ley N° 8302 publicada en La Gaceta N° 123 del 27 de junio del 2003.

Asimismo, la Convención contra la Delincuencia Transnacional adoptada en diciembre del 2000, misma que refiere sobre la conveniencia de exigir responsabilidad a las personas jurídicas, ofreciendo distintas posibilidades.

Entonces la problemática para Costa Rica adquiere relevancia y deberíamos preocuparnos por ello, es claro que contamos con normativa internacional, debidamente suscrita y que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además de las anteriores tenemos la Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción, la cual en su artículo 26 establece lo siguiente:

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas.

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular porque se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas monetarias, a las

personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo (2006).

Visiblemente, la anterior norma denota menor rigurosidad que la reforma al Código Penal español, lo cual es característico de la normativa internacional; sin embargo, ello no hace más que insistir en la obligación de regular el tema según las posibilidades de cada ordenamiento jurídico interno. No excluye el artículo 20 de la Convención la responsabilidad penal de la empresa, lo cual una vez más demuestra su necesidad. No obstante, deja abierta la posibilidad de aplicar medidas civiles y administrativas.

Por otro lado contamos con la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la cual en su artículo 2 establece la responsabilidad de las personas morales indicando que “cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero” (Económico, 1999).

Visto lo anterior es cómo nos enteramos que el panorama internacional no coincide con el derecho interno. En Costa Rica el Código Penal de 1941 vigente hasta 1970, estableció la primera regulación de medidas de seguridad contra las personas jurídicas, permitía la clausura de establecimientos cuando el propietario hubiere cometido hecho punible con abuso de la licencia o con violación a los reglamentos administrativos o de policía. En su artículo 116 permitía la suspensión por un término que no excediera de tres meses, de sociedades y asociaciones según el artículo 117; estos literalmente indicaban:

SECCIÓN 5°

Clausura de establecimientos

Artículo 116.-Podrá ordenarse la clausura de un establecimiento, por un período de uno a treinta días, cuando su propietario hubiere cometido el hecho punible con abuso de la licencia o con violación de los reglamentos administrativos o de policía, o cuando el establecimiento hubiere servido de medio o pretexto para la comisión del hecho delictuoso.

SECCIÓN 6°

Suspensión de sociedades y asociaciones

Artículo 117.-Cuando el representante de una sociedad o de una asociación, cometiere un hecho punible con los medios que para tal objeto aquellas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, se podrá decretar la suspensión de la sociedad o asociación por un término que no exceda de tres meses (1941).

Sin embargo, al día de hoy no existe regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en Costa Rica, mucho menos un sistema que cumpla con lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas. Hay que hacer ver cómo actualmente solo algunos delitos incluyen algún tipo de escueta referencia a las personas jurídicas, tal es el caso de los delitos de usura y agiotaje que veremos más adelante.

Desde el derecho procesal, podemos afirmar que fue el artículo 21 de la Ley N° 5377 Código de Procedimientos Penales de 1975, el que estableció por primera vez que la acción penal solamente puede abarcar el comportamiento de los seres humanos al referirse siempre a las personas, ejemplo de ello son los casos de conexión cuando el Código indica *varias personas reunidas*.

Un caso particular de ley especial costarricense es la que se publicó en el año 2008, misma que reforma la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N° 8630. Esta adiciona el artículo 44 bis que

establece precisamente las sanciones a las personas jurídicas, castigo que se aplica únicamente en los siguientes delitos: cohecho propio, cohecho impropio, corrupción agravada, aceptación de dádivas por un acto cumplido, corrupción de jueces y soborno transnacional. En los anteriores tipos penales se aplicará la sanción a la persona jurídica cuando la dádiva o ventaja indebida la ofrezca el director, administrador, gerente, apoderado o empleado en funciones propias de su cargo, utilizando bienes de la sociedad o bien propiciando el beneficio de esta.

Con respecto a la pena en nuestro país encontramos sanciones que no cumplen con los requisitos para ser considerada como pena en sentido estricto, sin embargo sí denotamos que la principal de ellas es la multa, seguida por clausura de la empresa, las sucursales por un plazo que no podrá ser superior a cinco años, suspensión de las actividades de la empresa, cancelación de la concesión o el permiso de operación y pérdida de los beneficios fiscales. Todo lo anterior pero en la jurisdicción civil y, como veremos más adelante, en la administrativa sancionatoria, por cuanto no existe suficiente normativa ni doctrina como para atribuirle a la persona jurídica, bajo términos estrictos de imputación y culpabilidad penal, la responsabilidad por el hecho ilícito cometido.

De esa manera arribamos al punto de que en Costa Rica no existe alguna norma penal que haga referencia directa al tema, encontramos ciertos ejemplos que debemos traer a colación, pero son definitivamente insuficientes. Estos se refieren a las pocas normas penales vigentes que a favor o en contra de la responsabilidad de la persona jurídica cuenta Costa Rica, también encontramos indicaciones respecto a la responsabilidad de los representantes o socios de la empresa. Veamos.

El Código Penal, Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970, artículo 245:

A la persona jurídica responsable, de cualquiera de los delitos comprendidos en la presente sección, se le impondrá una medida de seguridad consistente en la clausura del establecimiento, por un término de cinco a treinta días (1970). [Se refiere al delito de usura, explotación de incapaces y agiotaje].

La Ley de Asociaciones N° 218 del 08 de agosto de 1939, artículo 34:

Serán tenidas como asociaciones ilícitas y en consecuencia se decretará su disolución, cuando:

1.- En forma repetida sus dirigentes hayan sido apercibidos por la Gobernación de que están en el caso del inciso 2 del artículo anterior, sin que tales requerimientos hayan sido atendidos.

2.- Aparezca que se dedican a actividades sancionadas por las leyes represivas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres o fueren subversivas.

3.- Aparezca que la asociación se formó para encubrir fines distintos de los consignados en los estatutos (1939).

La ley Reguladora de Investigación Biomédica N° 9234 del 22 de abril de 2014, artículo 82 dádivas y coacción:

Se le impondrá una pena de prisión de tres a cinco años al miembro de un comité ético científico que acepte cualquier tipo de dádivas de las personas o empresas que realicen investigación biomédica, sin perjuicio de otras sanciones y responsabilidades que procedan de conformidad con el ordenamiento jurídico (2014).

La Ley de Protección Fitosanitaria N° 7664 publicada en La Gaceta el 02 de mayo de 1997, en su artículo 67 respecto a la responsabilidad de personas jurídicas reza “cuando se trate de personas jurídicas, las responsabilidades civiles derivadas de delitos o contravenciones trascenderán solidariamente a sus representantes legales” (1997).

La Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317 del 07 de diciembre de 1992, artículo 89:

... Para los delitos contemplados en esta Ley, el juez podrá imponer, además, como pena accesoria y en sentencia motivada, la cancelación del correspondiente permiso, licencia o autorización del infractor y su inhabilitación para obtenerlos nuevamente por un período de seis meses a doce años. Lo anterior sin perjuicio de las medidas que, en sede administrativa, adopte el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus competencias (1992).

La Ley Forestal N° 7575 del 05 de febrero de 1996, artículo 57:

Las infracciones a la presente Ley, de acuerdo con este título constituyen delitos.

En el caso de los actos ilícitos comprendidos en esta ley, cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño ecológico causado, de acuerdo con lo que establece el artículo 1045 del Código Civil (1996).

El Código Electoral, Ley N° 8765, del 19 de agosto de 2009, artículo 274 delitos sobre las contribuciones privadas y artículo 299 responsabilidad solidaria del partido político:

Se impondrá pena de prisión de dos a cuatro años:

a) A quien, en nombre y por cuenta de una persona jurídica nacional o extranjera, o persona física extranjera, contribuya, done o realice aportes, en dinero o en especie, a favor de un partido político (...).

c) Al extranjero (a) o representante legal de persona jurídica extranjera que adquiera bonos o realice otras operaciones financieras relacionadas con los partidos políticos (...).

d) A quien contribuya, done o entregue cualquier tipo de aporte, en dinero o en especie, a favor de un partido político por medio de terceras personas, grupos u organizaciones paralelas o mediante la utilización de mecanismos de gestión o recaudación que no estén previamente autorizados por el comité ejecutivo superior del partido.

Artículo 299. Cuando se imponga pena de multa a algún miembro de un órgano partidario, por conducta en el ejercicio de su cargo en el partido, ello acarreará responsabilidad civil solidaria de la respectiva agrupación política (2009).

La Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento del Terrorismo N° 8204, del 26 de diciembre del 2001, artículo 78:

En los casos previstos en el capítulo I del título IV de esta Ley, el juez también podrá imponer como pena accesoria:

a) La cancelación de la licencia, los permisos, la concesión o la autorización para ejercer la actividad en cuyo desempeño se haya cometido el delito.

b) La clausura temporal o definitiva de la empresa o actividad en cuyo desempeño se haya cometido el delito (2001).

La Ley Regula Horario Funcionamiento Expendios Bebidas Alcohólicas: Licores, Ley N° 7633, del 19 de septiembre de 1996, artículo 6:

Quien venda bebidas alcohólicas fuera del horario establecido en el artículo 2 de esta ley, será sancionado con multa.

Será sancionado con multa, el propietario, administrador o responsable de un establecimiento que expendan bebidas alcohólicas y no cumpla con la disposición de ubicar, en lugares visibles, rótulos con el horario y las condiciones permitidas para venderlas (1996).

La manera en cómo se encuentran redactadas todas las anteriores normas, refleja una conducta omisiva por parte del Estado costarricense para ocuparse de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Nótese que ninguna de ellas indica claramente si nos encontramos ante una pena o una medida de seguridad o bien sanción de índole administrativo, pero si claramente establece algunas sanciones. No aplica ningún sistema de imputación penal que sea conforme al debido proceso, resuelve el problema sancionando, por lo general con una multa, al representante legal que conste así en una institución pública para los efectos como lo es el Registro Público.

Con respecto a la Ley N° 8204 tenemos que reconocer que, a pesar de compartir el poco desarrollo doctrinario que como dijimos caracteriza a todo el ordenamiento nacional, se dirige de manera directa al tema y como vimos le otorga competencia al juez penal para ordenar la clausura de manera definitiva de la empresa. El tema aquí es si ello es conforme a la Constitución y al Derecho Internacional, por nuestra parte sabemos que detrás de la vigencia de la norma existen contradicciones respecto a la imputación penal y el principio de culpabilidad así como las consideraciones que se dirán sobre el término persona y pena.

Asimismo hemos de indicar que el Código Penal vigente reconoce, en su única mención a este tema, la aplicación de una medida de seguridad consistente en la clausura temporal del establecimiento. Lo anterior al menos limita y denota la ideología del Código sobre el tema, sin embargo, aparte de eso la legislación

nacional es una mezcla de confusión infundada entre el tipo de sanción, sus fines, la competencia para aplicarla, legitimación procesal activa, culpabilidad, entre otros.

De manera que estamos ante un panorama jurídico sumamente conflictivo en donde no hallamos la fundamentación necesaria para determinar la antesala de la punibilidad, sea ello criterios previamente definidos respecto a la acción penalmente relevante y la culpabilidad. Es decir, estamos ante sanciones de las cuales desconocemos su origen y la forma de atribuírselas a la persona jurídica. La vigencia de dicha normativa no se respalda con el desarrollo doctrinario necesario a nivel de teoría del delito y ello convierte a la responsabilidad penal en Costa Rica en un híbrido del cual no se discute seriamente.

I.B.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El tema se titula “La falta de regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Costa Rica.” La principal problemática para iniciar la investigación surge a raíz de la falta de persecución penal dirigida a las personas jurídicas en Costa Rica, y cómo ese hecho deslegitima el Sistema de Administración de Justicia porque deja por fuera un foco de criminalidad que aumenta día a día en nuestra sociedad moderna.

Prueba de ese problema jurídico y social es el crimen organizado y el derecho ambiental, estos son parte fundamental del problema de investigación, su aumento verificable en la presencia de estos en nuestro país como una forma de criminalidad que la mayoría de las ocasiones pasa desapercibida por la persecución penal nacional, y no existe interés político en cambiarlo.

Esa capacidad de evadir el peso de la ley por medio de testaferros, despersonalización del delito por división del trabajo e imposibilidad de identificar a quien cometió la falta, es la problemática que le impide a la Administración de Justicia encausar y condenar a las personas jurídicas que son utilizadas para la comisión de ilícitos graves.

De tal manera que existe una insuficiencia teórica con respecto a dicha responsabilidad penal que trae consigo implicaciones a nivel práctico. Esos vacíos normativos en la legislación costarricense provocan la impunidad de determinadas personas que hacen que estudios como el presente se conviertan en fundamentales para lograr elevar las estadísticas de la persecución penal en Costa Rica.

La necesidad de ampliar los conceptos teóricos a nivel nacional y a la luz del derecho comparado deriva en las conclusiones arribadas en el presente estudio, la manera en cómo se encuentran redactados los conceptos de persona, acción y culpabilidad deja por fuera la criminalidad económica que vivimos a partir del siglo XX.

I.C.- PROPÓSITO.

Siendo que actualmente el ordenamiento jurídico costarricense niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es necesario replantearse esa incapacidad de acción y de culpabilidad debida a la no tipificación de ello en la ley. Nuestro propósito versa en esa necesita de reforma por cuanto nos encontramos ante una realidad que no encuentra doctrina suficiente que permita su regulación.

De tal forma que el aumento de los delitos económicos, principalmente de aquellos identificados como *“la criminalidad de empresa”*, es un aspecto que se encuentra funcionando a la libre, sin que exista a la fecha una regulación especial. Las muestras históricas con respecto a la no regulación de determinados panoramas legales conflictivos, han confirmado que debe prestarse la atención debida a pretensiones que vengan a regular aquello que por diferentes razones no ha sido criticado y puesto en tela de duda.

Parte de las consecuencias de lo anterior, y como una de las posibilidades para resolver el problema, es esa extensión del derecho penal a etapas en donde en el pasado se consideraba que no era posible su intervención, lo cual en definitiva tiene mucho que ver con el derecho penal de riesgo. Y es que los peligros a los cuales nos somete el rol social al cual nos debemos, es aplacado por nuevos tipos penales que hacen alusión a bienes jurídicos supraindividuales. Esto incluso legitima a proteger dichos bienes jurídicos sin necesidad de que sean lesionados, con tan solo la puesta en riesgo se avala la intervención punitiva del estado.

El derecho penal económico implica *–per se-* derecho penal de riesgo por cuanto regula bienes jurídicos que rebasan la individualidad y, con ello se difumina el ofendido directo y la lesión expresa al bien jurídico tutelado. El intento por proteger el orden económico para muchos permite la protección de bienes jurídicos que aún no se han lesionado. De esta forma se intenta eliminar todas aquellas conductas que, con su simple presencia, ponen en riesgo abstracciones que son complicadas de

definir. Sin embargo, lo peligroso del tema no es que la sociedad actual sea un riesgo, el dilema se encuentra en cómo limitar esa posible arbitrariedad en la tipificación de conductas que no lesionan ningún bien jurídico, sino que, intentan sancionar de manera expansiva acciones que colocan en una situación de riesgo un bien jurídico que no ha sido definido con anterioridad.

Entonces es un imperativo de la política criminal en nuestro país regular el actuar de las personas jurídicas, de forma tal que se les imponga sanciones ciertas y determinadas a fin de que sus operaciones no queden fuera de la acción del Derecho Internacional, la Constitución y la ley.

Pero para ello primero es necesario definir y justificar determinados temas que han quedado rezagados en la realidad histórica y jurídica a nivel nacional, de tal manera que ese propósito debe pasar por el tamiz de la persona, la acción, la imputación, la culpabilidad y la pena. Solo de esa manera seremos capaces de formular las bases teóricas de un tema del cual nuestro país ha desarrollado muy poco, al contrario de lo establecido por el derecho comparado. De este último incluso tomaremos ciertas referencias que podrán ser traídas a la discusión y eventualmente ser usadas como parámetro legal que permita su aplicación en la realidad nacional.

De tal manera que una vez superado lo anterior, seremos capaces de establecer cuál será el camino a seguir tan pronto se materialicen las reformas pertinentes que serán apuntadas, siempre teniendo en cuenta que la exigencia se encuentra en construir las bases de un sistema de atribución de responsabilidad penal para la persona jurídica conforme al debido proceso.

I.D.- JUSTIFICACIÓN.

Para este momento en Costa Rica las personas jurídicas no se encuentran reguladas penalmente de manera independiente y conforme al centro de capacidad de actuar que en realidad configuran. En palabras de Fernando Velásquez (2002):

Puesto que la figura de la capacidad de acción no es privativa del derecho represor, sino de todo el orden jurídico hasta el punto que, para el derecho comercial, civil o laboral, son capaces las personas jurídicas y los entes colectivos no revestidos de tal atributo, se discute si tales organismos también deben responder penalmente cuando valiéndose de ellos se cometen diversas forma de criminalidad económica propias del tráfico moderno (pág. 240).

Lo anterior es claramente aplicable a nuestro país, en donde desde unas ramas del derecho se le otorga plena capacidad a la persona jurídica mientras que, desde el prisma del derecho penal, encontramos múltiples problemáticas a fin de aplicar a estas una pena.

Y ello implica una serie de discusiones respecto a la imputación penal que hacen que este tema no haya sido reformado dentro de la normativa nacional, asimismo implica una gran facilidad para disuadir y utilizar a su favor los principios del derecho sustantivo y del debido proceso, mismos incluso reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante la creación de una *ficción* jurídica en la que participan varias personas cuyo interés es meramente económico [a excepción de las cooperativas, al menos en principio] pero con reglas de responsabilidad a todas luces dirigidas a entorpecer esa atribución penal por comisión de un delito.

Sumado a lo anterior hemos notado que el estado de la cuestión se debate en la forma en cómo se debe castigar a la persona jurídica. Piénsese que se reformara la legislación de manera tal que existieran criterios de imputación definidos, ampliación del principio de culpabilidad y un nuevo concepto de acción que permita endilgar de manera directa a una empresa por un determinado delito, aún quedaría pendiente

justificar cuál será la pena a imponer y por supuesto cuál sería su fin sobre una entidad que no cuenta con personalidad capaz de ser resocializada.

Es así cómo nos enteramos que es decisiva la participación de las personas jurídicas en el comercio jurídico, pero lo importante es recalcar que en muchas ocasiones su accionar deriva en conductas delictivas propias de su existencia como parte del tráfico mercantil.

Por otra parte tenemos aspectos de dificultoso tratamiento como lo es la flexibilidad con la que cuenta la empresa para acumular capitales, asimismo para acceder al crédito y traspasar sus activos a otras personas jurídicas ubicadas en otras latitudes del mundo. Ante lo cual por supuesto surgen problemas respecto a la normativa a aplicar.

Entonces la justificación del estudio al cual nos dedicaremos aquí radica en que una eventual reforma nacional con el objetivo de regular penalmente a las personas jurídicas debe empezar por la denominación que se le dará a esta dentro del proceso, si constituye o no parte imputada y si para ello debe –o no- ser persona. También debe referir a lo que entendamos por acción penal en términos de la ley sustantiva, el inicio del análisis de esa manifestación interna del sujeto debe ser catalogada como acción para así atribuirle el cumplimiento del tipo.

Lo anterior conlleva necesariamente hablar y resolver la manera en cómo se imputará dicha acción a un resultado riesgoso, determinar si los criterios de imputación penal vigentes resisten a las nuevas determinaciones a las que arribaremos sobre las empresas. Sin embargo, nada de esto sería posible sin lograr modernizar el principio de culpabilidad con el que contamos en la actualidad, este debe reformularse en términos normativo organicistas y no normativo psicológicos a fin de imponer una pena.

Tal como lo indica Alfonso Cadavid Quintero “las objeciones dogmáticas a la punición de las personas jurídicas por vía del derecho penal suelen plantearse a nivel de la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad” (2014, pág. 124), razón por la cual estas páginas criticarán la falta de regulación de la persona jurídica y

cómo la acción penal y el principio de culpabilidad se encuentran redactados en la actualidad. Lo anterior a fin de armonizar los principios y normas limitadoras del poder punitivo del Estado con la pena aplicable a las personas jurídicas y las eventuales personas físicas involucradas.

I.E.- OBJETIVOS.

OBJETIVO GENERAL

Criticar la falta de regulación penal de la persona jurídica en Costa Rica y proponer cambios puntuales.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Analizar la “normativa penal empresarial” con que cuenta Costa Rica actualmente.

Demostrar que el actual concepto de persona no incluye las acciones de las personas jurídicas.

Cuestionar la posibilidad de ampliar el actual principio de culpabilidad penal.

Proponer algunas bases teóricas de lo que sería un sistema de responsabilidad penal en Costa Rica.

II.

CAPÍTULO SEGUNDO.

II. A.- ¿QUIÉN –qué- ES PERSONA EN EL DERECHO COSTARRICENSE?

En un primer plano de la discusión, la problemática a superar se encuentra en considerar a la persona jurídica como sujeto de derecho penal, pero para ello consideramos que primero debe ser persona.

Todo el ordenamiento jurídico nacional se basa en un concepto de persona que no coincide con el de empresa, muestra de ello son los artículos 16, 17 y 18 del Código Penal, mismos que definen el concepto de acción penalmente relevante y su imputación a las “*personas*” y los “*habitantes*”, y ello no puede interpretarse de manera extensiva sin una reforma que amplíe dichos parámetros.

Sin embargo, a contrario sensu, el Código Civil sí diferencia a la persona jurídica de la persona física en sus artículos 31 y 33, además este cuerpo normativo les reconoce plena existencia a ambas al expresamente afirmar que su existencia, en el caso de la persona moral, proviene de la ley o del convenio conforme a la ley. Incluso les pone término a su vida en el artículo 34.

De ambos se denota que, primeramente el Código Civil sí incluye tanto a la persona física como a la persona jurídica, mientras que el Código Penal tajantemente y sin posibilidad de interpretar distinto, utiliza adjetivos tales como *habitantes*, *mayoría de edad* y *personas*. Lo anterior deja ver las distinciones contenidas en la ley penal que no coinciden con la regulación civil en Costa Rica. Incluso nótese que el Código Civil les otorga capacidad jurídica tanto a las personas físicas como jurídicas, e indica que la misma es inherente a las personas durante toda su existencia.

Normativamente se les otorga a ambas personas capacidad jurídica, posibilidad de convertirse en centro de derechos y obligaciones. El artículo 36 del Código Civil además de ello deja claro que la capacidad de las personas jurídicas solo puede ser modificada por ley, esto mientras para la persona jurídica incluso existen más

restricciones para ejercer sus derecho de forma libre y voluntaria, entre ellos la ven restringida por la capacidad volitiva, o su estado civil; aspectos que en nada afectan a las personas jurídicas.

Retomando las palabras de Bacigalupo (2001):

El concepto de sujeto de Derecho se corresponde con el concepto de capacidad jurídica: por lo tanto, persona en el sentido del Derecho es todo fenómeno al que el derecho le otorga la capacidad para participar en la vida jurídica como sujeto, es decir, tanto el individuo como la persona jurídica (pág. 66).

No es coincidencia que dicha crítica se adapte tan al pie de la letra a la situación del ordenamiento jurídico costarricense, en nuestro ámbito no encuentra fundamentación alguna el hecho de que en otras áreas del derecho que no sea la penal, la persona jurídica encuentra el reconocimiento debido como persona que actúa de manera válida y legítima, sin que sea sujeto de cuestionamientos del tipo axiológico con respecto quién es y quién no es persona.

De esa forma nos enteramos que el concepto de persona es un concepto meramente civil, de este surge, al menos debería surgir, el diseño para la totalidad del ordenamiento jurídico. Debemos comparar otros cuerpos normativos y lograr definir de una manera hermenéutica un concepto unívoco de persona; pero más importante aún debe el Código Penal cambiar su ideología con respecto al trato simplista de la persona jurídica.

La manera cómo el Código Penal se refiere al hecho punible no permite que se alcancen mejores planteamientos como los de la legislación civil. El juez penal se limita a indicar un monto dinerario como condena civil resarcitoria por acreditarse la existencia de alguno de los criterios de imputación civil en virtud del cual responde por acciones ajenas.

Es así como la personalidad corporativa de la empresa no es la creación de una ficción jurídica carente de reconocimiento legal, todo lo contrario, la persona jurídica en Costa Rica devenga más tributos, derechos, imposiciones y formalidades que la persona humana en sí misma.

Es por ello que coincidimos en que sujeto activo es aquel quien haya ocasionado un resultado peligroso o lesivo, pero consideramos que de igual forma debe ser persona aquel a quien se le atribuya el deber de evitar la conducta considerada como peligrosa para determinado bien jurídico, y no cumpla ese cometido.

La atribución de determinados derechos y poseer la capacidad para actuar en el comercio patrimonial es una realidad, y ello es posible debido a que nos encontramos ante colectivos sociales, entes supraindividuales que a pesar de estar conformados por varias personas y cosas, es posible señalar cuál era la intención y voluntad de la empresa como un todo, la razón por la cual fue creada y la diferencia con los fines propios de las personas que la integran. Si esto no fuera así no sería considerada persona en el Código Civil.

Por lo general, las acciones que desarrolla la empresa trascienden al conocimiento y voluntad de sus miembros, quienes en muchas ocasiones no conocen lo que realmente realiza la persona jurídica de la cual forman parte y a la cual se deben.

Incluso nótese que esos representantes son removidos y sustituidos por otras personas físicas sin que la persona jurídica deje de existir ni modifique su capacidad de actuación dentro del comercio, el ser humano es fácilmente sustituible.

En definitiva nos hace preguntarnos por el verdadero significado de la persona jurídica en Costa Rica, y si este es coincidente en sede penal y civil. Ante lo cual, y analizado que ha sido el estado de la cuestión en nuestro país, claramente no son coincidentes los conceptos de persona de derecho civil y penal.

A pesar de esa ambivalencia normativa que caracteriza a nuestro derecho, lo imprescindible aquí es indicar -y aceptar- que al igual que la persona física, la

persona jurídica cambia la realidad social mediante sus acciones en sociedad y en el mercado, tiene un interés y una voluntad dirigidas al lucro, sin que ello necesariamente coincida con los fines de las personas físicas que la conforman por cuanto ellas solo cumplen con una función o rol que constituye una ínfima parte de todo el proceso de la empresa.

La constitución interna de la persona jurídica se asemeja a los órganos como las partes por medio de las cuales se conforma el cuerpo humano, la empresa se conforma por la suma de absolutamente todo aquello que la integra. Así como la mente y el cuerpo permiten la permanencia del ser humano, los estatutos y reglamentos conforman la persona jurídica y definen el control de sus actos regulándola mediante dichos instrumentos jurídicos. De esa forma al momento en que se presume la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, deberá quien acusa informarse por dichos estatutos y protocolos que se encuentran en lo más íntimo de la constitución de la empresa cuestionada.

De manera que el concepto de persona debería ir dirigido hacia todo ente susceptible de tener derecho y obligaciones jurídicas. La personalidad y capacidad jurídica es creada por el Derecho Civil y atribuida al ente o persona, tanto a la física como a la jurídica y no podemos hacer distinción donde la ley no la hace.

No obstante lo anterior, también debemos aceptar que desde el punto de vista ontológico y biológico la persona jurídica es tan solo un centro ideal, una mera abstracción desvinculada de la realidad y del mundo de los valores, no cuenta con esa naturaleza que sí tiene la persona física.

Sin embargo esa creación tiene a su servicio la voluntad de sus miembros, los cuales integran un conglomerado de individuos que se unen por un fin determinado previamente por sus dirigentes. Si ese objetivo último por el cual se agrupan deviene en una conducta ilícita será responsable la persona jurídica como un todo, y ello en tanto es la solución más realista del tema.

Actualmente existen empresas tan complejas que es prácticamente imposible definir de dónde proviene esa voluntad última que dirige todos los actos realizados

por esta, es como si se tratara de una voluntad independiente que dirige la acción final física realizada por alguno de las personas que trabajan en su interior. Es por ello que autores como Gómez- Jara (2010, pág. 165) incluso refieren que nos encontramos ante un sistema autopoietico, autónomo, que se encarga de determinarse a sí mismo.

Lo cual en definitiva concuerda con el concepto de persona que consideramos debe adoptar el ordenamiento jurídico para regular a las personas morales. No se trata de si estamos ante personas físicas o jurídicas, las consideraciones al respecto deben ir del lado de la prevención de conductas riesgosas, restándole alcance a la evasión de responsabilidad mediante contratos y figuras jurídicas modernas.

II. B.- LA ACCIÓN PENALMENTE RELEVANTE Y LA IMPUTACIÓN A LA EMPRESA.

Hay que recalcar que la acción, como primer estadio de la teoría del delito, tiene funciones previamente definidas y que van íntimamente ligadas con la tipicidad penal. De esa manera el concepto que se adopte de acción o, en palabras del Código Penal vigente, de *hecho punible* debe garantizar en todo momento una imputación clara y precisa de aquel hecho que haya puesto en peligro algún bien jurídico. Asimismo debe servir a manera de supra concepto que abarque todas las formas de manifestación del delito, función que claramente no se cumple en el tratamiento del tema de la responsabilidad penal de la empresa. Y no podemos olvidar que debe servir de enlace entre los diferentes elementos del delito, una conexión que permita atribuir una pena en virtud de una conducta claramente delimitada y atribuida a determinada persona o empresa.

Para ello se han desarrollado varias teorías sobre la acción penal, mismas que han intentado determinar el momento cuando una conducta es relevante para el derecho penal, curiosamente ninguna de ellas va dirigida expresa y únicamente a la persona física; veamos.

El inicio de los estudios de la teoría de la acción se vieron permeados por la teoría Hegeliana de primera mitad del siglo XIX y la teoría positivista de fines de dicho siglo y principios del XX, para ese momento se introdujeron por primera vez aspectos relacionados con la libertad y la voluntad de la persona, y cómo estos determinaban la culpabilidad del acto. Por su parte la teoría positivista, mayormente establecida por Von Liszt y Beling nos amplía el marco de acción añadiendo a la problemática el resultado modificador de la realidad externa, el cual necesariamente trae consigo el actuar libre y voluntario de la persona.

Seguidamente la teoría causal desarrollada por Mezger, misma conocida como Neokantiana y erigida en la década de los treinta, determina que son relevantes los

movimientos corporales para determinar si nos encontrábamos ante una acción penal, de tal forma que si esa acción no provenía de una causalidad de movimientos corporales no podía ser tomada en cuenta por el proceso penal, de tal manera que deja en un segundo plano la finalidad. A esta teoría se le acredita por primera vez establecer ciertas causales de eximente de acción tales como la vis absoluta, los actos reflejos y los estados de inconsciencia.

Ante la insuficiencia y exclusión que lo anterior trajo consigo, surgió la teoría finalista de Welzel (Castillo, 2008, pág. 39), en la cual se amplió el margen de lo que era acción penal, se volvió la mirada a lo que es la intencionalidad del autor del delito, configurada esta por un ejercicio de actividades conforme a un fin previamente determinado, con el finalismo se dejaron atrás todos aquellos comportamientos que no contaran con un fin último que sirviera de motivador de la acción delictiva.

En lo que hemos llamado una tercera etapa tenemos la teoría social de Schmidt y Jescheck en donde será relevante toda conducta voluntaria hacia el mundo externo social que provoque un *cambio social sensible*; se le otorga la trascendencia debida al conglomerado social, a sus costumbres y a lo que esta considera valioso para así, determinar que la vulneración de estos por parte de un sujeto configurará una premisa que justifica la aplicación de una sanción. Al respecto puede consultarse (Castillo, 2008).

Junto con la teoría social incluimos la teoría funcional de la década de los ochenta, en donde Luhmann y –luego- Jakobs adoptan los conceptos sociológicos de sistemas autopoiéticos y la funcionalidad del rol social, así como el aporte de las instituciones y la cultura en lo que se defina como una conducta merecedora de ser conocida por el proceso penal, y ello mediante una justificación que conlleve la defraudación o lo que podemos llamar incumplimiento de las expectativas sociales previamente institucionalizadas.

Como podemos ver con lo anterior, el avance en las teorías de la acción y los planteamientos más elaborados a nivel histórico, se han decantado por un desarrollo en la línea del daño al bien jurídico y no con respecto a si nos encontramos ante un

comportamiento humano. Si bien es cierto en los años noventa Roxin también desarrolla planteamientos personales de la acción (Penal, 2003), más cierto es aún que en la actualidad debe centrarse en la puesta en peligro de las instituciones sociales más arraigadas de nuestro tiempo y no, en la manifestación de la personalidad de determinada persona física. Lo anterior es precisamente lo que la *lege ferenda* respecto a la persona jurídica debe tomar en cuenta al momento de plantearse la existencia y responsabilidad de la empresa, esa fundamentación jurídica debe adoptar parámetros sociales en lugar de naturales.

Por otro lado, consideramos que la posibilidad de atribuir un resultado a determinada acción mediante lo que denominamos un hecho de conexión, debe valorarse en virtud de la creación de un riesgo jurídicamente relevante, predecible y evitable por parte del sujeto activo, mismo que contaba con una norma vigente y expresa que tenía para ese momento la finalidad de evitar dicho resultado. Para ello debemos primero establecer que existe una única voluntad de acción de la persona jurídica, que no es lo mismo a la suma de las voluntades individuales de sus integrantes, es independiente y responde por sus actos dentro de la sociedad.

Muestra de ello es que en el Derecho Civil, Laboral y Público reconoce la capacidad de acción de la persona jurídica, cualquier persona con capacidad jurídica y de acción es capaz de cometer una falta, así que cualquier persona jurídica capaz de intervenir en la vida social y modificar esta mediante la expresión de sus actos, debe ser responsable de las infracciones a la ley sustantiva que provoque.

Siendo así las cosas se trata entonces de armonizar ambos presupuestos por cuanto no es aceptable reconocer personalidad jurídica para válidamente realizar negocios jurídicos en el ámbito civil, pero no reconocerle esa misma capacidad de actuar al momento de que se cometa un delito tributario mediante la suscripción del mismo contrato por el cual sí se condena civilmente.

Consideramos que, en términos generales, la persona jurídica puede tomar acción dentro de la realidad social al menos de tres posiciones. Tenemos el caso de las empresas definitivamente criminales las cuales pertenecen a estructuras

organizadas dedicadas a cometer delitos, actos terroristas, legitimación de capitales, entre otros. Contamos a su vez con otro tipo de compañías comprendidas como aquellas que se utilizan como testaferró para encubrir otra actividad principal que se encuentra fuera de la legalidad y; tercero podemos encontrar personas jurídicas que podemos catalogar dentro de un marco de peligrosidad por ejemplo cuando se trata de delitos contra el ambiente, en donde definitivamente existen ciertas fases de producción de determinadas actividades económicas que traen consigo una posible lesión o al menos puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados.

En cualquiera de los casos anteriores la imputación debe estar constituida por la relación causal finalista que existe entre la omisión del sujeto activo y el resultado riesgoso, “para poder atribuir un resultado a una persona como producto de una acción, es necesario determinar si aquel aparece ligado a esta por una relación de causalidad” (Velásquez, 2002, pág. 263). Ello se ha intentado explicar desde diversas teorías entre ellas están la teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la adecuación, la teoría de la relevancia de Mezger, la prohibición de regreso, teoría del nexo causal, y la teoría de la imputación objetiva sostenida por autores como Richard Höning, Claus Roxin y Günther Jakobs.

Ahora bien, en el caso específico, la doctrina encuentra varios modelos de atribución de la responsabilidad penal de la empresa, el de Zugaldía -citado por (Cadavid, 2014, pág. 126)-, es uno de ellos. Encontramos una primera atribución que le podemos llamar impropia, una impropia directa y una propia directa, según la imputación que se haga a la sociedad, a las personas físicas que representan a la persona jurídica, a esta última o a ambos. De manera similar hay quienes hablan de responsabilidad excluyente, acumulativa o subsidiaria (Fonseca, 2009, pág. 66).

Todas estas teorías existen con el objetivo de imputarle a una persona jurídica la comisión de un delito, pero para ello consideramos que esa acción debe al menos haberse realizado en nombre o por cuenta de la empresa y ello lleva implícito el provecho o lucro que esta ha obtenido a partir de dicho acto, o bien y como se verá más adelante, debe ser el resultado de una falta del control debido sobre las personas físicas que ejecutan de propia mano las direcciones que gira la compañía,

sin importar si estas se presentan en forma de protocolos de gestión o reglamentos de funcionamiento con el fin de prevenir determinados riesgos.

Una vez superada la cuestión respecto a la acción penal empresarial, el centro del tema se encuentra en determinar de qué forma y bajo qué postulados se le atribuirá la imputación de determinado delito. Consideramos que esa imputación debe ser por delito culposo o por omisión impropia, del tipo objetivo por encontrarse dicho riesgo no permitido dentro del alcance de determinado tipo penal, debido de que el resultado riesgoso que se desprende del funcionamiento y actuar de la persona jurídica es responsabilidad meramente de esta, y no de sus representantes quienes no son parte del ánimo de la empresa para la cual colaboran.

Estamos ante un deber de cuidado y de previsibilidad objetiva de la persona jurídica, mismo que proviene de su posición de garante, y por ello debe definirse de manera específica en cada tipo de actividad comercial que se trate. Esa relación de causalidad debe imputar una comisión por omisión de la empresa al no realizar aquella acción que evitará el resultado dañoso al bien jurídico.

No constituye un curso causal atípico la responsabilidad empresarial producto de la imputación objetiva de determinado riesgo no permitido, en el caso de las organizaciones la conexión entre el resultado y la autoría se configura por el hecho de que el resultado sea el producto de ese riesgo ocurrido dentro de la esfera de control de la persona jurídica.

II. C.- LA PONDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL JERARCA.

En vista de que estamos ante una relación especial y estrecha entre el sujeto obligado por el mandato y el objeto final empresarial que se encuentra implícito en esa orden, a este punto de la investigación cobra relevancia preguntarse por la correlación existente entre la persona física que actúa y la persona jurídica que se encuentra detrás de esa acción. Lo anterior circunda postulados como la posición de garante y la responsabilidad objetiva por la creación de un riesgo.

Al respecto consideramos que la empresa debería ser quien en última instancia debe responsabilizarse por los ilícitos cometidos bajo su dirección, sin embargo, al respecto existen aspectos circunstanciales que en definitiva dejan ver la posibilidad de inclinarse por la responsabilidad penal de uno, del otro o de ambos.

Estando la persona que desempeña la posición de garante en una eventual comisión por omisión impropia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto en la resolución N° 973-2009, de las ocho horas con cuarenta y siete minutos del catorce de agosto de dos mil nueve, en la cual afirma que “los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, poseen características de la comisión y de la omisión y surgen cuando una persona, estando obligada a actuar, omite un comportamiento y es a través de ese comportamiento que se produce un delito”. (Tercera, Procuraduría General de la República, 2009).

La Sala en dicha resolución cita a Jescheck, quien afirma que “en los delitos de omisión impropia, por el contrario se le impone al «garante» un deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico” (Tercera, Procuraduría General de la República, 2009).

De esta manera es como la eventual posición de garante del jerarca, la doctrina y jurisprudencia redactada al respecto cobran relevancia en este tema. El empresario

responde por conducta propia entre tanto exista certeza sobre su dominio de la situación y de ese conocimiento sobre la ejecución de un hecho ilícito que se encontraba en la obligación de evitar. Es claro que este como persona física se encuentra sujeto a las mismas reglas penales que lo hacen responsable por la comisión por acción o por omisión que cometa, pero en el caso particular que este actúe dentro de una empresa la responsabilidad debe analizarse por separado y tomando en cuenta que la corporación, por sus ventajas y posición privilegiada en el mercado, es el principal centro de imputación máxime que en la mayoría de los casos es el empleado -persona física- quien se encuentra en una relación de desigualdad con respecto a la persona jurídica.

Ello por cuanto aspectos tales como el dominio sobre las fuentes e incremento de los riesgos dentro de la empresa, la evitación de hechos ilícitos cometidos por los empleados y jefes, la responsabilidad según las posibilidades de poder y deber de evitar el peligro y en general, todos los deberes de protección y aseguramiento tienen que ser parte de las especificaciones constitutivas de la persona jurídica. Incluso esta, desde el punto de vista del Código Civil y en aplicación de los artículos 1045 y 1046, debe proteger y responder ante el conglomerado social por las eventuales acciones dañosas del personal a su cargo. Al respecto se ha manifestado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a favor de la condenatoria civil de la persona jurídica en sentencia N° 1033 del 01/10/2010 al ser las 11:00:00 a.m.:

La negligencia de la empresa demandada, que incurrió en culpa in eligendo pues contrató para el puesto de oficial de seguridad a una persona sin cerciorarse de que contara con la capacidad para desempeñar el cargo sin riesgo para sí mismo y para terceras personas... Por parte de la demandada no se llegó a ejercer ningún tipo de control sobre su empleado (Tercera, 2010).

Recordemos que en el proceso penal es posible la condena de multa a una persona jurídica únicamente mediante la acción civil resarcitoria. La Sala Tercera

bien concluye y confirma la condenatoria civil a la empresa, sin embargo, no hay proporcionalidad entre la condena de prisión y la pena de multa a la empresa, ni tampoco se cumplen los fines de la pena en ninguno de los casos.

La persona jurídica debe ser considerada parte imputada, es quien lleva la mayor responsabilidad al aumentar el nivel de riesgo permitido al no cumplir con reglas de organización suficientes. A cambio obligamos a una persona física a sufrir un debate oral y público y su sentencia por un hecho que no responde a su libre albedrío.

Entonces atribuirle dicha responsabilidad penal a los jefes es, más que una realidad, la regla en el ordenamiento jurídico costarricense debido a su posición de garante que debe ser demostrada. Sin embargo, y en esto queremos ser enfáticos, no puede obviarse el hecho de que en última instancia se actúa en nombre de la sociedad moral a quien esta persona representa. De manera tal que nos encontramos ante un sistema vicarial en donde se actúa por otro o en lugar de otro a fin de transferir a la empresa la culpabilidad de su representante. Piénsese en el caso del derecho del consumidor en donde la responsabilidad penal por el producto final recae en la empresa productora del mismo, sería un contrasentido pretender que sea el funcionario dependiente quien responda ante los delitos cometidos a causa del producto que debió ser controlado y supervisado por la compañía como un todo.

Por lo tanto distinto sería el panorama jurídico penal si ese acto es de interés de la empresa, mientras esta persona física identificada como jefe no se encuentre en posición de garante, actué en interés, supuesto o real de la empresa, existe claramente un vacío legal respecto a si se condena a uno, al otro o a ambos. Lo cierto es que debido a las deficiencias del ordenamiento jurídico con respecto a este tema, responsabilizar a la persona jurídica se torna en una causa perdida, lo cual no sucede cuando estamos ante el mismo supuesto pero de dos personas físicas, caso ante el cual se reconocieron por la misma Sala Tercera teorías como el actuar en nombre de otro mencionado anteriormente.

Relevante es asimismo indagar si ese jerarca tenía –o no- un mandato expreso establecido por la empresa desde su constitución respecto a la evitación de determinados resultados lesivos o riesgosos. Si ello fuera así la imputación de ese resultado pasa a manos de la persona jurídica, dicho requisito debería presentarse en la mayoría de los casos por cuanto consideramos que deben todas las corporaciones en Costa Rica amoldar su esfera de acción dentro del comercio bajo estrictos estándares de previsión de riesgos, ello incluso garantiza eventuales y válidos eximentes de responsabilidad a favor del colectivo empresarial. Recordemos que nos encontramos ante una culpabilidad de la persona jurídica por falta de control y esto le concedería una capacidad de actuar libre pero bajo estatutos y reglas que deberían ser obligatorias a fin de poder legalmente conducirse en la sociedad actual.

En el caso de la comisión de delito, por imprudencia y comisión por omisión impropia en el supuesto de la infracción del mandato, de similar forma debe analizarse la eventual imputación objetiva de los jefes. Con respecto a esta última podemos afirmar que se trata del incumplimiento de los deberes objetivos propios de determinado puesto en la empresa, estos deben encontrarse claramente establecidos en las leyes regulatorias de la constitución de la misma, según el tipo de actividad productiva o servicios que brinde, las infracciones a la legislación civil y comercial y, por supuesto, los tipos penales. Mientras se demuestre que la infracción a alguna norma por parte de un jefe fue bajo el conocimiento de la ilicitud que se cometía, surge una responsabilidad personal por determinarse a realizar el acto a pesar de conocer con antelación que se cometía delito.

Debe valorarse la aplicación de medidas preventivas y de penas para los directores y gerentes en caso de que las medidas administrativas internas tomadas por la empresa no resulten efectivas. En todo caso lo fundamental está en escindir de manera clara y con reglas de imputación modernas en qué casos no encontramos ante responsabilidad penal personal o empresarial.

Por ello es que no podemos estar de acuerdo con que “el fundamento de la penalización por responsabilidad de las personas jurídicas, está constituido siempre por los actos individuales realizados por las personas físicas que integran la persona

jurídica”. (Sánchez & Rojas, 2009, pág. 139). El fundamento de la responsabilidad –y de la penalización- de las personas jurídicas se encuentra en el Estado Social y Democrático de Derecho, como bien lo reconocen los principales organismos internacionales.

Actualmente debería al menos aceptarse la diferencia en términos de autoría, entre la acción de la persona física y la de la empresa en nombre de la cual actúa. Consideramos que el tema no puede reducirse a simplemente afirmar que *siempre* serán coincidentes ambas voluntades, incluso el debido proceso bajo premisas de “igualdad de armas” debería partir de un principio de inocencia a favor de la persona física que actúa; este es un simple *hominis mechanicus* que cumple una orden debida.

La culpabilidad y los beneficios últimos del delito, independientemente de cuál se trate, son una parte del reproche que debe recaer sobre el *hombre de atrás* por no contar con la debida organización y supervisión. El concepto de organización y empresa no tiene nada que ver con la suma de las voluntades de quienes la integran, su significado va dirigido si a la reunión, organización, integración de personas y podríamos decir cosas, pero con un fin claramente lucrativo.

II. D.- LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD Y LA PERSONA JURÍDICA.

A este punto el obstáculo se encuentra en cambiar los postulados respecto a la culpabilidad de manera que no se haga referencia alguna a la persona física, que esas consideraciones psicológicas para fundamentar una pena sean sustituidas por criterios organicistas y de responsabilidad social. Lo anterior plantea al menos cuatro posibilidades.

La primera es desarrollar una teoría del delito con base en otro concepto del principio de culpabilidad, o bien un sistema independiente de ius puniendi que incluya la aplicación de medidas de seguridad. La tercera es negar que sea posible culpar a una persona jurídica mediante algún principio de culpabilidad y/o, la otra sería atribuirle esa culpabilidad por el actuar de la persona física que la representa. Sin embargo, para ello antes debemos considerar algunas cuestiones teóricas.

El tema se encuentra en que existen supuestos en donde esa voluntad y conocimiento dista entre las personas físicas y la jurídica que integran, cuando ello sucede es que debe existir normativa penal que respalde la culpabilidad de la empresa cuando sus funcionarios no hacían más que cumplir con una orden debida de quienes se encuentran detrás del poder pero que actualmente no pueden ser perseguidos penalmente.

Para iniciar debemos partir de una base conceptual de la culpabilidad como estrato de la teoría del delito, así seguidamente determinar si es posible –o no– adoptar algunas de las opciones dichas anteriormente.

Históricamente notamos que se han desvirtuado los postulados de Kant y Savigny respecto a la personalidad jurídica, la ficción jurídica, el negocio jurídico y la voluntad (Bacigalupo, 1997, pág. 37). En su lugar adquieren relevancia posiciones con respecto a la visión del hecho entre tanto este configura una acción tan pronto se encuentre bajo obligaciones de hacer o no hacer. De tal forma consideramos que el

comportamiento moral debido y su culpabilidad deviene de la relación de convivencia con sus iguales, de manera tal que para que se configure ese reproche no es necesaria la conciencia humana.

Debemos decir entonces, en términos generales la culpabilidad actualmente aplicada a la persona física se compone de tres aspectos, todos ellos referidos - casualmente- a aspectos psíquicos de la persona:

1. La capacidad de culpabilidad o también conocida como imputabilidad, en donde analizamos el alcance que tenía el sujeto del conocimiento necesario para determinarse conforme a la norma, es esa capacidad psíquica del autor de un delito, el cual, al contar con el ejercicio de todas sus facultades mentales es responsable de sus actos por haberlos comprendido previamente;

2. El conocimiento actual o potencial de la antijuridicidad, la infracción al deber ser jurídico penal bajo premisas de conocimiento de que se está cometiendo delito y la contradicción a la ley penal que ello conlleva y;

3. La exigibilidad de actuar conforme a derecho que le impone la vida en sociedad, en donde consideramos si el agente tuvo o no la posibilidad real, según sus características personales y circunstancias del hecho, de una vez informado por la norma, conducir su conducta de manera tal que pusiera en riesgo determinado bien jurídico tutelado.

Una revisión bibliográfica sobre la culpabilidad penal en definitiva denota una inclinación por atribuir el reproche ético a rasgos humanos, a tal punto que podemos afirmar que la capacidad de culpabilidad configura actualmente un atributo que se otorga por cumplir la persona física con determinadas características personales, mayormente internas y abstractas.

Planteamientos tales como los de Jescheck [citado por Castillo] en donde afirma que la “culpabilidad es el juzgamiento negativo de las máximas por las cuales el autor se dejó guiar a la hora de construir su voluntad y por las cuales puede atribuírsele personalmente el hecho: culpabilidad es reproche por la construcción

defectuosa de la voluntad” (Castillo, 2010, pág. 413) son configurativos de la actual teoría del delito aplicada por la jurisprudencia nacional, y ello pareciera ser inadaptable a las características de las personas jurídicas. Al respecto consideramos que la culpabilidad debe ser analizada como la expiación o reparación debida por haber el agente omitido el debido actuar conforme a la norma, no puede limitarse ese reproche a una voluntad únicamente humana.

Como marco legal con respecto al principio de culpabilidad contamos con el artículo 30 del Código Penal, el cual establece que no hay pena sin culpa, incluyendo ahí el dolo, la culpa y la preterintención.

Lo anterior surge a su vez a partir del artículo 39 de la Constitución Política, este inevitablemente debemos transcribir: “a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad” (Constituyente, 1949).

Asimismo no podemos dejar de lado el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [Pacto San José] que indica: “... Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca su culpabilidad”. (Americanos, 1969).

Las anteriores normas refieren a la culpabilidad como un requisito *sine qua non* a fin de imponer una pena, más que ello este se convierte en una garantía supra legal para todo aquel a quien se le impute la comisión de un delito. Lo cual consideramos constituye un objetivo crítico que defiende la libertad personal de manera acertada, sin embargo poco refieren las normas vigentes sobre la culpabilidad en su esencia.

Hemos de indicar que el principio de culpabilidad es utilizado con funciones determinadas, este actúa a manera de criterio fundamentador y medidor de la pena. Establecer una pena específica entre los rangos de algún tipo penal es el producto de un análisis respecto a los tres puntos dichos anteriormente. Y esto es incluso un

requisito de la fundamentación de la sentencia penal así establecido en el inciso segundo del artículo 361 del Código Procesal Penal.

Lo anterior nos introduce la distinción fundamental entre la pena y las medidas de seguridad como vías del derecho penal moderno. Y ello cobra importancia en el tanto la diferencia entre uno y el otro se centra en el reproche de culpabilidad en el primero y en la peligrosidad del agente en el segundo. Por ello es que existe el proceso de medidas de seguridad e incluso hay quienes consideran que esas medidas de seguridad son la mejor manifestación de un castigo o sanción para la empresa, incluso en la doctrina se habla de “derecho administrativo sancionador como manifestación del ius puniendi aplicable a las personas jurídicas” (Loaiza & Mata, 2013, pág. 94). Posibilidad que se analizará más adelante.

Sin embargo, encontramos tesis a nuestro criterio más convincentes como la de Ferri [citado por Castillo] quien define su postura al respecto y en tal carácter “niega totalmente la libertad de decisión de individuo [responsabilidad ética] y afirma que la única base de la ciencia criminal es la responsabilidad social, es decir que el agente responde por el solo hecho de vivir en sociedad”. (Castillo, 2010, pág. 416). Lo anterior resulta ser la mejor manera de solucionar el atasco provocado por los planteamientos del principio de culpabilidad y los fines de política criminal en contra de las corporaciones. Pero para ello es necesario superar la individualidad de los rasgos humanos que caracterizan al actual principio de culpabilidad.

Más adelante se hará ver, nos parece que ello concordaría con los fines preventivo generales y especiales que debería tener la sanción aplicable a la persona jurídica que resulte condenada en un proceso penal; si esa sanción debe ser una pena en sentido estricto o una medida “administrativa” es otra segmento de la discusión.

De nuestra parte somos partidarios de que no existe tal cosa denominada “*libre voluntad*”, cada acción se encuentra determinada por una serie inconmensurable de factores y circunstancias que la determinan hacia cierto sentido, y entre tanto ello sea

así no hay razón por la cual deba necesariamente el principio de culpabilidad encontrarse redactado con miras a aspectos biológicos-psíquicos de la persona.

En su lugar, los actuales postulados sobre culpabilidad deberían de encontrarse redactados en función de la previsión de la dañosidad social de la empresa. En última instancia se trata de justificar la pena a imponer y para ello no existe impedimento para variar esos criterios humanos por otros que incluyan la finalidad y la peligrosidad de la persona jurídica.

Razón por la cual coincidimos con Roxin al afirmar que “la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal” (1997, pág. 792). Ante ello se denota que nos debemos a dos postulados, el primero es la culpabilidad en sentido estricto y el segundo los fines preventivos del poder represor estatal.

Con respecto al tema de la culpabilidad en sentido estricto consideramos que la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de comportamiento distinto, no configuran suficiente parámetro para instaurar un sistema de responsabilidad penal de las personas morales. Debe este perfeccionarse por medio de la comprobación de una actitud o cultura empresarial jurídicamente desaprobada por un riesgo social creado, originando así un deber de respuesta por responsabilidad de actuación con base en conocimientos específicos en los que se desenvuelve la persona jurídica. Lo anterior además abarca una falta de organización de la misma, tal cual veremos más adelante.

Dicho aspecto de los conocimientos específicos debe ser considerado como uno de los principales referentes de la culpabilidad de la empresa, entre tanto deben evaluarse los medios reales que tuvo la persona jurídica para desarrollarse en condiciones de normalidad. Ese acceso normativo que denota un actuar a pesar de lo establecido por la norma deja ver una disposición de desaprobación por la ley vigente que merece ser reprimida.

Así cómo un Tribunal evalúa las condiciones personales del imputado persona física para determinar la pena a imponer, debe preguntarse por el tipo de empresa y

sus posibilidades de funcionar conforme a los riesgos que previamente hayan sido indicados por el Estado. Y lo anterior se logra por medio de regulación a lo interno de la empresa que constriña al personal a evitar dichas conductas riesgosas o lesivas, para así, una vez acaecida la acción penalmente relevante, sea posible escindir entre la responsabilidad de uno y otro.

Es claro entonces como los actuales postulados sobre culpabilidad penal, en el caso de persona jurídica no sirven de mucho, la libertad de decisión de la empresa se extrae de lo establecido en sus protocolos y reglamentación de funcionamiento, y se refleja mediante la acción de las personas que la integran.

En palabras de Roxin “el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que [todavía] le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho” (1997, pág. 792). Dichos postulados deben ser aplicables a la criminalidad de empresa. La capacidad de las personas jurídicas de acceder a la información suficiente que las mantenga acorde con la ley penal es incluso mayor a la que podría tener la persona física, cuenta aquella con mayores recursos de todo tipo y por ello se funda la reprochabilidad y responsabilidad por sus actos. La asequibilidad a la información necesaria que disminuya los riesgos de determinada actividad empresarial debería ser un requisito de constitución si lo que se pretende es endilgarle determinado tipo penal a la persona jurídica.

Es para nosotros impensable una persona física sin voluntad y que por ello no tenga derechos, claramente los sigue teniendo y ello es lo mismo que sucede con la persona jurídica. Dejar de lado un actor jurídico y comercial moderno, centro de intereses y con plena capacidad de actuar desde el punto de vista del derecho civil, no corresponde a los postulados de prevención general por cuanto la noción del riesgo en la actividad que ejecuta la persona jurídica, así como su omisión y defecto en la organización, justifica la responsabilidad penal de la misma.

Siendo así las cosas creemos que es culpable quien teniendo la posibilidad de cumplir con la norma, en su lugar la infringe, sea por acción, por culpa o por la omisión de impedir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En el caso particular de la empresa definitivamente cobra mayor relevancia la comisión por omisión en el ejercicio de sus funciones que como actor garante está obligado a realizar.

La culpabilidad de la empresa entonces gira en torno a esa capacidad y posibilidad de escoger la infracción de la norma a pesar de tener los medios para no hacerlo. Si la persona jurídica mantiene actos empresariales y un esquema de organización que no se encuentran regulados conforme a la ley penal especial, o bien rebasan el riesgo promedio de dicha actividad comercial, ello fundamenta ese reproche de poder mantener sus actos conforme a derecho, máxime si han existido llamadas de atención previas al respecto por parte de alguna autoridad penal o administrativa competente.

Lo cierto del caso es que cuando, producto de una falta de organización, se ejecuta una conducta ilícita por parte de una persona jurídica, esa infracción no puede legalmente ser reprochada solo a la persona física que actúa por cuenta de la empresa, existe evidentemente otro origen de la voluntad y del conocimiento con el que se actúa. Es por lo anterior que algunos autores hablan de una “responsabilidad desindividualizada adicional a la individual de las personas físicas.” (Feijoo, 2014, pág. 170) entre tanto estamos ante políticas corporativas que se encuentran detrás de la acción del sujeto que consume de propia mano las decisiones que la colectividad le ordena.

Entonces para nosotros la culpabilidad penal debe incluir las circunstancias en las cuales la comunidad internacional se encuentra, el principio rector debe ser la necesidad preventiva sin que esta se convierta en una ilegítima extensión del derecho a esferas protegidas por garantías fundamentales de defensa e imputación penal.

Asimismo, debe establecer como criterio la ausencia o falta evidente de efectividad de las disposiciones y prevenciones por parte de la empresa, de todas aquellas necesarias a fin de no convertirse en una conducta riesgosa y de esa forma evitar la posible lesión al bien jurídico. Todo esto en definitiva debe valorarse en virtud de ese beneficio último al cual tiene acceso la empresa y por el cual despliega la conducta riesgosa a pesar de conocer con antelación las consecuencias que ello conlleva.

II. E.- LA CULPABILIDAD DE ORGANIZACIÓN: ¿Es suficiente la falta de control?

A este punto hemos de aceptar que la falta de control de los actos cometidos por la empresa en detrimento de un tipo penal, configura una idónea manifestación omisiva merecedora de culpabilidad penal. Sin embargo, consideramos que para ello es necesario agregar algunas observaciones.

Respecto a este precepto o elemento de la culpabilidad empresarial encontramos posturas importantes, en donde se toman en cuenta las manifestaciones y actos que denoten “una falta de organización, un incumplimiento los deberes de la organización y un desconocimiento de los riesgos propios de la actividad que se trate” (Tiedemann, 1996, pág. 9). No obstante, estas no pueden ser adoptadas *per se* por el ordenamiento jurídico costarricense, evidentemente existen muchas diferencias y adaptaciones que deben hacerse. Entre ellos incluimos la falta de mecanismos de supervisión y previsión de comisión de posibles delitos, lo cual configura una omisión de controlar las acciones de la persona moral y sus integrantes.

Desde el punto de vista de la imputabilidad, el reproche debe partir del hecho de que la persona jurídica es responsable de sus actos en razón de que su constitución denota una actitud de desidia, inacción e indiferencia que facilita el delito, y para evitarlo deberá contar con directrices y protocolos suficientes para mantener su funcionamiento dentro de un estándar que mantenga la legalidad de sus acciones, y de esa forma ese riesgo podría ser mermado con antelación y de manera proporcional al tipo de compañía que se trate.

El riesgo configura un cálculo, una aproximación sobre la probabilidad de causar lesión a un bien jurídico tutelado. En nuestro criterio existe un conocimiento organizativo del riesgo empresarial promedio dependiente de la actividad que se trate, no hay impedimento para que propuestas doctrinales y jurisprudenciales sobre el hombre medio o el buen padre de familia, sean aplicadas a la empresa como uno

de los criterios de culpabilidad que permita concluir cuál era el acto exigido en ese caso concreto.

Hablamos entonces de esa capacidad empresarial de contar con mecanismos, protocolos, reglamentación y/o instrumentos preexistentes al hecho únicamente dedicados a controlar la posible comisión de tipos penales, de la forma que lo haría un “curador de buena fe”, debe existir a nivel interno presupuesto dedicado a identificar los defectos y posibles mejorías.

Ordenamientos jurídicos como el anglosajón y el francés han desarrollado avanzadas tesis respecto a la responsabilidad empresarial, lo que suele conocerse como el *due diligence* de la *corporate criminal liability* y el *compliance programme*, en donde de una manera más elaborada a las –aún vigentes- reglas de responsabilidad civil del proceso penal nacional, se establecen postulados de culpabilidad en contra de la corporación por las omisiones del personal para la cual trabajan.

De esa forma los criterios propios del reproche a la persona jurídica deben constituirse por la omisión de ese actuar precedente, mismo que constituye una causal de determinado peligro o riesgo. Tan pronto como ese comportamiento previo sea contrario al deber medio y al cumplimiento de los requisitos mínimos de funcionamiento, estamos ante elementos de culpabilidad empresarial, de tal manera consideramos que en estos casos la teoría de la causalidad cede ante la imputación objetiva del actuar previo.

Una vez detectada esa omisión y falta de organización se fundamenta la culpabilidad de la empresa debido a que existió por parte de la misma una insuficiencia para cumplir con los tipos penales, y ello difícilmente traería como conclusión la responsabilidad de la persona física actuante. Este es un simple depositario de la finalidad colectiva propia de la empresa, quien es la que en última instancia dirige los actos de sus colaboradores. Esa falta de organización no puede ser imputada a la persona física por cuanto surgen de otros menesteres meramente colectivos que responden a fines económicos previamente establecidos.

La organización debida no solo es de funcionamiento, sino de fines y voluntades, es un acuerdo respecto a las pretensiones de la empresa y en ese tanto debe ser reconocida su culpabilidad al establecer estos *contra legem*. Al constituirse una persona jurídica se debe contar con objetivos dirigidos a informarse y por tanto a cumplir con la normativa.

Consideramos que el defecto en la organización, como parte integral de la culpabilidad, debe valorarse sobre la omisión de contar con planes en caso de situaciones excepcionales que devengan en un riesgo que era previsible. Se debe crear un marco de funcionamiento tal que merme las probabilidades de que se lesionen o se pongan en peligro determinados bienes jurídicos por medio de conductas avaladas por la empresa.

Son al menos tres los criterios para definir la culpabilidad de la persona jurídica. El primero de ellos es la falta de organización y de control, seguida por la creación de un riesgo proveniente de la actividad a la cual se dedica la empresa. Ambos dependientes de la complejidad de la persona jurídica que se trate, así como las ventajas o beneficios que la misma obtenga por medio de la comisión del delito que se le acusa.

Tercero nos parece que debe considerarse la manera en cómo se ha desarrollado la persona jurídica que se encuentra siendo cuestionada, debe el principio de culpabilidad abarcar ante qué tipo de empresa imputada se encuentra, así como su naturaleza y forma de conducirse en el mercado. Solo de esa manera podremos concluir si nos encontramos ante una cultura empresarial dirigida a evitar las situaciones de riesgo, y así tomar en cuenta si la forma cómo la empresa dirige su actuar es conforme a la legalidad.

De tal manera hablamos de reconocer ese auténtico reproche ético-social contra la empresa, fundado en el resultado de una valoración objetiva respecto a la forma en cómo se conduce en su actividad empresarial.

En el caso de los delitos de comisión por omisión o bien de carácter culposos, en donde se omite un deber independientemente de si es propio o impropio, consciente

o inconsciente, ese comportamiento esperado debió ser asumido por la empresa desde el inicio de su existencia como persona moral. Sin embargo, para ello es necesario una norma que indique claramente la cobertura de dicho riesgo.

La obligación de impedir la comisión de ciertos delitos que se encuentran dentro de su esfera de control responde a una finalidad organizacional que es determinada por una “conciencia” y “voluntad” especial, y para demostrar esa capacidad de cumplir por la norma, ello debe ser relacionado de manera proporcional con la naturaleza y el desenvolvimiento en el medio haya tenido la empresa.

II. F.- LA PENA A LA PERSONA JURÍDICA.

En este último capítulo analizaremos la problemática de los planteamientos teóricos respecto a la posible pena aplicable a la persona jurídica, y cómo está ello íntimamente ligado con todo lo dicho anteriormente. El principio de culpabilidad establece que la pena se aplicará a quien cometa delito y, vista que ha sido la legislación costarricense actual, en la práctica la persona jurídica lo comete mediante sus representantes físicos, apoderados y/o administradores, quienes en última instancia son a los que se les aplica la pena más grave.

El estado de la cuestión doctrinario muestra que el sistema administrativo sancionador ha cobrado importancia en legislaciones penales como la francesa y española (Schunemann, 2014, pág. 514) (Loaiza & Mata, 2013, pág. 284). Mediante este se aplican sanciones en contra de las personas jurídicas tales como la disolución, intervención, suspensión, clausura, multas, in-habilitaciones como limitación de determinadas actividades comerciales, la curatela empresarial, entre otras.

En Costa Rica también se encuentran algunos ejemplos en el artículo 28 de la Ley Nº 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor del 9 de enero de 1995. Los tipos penales vigentes en el Código Penal de usura y agiotaje fueron redactados en situaciones fácticas e históricas muy distintas a las que nos encontramos actualmente, por ello son insuficientes como para hablar de una regulación penal de las empresas que operan en el mercado.

Lo anterior sigue una tendencia moderna que hemos llamado de *soft law* [derecho blando] y propone trasladar esa competencia a un Tribunal Contencioso Administrativo para que mediante sentencia se intervenga la empresa. Ello nos parece una solución práctica y en definitiva debe ser una opción a considerar, sin embargo también debemos indicar que otra de las posturas sería incluir dentro de los lineamientos penales regulación clara respecto a la persona jurídica a fin de aplicar dichas medidas como resultado de una sentencia condenatoria penal.

La primera consideración es determinar que estamos ante una cuestión limitada por el lenguaje, el adjetivo o calificación que le otorguemos a los actos ilícitos cometidos por la persona jurídica, es el inicio para poder determinar el tipo de pena a imponer. Ante lo cual podríamos tomar partido al lado de que nos encontramos ante una acción penal relevante, o bien, concluir que es competencia de otra jurisdicción y por tanto, no aplicarle una pena.

La segunda consideración debe ser dirigida a la teoría del delito, específicamente a la culpabilidad. Siendo su contenido teórico doctrinario criterio limitador de la pena, nos preguntamos por los fines por los cuales se justifica la imposición de una sanción a las empresas. Alrededor de este trabajo hemos referido a la prevención general y especial, positiva –y negativa- como el más apto de los fines de la pena existentes para justificar la extensión al *ius puniendi* que conlleva instaurar la responsabilidad de la persona jurídica.

Con respecto a lo primero consideramos que, a pesar de la vigencia de las normas del Código Penal que impiden que la persona jurídica sea sujeto activo - artículos 1, 16, 17 y 18-, la reforma de estos a fin de aplicarse una pena no es compleja, sin embargo para ello es necesario reformular las bases de la teoría del delito y de la pena en el tanto nos encontramos ante las formas dictadas por el debido proceso.

El punto medular en las secciones anteriores de este trabajo fue esa justificación para definir la culpabilidad de la persona jurídica y de esa forma legitimar la imposición de una pena. Para ello se acude a lo dicho páginas atrás, pero debe usarse con el objetivo de legitimar esa extensión del poder represivo del Estado. Sobre ello nos parece que la necesidad de la jurisdicción penal en estos casos es evidente en el tanto no solo es la empresa sujeto activo de tipos penales de toda naturaleza, sino que amplía la complejidad y gravedad de muchos de ellos.

Bajo esa línea de pensamiento coincidimos en que “la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley” (Roxin, 1997,

pág. 792). La culpabilidad debe solo incluir a la persona jurídica mediante lo aquí planteado y esa necesidad preventiva es notable e incluso el motivo de las investigaciones y reformas a nivel europeo.

La solución entonces está en definitiva en la prevención general y especial, la fundamentación debida sobre la pena contra una persona jurídica debe estar del lado de esa inminente peligrosidad que caracteriza a la sociedad moderna y a este tema en particular, a partir de la cual se han establecido postulados capaces de anticipar la provocación de un daño, muestra de ello es la imputación objetiva.

De tal manera que esa prevención especial deberá ser aplicada tanto desde la perspectiva positiva como negativa, debe desalentar mediante una estricta regulación las nuevas señales de focos criminales y a su vez interviene en la organización y estructuración de la empresa para disminuir la posibilidad de que surjan nuevas formas de lesionar bienes jurídicos. Sin embargo ahí existe -de nuevo- el problema de si estamos ante una pena o una medida de seguridad que pretende que dicho comportamiento no suceda en el futuro.

Ante situaciones de este tipo, al sistema penal y procesal penal no le queda más que modernizar su teoría de la pena de forma tal que se logre disminuir este origen de criminalidad económica contemporánea, de manera que la empresa no sea utilizada como una estructura de poder con fines ilícitos.

Entonces desde este punto de vista la pena desmotivará a la misma empresa a volver a cometer algún ilícito de la misma naturaleza, merma la posibilidad de que suceda lo mismo nuevamente y que se convierta eventualmente en una práctica común dentro de la sociedad. Esa prevención especial también debe ir acompañada por una prevención general, que amplíe el rango de la pena de manera indirecta y así desmotive a las demás empresas que se encuentren en situaciones similares. Mediante la confianza en el uso y aplicación de las penas a la persona jurídica es como surgen posibilidades de educación al resto de la población civil.

Esa sanción debe ir dirigida a aumentar la confianza en el proceso penal, en especial en nuestro país al ser considerado por algunos con adjetivos como “paraíso

fiscal” o, peor aún, el país más “feliz” del mundo. Por ello, en nuestro criterio esa pena así como debe motivar, a su vez debe *draconizarse* para desalentar y compeler las posibilidades de que las empresas omitan controlar sus actividades de conformidad con la legislación nacional. La pena debe restablecer, recuperar la vigencia del derecho que ha sido lesionada o puesta en peligro por el accionar de la empresa. En virtud de lo anterior aumentaría el porcentaje de población que actuará bajo el conocimiento de la ilicitud de su conducta. En palabras de Salazar Marín que sea “como un mensaje de carácter social orientado a enseñar los valores propios de la convivencia, en su búsqueda de la fidelidad al derecho y la estabilización de la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico del Estado” (Salazar, 2016, pág. 130).

Dicho lo anterior y analizado que ha sido el estado actual del derecho penal nacional, en vista de que la pena como la última medida configura el más alto reproche social, consideramos que primero se agote la posibilidad de sancionar a la persona jurídica de una manera más acorde con los fines político criminales que se pretenden alcanzar con la regulación de este tema.

Sin embargo, queda esa duda de si las medidas administrativas y de seguridad vigentes en la actualidad responden a los intereses de política criminal que deberían prevalecer. Ello por cuanto una pena de multa o bien el cierre temporal de determinado local comercial no son proporcionales respecto a las lesiones, presupuesto, clandestinidad, puesta en peligro y privilegios con los que operan algunas empresas.

En el tanto la in-habilitación tan solo signifique “inepto, inhábil, impedida para ejercer todos sus derechos políticos y cualquier función pública” (Velásquez, 2002, pág. 513) ello no será capaz de abarcar los orígenes del problema, si continuamos ejerciendo la acción penal en contra de testaferreros y chivos expiatorios que tan solo son la parte más delgada del eslabón de dicha criminalidad considerada como un todo.

De manera tal que la aplicación de la pena se justifica en el tanto la existencia y el uso del nombre de la compañía y su posición privilegiada en el mercado y, en la sociedad en general, le hayan permitido obtener provecho de las figuras jurídicas existentes. La pena responde a la actuación de la persona jurídica que vaya acorde con un objetivo de “dejar hacer dejar pasar” conductas que lesionan la armonía social.

Por una cuestión práctica es claro que por facilidad en el trámite y ejecución de las medidas impuestas a aquellas empresas que resultan condenadas, se ha utilizado la vía administrativa como una manifestación o especie del ius puniendi del Estado. Respecto a ello es necesario aclarar que los mismos planteamientos dichos aquí deben cumplirse a fin de arribar a una sentencia condenatoria producto del debido proceso. Gozan ambos procesos judiciales de las garantías establecidas a nivel internacional y reconocidas por el voto 1739-1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado en la doctrina se discute la posibilidad de que exista una posible doble sanción al condenar a la empresa y a sus representantes mediante la misma sentencia, o bien la imposición de una pena a la persona en calidad de tal y otra en calidad de socio o accionista de la empresa a la cual pertenecía para el momento del hecho. Sobre ello debemos aceptar que la legislación costarricense se encuentra vacía de contenido para definir claramente cómo se resuelve alguna de las situaciones mencionadas.

A pesar de ello encontramos normas vigentes como el artículo 44 bis de la Ley N° 8422, contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, mismo que contiene una serie de sanciones administrativas redactadas bajo inexistentes bases conceptuales respecto a la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica. La extensa redacción del artículo indica lo siguiente:

Artículo 44 bis.- Sanciones administrativas a personas jurídicas En los casos previstos en el inciso m) del artículo 38 y el artículo 55 de esta Ley, y en los

artículos del 340 al 345 bis del Código Penal, cuando la retribución, dádiva o ventaja indebida la dé, prometa u ofrezca el director, administrador, gerente, apoderado o empleado de una persona jurídica, en relación con el ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de esa persona jurídica, a la persona jurídica le será impuesta una multa de veinte a mil salarios base, sin perjuicio e independientemente de las responsabilidades penales y civiles que sean exigibles y de la responsabilidad administrativa del funcionario, conforme a esta y otras leyes aplicables.

Si la retribución, dádiva o ventaja indebida está relacionada con un procedimiento de contratación administrativa, a la persona jurídica responsable se le aplicará la multa anterior o hasta un diez por ciento (10%) del monto de su oferta o de la adjudicación, el que resulte ser mayor; además, se le impondrá la inhabilitación a que se refiere el inciso c) del artículo 100 de la Ley N 7494, Contratación Administrativa.

Sin perjuicio de las potestades de la Contraloría General de la República, será competente para iniciar el procedimiento administrativo e imponer las sanciones previstas en este artículo, cada ministerio o institución que forme parte de la Administración Pública, central o descentralizada, a nombre de la cual o por cuenta de la cual actúe, o a la que le preste servicios el funcionario a quien se le haya dado, ofrecido o prometido la retribución, dádiva o ventaja indebida, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. En los casos a que se refiere el artículo 55 de esta Ley, será competente el Ministerio de Justicia y Paz (*), el cual contará, para esos efectos, con el asesoramiento de la Procuraduría General de la República, en lo pertinente. (*) (Modificada su denominación por el artículo 3° de la ley N° 8771 del 14 de setiembre de 2009)

En los casos en que la institución pública competente para imponer las sanciones previstas en ese artículo ostente competencia regulatoria atribuida por ley sobre la persona jurídica responsable, podrá aplicarse la sanción indicada en los párrafos primero y segundo, o bien, según la gravedad de la falta y sin perjuicio de las demás potestades de la respectiva institución, cualquiera de las siguientes sanciones:

a) Clausura de la empresa, las sucursales, los locales o el establecimiento con carácter temporal, por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

b) Suspensión de las actividades de la empresa hasta por el plazo máximo de cinco años.

c) Cancelación de la concesión o el permiso de operación de la empresa.

d) Pérdida de los beneficios fiscales o las exoneraciones otorgados a la empresa.

Para la imposición de las sanciones previstas en este artículo, deberá seguirse el procedimiento ordinario previsto en la Ley General de la Administración Pública y respetarse el debido proceso. En cuanto a la prescripción, se aplicará lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N 7428.

La resolución final que se dicte deberá declarar la responsabilidad correspondiente y el monto pecuniario. La certificación de la resolución firme será título ejecutivo contra el responsable.

Si se presentan causas de abstención o recusación respecto de algún funcionario que deba intervenir o resolver en un procedimiento basado en este artículo, se aplicarán las reglas pertinentes de la Ley General de la Administración Pública.

Las auditorías internas de las instituciones públicas velarán por que se establezcan procedimientos adecuados para el efectivo cumplimiento de las disposiciones de este artículo, sin perjuicio de las potestades de la Contraloría General de la República. (Así adicionado por el artículo 2° inciso b) de la Ley N 8630 del 17 de enero de 2008) (Legislativa, Procuraduría General de la República, 2004).

Este artículo entró en vigencia eludiendo el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la forma en que la materia se encuentra desfasada en el derecho costarricense. El resultado de ello es una norma sancionatoria que no encuentra en la legislación vigente, sustento capaz como para considerarla de índole penal, y a pesar de ello se sustenta en principios meramente penales.

Estamos ante una construcción legislativa que no se respalda con el debido fundamento capaz de imponer una sanción de naturaleza penal. Se trata de un híbrido que pretende resolver un real problema de política criminal mediante soluciones rápidas que no superan el examen jurídico penal, no es solo una nomenclatura mediante la cual se pretende llamarle sanción administrativa si lo que en el fondo constituye es una pena.

Nótese que la norma indica que será la persona jurídica sancionada con multa cuando el apoderado ofrezca una dádiva en el *“ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de esa persona jurídica”*, lo cual no encuentra explicación lógica alguna por cuanto acepta que existen razones suficientes como para multar a la empresa pero continúa castigando con pena de cárcel a ese representante que cumple una orden debida, ello a pesar de que su voluntad no necesariamente coincide con la de su representada.

Entonces, por una parte, existe ambigüedad respecto a las razones por la cuales se atribuye responsabilidad penal a aquel que podría no encontrarse en posición de garante, y por otra, es indiscutible que existe una gran diferencia entre la severidad de las penas de multa y prisión.

Según la redacción actual de este artículo, el cumplimiento de los fines de la pena y cada uno de los estratos de la teoría del delito se justifican al imponerse una multa que ni siquiera toma en cuenta de qué tipo de empresa se trata, y con base en esa vaguedad pretende compararla con la pena de cárcel que se le impone al representante legal, a quien difícilmente se le pueda comprobar su dolo.

Nos parece más grave aún, la expresa indicación que hace la norma respecto a que la competencia para aplicar dicha pena de multa e in-habilitación a la persona

jurídica, es de la Administración Pública. Dicha sección de la norma no indica con base en cuál tipo penal se tipificaría la acción de la persona jurídica, y no lo hace por cuanto dicho tipo no existe. Y aun así despliega una lista de sanciones “administrativas” que, dependiendo de la compañía que se trate, constituyen una pena de muerte a la persona jurídica.

Por ello y en resumen para concluir con este capítulo, es que coincidimos con Tiedemann en el tanto definitivamente “el contenido de las categorías fundamentales de derecho penal debe variar cuando se quiere reprimir penalmente a las agrupaciones delictuosas” (1996, pág. 11). La teoría de los fines de la pena merece reformar sus postulados en dirección a restringir el accionar de la persona jurídica sin dejar de configurar ese límite al poder punitivo del Estado.

Para lograr lo anterior se debe sustituir la resocialización como objetivo principal de la pena, y mirar más allá de la criminalidad individual. Es más acorde con el desarrollo de la teoría del delito y de los fines de la pena, la necesidad de prevenir jurídicamente los riesgos empresariales a la sociedad mediante la antelación al posible daño.

III.

CAPÍTULO TERCERO.

III. A.- METODOLOGÍA.

Se utilizará para formalizar esta investigación una metodología de tipo deductivo-comparativo. De esta manera se iniciarán los estudios de los institutos actualmente vigentes tanto a nivel nacional, pero más importante aún, a nivel internacional para de esa forma comparar y examinarlos en conjunto para luego llegar a conclusiones críticas concretas.

Nos encontramos ante una investigación del tipo cualitativo entre tanto la documentación del derecho comparado y la doctrina extranjera serán analizadas a la luz del derecho nacional, para lo cual se toma como punto de partida la realidad socioeconómica e historia de Costa Rica para la presente década.

Las fuentes que se utilizarán para la presente investigación serán la doctrina, la normativa internacional, las leyes, los reglamentos, las tesis presentadas a la facultad relacionadas con el tema y los fallos judiciales para establecer criterios jurisprudenciales sobre la materia, con el fin de obtener la mayor cantidad de información certera al respecto.

IV.

CAPÍTULO CUARTO.

IV. A.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

En este momento de la investigación nos encontramos en la capacidad de identificar el marco conceptual y práctico que dirige la responsabilidad penal de las personas jurídicas tanto a nivel internacional como nacional. De esta forma es cómo debe canalizarse el análisis de esos resultados, con miras a una solución práctica que se encuentre dentro de los términos doctrinarios y jurisprudenciales vigentes y de esa manera que sea conforme a la realidad de Costa Rica.

Siendo así consideramos que este estudio debe tener al menos dos puntos de partida. El primero de ellos constituido por la autoría penal así como los planteamientos del artículo 31 bis del Código Penal de España que para regular dicho tema fue introducido por la LO 5/2010 del 22 de junio, tal cual vimos páginas atrás.

En definitiva, la crítica que se ha expuesto a través de esta ponencia, concluye en este acápite y en el siguiente en una propuesta, un análisis, de las secciones más relevantes a las que tuvimos acceso, claramente con los bemoles propios de nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro de los puntos que la exégesis y aplicación de esta propuesta deben incluir tenemos a la autoría penal. La recolección de los datos y el tratamiento de ellos por medio de este trabajo, refleja los ejes principales de lo que sería la reforma a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica. Por lo tanto la interpretación y análisis de esos resultados convergen para dar por sentada la necesidad de la misma y de que su iniciación debe partir de la base cierta aportada por la experiencia y posterior legislación española.

Entonces consideramos que esa reforma que introdujo el artículo 31 bis en el Código Penal español, en aras de proponer una solución práctica debidamente fundamentada, primero que todo se valore bajo los términos de persona y culpabilidad aquí establecidos.

La responsabilidad penal debe necesariamente incluir lo dicho sobre “el actuar en nombre o por cuenta de otro”, tal cual lo menciona la primera parte del inciso uno del aludido artículo 31 bis, pero por supuesto para ello primero habría que otorgarle a la empresa las características de persona referidas páginas atrás.

La recopilación de toda la información atinente a la presente investigación, misma que se plasma en las primeras secciones de este trabajo, se centra en la definición de autor. La problemática se encuentra en ampliar los criterios de autoría penal vigentes para de esa forma lograr aplicar criterios más atinentes a la realidad social y económica en la cual nos encontramos. Razón por la cual los resultados arribados deben necesariamente ser tomados en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia.

Para lo cual es necesario traer a colación tres votos jurisprudenciales que demarcan los parámetros bajo los cuales se rige actualmente dicho tema de la autoría, los mismos que resultan incompatibles con la responsabilidad penal de la persona jurídica por el simple hecho de resistirse a considerar a esta persona dentro del derecho penal.

Se trata de las resoluciones N° 276-2009 de las nueve horas veintitrés minutos del veinte de marzo de la Sala Tercera, la N° 292-2011 de las once horas del catorce de octubre del Tribunal de Casación de Cartago y, la sentencia N° 886-2012 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de octubre del Tribunal de Apelación de Sentencia de San Ramón.

En cuanto a autoría se trata, las anteriores sentencias establecen la teoría básica que dirige en último término la práctica judicial en nuestro país, y al respecto consideramos que dichos postulados sean tomados en cuenta una vez que se realice la reforma referida con respecto al concepto de persona en el derecho costarricense.

De tal manera que definiciones jurisprudenciales tales como “poder de decisión”, “contribución causal”, “el plan común”, “dominio funcional”, deben tener como parte para el desarrollo de cualquiera de ellos a la persona jurídica. El debido control sobre la organización y manejo de la empresa la hace autora directa o indirecta según sea

el caso, de los resultados dañosos o peligrosos por medio de los cuales incluso se ve, en algunos casos, beneficiada por su actuar ilícito.

Cuando se indica por parte de la cúspide de los Tribunales Penales términos como el “poder de decisión” y se toma este como elemento de la autoría sobre determinada relación de hechos, se ignoran por completo los resultados últimos del delito perpetrado y por ello la justificación de la pena en contra de la empresa que se encuentra detrás de la persona física que realiza directamente la acción.

Ciertamente esta solución surge del artículo 31 bis y permite incluir aquellos delitos cometidos en beneficio de la persona jurídica, lo cual creemos debe interpretarse -y ejecutarse- mediante los instrumentos jurídicos ya existentes en nuestro país. Así debe aplicarse un control cruzado de información por medio del cual se revelen las condiciones financieras de las empresas en donde se evidencien ingresos y egresos que determinen en beneficio de quién se efectuaron las acciones que se imputan como ilícitas.

Para lograr lo anterior consideramos que dentro de nuestra realidad jurídica y económica, existen tres fuentes de información empresarial que deben aperturarse a fin de colaborar con la persecución penal de la persona jurídica. Hablamos de instituciones públicas que como su nombre lo indica responden a una utilidad común, a un fin público que dirige sus actuaciones; y como tales aportan día a día relevantes datos que permiten la resolución de otros procesos judiciales, administrativos e incluso esa información es utilizada como elemento de prueba en contra de personas físicas imputadas en el proceso penal costarricense.

El Ministerio de Hacienda, el Registro Público de la Propiedad y la Caja Costarricense del Seguro Social si prestamos atención constituyen en la práctica las tres instituciones públicas que reúnen mayor cantidad de datos de las actividades comerciales lícitas llevadas a cabo por los ciudadanos en nuestro país. A manera de ejemplo de ello échese un vistazo al proceso penal vigente, principalmente en etapas de investigación en donde el Ministerio Público ordena a estas tres instituciones revelar la información de aquella persona física que se encuentra siendo investigada

para de esa forma contar con un perfil más claro de esta a la luz de los hechos por los cuales se le tiene como sospechoso.

Extrañamente y, por supuesto debido a la falta de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ello no ocurre en nuestro país cuando se trata de las empresas y no de personas físicas. De manera tal que una vez instauradas las reformas aquí propuestas, para poder llevar ello a la práctica con el objetivo de lograr enjuiciar en estrados judiciales a la persona jurídica, debemos reunir la prueba documental que aporten estas instituciones públicas y todas aquellas que se instauren para dichos efectos, como por ejemplo podría ser un registro de estándares o esquemas de organización y gestión de control de riesgos de las empresas en Costa Rica.

Lo anterior no solo permitiría contar con una base cierta respecto a las exigencias estatales para cualquier compañía o persona jurídica que pretenda dar inicio a sus operaciones, cuales quiera que estas sean; sino que además de ello haría posible tener criterios de imputación claros y contundentes en contra de esa empresa al momento en que se le vincule con un daño o peligrosidad que se encontraba regulada y que se pretendía disminuir o evitar ese riesgo por medio del esquema organizativo que como requisito de inscripción de la empresa la acompaña desde sus inicios.

En nuestro país el Ministerio de Hacienda, mediante la Dirección General de Tributación, es el encargado de la gestión de la materia tributaria, para lo cual se compone de una serie de fuentes de información entre ellas declaraciones juradas de los contribuyentes que en cada cierre fiscal año con año realizan las empresas.

Esta cartera ministerial consideramos es el primer eslabón de lo que se configura como la puesta en práctica para llevar a cabo los planteamientos a los cuales hemos hecho alusión. De esta forma los delitos económicos en los que se ven involucradas las empresas en nuestros días, tienen a su disposición información que se aporta con una simple solicitud o exhorto por parte de la Fiscalía General de la República o sus demás fiscalías adjuntas, es allí en donde esos datos tributarios permitirán

esclarecer aspectos sumamente relevantes como lo son el tiempo de operar en el mercado, promedio de ganancias así como de ventas en términos generales, costos operativos y catalogar a la empresa según su poder adquisitivo, lo cual a su vez define la tasa impositiva de las cargas tributarias y por lo tanto es información que en la mayoría de los casos es aportada por la misma empresa mediante una auto declaración.

La Caja Costarricense del Seguro Social, es la institución que además de administrar la totalidad de los centros de salud públicos en nuestro país, ha sido referente probatorio en materia penal por años. La C.C.S.S. cuenta con la información exacta sobre los aportes obrero patronales que realiza toda persona física y jurídica dentro del territorio nacional, de igual manera permite asegurar si determinada persona es o no empleador o si por el contrario es el empleado de determinada empresa.

Con respecto a la propuesta de este trabajo lo anterior cobra relevancia en el tanto estaremos en la capacidad de definir si determinada persona es o no colaborador de la empresa que es imputada en el proceso penal, y de esa manera comenzar a definir todo lo dicho anteriormente; si la persona física se encontraba actuando en nombre de la persona jurídica, si existía un ligamen entre ellos dos, o si fue una acción que la persona cumplió sin mediar orden expresa de su patrono.

Ello es importante por cuanto sería información pública que como la práctica lo refleja se ofrece todos los días en los Tribunales Penales pero en las causas seguidas contra personas físicas, más no así contra la persona jurídica. Los documentos que envía la C.C.S.S. o bien que pueden ser consultados de manera pública, revisten la formalidad de información que deviene del Estado y por tanto se presume auténtica entre tanto no se demuestre lo contrario.

De esa forma consideramos que se le permitiría al Ministerio Público ir articulando claramente una hipótesis acusatoria cuando se trate de un delito cometido por la persona física que refiere no haber actuado según la autonomía de su voluntad sino por cuenta de la empresa para la cual labora y a la cual se debe, ello en definitiva

tiene implicaciones en el dolo y la lesividad provocada por el delito en la sociedad costarricense. Es en última instancia la persona jurídica quien debe ser responsable por ese ilícito y no la persona física que actúa por cuanto únicamente cumple las órdenes de su jefe, el cual constituye un ente superior, mejor capacitado y con acceso a mayores fuentes de información.

Por último, pero no menos importante tenemos al Registro Público, institución que existe desde el 31 de octubre de 1865 con la entrada en vigencia de la Ley Hipotecaria, y que se encarga en términos generales de la publicidad registral, del tráfico de los derechos reales así como del registro de las personas jurídicas y de sus de accionistas. Aquí encontramos el principal centro de información empresarial en Costa Rica que a través de siglos no ha sido utilizado con los fines de persecución penal empresarial que debería.

La sección de personas jurídicas del Registro Nacional inscribe los actos que formalicen estas sociedades respecto a su existencia, constitución, representación y demás variaciones que se hagan a su acta constitutiva; razón por la cual consideramos que es el más relevante de los puntos a tomar en cuenta a fin de que en términos prácticos se logre recabar los elementos probatorios que en última instancia, una vez plasmadas las reformas referidas, permitirían enjuiciar a la persona jurídica en Costa Rica.

Inclusive debemos considerar la posibilidad de que se le encomiende a dicha sección de personas jurídicas la potestad de controlar esa gestión de riesgos a la cual hemos hecho referencia, de manera tal que no se limite únicamente a la publicidad registral sino que tome un papel más dinámico en cuanto a las empresas se refiere y que desde ahí se instauren controles y directrices que permitan circunscribir el accionar de la persona jurídica dentro de ciertos y determinados parámetros de actuación que prevenga conductas riesgosas. Todo lo anterior con el fin de prevenir eventuales conductas ilícitas que sean de difícil persecución penal debido a la falta de control en la gestión empresarial.

V.

CAPÍTULO QUINTO.

V.A.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Es imperativo dejar atrás los viejos paradigmas respecto a la falta de acción de la persona jurídica. La modernidad trae consigo una serie de supuestos de hecho y nuevos disuasorios de la responsabilidad penal por medio de empresas creadas para ese fin. Para el momento histórico en donde el dogma de *societates delinquere non potest* se instauró no se contaba con la criminalidad de empresa, el crimen organizado ni la delincuencia ambiental que tanto afecta los bienes jurídicos más valuados de nuestra época.

Existe una evidente y manifiesta confusión por parte de la legislación costarricense en lo que es actualmente la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ello implica la necesidad de reformar la legislación vigente para así permitir la regulación debida de la problemática. Específicamente debemos hablar de la teoría de la acción y del principio de culpabilidad, lo más factible será aplicar institutos penales ya existentes como la responsabilidad por falta de organización que se explicó líneas atrás, de forma que se imputen las acciones de la empresa y se les culpe por delitos de comisión por omisión e imprudentes.

Es reiterado el incumplimiento de Costa Rica de las normas internacionales, especialmente las dictadas por las Naciones Unidas, y ello demuestra primero, la insuficiencia jurídica nacional para enfrentar la criminalidad moderna, y segundo, como consecuencia directa de lo anterior, la necesidad de un régimen especial que regule el tema a partir de las bases aquí establecidas.

Tal como lo indican Luggren y Oroño “en las empresas la disociación que se produce entre la ejecución material directa y responsabilidad, determina que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes del plan delictivo” (2015, pág. 215); razón suficiente que a nuestro criterio justifica las reformas a la ley penal que tengan como objetivo la previsión de los riesgos y reglas de imputación

que disminuyan la problemática respecto a la falta de individualización del sujeto activo.

Sin embargo, uno de los principales problemas sigue siendo ese concepto individual de sujeto que no resulta eficaz para contrarrestar la criminalidad económica. Si se reformara la ley sustantiva de manera que abarque lo aquí planteado se daría un gran paso para un tratamiento conforme al presente siglo.

El derecho penal no debe tomar como punto de partida para definir la forma en cómo se lesionarán sus más preciados bienes jurídicos un criterio meramente biológico a fin de delimitar qué constituirá o no una acción penalmente relevante, una propuesta bajo esos términos es inútil y está destinada a fracasar. La historia es cíclica y esta es capaz de denotar las omisiones en la regulación del tema, con el paso del tiempo la realidad social y económica demuestra que la normativa actual no puede resolver cuestiones en donde cualquiera de las dos partes de un proceso penal no tenga sea una persona humana.

El criterio que en definitiva esta investigación debe concluir, para ser utilizado como parámetro o baremo que defina a quién -o a qué- sujeto, persona, ente, centro de intereses, organismo, órgano, colectividad, entidad, empresa, se le imputa y responsabiliza por un delito no puede únicamente ser de carácter biológico; continuar afanado en ello retrasa el desarrollo del derecho penal costarricense. Las muestras se denotan en sectores de la tecnología y la física en donde actualmente conocemos que el átomo no responde a procesos de causalidad sino de probabilidad, lo cual lo hace impredecible. Ante ello, es indudable que el concepto de acción y de acción penal no se reduce a que no existe delito por cuanto teníamos que estar frente a un “comportamiento humano”.

Ante tal problema un punto de partida es la teoría del finalismo de Hans Welzel, mencionada por la jurisprudencia costarricense y reconocida generalmente por los operadores en nuestro medio, pero por un punto de vista capitalista del tema curiosamente no se aplican dichos postulados a esta problemática. Para decidir si el

derecho penal responsabiliza a una persona jurídica debe la legislación centrarse en el daño o puesta en peligro del bien jurídico y no si se trata de acción humana.

No existe una identidad absoluta entre la persona física y la organización a la cual pertenece, los intereses de ambos son escindibles y pueden perfectamente ser identificados. Se señala a la persona jurídica como una entidad colectiva, supraindividual, que rebasa el interés particular de quienes la integran por cuanto actúan estos en nombre de la segunda.

Hay que empezar por construir un sistema de responsabilidad penal que claramente defina en qué casos vamos a encontrarnos ante una responsabilidad meramente individual o bien una organizacional que involucre a la empresa, por cuanto deberá existir una falta omisión organizativa de la persona jurídica como para que esa atribución sancionatoria salga de la esfera mínima de acción de la persona física y trascienda a la empresa como encargada de no permitir dichas acciones delictivas.

Es necesario en cada caso determinar claramente cuál es el hecho de conexión que vincula en última instancia a la empresa, en qué medida y bajo qué criterios existe responsabilidad de esta considerada como un todo a fin de poder endilgarle responsabilidad por la conducta dañosa o que puso en riesgo al bien jurídico tutelado en ese caso. Esa imputación penal debe ser del tipo objetivo, en su mayor medida por delitos de comisión por omisión.

Además de la omisión, el delito empresarial puede presentarse en forma de delito culposo, caso en el cual para diferenciar entre uno y otro tenemos que acudir a la producción de ese riesgo, si este fue creado o no por la persona jurídica y si se encuentra dentro de la prognosis regulatoria de la norma. En el primer supuesto estamos ante una omisión impropia por cuanto el riesgo es creado por la empresa y se imputa bajo los términos objetivos dichos; en el segundo estaríamos ante un delito culposo o imprudente en donde el agente nada ha tenido que ver con la creación de ese riesgo.

En todo caso, concordamos con Yamanaka [citado por Roxin] en que “la contrariedad objetiva al cuidado debido no debería poseer una significación autónoma dentro del concepto de imprudencia, sino ser absorbida por el criterio de la imputación objetiva” (1997, pág. 999). Puede válidamente atribuirse la comisión culposa de la empresa mediante criterios finalistas del riesgo creado, lo anterior ha sido incluso aceptado por parte de la doctrina nacional pero únicamente respecto a los delitos culposos de resultado (Castillo, 2010, pág. 24).

A partir de esa capacidad de atribuir un resultado, tendríamos la capacidad de escindir entre la responsabilidad de la persona física que comete de forma directa la acción y la persona jurídica a la cual pertenece, por la que actúa. Se observa para esto si la empresa se ha visto beneficiada por la conducta o no, de manera que se determina la intención de la persona física para luego, definir si existe responsabilidad empresarial.

Un inicio en la reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica debe al menos incluir la indicación de que se es responsable por los delitos cometidos dentro del propio giro de acción de la empresa, aunque el daño sea provocado por sus asociados y, por supuesto, sin excluir la eventual responsabilidad de las personas físicas que son parte de la compañía y tuvieron un papel activo en la consumación del delito.

Somos del criterio que debe existir en las empresas órganos especializados de control de actuaciones para las acciones que cometen los funcionarios que laboran para la persona jurídica, a partir de este se valorará si existió o no el debido control sobre el delito cometido de propia mano por la persona física que actúa en nombre de su autor mediato.

La segunda gran parte del tema es si debe dentro del derecho penal aplicarse una pena o una medida de seguridad, estas distintas por su fin han sido dos de las posturas más desarrolladas actualmente.

Independientemente de si debe ser aplicada por el juez penal o por ente alguno administrativo, creemos que la pena de cierre definitivo y prohibición de actuar

legalmente dentro del comercio deben ser las penas principales en la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en Costa Rica. Consideramos que si la teoría de la acción fuera reformada en los términos aquí expuestos primero no habría duda de que nos encontramos ante un tema de *lege ferenda* meramente penal y de ningún otro, y segundo que son merecedoras de una pena debido a que su culpabilidad se fundamenta en la falta de organización capaz de evitar la puesta en peligro de algún bien jurídico.

Dicho lo anterior y analizado que fue el estado de la cuestión de nuestro país, es de considerar la posibilidad de aplicar la responsabilidad administrativa como un punto capaz de llevar a buen puerto el tema. En virtud de que se trata de una responsabilidad de la persona jurídica por deficiencias en su organización, esos deberes de organización que no se cumplieron eventualmente se corrigen mediante medidas de la misma naturaleza administrativa pero que surgen en virtud de la comisión de esa falta por la cual la empresa tiene responsabilidad por deficiencias de organización. En términos penales no puede la persona jurídica ser responsable por el comportamiento de otros, sin embargo sí responde por la falta de organización de sus actos y ello deviene en ilícitos cuando facilita mediante su funcionamiento un contexto de actuación que favorece o hace posible la puesta en peligro derechos ajenos.

En virtud de que el principal fin de la pena, establecido así en el artículo 50 del Código Penal es la rehabilitación del condenado, es claro que nos encontramos ante una necesaria multidisciplinariedad para aplicar y definir la acción y teorías de la pena con un objetivo distinto. Creemos en la viabilidad de incluir dentro de la pena accesoria de in-habilitación especial establecida en el inciso segundo de dicho artículo 50, la pena de la persona jurídica; pero para ello debe primero ampliarse los aspectos doctrinarios dichos en esta ponencia.

Coincidimos con Schunemann [mencionado por Silva Forne] cuando afirma que “los instrumentos dogmáticos de la autoría parecen estar concebidos a partir de las características de la criminalidad tradicional, en que el o los autores de la acción típica están plenamente identificados personalmente con la realización del tipo”

(2015, pág. 52). Claramente el concepto de persona, la teoría de la acción, el principio de culpabilidad y la pena, deben dejar atrás el arcaico dogma *societates delinquere non potest* y plantearse nuevos conceptos que superen la falta de capacidad jurídica penal con la que cuenta la persona jurídica y de esa forma disminuir la criminalidad organizada, el delito ambiental y el delito transnacional.

Para lograr lo anterior a las personas jurídicas debe exigírseles su debida responsabilidad penal en función de dos puntos principales. La imputación objetiva por el resultado dañoso en función de la previsión del riesgo, es el primero de ellos.

La responsabilidad por comisión de una omisión culpable responde al resultado riesgoso final y no a los postulados regulares del dolo y culpabilidad personal. La empresa se encuentra ligada bajo un hecho de conexión objetivo con el daño ocurrido dentro de su esfera de control.

Segundo, tal como se expuso en el capítulo de la culpabilidad, desde el punto de vista subjetivo atribuirles ese conocimiento y voluntad, distinto al de las personas físicas que la integran, por no contar la empresa en su normativa constitutiva interna, las normas capaces de evitar o al menos reducir las probabilidades de que emerja el resultado que en última instancia pone en riesgo el bien jurídico.

La falta de control resulta ser insuficiente y se suma a los demás puntos referidos sobre esa culpabilidad especial ante la cual nos encontramos, para lograrlo al igual que se hace con las personas [físicas], debe considerarse ante qué tipo de empresa nos encontramos y si se cumple con los fines preventivos de la pena.

Sin embargo para ello, en virtud de que nos encontramos ante un concepto normativo de culpabilidad, el principio en el cual se basa esta debe reformarse de forma que permita dicha propuesta de imputación por la responsabilidad de las personas jurídicas. Sumado a ello, el concepto de acción debe seguir criterios finalistas y sociales que definan al sujeto activo como aquel que atenta contra la sociedad sin limitarlo al origen biológico de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS

Bacigalupo Saggese Silvina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Editorial Argentina Hammurabi. 2001.

Bacigalupo Saggese, Silvina y Lizcano, Jesús. Responsabilidad Penal y Administrativa de las Personas Jurídicas en Delitos Relacionados con la Corrupción. Madrid, España, 2013. Editorial Programa Eurosocietal, Colección de Estudios N° 1.

Beck, Ulrich. La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad. Edición de Barcelona, España. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás. Editorial Paidós, 2006.

Cancio Meliá, Manuel, Ferrante, Marcelo y A. Sancinetti, Marcelo. Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc, 1998.

Castillo González, Francisco. Las teorías de la acción en materia penal. San José, Costa Rica, 2008. Editorial Jurídica Continental.

Castillo González, Francisco. Derecho penal parte general. Tomo I, II y III. San José, Costa Rica. 2010. Editorial Jurídica Continental.

Chirino Sánchez, Eric Alfredo y Martínez, Hernán [Editores], Ensayos sobre derecho penal económico y de la empresa, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, 2013.

Gómez-Jara Díez, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial Montevideo B de F. 2010.

Hassemer, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal; traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis, 1999.

Jensen Ghesquiere, David. La responsabilidad penal de las empresas. San José, Costa Rica, 2012. Sin editorial.

Llobet Rodríguez, Javier. Nacionalsocialismo y antigarantismo [1933-1945]. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2015.

Mestre, Aquiles. Las personas morales y su responsabilidad penal: asociaciones, corporaciones, sindicatos. Editorial Madrid Góngora, 1890.

Ontiveros Alonso, Miguel [Editor]. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 2014

Sáenz Montero, Manfred [Compilador]. Ley penal costarricense. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. 2015.

Salazar Marín, Mario. Acción e Imputación: Principio y concepto de culpabilidad. Bogotá, Colombia, 2016. Grupo Editorial Ibáñez.

Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto. Derecho penal aspectos teóricos y prácticos. Editorial Juricentro S.A. 2009.

Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Editorial Civitas, 1997.

Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Bogotá, Colombia, 2002. Editorial Temis.

Welzel, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Editorial B de F. 2006.

TESIS DE POSGRADO Y GRADO

Bacigalupo Saggese, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tesis para la obtención del grado de Doctora en Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid. 1997.

Fonseca Ureña, Samantha. Responsabilidad penal de la empresa y la moderna criminalidad económica en Costa Rica. A propósito de la Ley N° 8630: "Modificación del Código Penal y la Ley Contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito." Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2009.

Loaiza Araya, Nelson y Mata Guzmán, Paola María, Societas delinquere potest: rompiendo el paradigma: ¿responsabilidad penal de la persona jurídica o derecho administrativo sancionador? Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 2013.

REVISTAS DE DERECHO

Cambrón Murillo, Carlos. Los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el debido control y su eficacia exoneradora. E-ciencias jurídicas, Num 1, 2007.

Cuello Contreras, Joaquín. El significado de la acción (u omisión) de persona física para la responsabilidad de la persona jurídica. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. 2013.

Gómez Fraga, Alberto. ¿De dónde venimos y a dónde vamos? Sobre la proyectada reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el nuevo delito de administradores. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Madrid España, 2014.

Hurtado Pozo, José. La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo. Derecho penal y criminología, primero de diciembre del 2008. Vol. 29.

Luggren, Rosana Elizabeth y Oroño, Néstor Antonio. The criminal charges of legal persons against the phenomenon of organized crime; imputación penal de las personas jurídicas frente al fenómeno de la criminalidad organizada. *Ius Et Veritas*, Núm. 50, 2015.

Mir Puig, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2004.

Silva Forne, Diego. El delito de defraudación tributaria con especial referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de la Facultad de Derecho*. Primero de septiembre 2015.

NORMATIVA

Código Electoral, Ley N° 8765, del 19 de agosto de 2009.

Código Penal y sus reformas, Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970. San José Costa Rica.

Constitución Política de la República de Costa Rica del 07 de noviembre de 1949.

Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de las Naciones Unidas [Convención de Palermo 2000]. Ley N° 8302 del 12 de septiembre del 2002.

Convención Americana sobre Derechos Humanos [Pacto San José]. Ley N° 4534 del 23 de febrero del 1970.

Ley de Asociaciones N° 218 del 08 de agosto de 1939.

Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317 del 07 de diciembre de 1992.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 del 19 de enero de 1995.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422 del 06 de octubre del 2014.

Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento del Terrorismo N° 8204, del 26 de diciembre del 2001.

Ley de Protección Fitosanitaria N° 7664 publicada en La Gaceta el 02 de mayo de 1997.

Ley Forestal N° 7575 del 05 de febrero de 1996.

Ley Reguladora de Investigación Biomédica N° 9234 del 22 de abril de 2014.

Ley Regula Horario Funcionamiento Expendios Bebidas Alcohólicas: Licores, Ley N° 7633, del 19 de septiembre de 1996.

JURISPRUDENCIA

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 973-2009 de las ocho horas con cuarenta y siete minutos del catorce de agosto de dos mil nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 1033-2010 de las once horas con cero minutos del primero de octubre del dos mil diez.

ARTÍCULOS DE INTERNET

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. Introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Legislación Española. Universidad de Saragoza, 2013.

De la Cuesta, José Luis. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Español. Universidad de País Vasco.

Rodríguez García, Nicolás. Análisis de la Regulación Legal de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en España. Universidad de Salamanca.