

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL  
DE LAS AMÉRICAS**

**INSTITUTO DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO  
CON ÉNFASIS EN DERECHO PENAL**

**REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE  
LAS PERSONAS JURÍDICAS EN COSTA RICA, DESDE LA  
ÓPTICA DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

**ESTUDIANTE**

**ALEXANDER MORA MORA**

**SAN JOSÉ, SETIEMBRE, 2019**

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis profesores de Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas que en cada uno de los cursos recibidos, no solo me transmitieron conocimientos sobre la dogmática jurídica penal, sino que lograron encender aún más la chispa y los deseos de aprender cada día más por esta apasionante disciplina jurídica.

Un especial agradecimiento a la coordinadora de la Maestría Msc. Silvia Madrigal Córdoba, quien en todo momento se esmeró en que los estudiantes de esta maestría tuviésemos las mejores herramientas pedagógicas y condiciones académicas dignas de un postgrado.

Agradezco a todos los compañeros con quienes compartí en los diferentes cursos y de los cuales aprendí no solamente sobre la materia jurídica penal, sino también sobre las ventajas del trabajo en equipo y la importancia del compañerismo y las buenas relaciones humanas que se desarrollan a través de esta aventura académica.

Siempre agradecido con Dios y mi familia, soporte esencial en todo esfuerzo y proyecto que he emprendido en mi vida.

## DEDICATORIA

A mi esposa Hannia, por su amor, comprensión y sabiduría para tolerarme y brindarme el espacio necesario para mis proyectos académicos.

A mis hijas, fuentes de inspiración.

A mis nietas y nieto, por alegrar mi espíritu y renovar mis fuerzas.

## TABLA DE CONTENIDO

CARTA DE AUTORIZACIÓN DEL TUTOR.....	II
CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR.....	III
CARTA AUTORIZACIÓN DEL LECTOR.....	IV
CARTA AUTORIZACIÓN DEL FILOLOGO .....	V
AGRADECIMIENTOS .....	VI
DEDICATORIA.....	VII
TABLA DE CONTENIDO.....	1
RESUMEN EJECUTIVO .....	3
CAPITULO 1. INTRODUCCION.....	5
1.1. Tema .....	5
1.2. Problema.....	5
1.3. Justificación del tema y el problema .....	5
1.4. Objetivo General.....	11
1.5. Objetivos Específicos .....	11
CAPITULO 2. MARCO TEORICO .....	13
2.1. Paradigmas actuales en Costa Rica sobre imputación de responsabilidad penal .....	13
2.2. Repaso sobre la atribución de responsabilidad penal, en el seno de la empresa .....	14
2.3. Autoría y participación .....	23
2.3.1. Autor, coautor y cómplice.....	23
2.3.2. Autoría mediata.....	25
2.3.3. La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. ....	26
2.4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas .....	28
2.4.1. Criterios de irresponsabilidad.....	28
2.4.2. Criterios de responsabilidad.....	29
2.5. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Comparado .....	51
2.5.1. Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Estadounidense.....	52
2.5.2. Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Europeo. 53	
2.6. Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Iberoamericano.....	58
2.6.1. Argentina.....	58

2.6.2. Chile .....	59
2.6.3. Perú.....	59
2.6.4. Portugal .....	60
2.6.5. Brasil .....	61
CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO .....	62
3.1. Metodología empleada .....	62
3.2. Técnicas utilizadas .....	63
3.3. Selección del estudio.....	64
CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	65
4.1. Entrevista a profundidad .....	65
4.1.1. Entrevista al Dr. Carlos Chinchilla Sandí. ....	65
4.1.2. Entrevista a la Licenciada Greysa Barrientos Núñez. ....	70
4.1.3. Entrevista al Licenciado Leonardo Gómez Solano. ....	73
4.1.4. Entrevista al Dr. Ronald Salazar Murillo .....	76
4.2 Análisis de casos .....	80
4.2.1. Análisis del caso Caja Costarricense de Seguro Social-Fischel.....	81
4.2.2. Análisis del caso Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel.....	87
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	94
5.1. Conclusiones .....	94
5.2. Recomendaciones.....	95
APÉNDICES .....	104
Apéndice A Declaración Jurada.....	104
Apéndice B. Cartas de Consentimiento informado.....	105
Apéndice C. Entrevistas transcritas.....	109

## RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación se relaciona con el derecho penal de la empresa. Desea dar respuesta a la presente interrogante; ¿De qué manera se ha visto comprometido el Principio de Tutela Judicial Efectiva por el hecho de que en Costa Rica no se contemple la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas dentro del marco de la criminalidad económica?

En el capítulo primero como marco introductorio se aborda la justificación del tema y del problema, lo mismo que el objetivo general y específicos propuestos.

En el capítulo segundo se aborda el marco teórico o conceptual donde se hace un repaso de los criterios de imputación de culpabilidad desarrollados por la dogmática jurídica tradicional y los nuevos modelos de imputación que viene implementando el derecho penal moderno. Donde se transita desde una postura de negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la adopción de modelos de imputación que permiten abordar la responsabilidad de estos entes colectivos en aplicación de la norma jurídica penal. Se realiza un recorrido en el análisis de la normativa que sobre esta materia de responsabilidad penal de la empresa se ha implementado en Europa, en el Derecho Estadounidense y en el Derecho Iberoamericano.

En el capítulo tercero se explica la metodología aplicada en la investigación la cual se realiza desde un método cualitativo con un enfoque fenomenológico.

Dentro de las técnicas utilizadas tenemos el estudio de casos específicamente el caso ICE-Alcatel relacionado con la adjudicación de 400.000 líneas celulares GSM, que, tras ganar un concurso a principios del 2001, el Instituto Costarricense de Electricidad otorgó a esa firma francesa. Escándalo que estalló en el año 2004 al revelarse que dicha adjudicación había involucrado a un importante tráfico de influencias de directivos, funcionarios y técnicos de esa institución y un ex presidente de la república.

También se analiza el caso Caja Costarricense de Seguro Social - Fischel vinculado al proyecto Finlandia, un proyecto de ley para obtener un préstamo con el gobierno finlandés destinado a la compra de equipo médico en el marco del programa de renovación del sistema hospitalario nacional.

En ambos casos se acusó la autoría de varios delitos donde se utilizaron personas jurídicas en la comisión delictiva.

De igual forma se realizaron entrevistas a profundidad a profesionales en derecho, especializados en el ámbito penal, tales como fiscales, defensores y jueces en relación con el tema de estudio.

En el capítulo cuarto se realiza el análisis de resultados, esto en relación a las entrevistas realizadas a expertos en el área del derecho penal y el análisis de las sentencias de los Caja Costarricense de Seguro Social-Fischel e Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel, a efecto de determinar si en la aplicación práctica del derecho penal a estos cuadros fácticos fue posible por parte de los juzgadores hacer efectivo el principio de tutela judicial efectiva, o si por el contrario la ausencia de normativa que permitiera de manera directa la imputación penal a las personas jurídicas haya generado espacios de impunidad que debilitaran la aplicación de dicha tutela a favor del conglomerado social.

El capítulo quinto contiene una serie de conclusiones donde se llega a determinar la necesidad de la regulación y exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal; para evitar espacios de impunidad criminal y la violación al Principio de Tutela Judicial Efectiva. De igual forma se emiten algunas recomendaciones para que la aplicación práctica de la nueva legislación penal que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas alcance la mayor eficacia y efectividad posible.

## **CAPITULO 1. INTRODUCCION**

### **1.1. Tema**

Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica, desde la óptica del Principio de Tutela Judicial Efectiva.

### **1.2. Problema**

¿De qué manera se ha visto comprometido el Principio de Tutela Judicial Efectiva por el hecho de que en Costa Rica no se contemple la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas dentro del marco de la criminalidad económica?

### **1.3. Justificación del tema y el problema**

El desarrollo de las sociedades y el fenómeno de la globalización, ha generado la aparición de nuevas y más complejas formas de cometer delitos, entre ellas, la delincuencia organizada. Esto representa un grave peligro para los sistemas de organización social, político y económico vigentes en la actualidad, debido al creciente interés por acumular riquezas, lo que ha generado nuevas modalidades de criminalidad que brindan oportunidades para regularizar beneficios ilícitos, siendo los sectores comerciales más usuales la producción y distribución de estupefacientes, el blanqueo de capitales, el tráfico ilegal de personas, delitos ecológicos, entre otros.

En las relaciones comerciales modernas, normalmente estas actividades se efectúan mediante el actuar de una persona jurídica. Cabe mencionar, que la tendencia actual de las organizaciones criminales evoluciona hacia empresas duales que, en el ejercicio de su actividad, realizan acciones legales e ilegales al mismo tiempo. Es así como en la actividad económica empresarial se genera una gran cantidad de delitos, cuya persecución penal se ve frustrada al encontrarse con que el actuante es una persona jurídica y al depender la sanción de que se identifique a una persona física como autor responsable. Ante este panorama, la responsabilidad de la persona física se diluye al amparo de la persona jurídica y se crea un clima de impunidad.

El avance de las nuevas tecnologías y el terreno que viene ganando el concepto ideológico

de globalización económica, hace que las personas jurídicas o entes colectivos jueguen un rol cada día más preponderante en la sociedad. Surge del normal desempeño de su actividad económica o empresarial una serie de hechos o acciones que lesionan bienes jurídicos tradicionalmente tutelados por el Derecho Penal.

Al tener este tipo de ente colectivo un esquema organizado, muchas veces complejo, en la mayoría de los casos se hace difícil aplicar sanciones concretas a esta actividad que desarrollan las personas jurídicas; por ello se crean espacios de impunidad, que generan miedos e inseguridad en el resto de la población. Por esta razón se hace relevante un análisis de este problema y la búsqueda de posibles soluciones o hipótesis que permitan dar una respuesta actualizada, por parte del derecho, a estas nuevas relaciones de la sociedad actual.

Vale la pena señalar dos aspectos relevantes: Por un lado, queda claro que la discusión en torno a la responsabilidad penal de los entes jurídicos se sitúa en la frontera del derecho penal clásico, donde priva el Principio *Societas Delinquere Non Potest* y el llamado derecho penal moderno o de velocidades; aquí empiezan a tomar vigencia nuevos paradigmas de imputación como la responsabilidad penal objetiva. Como segundo aspecto, la discusión emerge en la antesala de un mundo globalizado en que la proximidad de muchos de estos entes colectivos, los hacen materialmente ser proclives a la irresponsabilidad social.

En el ordenamiento jurídico costarricense, se venía negando la culpabilidad penal de los entes colectivos, se negaba responsabilidad penal directa; esto hace que se destine la persecución penal del delito a sus representantes o incluso a sus socios. Algunos autores sostienen que la criminalidad económica constituye uno de los más serios problemas que enfrenta el sistema de administración de justicia costarricense, debido a los múltiples y sonados casos donde empresarios costarricenses, utilizan personas jurídicas para cometer fraudes económicos que terminan afectando al conglomerado social. Esta circunstancia pone en evidencia la necesidad político- criminal de sancionar directamente a las agrupaciones empresariales o personas jurídicas ante la comisión de hechos delictivos en el ejercicio de sus actividades comerciales. En este sentido, indica Luis Alonso Salazar (2002):

Uno de los problemas más importantes que enfrenta la justicia costarricense, es la delincuencia económica, proveniente especialmente de un círculo empresarial que

ha multiplicado sus ingresos a costa del erario público o de bienes que trascienden lo individual, ante la mirada espectadora de los operadores jurídicos y de la ciudadanía. La máxima *Societas Delinquere Non Potest* se ha convertido en un producto semántico para eximir de responsabilidad penal a estas corporaciones y a quienes se escudan tras ellas (p. 199).

El impacto de este tipo de criminalidad es palpable en las finanzas públicas, en las consecuencias que se ocasionan en el medio ambiente, el blanqueo de dinero y el tráfico de drogas, entre otras actividades. En el año 2004, Costa Rica se vio sacudida por dos grandes escándalos de corrupción, a saber, los casos Caja Costarricense de Seguro Social-Fischel e Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel, donde, a través de mecanismos fraudulentos, pago de comisiones y premios a reconocidos políticos y altos jefes de las más importantes instituciones públicas del país, empresas proveedoras se aseguraron un resultado positivo en su concurso por la venta de bienes y servicios al Estado costarricense.

El caso Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel está relacionado con la adjudicación de 400.000 líneas celulares GSM, que tras ganar un concurso a principios del 2001, el Instituto Costarricense de Electricidad otorgó a esa firma francesa. Escándalo que estalló en el año 2004 al revelarse que en dicha adjudicación había involucrado un importante tráfico de influencias de directivos, funcionarios y técnicos de esa institución y un expresidente de la República; este caso ha sido expuesto por la prensa escrita. Según lo informó el periódico La Nación el 27 de abril del 2011:

El juicio por el caso ICE-Alcatel comenzó el 23 de abril del 2010 y concluyó el pasado 5 de abril. Durante el año que duró el proceso, se juzgó el presunto pago de dádivas para facilitar la adjudicación de 400.000 líneas de la telefonía celular del tipo GSM a la empresa francesa Alcatel-Cit.

A algunos de los imputados se les achaca haber recibido sobornos y a otros ser supuestos facilitadores de tales pagos.

Los imputados son el expresidente de la República Miguel Ángel Rodríguez Echeverría; el exdiputado y expresidente de la CCSS, Eliseo Vargas García; el

exdirectivo del ICE, Joaquín Alberto Fernández Alfaro; el exasesor de la Directiva del ICE, Guido Sibaja Fonseca, y el expresidente de Alcatel, Costa Rica, Édgar Valverde Acosta (Arguedas, 2011).

El caso Caja Costarricense Del Seguro Social-Fischel está vinculado al proyecto Finlandia, un proyecto de ley para obtener un préstamo con el Gobierno Finlandés destinado a la compra de equipo médico en el marco del programa de renovación del sistema hospitalario nacional. Proyecto que fue aprobado en solo tres días y de esa manera el Estado costarricense contrajo una deuda por más de \$39.000.000,00. En el año 2002 se adjudica la compra del equipo médico al Consorcio Finlandés Instrumentarium Medko Medical, con la intermediación y representación de la empresa costarricense Corporación Fischel S.A. Trascendió posteriormente que en dicha adjudicación se habían generado actos de corrupción por altos funcionarios de la Caja Costarricense del Seguro Social, que habían recibido comisiones y premios por su intervención directa para que la empresa adjudicataria resultara beneficiada; en este caso destacó otro expresidente de la República y empresas societarias costarricenses. Caso expuesto por el medio de comunicación Semanario Universidad:

Sospecha de tráfico de influencias en niveles altos y medios de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) con algunas empresas, podría desencadenar una suspensión de los directivos de esa entidad, según revelaron a Universidad fuentes cercanas a la Fiscalía General de la República.

El destape por el alquiler de una casa por parte del expresidente ejecutivo de la CCSS, Eliseo Vargas García al exgerente financiero de la Corporación Fischel, Olman Valverde, llevó a la Fiscalía General de la República y a la de Delitos Económicos a allanar tres viviendas e igual número de oficinas, incluida la de Emilio Bruce, presidente de esta firma. Este último fue presidente de la Cámara de Comercio hasta la semana pasada cuando renunció luego de cinco años de ostentar el cargo (López, 2004).

El caso de la importación del cemento chino es un escándalo político de Costa Rica revelado a mediados del año 2017 donde se cuestiona el préstamo por más del \$31.000.0000 por parte del Banco estatal Banco de Costa Rica al empresario constructor Juan Carlos Bolaños y su

empresa Sinocem Costa Rica Sociedad Anónima en condiciones irregulares. Este caso destapó el tráfico de influencias que se pudo haber generado por parte de altos funcionarios de los tres supremos poderes de la república: Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia y Casa Presidencial. Al respecto, señaló La Nación:

El BCR inició un proceso sancionatorio contra 14 trabajadores involucrados en el caso del otorgamiento de los créditos por \$30 millones al importador de cemento, Juan Carlos Bolaños.

La institución pública confirmó a La Nación la apertura de la investigación para establecer la posible responsabilidad civil de los empleados y el daño económico por el otorgamiento de las operaciones crediticias por \$30 millones al empresario Juan Carlos Bolaños, propietario de Sinocem.

La entidad bancaria explicó que con el proceso administrativo busca “determinar la verdad real de los hechos” en el otorgamiento de una línea de crédito por \$20 millones a Sinocem Costa Rica, para la importación de cemento, y otra de \$10 millones para la nacionalización del producto” (Rodríguez, 2018).

En el año 2016 reventó una bomba internacional con repercusiones directamente en nuestro país, con el denominado caso de Panamá Papers (los Papeles de Panamá), donde personas físicas y jurídicas crearon “Sociedades Offshore” a través de la figura jurídica de la sociedad anónima con la intención de evadir el pago de impuestos y más grave aún que con ese accionar se podría facilitar el lavado de dinero. Todos estos escándalos de corrupción tienen como elemento común que en todos ellos las personas físicas utilizaron como herramienta para cometer los delitos, a personas jurídicas, en estos casos a sociedades anónimas. Esto dificulta muchas veces que se pueda sancionar penalmente el delito en toda su dimensión y en muchos de estos casos se posibilitan espacios de impunidad criminal. Este caso fue expuesto por la prensa, Barquero. M (2017): “...el Ministerio de Hacienda informó de que investiga a 69 empresas o personas por presunta evasión fiscal, de las 120 incluidas en los denominados Papeles de Panamá (Panamá Papers)”.

A raíz de todos estos acontecimientos, se presentó ante la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica un Proyecto de Ley denominado Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos, que ocupó el expediente número 21248. Este Proyecto de Ley terminó siendo aprobado en el Plenario Legislativo bajo el Decreto Legislativo N° 9699.

Esta nueva legislación se ubica dentro del contexto de toda una serie de reforma legislativa que se viene dando en el país a partir de los años 90, para atacar la corrupción y la delincuencia organizada transnacional. Es así como en 1996 Costa Rica suscribió la Convención Americana contra la Corrupción, que fue aprobada posteriormente en el año 1997 mediante la Ley N° 7670. En fecha posterior se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional conocida como el Convenio de Palermo que fue aprobada mediante la Ley N° 8302 del año 2002.

En el año 2004 se decidió emitir una normativa punitiva especial para atacar la corrupción; es así como se dicta la *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*, Ley N° 8422, donde ya se tipifica el delito de soborno transnacional.

En un avance legislativo en el año 2006, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Ley N° 8557. Luego en el año 2008 se aprobó la Ley N° 8630, con la cual se realizó una reforma legislativa en cuanto al delito de soborno transnacional, donde se amplía el rango de aplicación de esta norma punitiva a todos los funcionarios públicos. En esta legislación se introdujo una regulación específica para regular la responsabilidad de las personas jurídicas que hubiesen participado en el cohecho de servidores públicos extranjeros.

De forma posterior, en el año 2016 con la aprobación de la Ley N° 9389, se modificó el delito de soborno transnacional, para sancionar penalmente la simple promesa como elemento constitutivo del delito. En el año 2017, se aprobó la adhesión de Costa Rica a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, conocida con sus siglas como OCDE.

A partir de ahí, Costa Rica ha iniciado gestiones para ser parte de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y se ha sometido a procesos de evaluación donde se le pidió, como uno de los requisitos para la aprobación de su ingreso a este organismo internacional, que se regulara de manera específica la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica.

Desde esta perspectiva, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica, toma especial relevancia, actualidad y pertinencia. A partir de la aplicación práctica del Principio Constitucional de Tutela Judicial Efectiva y de la clara necesidad de construir políticas de persecución penal que vengan a dar respuesta a las nuevas formas de delinquir, donde se utiliza a la persona jurídica en la comisión de los delitos, con el objeto de dificultar la investigación judicial y procurar la impunidad total o disminución de la responsabilidad penal de la persona física que ha ideado todo el actuar delictivo. En este contexto el tema investigado será de utilidad, no solamente para la academia, en el análisis de nuevos paradigmas para atribuir responsabilidad penal, sino también que constituye un insumo para el Ministerio Público y para el órgano legislativo a la hora de la definición de políticas públicas de persecución penal que deben imperar en el moderno Estado costarricense.

#### **1.4. Objetivo General**

Analizar la afectación al Principio de Tutela Judicial Efectiva dentro del marco de la criminalidad económica, por la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas en Costa Rica.

#### **1.5. Objetivos Específicos**

1.- Determinar mediante el estudio de casos de criminalidad económica de gran impacto, acaecidos en Costa Rica entre los años 2004 y 2016, la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas.

2.- Indagar la percepción de los operadores del Derecho Penal, fiscales, defensores,

jueces, acerca del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de su regulación en Costa Rica.

3.- Analizar comparativamente el resultado de casos, en relación con la criminalidad económica de nuestra realidad nacional, donde han participado personas jurídicas y el criterio técnico especializado de los operadores del derecho penal, sobre la necesidad de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica.

## **1.6. Proyecciones**

Como primer alcance se pretende con la siguiente investigación determinar si con la normativa existente antes del dictado de la nueva legislación que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica, el Estado contaba con las herramientas jurídicas necesarias para sancionar a las personas jurídicas que eran utilizadas a través de sus estructuras organizativas para ejecutar actos ilícitos con consecuencias de dañosidad social de gran magnitud.

De igual forma se pretende visualizar los criterios de imputación que la dogmática penal ha adoptado en zonas como Europa, Iberoamérica, entre otras para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas o entes colectivos y la posibilidad de aplicar dichas experiencias en el caso costarricense.

## CAPITULO 2. MARCO TEORICO

### 2.1. Paradigmas actuales en Costa Rica sobre imputación de responsabilidad penal

En Costa Rica, la responsabilidad penal, hasta antes de la promulgación de la Ley N° 9699, abreviadamente: “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”, como se verá más adelante, ha seguido un criterio, según el cual, la responsabilidad penal es personal o “*intuitio personae*”, por descontento que resulta impensable, responsabilizar o sancionar penalmente a las personas jurídicas.

El artículo 39 de la Constitución Política señala:

ARTÍCULO 39.- A nadie se 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.

No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

La interpretación del texto constitucional, limita la interpretación “*a nadie*”, a las personas físicas. La lectura del párrafo segundo del citado dispositivo legal, parece no dejar margen de dudas, de que es a la persona física a la que se viene refiriendo, habida cuenta que solo a esta se le puede apremiar o detener.

Ese derrotero fue marcando la responsabilidad penal. En consonancia con ello, el artículo 30 del Código Penal dispone: “*Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.*”

Con respecto a los delitos cometidos por los directivos de la empresa o sus trabajadores, durante mucho tiempo se aplicó la “culpa in vigilando”. Luego, en el año 1990, la Sala

Constitucional, dispuso que la atribución de responsabilidad “objetiva”, es inconstitucional y contraría lo dispuesto en el ordinal 39 de la Carta Magna (Voto 500-90).

## **2.2. Repaso sobre la atribución de responsabilidad penal, en el seno de la empresa**

La doctrina clásica del Derecho Penal, se ha decantado tradicionalmente por la aplicación del Principio de Derecho Romano “*Societas Delinquere Non Potest*”, partiendo de la premisa que la persona moral, es una ficción del derecho, carente de acción. Y como tendremos ocasión de analizar, ha sido la postura de la jurisprudencia constitucional (N° 2668-94).

Los tratados internacionales, tienen fuerza superior a la ley (Cfr. Artículo 7 de la Constitución Política). Son compromisos internacionales, que deben ser honrados por el Estado. En este sentido, hay un mandato internacional, que obliga a Costa Rica, a la adopción de las medidas necesarias, en el ámbito del derecho interno y que compatibilice con el Estado Constitucional de Derecho, para sancionar a las personas jurídicas.

En este sentido, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, obliga al Estado costarricense a tomar las medidas que sean necesarias, para sancionar a las personas jurídicas por actos de soborno (Cfr. Art. 2).

Por la misma vertiente se decanta la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (Cfr. Art. 8), lo mismo que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Cfr. Art. 26). En este sentido, la Sala Constitucional mediante resolución N° 2006-14636, al resolver la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dijo:

La anterior disposición releva el vicio de inconstitucionalidad que en principio se podría imputar, al igual que en lo que atañe a lo que a lo que dispone el Convenio

en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, tema controversial en la doctrina penal por el eventual roce con principios como el de la culpabilidad.

En Costa Rica, no se solía hablar de la responsabilidad penal de la persona jurídica, incluso se negaba dicha posibilidad. (Cfr. Sala Constitucional mediante sentencia 6361-93). No obstante, el artículo 245 del Código Penal, que castiga el agiotaje dispone lo siguiente:

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años o con treinta a cien días multa, la persona que con el propósito de obtener un lucro inmoderado para sí o para un tercero, tratare de hacer alzar o bajar el precio de mercaderías, valores o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento, destrucción de productos o mediante convenios con otros productores, tenedores o empresarios La pena se elevará en un tercio si se lograre la alteración de los precios, y en el doble, si en el caso se tratare de artículos alimenticios de primera necesidad, se logre o no la alteración de sus precios. 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. El intermediario en dichos delitos será considerado como cómplice” (Lo subrayado no es del original).

La reforma introducida por la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas Sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos, Decreto Legislativo N° 9699, publicado en el Alcance N° 130 de 11.06.2019, la cual reforma los artículos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 57 y 58 de la Ley N.º 8422 y los artículos 347, 348, 349, 350, 351, 352, 352 bis, 353, 354, 355, 361, 363, 363 bis y 368 bis del Código Penal, prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se había admitido – antes del nuevo texto normativo -, la sanción administrativa contra la empresa (Cfr. Sala Constitucional voto 2781-95).

Como señala Javier Llobeth en el Prólogo a la obra Responsabilidad Penal por Omisión del Empresario (Crespo, 2017, p. 19), en diversas normas existe referencia a la responsabilidad penal de los representantes legales de las personas jurídicas:

- 1.- Artículo 93 párrafo 2 y 94 párrafo 2 de la Ley de Armas y Explosivos.
- 2.- Señalan los siguientes artículos del Código Penal:

Artículos 168 bis:

Se impondrá la inhabilitación para el ejercicio del comercio de tres a diez años al dueño, gerente o encargado de una agencia de viajes, de un establecimiento de hospedaje, de una aerolínea, de un tour operador o de un transporte terrestre que promueva o facilite la explotación sexual comercial de personas menores de dieciocho años.”

Artículo 188.1 bis:

Se impondrá prisión de quince a cien días, en los siguientes casos: Presencia de menores en lugares no autorizados // 1) Quien como dueño, gerente, empresario o autoridad de policía, deba evitar la entrada de personas menores o incapaces en lugares no autorizados para ellos, tolerare o permitiere que entren. Venta de objetos peligrosos a menores o incapaces.

Artículo 227 párrafo último

(...) Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años o con quince a cien días multa:

(...) Si las usurpaciones previstas en este artículo se hubieren perpetrado en nombre o por instrucciones de una sociedad o compañía, la responsabilidad penal se atribuirá a su gerente o administrador, sin perjuicio de que la indemnización civil recaiga también sobre la sociedad o compañía.

La Sala Constitucional (Nº 6361-93 de las 15:03 horas del 1º de diciembre de 1993), interpretó esta frase en el sentido de que éste en sí mismo no es inconstitucional, siempre que se interprete que para su aplicación a un caso concreto, el juzgador debe establecer si existe prueba

suficiente que acredite la participación culpable del administrador o gerente de la sociedad o compañía con el hecho que se investiga, de forma que sólo en aquellos casos en que se encuentre una relación directa, personalmente reprochable a éste podrá acordarse su reprochabilidad penal.

#### Artículo 240

Serán reprimidos con las penas contempladas en los dos artículos anteriores y cuando les sean imputados los hechos en ellos previstos: los directores, administradores, gerentes, apoderados o liquidadores de las sociedades mercantiles declaradas en quiebra, así como los tutores o curadores que ejerzan el comercio en nombre de menores o incapacitados.

#### Artículo 247

El fundador, director, administrador, gerente, apoderado, síndico o fiscal de una sociedad mercantil o cooperativa o de otro establecimiento comercial que, a sabiendas, publique o autorice un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o las correspondientes memorias, falsos o incompletos, será sancionado con la pena de prisión de seis meses a dos años. La pena podrá ser aumentada hasta el doble, cuando se trate de una entidad que realiza oferta pública de valores.

#### Artículo 361 párrafo 2

Peculado. Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.

#### Artículo 363 bis

Quedan sujetos a las disposiciones de los tres artículos anteriores, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares.

#### Artículo 380

Será sancionado con veinte a sesenta días multa, la persona, al gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplicare cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión pública, origen social o situación económica. Al reincidente, el Juez podrá además imponer, como pena accesoria, la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor de quince ni mayor de sesenta días.”

3.- En el mismo orden de ideas, señala Ley Reforma Integral de la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas:

#### Artículos 66

Se impondrá pena de prisión de uno a seis años a los responsables o empleados de establecimientos abiertos al público que permitan, en el local, la concurrencia de personas para consumir las drogas y los productos regulados en esta Ley.

Asimismo, podrá ordenarse la cancelación de la licencia, el permiso o la autorización para ejercer la actividad por cuyo desempeño se ha cometido el delito, u ordenarse la clausura temporal o definitiva de la actividad, el establecimiento o la empresa por los cuales se ha cometido el delito.

#### 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.

Esta misma ley establece sanciones administrativas a las instituciones o personas jurídicas. Así veamos:

#### Artículo 81

Las instituciones señaladas en los artículos 14 y 15 de esta Ley, podrán ser sancionadas, previo apercibimiento, por el órgano de supervisión y fiscalización competente, de la siguiente manera: a) Con una multa del cero coma cero cinco por ciento (0,05%) de su patrimonio, cuando: 1.- No registren, en el formulario diseñado por el órgano de supervisión y fiscalización competente, el ingreso de toda transacción en efectivo, en moneda nacional o extranjera, superior a los diez mil dólares estadounidenses (US\$10.000,00) o su equivalente en colones. Asimismo, cuando no registren las transacciones de egreso en moneda extranjera, siempre que sean en efectivo y por un monto superior a los diez mil dólares estadounidenses (US\$10.000,00). 2.- Tratándose de las transacciones múltiples en efectivo referidas en el artículo 23 de esta Ley, no efectúen el registro en el formulario diseñado por el órgano de supervisión y fiscalización competente. 19 3.- Incumplan los plazos fijados por el órgano de supervisión y fiscalización correspondiente para la presentación del formulario referido en el subinciso 1 anterior. 4.- Incumplan las disposiciones de identificación de los clientes, en los términos dispuestos en el artículo 16 de la presente Ley. 5.- Se nieguen a entregar, a los órganos autorizados por ley, la información y documentación necesarias sobre operaciones sospechosas, según lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Ley, o bien cuando pongan a disposición de personas no autorizadas información, en contravención de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley. b) Con una multa del cero coma uno por ciento (0,1%) de su patrimonio, cuando: 1.- Las entidades señaladas en el artículo 15 de esta Ley, se nieguen a inscribirse ante la SUGEF. 2.- No hayan implementado los procedimientos para la detección, el control y la comunicación de transacciones financieras sospechosas o inusuales, en los términos de lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la presente Ley. 3.- No

adopten, desarrollen ni ejecuten programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir los delitos tipificados en esta Ley; no nombren a los funcionarios encargados de vigilar el cumplimiento de dichos controles, programas y procedimientos.

El Artículo 83 del mismo cuerpo normativo abre la posibilidad del decomiso de bienes a personas jurídicas:

Todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, serán decomisados preventivamente por la autoridad competente que conozca de la causa; lo mismo procederá respecto de las acciones, los aportes de capital y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos.

En alguna oportunidad, se sancionaba a la persona responsable de la empresa, aplicando teorías de responsabilidad objetiva, hoy en sólido desuso.

En efecto, mediante sentencia 500-90 la Sala Constitucional, anula una sentencia proferida por el Juez Contravencional, al haber condenado a un dueño de establecimiento por conductas ejecutadas por uno de sus dependientes. En este sentido se dijo:

[...] El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio, disponiendo en el 30 que "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención", de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando, aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva, o culpa invigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentran excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta- como ya se dijo- debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho

cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente. Con base en la responsabilidad objetiva, al autor de un hecho se le puede imponer una pena no obstante que su comportamiento no le pueda ser reprochado personalmente; en este caso lo decisivo es la causación objetiva del resultado dañoso, sin exigir que entre éste y la acción del sujeto exista relación de culpabilidad. La señora alcaldesa condena al recurrente sin acreditar si es o no el responsable del marcaje de los artículos que fueron encontrados en un almacén de su representada, sin ser marcados individualmente, pues a su entender la responsabilidad le deviene por ser el representante legal de la compañía, aunque no sea el encargado directo de la marcación de precios, ni tenga nada que ver con ello, este razonamiento contraviene claramente lo dispuesto en el artículo 39 ya citado de la Constitución Política y por producirse con ello una amenaza a la libertad deambulatoria, pues en caso de no pago U.S. deberá cumplir veinte días de prisión, el recurso debe ser declarado con lugar, dejándose sin ningún efecto el pronunciamiento dictado a las diez horas y treinta minutos del diecisiete de abril del año en curso, de la Alcaldía Segunda de Faltas y Contravenciones de San José, restableciéndose al ofendido en el pleno goce de su derecho a la libertad.

En relación a la aplicación de este tipo de responsabilidad objetiva, señaló también el alto tribunal constitucional:

Lo anterior significa que no puede existir delito sin la necesaria demostración de culpabilidad (es el llamado principio de culpabilidad, que a nivel de tipicidad implica que la conducta para ser típica, debe ser al menos culposa; y a nivel de culpabilidad, que no hay delito si el injusto no es reprochable al autor)...'. Asimismo, conforme se establece en el artículo 30 del Código Penal, la realización del hecho injusto debe ser personalmente reprochable a un sujeto para que pueda

imponérsele una pena o sanción; en sentido contrario, si al sujeto activo (entiéndase un individuo) no se le puede hacer el juicio de reproche por su actuación, no podrá sancionársele penalmente. Bajo esa tesis, el sistema penal costarricense se basa en la imputabilidad personal o subjetiva (sentencia de la Sala Constitucional número 6361-93 de las 15:03 del 1º de diciembre de 1993), en la que necesariamente se debe demostrar la participación personal del imputado en los hechos que son objeto del proceso, para posibilitar la imposición de una sanción de naturaleza penal. Es decir que, para atribuir la comisión de un delito a una persona, es necesario que se produzca vulneración voluntaria de la norma con infracción al deber de abstención para evitar la producción del resultado, como secuela de una conducta imprudente. De lo expuesto, se concluye que el permiso de funcionamiento del negocio en cuestión a favor de personas físicas, no de jurídicas, es constitucional, dado que la norma impugnada interactúa armoniosamente con la legislación penal costarricense. En el caso particular de las conductas tipificadas de los artículos 323 y 324 del Código Penal, a la persona jurídica no se le puede hacer el reproche propio de la culpabilidad, como vinculación psicológica y normativa de una persona con un comportamiento concreto; por ello, el legislador limitó mediante lo dispuesto en el artículo 19 bajo estudio, la libertad de comercio, para que sea ejercida por personas físicas y no por las jurídicas. En ese sentido, si se autorizara a las personas jurídicas establecer el negocio de marras y se concretara la conducta tipificada en los numerales 323 y 324 del Código Penal, el juicio de culpabilidad exigiría la demostración de la responsabilidad personal del imputado, para cuyo efecto no bastaría el mero hecho de que fungiera como representante de la persona jurídica involucrada. Tal situación, además, establece una medida razonable que justifica la diferenciación entre personas jurídicas y físicas, en la medida que solo a las últimas se les autoriza la actividad comercial de compra y venta de artículos usados o de préstamos sobre prenda con custodia del bien a cargo del acreedor (Sala Constitucional N° 16933 – 2011).

Las anteriores sentencias son paradigmáticas en lo que a la materia se refiere, fustigando por parte de la jurisprudencia constitucional, cualquier asomo de responsabilidad penal de la persona jurídica o de aplicación de criterios de responsabilidad objetiva para la punición de los administradores, gerentes o representantes de las empresas.

En la actualidad y con motivo de la reforma penal introducida por la ley N° 9699, hay un cambio de paradigma en cuanto al enjuiciamiento penal, ya que se incluyen a las personas jurídicas, estableciéndose una serie de sanciones por acción u omisión, responsabilidad que es independiente de la que se le aplica a los representantes.

### **2.3. Autoría y participación**

Sustentada, como hasta hace poco, la responsabilidad sobre la base de una atribución personal del delito, éstos han sido los criterios doctrinales y jurisprudenciales que definen los roles de los autores del delito, según su contribución.

#### **2.3.1. Autor, coautor y cómplice.**

El Código Patrio en el artículo 45 define la autoría y, por consiguiente, la coautoría: *“Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor”*.

Previo a determinar, si este será el fundamento que permitirá hacer soportar la responsabilidad de los miembros de la empresa, es conveniente, como se prometió, hacer un repaso sobre la doctrina y jurisprudencia acerca de la materia.

Es autor del delito, quien tiene el señorío de la acción u omisión. Quien tiene el dominio del curso causal. De ahí que se excluya, la responsabilidad objetiva.

Cecilia Sánchez, lo retrata de la siguiente forma: *“El sujeto llena objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa. (...)”* (1996, p. 130).

Entretanto la coautoría consiste en la intervención de otros varios sujetos en la ejecución del delito. Esta aproximación conceptual no es acabada, para ello resulta necesario, escindir entre la coautoría de la complicidad.

Es cómplice; quien que participa en la infracción, prestando al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible, pero sin cometer un acto constitutivo de la infracción (Calvo, 1990, pp. 121-122).

Es decir, el; *“...partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor...”* (Muñoz, 2001, pp. 181-260a) (Muñoz, 2000, p.496b).

La esencia en la distinción -, entre autoría y complicidad como formas participación criminal, radica entonces en consideración al aporte o contribución a la ejecución del delito.

Para diferenciar, uno de otra, se recurre a la teoría del dominio del hecho. La coautoría por dominio del hecho consiste en que, de acuerdo con el plan trazado, mantienen un dominio funcional, aun y cuando no realicen todos los actos materiales de ejecución (acción o verbo) del tipo penal, por tener control del curso causal del hecho (Zaffaroni, 2005, pp. 612-613).

Pudiendo entenderse que: *“El dominio del hecho puede recaer sobre la acción (autoría), la voluntad de otro (autoría mediata) o traducirse en un dominio funcional por división del trabajo, que supone un común acuerdo delictivo y la ejecución de una parte del plan global, aunque esa parte no constituya un acto típico en sentido estricto (coautoría)”* (Sala Tercera N° 00276-2009).

Por exclusión; cuando existe un co-dominio del hecho, excluye la complicidad, dando parte a la coautoría. En este sentido, la postura jurisprudencial, con cita de autorizada doctrina ha definido la coautoría de la siguiente manera:

[...] El dominio del hecho significa que el autor, para serlo, requiere de un elemento objetivo, que consiste en “tener en las manos” fácticamente el acontecimiento típico. Este elemento objetivo implica que el autor, el autor mediato o el coautor pueden determinar si el hecho tendrá lugar o bien si lo dejan seguir adelante (dominio positivo del hecho) o si lo detienen o impiden su realización (dominio negativo del hecho). El dominio del hecho también requiere un elemento subjetivo. El autor, el autor mediato o el coautor requieren la voluntad de dominio del hecho; es decir, la voluntad de ser la figura central del acontecimiento...” (CASTILLO GONZÁLEZ: Francisco, Autoría y Participación en el Derecho Penal, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2006, p. 103). (...) Esto es importante, porque para que exista co-dominio funcional del hecho, se requiere “...que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución el hecho no hubiera podido cometerse...” (BACIGALUPO; Enrique: “Autoría y Participación”, en: La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General (compilación), Editorial Jurídica Bolivariana, 1997, p. 104. En este mismo sentido, resolución de la Sala Tercera, número 389, de 10:25 horas, del 8 de abril de 2011 (Sala Tercera de la Corte N° 00435 – 2014).

### **2.3.2. Autoría mediata.**

De nuevo citamos el artículo 45 del Código Penal, cual describe quienes son autores y coautores y de cuya redacción se infiere diáfamanamente el concepto de autor mediato, establece: *“Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor”* (énfasis suplido).

Fernando Velásquez, define la autoría mediata, cuando el agente se vale de otra persona, que actúa como instrumento, para la ejecución de la conducta típica. Identificando la voluntad rectora de lo que llama “el hombre de atrás. Este instrumento, debe actuar de modo inculpable, mediante error de tipo o justificadamente (Velásquez, 2004, p. 453).

A efectos de determinar el plan común, debe hacerse un análisis casuístico, conforme lo señala la doctrina patria: “...*El plan común, o resolución común, se determina por lo que el coautor ha determinado como parte de su consciencia y como parte de lo que sabe; es decir, por aquello que, conforme al pensamiento material, él ha pensado necesariamente que es efectivo psicológicamente para su comportamiento, sin que este plan común tenga que ser objeto de una reflexión explícita...*” (Castillo, 2006, p. 255).

Es decir, el autor mediato, es aquel autor detrás del autor, que actúa de modo inculpable o bajo error de tipo, como un instrumento. Por lo que esta definición, deja por fuera al autor mediato que actúa con conocimiento, voluntad, imputabilidad y culpablemente. En cuyo caso, podría hablarse de una coautoría, una inducción al delito.

Este aspecto es interesante; “...*en la necesidad de hacer responsables a quienes ejercen funciones directivas, aún cuando no intervengan directamente en la ejecución de los delitos concretos que llevan a cabo otros*” (Crespo, 2017, p. 43).

Para Castellón, no se descarta el uso de la autoría mediata para fincar las responsabilidades penales en el seno de la delincuencia empresarial, incluso, no descarta el recurso de la teoría de la “autoría mediata en virtud de aparatos organizadores de poder” (2018, p.51).

### **2.3.3. La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder.**

Para resolver el problema de la intervención plural de autores en la comisión del delito; se ha hecho distinción entre autores y partícipes.

Analizar este concepto, no resulta ocioso, habida cuenta de la necesidad de encontrar soluciones para definir la responsabilidad penal, de quienes actúan en el seno de una empresa, ordenando, transmitiendo y ejecutando conductas que tienen carácter delictivo.

Considerando, además, como lo señala Crespo, según la cual no es posible aplicar en el caso de delitos cometidos en el ámbito de la empresa, los criterios de imputación de la responsabilidad generalmente admitida (2017, p. 43).

Es necesario, hacer una exposición, a manera de claridad conceptual, que servirá en su momento, en el desarrollo de la presente investigación.

Este criterio de “**Dominio de Organización**”, es acuñado por Roxin y admitido por el Tribunal Supremo alemán en la sentencia de 26 de julio de 1994, para juzgar la responsabilidad de los altos mandos de la República Alemana. Mas, sin embargo, ha extendido este criterio, a los supuestos de criminalidad empresarial (Crespo, 2018, p. 28).

El propio autor de esta teoría, se ha opuesto a su aplicación en los casos de criminalidad de la empresa, ya que fue pensado para el juzgamiento de aparatos organizados de poder, que operan al margen del derecho y, este elemento, no es un rasgo distintivo de la criminalidad de la empresa (Crespo, p. 28).

Esta teoría fue desarrollada por Roxin, en el año 1963. Conforme ésta es posible fundamentar la autoría mediata de quienes, sin intervención directa en la ejecución del delito, dominaban su realización, sirviéndose de un aparato organizado de poder, desde una estructura vertical, desde la cual emanan las órdenes hasta los ejecutores materiales, transitando por las personas intermediarias que organizaban y controlaban el cumplimiento de dichas órdenes delictivas, que horrorizaron el mundo (Muñoz, 2001, pp. 181-260).

Se trata del autor detrás del autor (que actúan con dolo y culpablemente), en virtud de aparatos organizados de poder, es decir, el instrumento, en este tipo de autoría mediata, actúa con conocimiento y voluntad de realizar el hecho delictivo y con capacidad de conocer el carácter

ilícito del hecho y de actuar conforme a ese conocimiento. En fin, con conocimiento de los elementos del tipo objetivo y conocimiento de la antijuridicidad.

## **2.4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas**

### **2.4.1. Criterios de irresponsabilidad.**

El planteamiento correcto sería: ¿Sólo las personas físicas, pueden lesionar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal?, ¿Qué criterios deben privar para excluir a las personas jurídicas como sujetos activos del derecho punitivo?

Existen elaboraciones doctrinales, que abonan muchas razones, para descartar, la responsabilidad de la sociedad. Desde la incapacidad de acción, de culpabilidad (Muñoz, 2004, p. 12), de la ausencia de cumplimiento de los fines de la pena.

Zaffaroni sostiene que cualquier teoría que no respete los límites ontológicos, la cuestión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es materia de pura decisión legal. (2000, p. 407) Soler, para quien, la imposición de sanciones penales a una persona jurídica le resulta impensable. (1988, p. 330). Para otros (Luzón, 1999, p. 290), la acción es una actividad humana, derivada de una situación de conciencia de un ser espiritual, lo que se descarta en las operaciones, acuerdos o resoluciones de las personas jurídicas. En el mismo sentido (Roxin, 1997, p. 258).

Luzón Peña (1999), le hace reproches desde el vértice de los fines de la pena. A su juicio, no se ajusta a los fines de la pena (prevención general), pues los destinatarios de la intimidación son las personas físicas (p. 320).

La Sala Constitucional expresó: “...en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, tema controversial en la doctrina penal por el eventual roce con principios como el de la culpabilidad (...).” (Nº 2006-14636)

La postura tradicional es que las personas jurídicas no cometen delitos, ni están sometidos a las sanciones jurídico penales. La razón, éstas son una ficción, no tienen posibilidad de acción y carecen de capacidad de culpabilidad, en el sentido de que se determina a la persona física.

La Sala Constitucional, mediante decisión N° 2017-5171 indicó: “... En ese sentido el Tribunal entiende que es claro que la responsabilidad penal en nuestro país es personal por lo cual no podrían establecerse sanciones penales contras las personas jurídicas...”.

Sobre la naturaleza jurídica de los entes colectivos, hay dos posturas: La primera es La Teoría de la Ficción, cuyo precursor es Savigni y sus antecedentes se remontan a la Edad Media y en la dogmática penal, al Derecho Canónico (Reátegui, 1998). Según la cual, los entes requieren de la voluntad de las personas físicas que la integran, por lo que no reconocen ningún tipo de sanción para la persona jurídica. Y la segunda es La Teoría de la Realidad o Personalidad Real, según la cual, las personas colectivas, son entes reales, las cuales piensan a través de sus órganos y representantes y actúan por intermedio de sus agentes y las acciones delictivas deben ser evitadas sancionando a los integrantes (Reátegui, 1998).

Quienes propugnan la tesis de la irresponsabilidad de los entes colectivos, señalan que este debe de recaer en los individuos que materialmente realizaron el delito (Fonseca, 2009, p.15).

Esta postura es de raigambre o costumbre romana, pues los juristas en aquella época trataron el tema de la “*Societas Delinquere Non Potest*”, pero no se trataba del colectivo, tal cual se le conoce hoy, sino de un grupo de personas (Fonseca, 2009, pp. 17-18).

#### **2.4.2. Criterios de responsabilidad.**

La tendencia moderna es que el Derecho Penal, debe abarcar no solo el comportamiento de las personas, individualmente consideradas, sino incluso a las personas jurídicas (Fonseca, 2009, p. 44).

Ello implica un cambio de paradigma del concepto del derecho penal clásico o nuclear y las posiciones de la teoría del delito.

El concepto de persona, generalmente se ha venido refiriendo desde una perspectiva antropológica. Ello deriva como necesaria consecuencia, la imposibilidad de enjuiciamiento penal de las personas jurídicas.

La interpretación de la ley y de las instituciones, deben hacerse de modo evolutivo. De modo que, la lectura del artículo 39 constitucional, habrá de entender, no solo que se hace referencia al sujeto de carne y hueso, sino y también a las personas morales.

La Administración de Justicia, es un derecho fundamental prestacional. Estos deben ser interpretados, de modo evolutivo. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala lo siguiente: “(...) Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

Una Administración de Justicia anacrónica, es en fin, una verdadera denegación de justicia. Por ello, las disposiciones que con ella se relacionen y que tenga como objetivo solucionar el conflicto, deben ser interpretadas y aplicadas, de modo evolutivo.

En este sentido se ha señalado: “...La interpretación de las normas jurídicas por los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo...” (Sala Constitucional N° 3481-03)

Sobre los derechos fundamentales prestacionales la magistratura constitucional, mediante sentencia No. 2007-1378, ha señalado de modo reiterativo:

....En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país... (Sala Constitucional N° 11065 – 2012)

Es “...deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción. (...)” (Sala Constitucional N° 11065 – 2012)

En la interpretación del canon 39 constitucional, es preciso indagar su objetivo, relacionarla y concordarla con las restantes normas del ordenamiento jurídico, tomando en “...consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación –método histórico-evolutivo-. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata el intérprete no puede utilizar uno solo de los instrumentos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo. (...)”. (Sala Constitucional N° 11065 – 2012)

Consecuencia inmediata de ella, es intuir del significado “nadie”, en el artículo 39 constitucional, como referencia explícita a la persona física y explícita a la persona jurídica.

De la misma manera, se deriva la capacidad de culpabilidad. Silvina Bacigalupo, sostiene que: “...La realidad sociológica y jurídica de las personas jurídicas exige la correspondiente

capacidad de acción real de dicha persona, aunque las acciones mismas sean realizadas por personas jurídicas” (Bacigalupo, 2001, p. 129).

Esta interpretación evolutiva del concepto de persona en el derecho penal, proviene de la necesidad de sancionar eficazmente, las conductas de las sociedades y responder a las demandas de mayor prevención y represión en el mercado.

Las asociaciones o empresas, son algo más que una simple ficción. No puede cerrarse los ojos frente a la realidad social y socorrerse de la pretendida incapacidad de acción de la empresa. La sociedad no puede verse como se dijo, como una *fictio iuris*, si como una realidad social.

La realidad social pone en evidencia la existencia de personas jurídicas de diversas modalidades, las cuales cometen delitos, de defraudaciones, cohechos, delitos medioambientales, legitimación de capitales, siendo que en el derecho civil y comercial, se les reconoce capacidad de actuar, de contraer obligaciones de manera que no puede ser una cosa en una parcela del derecho y negarse en el derecho penal, la incapacidad de acción (la cual debe verse no ontológicamente, sino normativamente).

Es una decisión u opción del legislador, consagrar en la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin que exista, antinomia constitucional alguna.

La noción de acción humana, no debe ser el parangón, para negar la societaria. Las empresas han desarrollado un rol importante en el desarrollo económico, con autonomía patrimonial, con órganos que la administran, distintos de sus socios.

Ahora bien, una de las mayores dificultades consiste en encontrar un criterio de culpabilidad, que le sea aplicable a las sociedades. Dicha dificultad proviene de la mantener dicha posición cuando el infractor es una persona jurídica y de otra parte acudir al criterio de culpabilidad de representación, consistente en imputar a la persona jurídica la culpabilidad de la persona actuante.

El concepto de culpabilidad ha sufrido transformaciones. Se ha pasado de una construcción psicológica a una normativa.

La teoría del hecho punible, tiene su antecedente en la dogmática italiana de los siglos XVI y XVII, desde un prisma iusnaturalista, distinguiéndose dos elementos: (i) la *imputatio facti* (parte objetiva del delito) y la *imputatio iuris* (parte subjetiva del delito) (Velásquez, 1995, p. 285).

La parte subjetiva del delito, estaba vinculada, como un elemento, a la culpabilidad. De lo anterior, se desprende que la culpabilidad asume una connotación psicológica, es el nexo psicológico que hay entre el sujeto, entre el autor, y el hecho (Agudelo, 1996, p. 32).

Desde la anterior perspectiva, la sociedad no tiene, con respecto al hecho, ese vínculo inescindible psicológico, de la cual, solo gozan las personas físicas.

Como se adelantó, esta teoría fue periclitada, dando cabida a la teoría normativa de la culpabilidad. Para la Sala de Casación Penal, la culpabilidad, siguiendo la teoría normativa (adoptada por nuestra jurisprudencia, por estimarse más ajustada a una visión racionalizadora del derecho penal), significa irreprochabilidad, es decir, que la acción u omisión que es típica y antijurídica, pueda serle atribuida al sujeto como una conducta libre y voluntaria y, por ende, pueda serle reprochada, mediante la imposición de la pena prevista para el delito concreto. Al respecto véase.(Cfr. Sala Tercera N° 446-F-92 de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992; N° 511-F-93 de las 9:00 hrs. del 10 de septiembre de 1993; N° 561-F-93 de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; N° 713-F-93, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993, N° 131-F-94 de las 9:00 hrs. del 13 de mayo de 1994, y más recientemente, votos N° 2004-920 de las 10:55 hrs. del 30 de julio de 2004; N° 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre de 2005; N° 2005-1165 de las 10:55 hrs. del 10 de octubre de 2005 y N° 2006-474 de las 8:55 hrs. del 26 de mayo de 2006 (Sánchez, sf., p. 284)).

En este sentido se ha dicho: “Para la teoría normativa, a diferencia de la antigua teoría psicológica (que hacía depender el quantum de la pena del dolo o culpa con que había actuado el

sujeto), el reproche depende de la mayor o menor exigibilidad para que el sujeto –en la situación concreta– actuara conforme el derecho esperaba” (Sánchez, sf., p. 284).

Retomando, el argumento que se ha usado, para negar el enjuiciamiento de la persona jurídica, es de naturaleza dogmática; destacando que no tienen capacidad de acción ni de culpabilidad, por carecer de voluntad propia.

En este sentido Bacigalupo (2001) sostiene que el concepto normativo descansa en la posibilidad del sujeto para comportarse de modo distinto. Reproche que no tiene sentido frente a la persona jurídica (p. 131).

Se han diseñado distintas teorías, según las cuales, la sociedad responde por hechos de las personas físicas pero con culpabilidad propia.

b.1. Culpabilidad por defecto de organización: Desarrollada por el Profesor Tiedemann, quien señala; si un tipo penal prohíbe una conducta, no a una persona física, sino a una persona moral, entonces ello es suficiente para dotarle de capacidad de acción, independientemente de las personas físicas que la conforman, sean quienes ejecuten el hecho (Citado por González, 2012, p. 178, PGR, OJ- 051-J 03/06/2019).

En esencia, consiste en defecto de organización de la persona jurídica:

...a consecuencia de la infracción de su “deber de autoorganización” conforme a Derecho, es decir, en la omisión de las medidas de precaución necesarias para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de su actividad (culpabilidad por la organización). Esta culpabilidad propia de la persona jurídica sería semejante, esto es, análoga a la de la persona física en supuestos como los de *actio libera in causa* o de comisión de un delito en estado de embriaguez, pues en éstos la culpabilidad no se fundamenta en el hecho lesivo mismo cometido en la situación y en el momento de ausencia de culpabilidad, sino en el hecho anterior de no haber tomado las medidas de precaución necesarias... (García, 2016, p. 18)

Es decir, la culpabilidad de la empresa se finca, por no haber tomado las precauciones para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de su actividad.

Gómez Tomillo, se decanta hacia la teoría de culpabilidad como defecto de organización. Culpabilidad "...implicaría un juicio de reproche que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa..." (Gómez, 2010, p. 105).

b.2. Culpabilidad ético social: Del profesor Gerhard Dannecker, según la cual, los conceptos de derecho penal, rigen para las personas físicas y jurídicas. Las sociedades generan acciones reales y culpables, tienen fines propios, patrimonio, decisiones propias, consecuentemente capaces de motivación (González, 2012, p. 193).

La empresa – desde esta perspectiva -, tiene como consigna no cometer lesiones a bienes jurídicos. "...el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas, radica en la omisión de premisas necesarias para un comportamiento conforme a la norma, lo cual se debe considerar en la imputación del injusto y la culpabilidad" (González, 2012, p. 193).

Desarrolla el concepto de la culpabilidad empresarial, proponiendo que "deriva de su responsabilidad para sus prestaciones colectivas defectuosas que son debidas a carencias en la estructura organizativa o en la ética empresarial... y consiste en no haber creado las condiciones necesarias para la realización del injusto" (pág. 193). Indica que el reproche a la empresa no puede plantearse en términos biosicológicos; sino que, dada la ética de las corporaciones, ese reproche es exclusivamente social, por incorrección, ya que como asociación que aspira racionalmente a alcanzar un fin determinado, puede someter sus fines a exigencias éticas y organizarse conforme a las mismas; cuando no se cumple con esa responsabilidad y obligaciones, el comportamiento del grupo, puede desaprobarse ético socialmente, y puede expresarse mediante una pena configurada exclusivamente desde el punto de vista ético social. De modo que, si el legislador decide sancionar personas jurídicas, se configura una sanción carente de reproche ético individual, sino que es ético social (González, 2012, p. 193).

La responsabilidad de la empresa y del individual pueden coexistir, ya que la obligación original de cada uno es diferente.

En el ámbito costarricense, el Órgano Asesor del Estado, se decanta por esta última teoría. (PGR, OJ- 051-J 03/06/2019)

La empresa es depositaria de unas normas éticas. De suerte que se puede hacersele el reproche de culpabilidad por la infracción a la norma. La desaprobación descansa pues, conforme lo expuesto en la omisión de medidas indispensables para evitar la comisión de delitos llevados a cabo por quienes la dirigen o administran.

La llamada “culpabilidad organizativa”, apoya el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Los fines de la pena, generalmente están orientados a las personas físicas. La prevención general, la prevención especial, la reeducación. Por lo que, con sustento en ello, se les niega a las personas jurídicas.

Los entes colectivos pueden ser víctimas de delitos. (art. 70 del Código Procesal Penal). Víctima en delitos contra el honor (art. 153 del código penal). Por tanto, titular de derechos. Sujeto pasivo del delito. En esa medida, no existe fundamento para negar que pueda ser sujeto activo del delito.

La sanción, descartando por razones obvias el apremio, contra las personas jurídicas, sobre todo si son multas, amainan el patrimonio, intimida a las otras personas jurídicas de no asumir los mismos riesgos, hay un daño en la reputación de la sociedad sancionada.

Desde la teoría orgánica, la persona jurídica es un ente real, conformada por personas reunidas y organizadas, con un fin común, trascendiendo la esfera de los intereses individuales (Fonseca, 2009, p. 44).

Las sociedades, igual que las personas físicas se extinguen. Las segundas por la muerte, las segundas por la destrucción del organismo social o la autoridad de sus estatutos (Fonseca, 2009, p. 45).

Otto Gierke, precursor de la teoría de la personal real u orgánica ha dicho magistralmente:

“...La persona moral no es un ser artificial, creado por el Estado, es un ente real (vivo y activo), independiente de los individuos que la componen. Del mismo modo que una persona física, actúa como el individuo, aunque mediante procedimientos diferentes, y puede, por consiguiente, actuar mal, delinquir y ser castigada. La persona colectiva tiene una personalidad real, dotada de voluntad propia, con capacidad de obrar y realizar ilícitos penales...” (citado por Fonseca, 2009, p. 45).

Por lo anterior, la persona jurídica no es una mera ficción, tienen una realidad propia, claro. Las acciones u omisiones que generan responsabilidad penal, deben provenir de una vinculación con la actividad societaria. En consecuencia, esta responsabilidad no enerva la de sus miembros y directivos, no lesiona la garantía “*ne bis in ídem*”, ya que es un tipo de responsabilidad acumulativa y no una doble punición (Fonseca, 2009, p. 49).

Esta discusión ha sido periclitada, actualmente goza de consenso la política unificadora de la Comunidad Europea, mediante una directiva emitida en el año 1988, dirigida a los Estados Miembros para instaurar en sus legislaciones, sanciones directas a las personas jurídicas, para proteger el mercado común (Alvero, 2018).

### **Toma de postura.**

El establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es una decisión legislativa. Es parte de su función de diseño política criminal. Es discrecional, en el tanto se respeten principios básicos del derecho penal, como lesividad, proporcionalidad, razonabilidad e

igualdad. Existe libertad para el legislador de escoger el modelo de enjuiciamiento, delitos y penas.

En el caso *Kimel vs Argentina*, se dijo:

“76. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita (...) En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 2 de mayo de 2008).

En este mismo orden de ideas la Sala Constitucional, dispuso la nulidad de una norma que establecía una pena fija, como respuesta a la conducta descrita por el legislador, impidiendo la graduación de la pena a la gravedad de los hechos, lo cual la hacía desproporcional (8015-99 de las 11:57 horas del 15 de octubre de 1999).

Así como es potestad de este poder del Estado, definir qué conductas serán sancionadas como delitos y cuáles como contravenciones. De este modo, ha dispuesto un procedimiento para enjuiciar a las personas jurídicas y un catálogo de sanciones.

La interpretación evolutiva del derecho, permite encontrar respuestas a las nuevas realidades sociales y económicas. El país se ha visto envuelto en procesos donde han mediado personas jurídicas y se han sancionado a sus dirigentes. Siendo sometidas las empresas a consecuencias civiles, lo cual implica un efecto poco disuasivo y, permite en algunas condiciones la impunidad de la empresa y el aprovechamiento del producto del delito.

Esta interpretación evolutiva, permite hacer una relectura del derecho constitucional, sobre la capacidad de culpabilidad de la empresa, defenestrando el viejo adagio según el cual, las sociedades no delinquen. Apotegma tan arraigado, que a nivel constitucional, se mantuvo la postura constante en este sentido.

Las personas jurídicas no son simples ficciones. La realidad social lo evidencia. Frente a este fenómeno, el derecho no puede mantenerse impávido, sin dar las respuestas que se exigen. No el clamor de lo que se ha dado llamar “populismo punitivo”, sino que vienen de exigencias supra legales, a raíz de los compromisos adquiridos por el Estado costarricense, y que responde a la necesidad de sancionar actos de corrupción que ya se vienen evidenciando. Al respecto señala la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción establece en el artículo 26 lo siguiente:

... 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 por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

#### **2.4.2.1. El Principio de Tutela Judicial Efectiva.**

Enrique Ulate Chacón señala que la protección judicial, tiene como finalidad el cumplimiento de la justicia. A través del diseño del proceso, como instrumento para alcanzar la protección de los bienes jurídicos. Es lo que identifica como “Tutela Judicial Efectiva” (2007, p. 141).

El Principio de Tutela Judicial Efectiva dimana del artículo 41 de la Constitución Política, en virtud del cual, se concede un derecho potestativo autónomo a accionar judicialmente y a obtener tutela de los Tribunales de Justicia. Dicho dispositivo legal dispone lo siguiente:

Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

La Magistratura Constitucional, ha sido prolífica en el desarrollo de este principio, al señalar lo siguiente:

“El artículo 41 de la Constitución Política, establece que: “Ocurriendo a las Leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida y sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Esta norma establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar sus actuaciones y conductas, para hacer realidad el valor Justicia. Conforme a ese texto, “ocurrir a las leyes” significa que las personas deben solicitar justicia por los medios legales, además como la citada regla prescribe que esas personas “han de encontrar reparación de las injurias o daños que hayan recibido” por allí se está disponiendo que las leyes deben orientarse a procurar la tutela de los derechos quebrantados y si además esa norma garantiza que las personas que solicitan el amparo del régimen de derecho, se les debe hacer justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con la ley;... (Voto N° 9630-17)

En este orden de ideas, es a la Asamblea Legislativa, como órgano del Estado costarricense, la que le corresponde diseñar la política criminal y a partir de ahí dar respuestas a las demandas de seguridad de la sociedad. Así lo ha interpretado la jurisprudencia constitucional:

VII.- El diseño de la política criminal es competencia del legislador. Es la propia Constitución Política en su artículo 39 la que le asigna al legislador la competencia exclusiva para dictar la política criminal, es decir de determinar que conductas se penalizan y con qué quantum de pena, cuando señala que la creación de los delitos y las penas, está reservado a la ley... (voto N° 2006-5977)

Roxin (2000) señala que:

Dentro de la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que, al Derecho Penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho (p.32).

Es, en este marco interpretativo, que debe entenderse la reforma que introduce la responsabilidad penal de la empresa, como una necesidad de encontrar solución a una serie de artilugios que usan para cometer delitos o bien, aprovechan la existencia de la empresa, para la comisión de éstos, siendo que la sociedad se mantenía incólume y con el aprovechamiento del delito.

Como sostiene Fernando Martín, el derecho a la tutela judicial efectiva, debe superar el riesgo de lo anacrónico que viene determinado por los vertiginosos cambios sociales, económicos y culturales, impresionando por lo poco eficaces en dar respuesta a las nuevas formas conflictos y novedosos problemas jurídicos a los ciudadanos contemporáneos (2014, p.168).

En este sentido, el mismo autor ha señalado:

[...] El derecho a la tutela efectiva de la justicia ha de ser un derecho fundamental constitucional, con carácter de derecho prestacional de configuración legal y que demandaría que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto realización de la justicia (2014, p.169).

La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que:

[...] de la pena. ...La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva... (Sentencia C-320/98)

En Costa Rica, han sido pocos los tipos penales que contemplan – de modo aislado y heterogéneo -, el castigo de la criminalidad de la empresa, sin que exista una respuesta efectiva, que actúe contra la persona moral y su capital, de modo que desincentive las conductas. En efecto, el fin preventivo, se ejecuta a través del daño en la reputación e incidencia económica sufrida por la empresa, al respecto señala la Corte Constitucional Colombiana:

Los procesos de socialización que envuelve la condena penal, tienen un significado inequívocamente educativo tanto en fase preventiva como sancionatoria. La sanción penal que se extiende a la persona jurídica la enfrenta a la censura social, puesto que ella lejos de aparecer como simple víctima del administrador que ilegítimamente hizo uso de su razón social, se muestra como autora y beneficiaria real de la infracción, por lo cual está llamada a responder (Corte Constitucional Colombia Sentencia C-320/98).

Los fenómenos delictivos que han sacudido fuertemente la política nacional, evidencian el uso de las sociedades para encubrir o cometer delitos contra la probidad y la Hacienda Pública.

Estos fenómenos delictivos, afectan bienes jurídicos supraindividuales, como el derecho de los trabajadores, La Hacienda Pública, por lo tanto, existe un interés en que sean protegidos, dichos bienes jurídicos contra los actos que pudieran mermarlos o anularlos.

En este sentido, de igual forma señaló la Corte Constitucional Colombiana:

En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado del dinero proveniente del enriquecimiento

ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores etc. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual. De otro lado, la realización de hechos punibles en el seno de las empresas (delincuencia económica y ecológica), puede en muchos casos corresponder a políticas no explícitas que se desarrollan a través de períodos largos de tiempo y, además, a esquemas de acción que abarcan de manera más o menos intensa a empleados que no sólo constantemente se renuevan, sino que apenas controlan procesos aislados de la compañía que, no obstante todo esto, se encuentra globalmente incurso en una actividad contraria a las normas penales y resulta ser beneficiaria real de sus resultados (Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-320/98).

Tiedemann, sostiene con razón que en la realidad actual: “...*la mayor parte de los delitos en los negocios o socioeconómicos son cometidos con ayuda de una empresa; y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones económicas: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación*” (1996).

De esta manera, la respuesta penal, a los actos cometidos por entes jurídicos, resulta conforme el Principio de Lesividad que permea el Derecho Penal. Es la respuesta a un fenómeno hartamente completo y que tiene como consecuencia, la lesión de bienes jurídicos colectivos. En ese mismo orden de ideas siguió señalando la Corte Constitucional de Colombia:

La Ley Penal brinda la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social. La traducción de esta defensa en sanciones penales, tiene un propósito tanto comunicativo como disuasorio. Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente - y no solamente por una persona natural -, limitar a ésta última la imputabilidad penal reduce el ámbito de protección acotado por la norma. La tipificación positiva de un delito tiene el sentido de comunicar a todos que la realización de una determinada

conducta rompe la armonía social y, por ende, quien lo haga será castigado con una específica sanción. Este doble efecto en el que reside la eficacia de la legislación penal podría desvanecerse si la condena se limitase a los gestores del ente que ha extendido ilícitamente su giro social a actividades prohibidas y claramente deletéreas para la comunidad (Sentencia C-320/98).

#### **2.4.2.2. Sobre el concepto de bien jurídico y el Principio de Lesividad en el Derecho Penal.**

No pueden crearse leyes penales, que limiten derechos fundamentales, sin que ella busque proteger un bien jurídico.

La doctrina penal clásica, ha centrado el eje sobre el cual gira el tipo penal, en la protección de un bien jurídico. En este sentido; no hay delito que no tenga un correlativo bien jurídico protegido, en la medida que la norma lo que resguarda es este bien, frente a lesiones o puesta en riesgo.

En este sentido, la jurisprudencia penal ha prescrito:

...En un estado democrático como el nuestro, el concepto de bien jurídico constituye una garantía de sometimiento del poder estatal a la Constitución y a la ley, que se materializa en el límite preciso y concreto al poder punitivo del Estado. En el caso de los delitos de peligro abstracto, en que la protección no va dirigida a un interés humano concreto, es indispensable que la afectación al bien jurídico si esté relacionado con intereses de la persona humana (...) (Sala Tercera de la Corte N° 00924 – 2007).

En este sentido, el legislador discrimina entre los bienes jurídicos, cuál merece tutela penal. Crea la norma, dándole cobertura y protección, a través de la conminación de una pena, proscribiendo acciones u omisiones que lesionen o pongan en riesgo esos bienes jurídicos.

En el diseño de la política criminal, el legislador puede crear tipos de resultado, de peligro, de simple actividad, en la medida que proteja, mediante el efecto disuasivo de la pena, las conductas indeseadas.

La tendencia moderna es a la creación de tipos penales abiertos, con una amplia cobertura, mediante la protección de bienes jurídicos supraindividuales, abarcando no solo tipos de resultado, sino y también – en su mayoría - delitos de peligro:

Esta situación provoca tensión en los cimientos hoy ya no tan rígidos del Derecho penal clásico de corte individualista o liberal-iluminista del siglo XVIII y XIX, desarrollado bajo la óptica de los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y causalidad. En este punto, sobre las sociedades de riesgos, Roxin apunta que “...lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal (Roxin, 1997, p. 61, citado por Reátegui, 2008).

En los delitos de criminalidad de la empresa, como bien señala Laura Zúñiga, es el principal agente de riesgo para los bienes jurídicos – no solo colectivos sino y también fundamentales -, en este sentido se pronuncia:

La empresa es una organización generadora de riesgos que se desarrollan en tres momentos: a) En el propio proceso de producción: es el caso de los accidentes laborales. El trabajador al estar en contacto con la máquina y realizar actividades peligrosas en el desenvolvimiento de sus labores, pone en riesgo su vida y su salud. b) Con los bienes producidos por la actividad industrial. La producción masiva de productos y alimentos en grandes escalas, su comercialización por grandes cadenas dificulta la determinación de los procesos causales que intervienen desde que el producto empieza a elaborarse hasta que llega al consumidor. De ahí la complejidad de la determinación de la responsabilidad por productos defectuosos. c) Con los desechos industriales. Los desechos de la actividad industrial pueden ser generadores de riesgos constitutivos de delitos. La

emisión de humos, emisión de gases tóxicos, productos radiactivos, etc. Muchos de ellos podrían producir delitos contra el ambiente, patrimonio artístico, etc. (2004, pp. 259-298).

Lo anterior, dejando de lado, los delitos que se producen o puedan producirse en el actuar cotidiano y en sus relaciones con la Administración Pública. Esta circunstancia es constatada en el medio nacional, como fue de conocimiento público, los procesos de juzgamiento de los expresidentes Miguel Ángel Rodríguez. (Cfr. Sentencia Penal N°167-2011 Tribunal Penal de la Hacienda y la Función Pública del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las quince horas del veintisiete de abril de dos mil once), y Rafael Ángel Calderón. (Cfr. Expediente N° 04-005356-0042-PE. Sentencia Penal N° 370-2009 Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las catorce horas treinta minutos del cinco de octubre del dos mil nueve).

Tras todo lo cual, evidencia la impostergable necesidad de punir la empresa y a sus miembros, por la comisión de los delitos por acción u omisión. En tales miras, el legislador aprueba la ley 9699, disponiendo que su objeto es la responsabilidad penal de la persona jurídica, relacionada con una lista taxativa de delitos contenidos en la ley 8422 (Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública), artículos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 57 y 58 y los delitos contenidos en el código penal, en los ordinales 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353 bis, 354, 355, 361, 363, 363 bis y 368 bis.

Desde la anterior perspectiva, el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que viene a ampliar el ámbito de cobertura del Derecho Penal a los sujetos morales, es consecuencia necesaria de la protección de bienes jurídicos supraindividuales.

Esta ampliación, debe también resguardar el Principio de Lesividad, en la medida de que, estos sujetos – contemplados hasta hace poco de manera timorata en la ley penal -, en tanto realicen acciones dañosas, deben ser cubiertos por el Derecho Penal.

En este sentido, se llenan las exigencias de la lesividad. Esta debe entenderse, como lo señala Rubén Hernández (2007):

.... el legislador no puede tipificar como delitos conductas que no sean socialmente dañinas o que no vulneren otros valores tutelados constitucionalmente. De lo contrario, la norma deviene irrazonable (...) Tampoco podrían tipificarse como delitos conductas que no sean contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres... (p. 64).

Sobre el contenido del principio de lesividad, como límite a la potestad de la Asamblea Legislativa de crear delitos y penas, la magistratura constitucional ha dicho:

...Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -art. 28- se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero (Voto N° 525-93).

Insistimos, no se trata de buscar el bien jurídico detrás de cada uno de los tipos penales, de por sí existentes (algunos de reciente reforma), sino de justificar, desde el punto de vista de la lesividad, que las personas jurídicas, sean sujetos del derecho penal, con la finalidad de dar mayor cobertura de protección a los tipos penales que comúnmente se relacionan en el quehacer empresarial.

El Derecho Penal, no puede permanecer impávido frente a los fenómenos delictivos cometidos por la empresa. Debe defenestrar el aforismo de cuño romano germánico: "*societas delinquere non potest*" y sancionar a la empresa (Reátegui, 2008).

En el mismo sentido, Muñoz Conde (1998), ha manifestado:

...En estos casos, la primera preocupación del legislador debe ser evitar escandalosas «lagunas de punibilidad», bien creando delitos nuevos, o bien

reformando o añadiendo algunas particularidades a los delitos patrimoniales para extender- los a supuestos evidentemente merecedores de pena y que difícilmente pueden ser sancionados con los delitos ya existentes. Pero ello debe hacer- se a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y con una tipificación clara y precisa de los comportamientos que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro.

### **2.4.2.3. Regulación punitiva a través del Derecho Administrativo.**

La legislación costarricense, mediante reforma a la Ley N° 8422, mediante Ley N° 8630, estableció la posibilidad de la sanción administrativa de las sociedades (Modificación del Código Penal, Ley N° 4573, y la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, N° 8422 (N° 8630). En este sentido modifica el artículo 44 bis de la ley 8422. (Publicada en La Gaceta N° 33 del 15/02/2008. Por medio de la cual se introducen sanciones administrativas a las personas jurídicas que cometan delitos relacionados con la probidad en la función pública).

Más, sin embargo, el ente administrativo, no satisface los estándares necesarios para dar cumplimiento a los compromisos internacionales de erradicar y prevenir la corrupción en la esfera pública y en la empresa. Ergo, no hay una tutela judicial efectiva. Así lo establece la Contraloría General de la República:

El compromiso de Costa Rica, de adecuar su legislación interna en el sentido indicado, deviene de las obligaciones adquiridas a través de la suscripción de los principales tratados internacionales en materia anticorrupción, a saber, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, y más recientemente, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, pero además, de la necesidad de fortalecer continuamente el ordenamiento jurídico anticorrupción, de tal forma que se pueda contar con las herramientas más idóneas para el combate de este terrible flagelo (Procuraduría General de la República Opinión Jurídica N° 051-J del 03/06/2019).

El Grupo de Trabajo Anti cohecho de la OCDE analizó, la citada normativa, conforme lo dispuesto en la Convención para Combatir el Soborno Transnacional, y determinó que no cumple con los parámetros requeridos por ese instrumento internacional, en sus hallazgos evidenció, varias falencias, las cuales se citan a continuación y que evidencian la preocupación de que, no solo el sistema de sanciones administrativas, sino incluso, el sistema de enjuiciamiento para los sujetos (por un lado la empresa y por el otro las personas físicas), son disímiles y la responsabilidad, en consecuencia, es bien distinta. Aparte de que la labor de instrucción se ha hecho descansar en un órgano administrativo, cuyas funciones no se avienen a las exigencias convencionales, en materia de asistencia judicial:

La Organización de cita expresó, entre otras, las siguientes preocupaciones: a) los procedimientos contra las personas físicas (responsabilidad penal) y las personas jurídicas (responsabilidad administrativa) están a cargo de organismos diferentes, el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia, respectivamente; b) el Ministerio de Justicia no parece ser un órgano idóneo para realizar las investigaciones de actos de soborno transnacional, que se caracterizan por un alto nivel de complejidad en la mayoría de los casos, por no tener a su cargo otras funciones de investigación similares, ni contar con las atribuciones requeridas para efectuar debidamente las diligencias de investigación que comúnmente son necesarias en este tipo de asunto; c) el Ministerio de Justicia no tiene acceso a información protegida por el secreto bancario, tributario u otra información de carácter confidencial; d) la participación del Ministerio de Justicia suscita preocupaciones en cuanto a las garantías de independencia, porque sus funcionarios no tienen las mismas condiciones en esta materia que los fiscales a cargo de la investigación penal, y la decisión final en manos de la figura del Ministro de Justicia crea un riesgo de injerencia política en los casos que sean política o económicamente sensibles; e) Costa Rica sólo puede solicitar y prestar asistencia judicial recíproca mediante cartas rogatorias para efectos de los procedimientos de responsabilidad administrativa previstos para las personas jurídicas, y no tiene acceso a la gama de

asistencia disponible en casos penales (Procuraduría General de la República, 2019).

La justicia anacrónica, es una verdadera denegación de justicia.

Es inocultable que, en el Derecho Administrativo Sancionador, hay una laxitud en la aplicación de las garantías fundamentales. Lo cual ha sido queja constante, al señalarse que es más opresivo que el derecho penal. Y pese a que, en nuestro medio, la justicia constitucional ha señalado que a éste deben dispensársele – *mutatis mutandis* -, las garantías propias del Derecho Penal, es un ideal casi inalcanzable (Zúñiga, 2001).

La Sala Constitucional ha establecido lo siguiente:

IV.-Principios que rigen el sistema sancionatorio administrativo. En cuanto a los principios aplicables al régimen sancionatorio administrativo, se ha establecido que éstos tienden a asimilarse a los que rigen en el Derecho Penal, pues, ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado e implican la restricción o privación de derechos, con la finalidad de tutelar ciertos intereses. Tanto las normas sancionatorias administrativas como las penales poseen una estructura y funcionamiento similar: la verificación de la conducta prevista produce como consecuencia jurídica una sanción. El Derecho de la Constitución impone límites al derecho sancionador, que deben ser observados tanto en sede penal como en la administrativa; ciertamente, en este último caso con determinados matices que se originan en la diversa naturaleza de ambos...” (Voto N° 3929-95). “...Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas *mutatis mutandis* los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos” (Sala Constitucional voto N°2000-08193).

Señala Zúñiga que el Derecho Económico empieza a perfilarse en los años 30, con una serie de infracciones administrativas en este campo (en materia de libre competencia, monetario,

fiscales, contrabando, etc.) y con el reconocimiento de los derechos sociales y económicos, empieza a dejar ser regulado por el Derecho Administrativo Sancionador, pasando al Derecho Penal (2001, p. 1421).

Resulta asimismo innegable que la función del Estado interventor en la economía agudiza y actualiza la discusión del uso del derecho penal, para hacer frente, de modo efectivo, a este tipo de infracciones (Zúñiga, 2001, p. 1422).

Por medio de la reforma penal, se abre el escenario a un nuevo protagonista “la persona jurídica”, como un nuevo sujeto en el paradigma procesal penal. Con ello se permite sancionar a la empresa independientemente del autor del delito, sin que el uno excluya al otro, sin que se sustancien en jurisdicciones distintas.

Lo que busca la sanción penal, es el efecto disuasivo, ya que el daño en la reputación de la empresa que se ve sometida a una sanción. La posibilidad de decretar su suspensión e incluso su extinción, son limitaciones al derecho fundamental a la libre asociación y a la empresa, que solo pueden provenir de una ley formal y a través de un procedimiento que dote de todas las garantías a la enjuiciada.

## **2.5. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Comparado**

Alvero (2019), señala que, en el Viejo Continente, se ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los siguientes países: Holanda (Ley del 23/06/1976), Islandia (1993), Portugal (Código Penal de 1983 y reforma de 2007) y Francia (Código Penal de 1993), Finlandia (1995), Eslovenia y Dinamarca (1996), Estonia (1998), Bélgica (1999), Suiza y Polonia (2003) y España (2010).

Todo lo cual implica un verdadero cambio de paradigma en el sistema de enjuiciamiento penal. Involucrando un nuevo protagonista, sujeto de sanciones de diversa índole en el campo del derecho penal y ya no administrativo.

### **2.5.1. Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho**

#### **Estadounidense.**

En este país, en el ámbito jurídico donde más se acentúa la evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica, siendo que Estados Unidos siguió la doctrina inglesa, según la cual, podía ser enjuiciada y condenada por infracciones, independientemente de auscultar la intención (Vervaele, 1998).

Se cita que, en Estados Unidos, el enjuiciamiento de la persona jurídica tiene cabida en 1834, en un caso que la empresa contaminaba ríos, deterioraban rutas, puentes y tenían matadores malolientes (Alvero, 2018).

El primer caso del que se tiene cuenta, la Alcaldía de la Ciudad de Albany, fue sometida a proceso por no haber mantenido limpia la cuenca del río Hudson (Alvero, 2018).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en una doctrina jurisprudencial de 1909, dispuso que cualquier cosa hecha u omitida por una corporación que, si se hace u omite por cualquier director o funcionario de la misma, o cualquier receptor, fiduciario, arrendatario, agente o persona que actúe o sea empleada por dicha corporación también se considerará un delito menor cometido por dicha corporación, y al ser declarado culpable de ello estará sujeto a sanciones similares (Ibídem. Traducción libre).

El Tribunal Supremo creó de este modo un principio básico para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha llegado a ser el fundamento de muchas incriminaciones legales en Estados Unidos (Alvero, 2018).

En este sentido lo ha señalado Juan Pablo Cavada Herrera, al indicar lo siguiente:

...desde la primera mitad del siglo XIX las entidades corporativas tienen responsabilidad penal, pero sólo por delitos de responsabilidad objetiva. En particular, la Ley Antitrust Sherman de 1890 contempla explícitamente la responsabilidad penal corporativa. Desde principios del siglo XX se aplica la

responsabilidad penal a las entidades corporativas por los crímenes cometidos por sus agentes y empleados (2017).

En 1970, el Tribunal Supremo analiza de modo específico un supuesto de omisión de personal subalterno. Y en los últimos años se ha sancionado la conducta negligente de los componentes de la Sociedad jurídica (Vervaele, 1998).

## **2.5.2. Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Europeo.**

Se citan tan solo algunas legislaciones, a guisa de ejemplo, tan solo para comprender el desarrollo de la legislación, en dicho continente y algunas notas salientes, aunque prácticamente resultan ser leyes modelo, que se vienen instaurando en los diferentes países para garantizar la protección de los mercados y la probidad en la función pública, cuando las empresas contraten con el Estado.

Esta tendencia se ha visto reforzada por los compromisos adquiridos también en la Convención de Palermo.

### **2.5.2.1. En el Derecho Francés.**

El Código Penal de 1810, desconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, afirmándose incluso que podría ser responsable civilmente, pero no penal (Cfr. Pradel, 1999).

Para el año 1994, sustentado en disposiciones legislativas de derecho comparado, el nuevo Código Penal en vigor desde marzo de 1994, consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Pradel, 1999).

En el Derecho Penal Francés, se plantea si la persona jurídica actúa con dolo o culpa. Si ambos elementos subjetivos del tipo penal no se conciben más que una relación con la persona física como única que pueda tener conducta reprochable, en la medida que la persona jurídica es

incapaz de actuar con dolo o culpa, lo cual implica que sería responsable por “reflejo o rebote” o, si se trata de un ente con vida autárquica. La discusión, gira en torno a ambas tesis (Cfr. Pradel, 1999).

Al hacerse la lectura del ordinal 121-2 párrafo primero del Código Penal Francés de 1994 establece que las personas jurídicas son responsables “*de las infracciones cometidas (...) por sus órganos o representantes*” (Cfr. Pradel, 1999).

Esta postura, como lo señala Pradel, sigue la tesis del reflejo o rebote (1999). En la jurisprudencia, la cuestión se debate entre ambas posturas. Pero como advierte Pradel:

...En su sentencia de 2 de diciembre de 1997, la Sala de lo criminal establece, en primer lugar, que las personas jurídicas sólo pueden ser declaradas responsables si se determina la comisión de una infracción por cuenta de ésta por medio de sus órganos o representantes, conforme al artículo 121-2 párr. 1 CP... (Cfr. Pradel, 1999), con lo cual se decanta hacia la postura del rebote o reflejo. Esta es, la tesis doctrinaria mayoritaria.

En consecuencia, la posición dominante supone que precisa que la infracción pueda ser imputada a una persona física, aunque no individualizada, para establecer la responsabilidad de la persona moral (Cfr. Pradel, 1999).

#### **2.5.2.2. En el Derecho Holandés.**

Holanda, no obstante, su Derecho Penal de tradición continental, era el único país de Europa, que receptaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Vervaele, 1998, p.184).

Ha optado por el aforismo «**societas/universitas delinquere et punire potest**», abandonando de este modo, la “**societas delinquere non potest**”, según la cual, la persona jurídica es una ficción legal, y solamente sus miembros pueden ser enjuiciados penalmente.

Estados Unidos ha influenciado notablemente el Derecho Penal Holandés de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante, como se dijo, ser este último de tradición napoleónica.

El artículo 13 de la «Algemene Wet op de Douane» de 1870 preveía la responsabilidad en caso de fraude en materia de derechos de exportación (un delito comunitario anticipadamente): «Las sociedades y las compañías de armadores son responsables de los actos de sus administradores, contables, empleados, obreros u otras personas a su servicio, sobre la base del artículo 231 de la Ley general de 26 de agosto de 1822 relativa a todas las infracciones a las disposiciones legales que conciernen a la importación, exportación y tránsito así como a los tributos» (Vervaele, 1998, p.184).

A inicios de los años cincuenta, se aprueba la «*Wet op de Economische Delicten*» (WED). Esta es una ley marco, destinada a la sanción de delitos económicos (Vervaele, 1998, p. 184).

Con la aprobación de la WED en el año 1950, se regula lo siguiente, según la redacción del artículo 15:

1. Si se comete un delito económico por o en el nombre de una persona jurídica, de una sociedad, de cualquier otra asociación de personas o de una fundación, se emprenderán las acciones judiciales y se impondrán las penas y medidas, bien contra las personas jurídicas, la sociedad, la asociación o la fundación, bien contra los que han dado la orden o han dirigido efectivamente el acto ilícito o la omisión, bien contra ambos.
2. Un delito económico se comete por o en el nombre de una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, entre otros supuestos, cuando se comete por personas que, sea en razón de un servicio remunerado, sea por otras razones, actúan en la esfera de la persona jurídica, la sociedad, la asociación o la fundación, independientemente del hecho de que estas personas hayan cometido individualmente cada una un delito económico o que integren conjuntamente los elementos del delito.
3. Si las acciones judiciales se dirigen contra una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, éstas estarán representadas en el curso de las

acciones por el administrador y, si hay varios, por uno de ellos. El representante puede comparecer mediante abogado. El tribunal puede ordenar la comparecencia personal de un administrador determinado; puede entonces extender un auto de comparecencia... (Ibídem).

Como puede apreciarse de la disposición transcrita, la responsabilidad se dirige contra la empresa o bien, contra quienes la han dirigido en la comisión de las infracciones punibles.

### **2.5.2.3. En el Derecho Español.**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es introducida en España mediante reforma a partir del año 2010 (LO 5/2010). En la reforma del año 1983 España mantuvo la tesis de “*Societas Delinquere non Potest*”.

En la reforma operada en el año 1995, introduce y mantiene la tesis de quien actúa en nombre de otro: “...*art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (inclusiva de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas)*” (De la Cuesta, 2013)

Ulteriormente en la reforma del año 2003, mantuvo la misma referencia y permite imponer en el delito de tráfico organizado de drogas, una multa a “*la organización, asociación o persona titular del establecimiento*” (*art. 369.2*)” (2013). Impresionando ser una embrionaria forma de lo que, en la ley de 2010, sería la responsabilidad penal de la empresa (De la Cuesta, 2013).

De acuerdo con la reforma de 2010, la imputación de la responsabilidad por delito, comprenden tanto a la sociedad como a la persona física, por el inescindible ligamen (De la Cuesta, 2013).

Señala Stanislava Hristova, que a partir de 1 de Julio de 2015 entra en vigor la última reforma operada por la ley LO 1/2015 de 30 de marzo, que introduce sistematiza y crea un verdadero Derecho Penal aplicable a las empresas (2015, p. 4).

#### **2.5.2.4. En el Derecho Penal Suizo.**

El Código Penal Suizo de 1942, es producto de un largo proceso de unificación que comienza con el proyecto de Carl Stooss de 1890. Posteriormente, es objeto de una serie de reformas de su parte especial, que termina en el año 2000 (Hurtado, 2001).

Tradicionalmente, el Código Penal Suizo y la jurisprudencia rechazaban la responsabilidad penal de la persona jurídica. Para ello se sustentaban en lo siguiente: (1) La incapacidad de la persona moral de actuar, (2) La imposibilidad de comportarse culpablemente, y; (3) La pena es la medida de la culpabilidad, por tanto, sino se es culpable, no hay cabida a la pena (Hurtado, 2001).

Aunque la crítica a dicha postura se cierne en lo siguiente: (i) En el Derecho Administrativo y Civil, la persona jurídica es un actor importante, más se le desconoce esta facultad en el Derecho Penal, (ii) Las personas jurídicas pueden ser víctimas en los delitos contra el honor, pero no autor de delitos (Hurtado, 2001).

En 1991, se crea una comisión para tratar de combatir la legitimación de capitales y con ello se propuso la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Situación que se vuelve a analizar en el proyecto creado en 1998, para reformar el código penal, en esta materia (Hurtado, 2001).

Advierte Carlo Enrico Paliero, que suceden reformas legislativas al Código Penal en el año 2003 y posteriormente en el año 2007, donde introdujo en el último un nuevo título sobre “responsabilidad de la empresa” (art. 102) (2013).

### **2.5.2.5. En Inglaterra.**

En el Derecho Inglés, a inicios del siglo XIX, las cortes imponen responsabilidad penal a las sociedades comerciales, en pleno proceso de industrialización, admitiéndose que una corporación podría ser sometida – por una conducta omisiva -, a un proceso penal (Alvero, 2018).

El caso paradigmático (leading case), lo fue la sentencia inglés “The Queen vs. Birmingham & Gloucester Railway” de 1842, por medio de la cual se procesó a una empresa por incumplir una ley que le imponía la construcción de determinadas obras a lo largo de la vía férrea (Alvero, 2018).

## **2.6. Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Iberoamericano**

Se citan, tan solo a manera de ejemplo, algunas legislaciones iberoamericanas que han adoptado el modelo de procesamiento penal de las personas jurídicas, las cuales, como se verá, responden a la necesidad de regulación por su incorporación al OCDE.

### **2.6.1. Argentina**

El Congreso de la Nación sancionó la Ley No 27.401, con el objeto de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

... de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, cuando cometan delitos de corrupción contra la administración pública, tales como el cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública, enriquecimiento ilícito y la realización de balances apócrifos en las empresas (Alvero, 2018).

Dicha ley es sancionada el 08/11/2017, en vigencia dentro de los 90 días de su publicación en el B.O. De este modo, el Estado argentino, cumple con los compromisos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Convención sobre la Lucha

contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Esta disposición aparta a Argentina, del criterio tradicional, según el cual, las personas jurídicas no pueden ser enjuiciadas. Como lo menciona Sebastián Soler, quien se sustentaba en el Principio *Societas Delinquere Non Potest*:

Considero que la sociedad es una persona distinta de los socios; que no realiza actos; que no se pueden alterar los principios de derecho penal de imputabilidad, culpabilidad y pena; y que no es posible imponer una sanción por el principio de subjetividad (con contenido psicológico); que no pueden sufrir la coacción de la amenaza de una pena ni padecer una pena personal y que resultaba injusto sancionar a todos los asociados que no intervinieron en el hecho o se opusieron a los actos ejecutados por los directores o accionistas...” (citado por Alvero, 2018, Soler, 1963, p. 265)

### **2.6.2. Chile**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, es introducida en la Ley Penal Chilena a partir del decreto Ley No 20.393 de 2 de diciembre de 2009, producto de la incorporación del Estado a la OCDE (Cfr. Hernández, 2010).

El ámbito de cobertura de dicha ley lo es para las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado. En este sentido, el artículo dos de la referida excerta legal. En cuanto a los delitos que dan cabida a la responsabilidad penal, hay una lista taxativa (art. 1); lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, Soborno o cohecho activo tanto de empleados públicos nacionales como extranjeros (Cfr. Hernández, 2010).

### **2.6.3. Perú**

En los Códigos Penales de 1863, 1924, hasta el vigente de 1991, se ha mantenido inalterable la doctrina, según la cual, las personas jurídicas no son responsables penalmente (Carrión, 2018, p. 213).

El Congreso peruano, aprobó la Ley N° 4054/2014-PE, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Posteriormente por medio de la Ley N° 30424, el Estado peruano se incorpora a la OCDE.

La reforma legislativa por Ley 4054/2014/PE, parece resistirse a cambiar la postura de la “*Societas Delinquere Non Potest*”, en la medida que mantiene la responsabilidad de corte administrativa.

No obstante, la reforma operada por Ley 30424, introduce diversas modificaciones, entre las cuales incluye nuevas modalidades delictivas, por las cuales las sociedades deben de responder (por ejemplo: lavado de activos, cohecho y financiamiento del terrorismo).

#### **2.6.4. Portugal**

Durante siglos, como en las diversas jurisdicciones de España, en Portugal no se aceptaba la responsabilidad de la persona jurídica. En el año 2007, se produce una importante reforma en el Código Penal portugués (Ley N° 59/2007, 4/9), por medio del cual se modifica el artículo 11, en lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Nuno, 2014, p. 126).

Nuno (2014), señala que:

... el primer modo de imputación definido por el art. 11.o - 2, a), del CP refleja la elección del legislador por un modelo de hetero-responsabilidad o vicarial: “las personas jurídicas (...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: a) en su nombre y en interés colectivo por personas que ocupan una posición de liderazgo en la misma” (p.129).

De la misma manera, el Código Penal:

... parece incluso contemplar una solución de hetero-responsabilidad, pero con una gran aproximación a las teorías de la auto- responsabilidad: “las personas jurídicas

(...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: b) por quien actúa bajo la autoridad de las personas mencionadas en el párrafo anterior, debido a una omisión de los deberes de vigilancia o control que se les impone (Nuno, 2014, p.130).

De lo dicho se infiere, que no basta la comisión de un hecho típico, para atribuir a la persona jurídica responsabilidad penal, es preciso que este resultado pueda ser imputado personalmente, por acción u omisión a la persona física que actúe en su nombre e interés (Nuno, 2014, p. 131).

#### **2.6.5. Brasil**

Es un país que ha sido sorprendido por los actos de corrupción. La operación “lava jato”, es una prueba fidedigna de ello.

Brasil ha suscrito varios convenios internacionales, en materia de corrupción: Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) (Galvão, 2017).

Por medio de la ley 12.846/2013 (Ley Anticorrupción) prevé la responsabilidad de la empresa Gómez (2018:288), sostiene que se trata de una norma de naturaleza penal.

## CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO

### 3.1. Metodología empleada

En el campo de la investigación, existe una serie de métodos para acercarse y abordar el objeto estudiado. Dentro de estos métodos podemos señalar el cuantitativo, el cualitativo y el mixto. Para efectos de la presente investigación, abordaremos el método cualitativo con un enfoque fenomenológico, que permite abordar con mayor facilidad estudios referidos a las Ciencias Sociales; dentro de ellas se ubica el Derecho.

Hernández, Baptista y Fernández, sostienen que la investigación cualitativa se “enfoca en la comprensión de fenómenos, explorándolos desde la perspectiva del investigador en un ambiente natural, cuando se pretende examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan estos fenómenos a investigar” (p 358). “Se sostiene que este tipo de enfoque utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación y que es un enfoque de investigación que puede desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de datos” (Hernández et al, p 7, 2014).

Es criterio de los citados autores, que este tipo de enfoque se caracteriza porque el investigador plantea un problema sin que sea obligatorio seguir un proceso definido claramente; se arriba al abordaje empírico para confirmar el postulado teórico inicial. La investigación cualitativa se fundamenta en el proceso inductivo, yendo de lo particular a lo general; por ejemplo, se aplica una entrevista, se analizan los resultados y se obtienen conclusiones, es un estudio fenomenológico en donde se interpreta y construye la realidad objeto de estudio (Hernández et al, p. 8, 2014).

Otra característica de los estudios cualitativos es que abordan los eventos de forma fenomenológica, al identificar sus características más importantes a través de la medición de diversos aspectos específicos. Para lograr describir lo que se investiga, se fundamenta en la medición profunda de uno o más aspectos del fenómeno que se describe (Hernández et al, 2014, p. 29).

De igual forma, el enfoque cualitativo se caracteriza por no poseer réplica y no ser estadístico. Su conducción se da en un ambiente natural, aunado a que su proceso es inductivo, recurrente, de análisis de la realidad subjetiva; sus ventajas se reflejan en la profundidad de sus ideas, su riqueza de interpretación y su amplitud. Se debe tener presente que requiere de la medida, sistematización y experiencia en el empleo de sus procesos (Hernández et al, 2014, pp. 7-9, 2014).

### **3.2. Técnicas utilizadas**

En la presente investigación se utilizan como herramientas o técnicas el estudio de casos y las entrevistas a profundidad.

#### **Estudio de casos**

El estudio de casos, como instrumento de investigación, es considerado “como un diseño más de investigación, junto con los experimentales, no experimentales y cualitativos. Se les considera también como una forma de adquirir una muestra o como un método para desarrollar la investigación” (Hernández et al, 2014, p. 164).

En esa misma línea definatoria, se señala que en ocasiones, el estudio de casos utiliza la experimentación, es decir, se constituyen en estudios preexperimentales. Otras veces se fundamentan en un diseño no experimental (transversal o longitudinal) y en ciertas situaciones se convierten en estudios cualitativos, al emplear métodos cualitativos. Asimismo, pueden valerse de las diferentes herramientas de la investigación mixta (Hernández et al, 2014, p. 154).

#### **Entrevistas a profundidad**

La entrevista cualitativa comprende una vinculación más cercana entre el entrevistador y la persona por entrevistar, es más flexible que una de tipo cuantitativa y permite desarrollar un intercambio de ideas de forma más abierta. Sampieri la define como una reunión para conversar e

intercambiar información entre el entrevistado y el entrevistador. Por ello, se puede hacer la observación de que la entrevista constituye una conversación entre dos o más personas, sobre un tema determinado, de acuerdo con el seguimiento de diversas pautas para el éxito de su objetivo (Hernández et al, 2014, p. 403).

La entrevista a profundidad como técnica de carácter cualitativo, permite el desarrollo de un dialógico en el que se logra acceder al discurso en el intercambio de la comunicación. Desde esta noción, la presente investigación expone el uso de la entrevista en profundidad y con ello el análisis del proceso de comunicación entre el entrevistador y el entrevistado. Es también conocida como entrevista abierta, es decir, que se lleva a cabo sin un guión previo, sino que se fundamenta en una serie de temas posibles a través de una guía que orientará al entrevistador. El rol del entrevistador supone no solo obtener respuestas, sino también saber qué preguntas hacer o no hacer durante el diálogo. No es recomendable pasar repentinamente de un tema a otro, sino que se debe seguir una lista de temas que sirvan de hilo conductor (Hernández et al, 2014).

### **3.3. Selección del estudio**

Resulta de interés para esta investigación, obtener el criterio de los profesionales de derecho, especializados en el ámbito penal, tales como fiscales, defensores y jueces, en relación con el tema de estudio.

Para efectos del análisis de casos, se utilizan los casos Caja Costarricense de Seguro Social-Fischel, Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel, en los cuales se han utilizado personas jurídicas en la comisión de hechos delictivos.

## CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS

### 4.1. Entrevista a profundidad

#### 4.1.1. Entrevista al Dr. Carlos Chinchilla Sandí.

El criterio especializado de un jurista de la talla del Dr. Carlos Chinchilla Sandí, es de suma importancia en el análisis del tema planteado. El Dr. Chinchilla Sandí integró el Tribunal de Casación Penal, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la cual en su momento fue Presidente y además de ello ejerció el cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, profesor universitario en postgrado de Derecho Penal y con una amplia experiencia en esta materia, con más de 30 años en el ejercicio de la carrera judicial y en la enseñanza del Derecho.

¿Cuáles fueron las consideraciones dogmáticas o de política criminal que determinaron que en Costa Rica se legislara sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

El Dr. Carlos Chinchilla Sandí señala que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se empieza a discutir en Europa e incluso desde antes en los Estados Unidos de América desde finales de los años 60's y 70's dentro del ámbito de lo que hoy conocemos como Derecho Penal Económico.

[...] Estamos hablando de los años 70's, finales de los 60's, 70's donde se empieza a desarrollar parte de lo que es, de lo que hoy entendemos como Derecho Penal Económico. Estamos hablando del ámbito propio de Europa y especialmente en Alemania pero también en España, ahí hay una bifurcación interesante, porque cuando inicia todo lo que es el desarrollo de la responsabilidad de personas jurídicas, va dirigido por otro rumbo, va dirigido desde el ámbito propio de lo que es el Derecho Administrativo, entonces el derecho sancionatorio administrativo y entonces ahí se dirigió mucho de lo que hoy entendemos como Derecho Penal de Regulación de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas.

Para el Dr. Chinchilla Sandí el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas empezó a ser abordado desde el ámbito de lo que es el derecho administrativo sancionatorio pero

debido a la ineffectividad y debilidad coercitiva del Derecho Administrativo se fue trasladando la regulación de este tipo de responsabilidad al ámbito del Derecho Penal.

[...] Con esto lo que se dio, fue el inicio de una, digamos, de un desarrollo de conceptos muy importantes para determinar de alguna forma que las personas jurídicas sí podían delinquir y no necesariamente ser sancionadas desde el ámbito administrativo. Pero en Europa se abandonó la posibilidad de que fuera el ámbito administrativo el que recogiera al fin y al cabo este tipo de sanciones, que hay que recordar que este tipo de sanciones son aplicables también en el ámbito administrativo, pero la coercitividad que se tenía no era tan eficiente como lo puede ser desde el ámbito penal.

Nos señala el Dr. Chinchilla que la resistencia a regular la responsabilidad de las personas a través de la aplicación de la norma penal no es porque haya una oposición al criterio de si debe ser regulada sino más bien porque no se entendía que sí se podía regular desde el abordaje de la dogmática jurídico penal.

[...] Cuando se habla de la culpabilidad psicológica o la teoría psicológica de la culpabilidad, tiene un problema, porque no se sabían cómo resolver los asuntos que tenían contenido culposo o imprudente, porque ahí nunca hay una conexión directa entre lo que el sujeto hace y quiere realizar, porque no es así; aun así, siempre se han sancionado los delitos imprudentes. Entonces, esa teoría psicológica era muy inexacta pero también muy endeble, o sea, muy fácil de destruir como concepto, digamos, podríamos decir, casi ideológico, pero dogmático, eh, se volvía insostenible. Cuando nosotros variamos, nosotros no, el Derecho Penal varió, para los años 50's, cambia el concepto, ya de lo que es una teoría de la culpabilidad, este, psicológica para pasar a una teoría más normativa, todavía no llegaba a tanto, pero sí empezaban a darse los primeros sesgos de lo que es y lo que ahora tenemos que está más llena de contenidos normativos que contenidos psicológicos.

Importante esta observación que hace el Dr. Chinchilla en relación a la evolución que se ha tenido de una teoría de culpabilidad desde un punto de vista psicológico, es decir, donde existe

una estrecha vinculación entre voluntad y acción ejecutada hacia una teoría de la culpabilidad de tipo normativo; es decir ya el contenido normativo dado por el legislador supera la necesidad de un contenido psicológico y esto desde la dogmática jurídico penal posibilita sin mayor resistencia a procurar la sanción penal de las personas jurídicas por sus actuaciones ilícitas. Incluso el Dr. Chinchilla nos habla de la imputación penal a las personas jurídicas a través de un concepto de culpabilidad organizacional.

[...] Es que a mí me parece que ahí hay una falta de identificación de lo que es la responsabilidad como tal, porque si nosotros vemos a varios, digamos, a varios alemanes en el desarrollo frizz, uno de ellos entre otros hablan de una responsabilidad cuando hablamos de una responsabilidad penal y hablamos de la culpabilidad, ellos hablan de una culpabilidad organizacional. Que se desarrolla por los ámbitos propios que manejan seres humanos dentro de una empresa, porque lógicamente la empresa como tal, la sociedad, este, anónima o de cualquier otro tipo, no necesariamente tiene un quehacer directo como tal. No podemos extraer, como decían algunos autores, el alma propia de lo que es esa empresa porque no la tiene, pero sí la tiene, contenida en una responsabilidad compartida que se genera para poder identificar la responsabilidad de la persona jurídica. Si nosotros tratamos de entrar a la cuestión psicológica, no vamos a poder identificar nunca una responsabilidad penal de persona jurídica, eso es claro, ahora sí tiene que ir degradando hacia los órganos que la misma tiene; por eso se llama de alguna forma una culpabilidad por organización, otros llaman societaria que tiene un contenido más amplio de lo que nosotros podemos entender como la la, digamos, la culpabilidad esencialmente psicológica que solo la posee un ser humano.

¿Doctor, desde el punto de vista del Principio de Tutela Judicial Efectiva y considerando que ya existían sanciones administrativas para la tutela jurídica en Costa Rica, considera usted que existió una necesidad real para que esta legislación en el ámbito penal, o si esas sanciones administrativas por sí sola, cumplieran con ese Principio de Tutela Judicial Efectiva?

El Dr. Chinchilla Sandí señala de manera contundente que si bien es cierto desde hace mucho tiempo existen en Costa Rica sanciones de tipo administrativo para sancionar ciertos actos ilícitos imputables de forma directa a las personas jurídicas, este tipo de sanciones

administrativas no fueron realmente eficaces, ni proporcionales en muchos casos al daño causado por esa actuación ilícita . Señala el Dr. Chinchilla Sandí que el derecho administrativo sancionatorio se muestra como una herramienta muy débil para sancionar dichos actos ilícitos por parte de las empresas y por ello consecuentemente, con la sola aplicación de esta normativa sancionatoria administrativa sí se viola el Principio de Tutela Judicial Efectiva.

[...] yo revisé las acciones que imponía la Contraloría General de la República en algunos casos imponía, este, un año de suspensión de participar en subvenciones públicas, o también de ser destinatario de alguna concesión, cuestiones de este tipo, pero cuando eran cosas realmente fuertes las sanciones seguían siendo las mismas débiles, y en la mayoría de los casos ni siquiera se aplicaba y muchas de ellas podían ser suspendidas hasta 5 años pero de un pronto a otro se les levantaba la imposición de no realizar actuaciones con el Estado esencialmente y seguían sin problema alguno, entonces, ¿qué teníamos? Teníamos un Derecho Administrativo, porque eso es parte del Derecho Administrativo muy débil donde la sanción no era muy muy visible con respecto a la actuación de las empresas, de las eh, realmente personas jurídicas, sino de los que podríamos decir, los representantes de ellas y esto era interesante porque, ¿qué pasaba con esto? Diay simplemente una empresa nombra un representante legal, que es el que lo va a representar en todo y lo que pasaba es que cuando la empresa fallaba, el que fallaba es el representante legal, entonces lo que la empresa hacía era que lo despedía, por falta de confianza, y punto. Y, entonces, ¿quién se llevaba la responsabilidad de la empresa? Se la llevaba el representante de alguna forma, porque él fue el que falló.

Doctor, otro de los señalamientos, de los grupos opositores a este tipo de legislación, es que dicen que esto más bien viene como una imposición de agendas externas en relación con obligaciones que a través de tratados Costa Rica se ve obligada ahora a trasladar legislación de Europa y de Estados Unidos que no es propia con la realidad económica y social y cultural costarricense. ¿Qué opina al respecto?

En relación a que la regulación desde el ámbito penal de las personas jurídicas por actuaciones ilícitas es una imposición de agendas externas de tipo comercial que intentan imponer normativa contra la realidad económica y social de nuestro país, indica el Dr. Chinchilla

que si bien es cierto que hay una realidad en el sentido que nuestro país ha venido suscribiendo tratados en materia económica y de libre comercio y que incluso se ha creado una necesidad de pertenecer a la OCDE, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, eso no evita que haya que reconocer que ya en nuestro país enfrentemos también una moderna delincuencia económica con una gran complejidad a nivel funcional, lo que justifica el accionar del legislador para exigir a través de la norma penal la responsabilidad a las personas jurídicas por su actuar ilícito.

[...] puedo decirle que yo tengo varios años, por no decir de tratar, lo que quiero decirle con eso es que Costa Rica tiene un atraso importante. ¿Cuándo se dio el avance más rápido y vertiginoso para llegar a esto? Yo en ese entonces, yo era Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y me buscaron representantes de la OCDE, hablé con dos de ellos y estaban, eh, estaban. Digamos. muy identificados con la necesidad de las modificaciones de tipos penales con respecto a responsabilidad penal de personas jurídicas, pero en ciertos tipos sobornos internacionales y cosas de esas que estaban sucediendo, además de eso mucho en América Latina y bueno, de alguna forma con la posibilidad de que Costa Rica se adhiera a la OCDE un requisito que se hacía, no sé si era completamente cierto o no, es que tenía que tener regulación sobre responsabilidad penal de personas jurídicas, nada más que lo identificaban como el soborno transnacional, que nosotros lo teníamos también regulado, nada más que no en los términos que ahora se regula, que me parece que se regula bastante bien, o específicamente en las modificación que es el cohecho propio, cohecho impropio, pero en cuestiones también de tipo internacional que nosotros no lo teníamos, pero si no, si no hubiera sido por la posibilidad de ser parte de la OCDE me imagino que el país no hubiera tenido ese gran avance, digamos, sobre legislación de responsabilidad penal de personas jurídicas.

#### **4.1.2. Entrevista a la Licenciada Greysa Barrientos Núñez.**

Con el objetivo de conocer la experiencia que ha tenido el Ministerio Público a la hora de tratar de sancionar los delitos económicos y en general de corrupción, donde han figurado personas jurídicas como partes involucradas en la comisión delictiva de estos hechos, se entrevista a la licenciada Greysa Barrientos Núñez, quien es Fiscal del Ministerio Público; destacada específicamente en la Fiscalía General en Delitos Anticorrupción y quien fue la Fiscal encargada por el Ministerio Público para tramitar los casos CAJA COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD-FISCHEL e INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD-ALCATEL.

Licenciada, desde su experiencia como Fiscal del Ministerio Público, ¿Considera que el hecho de que en Costa Rica no exista actualmente una legislación vigente que atribuya responsabilidad penal a las personas jurídicas, haya sido obstáculo para poder perseguir y sancionar los delitos económicos o de corrupción que han salido a la luz pública por medio de la prensa en los últimos años, por ejemplo, el caso de CAJA-FISCHEL, en el caso de importación del Cemento chino, CAJA-ALCATEL?

La Licenciada Barrientos señala que con la legislación existente en materia penal sí se ha podido ejercer la acción penal de las personas involucradas en el delito y han sido acusados por cohecho o peculado, pero esto en relación a la imputación penal de las personas físicas que han participado en la comisión de esos delitos pero que sí se notó un vacío a nivel de normativa especializada mediante la cual se pudiera hacer una imputación directa de responsabilidad penal a la persona jurídica involucrada en los hechos delictivos.

[...] No creo, no han sido un obstáculo porque los delitos que se han investigado, que se han acusado, se han llevado a juicio se han dado bajo la acción penal de las personas involucradas en el delito, por ejemplo de cohecho o en el peculado, cohecho como en el caso ALCATEL y el peculado en el asunto de la Caja... Hablando de la tutela judicial efectiva que es la forma en que se utilicen las estructuras de una empresa para delinquir. En ese tanto debe haber algún tipo de consecuencia para esa empresa, verdad, no necesariamente la consecuencia de una persona que comete una acción penal pero si tiene que haber consecuencias,

entonces la respuesta sería si y los delitos se han investigado porque hemos tenido, digamos, estas herramientas se ha hecho un esfuerzo para hacer la investigación que corresponde en relación con las acciones de las personas que cometen los delitos pero en tratándose de las empresas, si es importante, a mi juicio, yo si soy de la tesis de que deberían haber consecuencias para la empresa, porque se utiliza la estructura para cometer el delito.

¿Licenciada, usted considera que en estos casos específicos ICE-Alcatel y Caja-Fischel, hubo impunidad en relación las personas jurídicas o que de alguna forma tuvieron también alguna sanción dentro del proceso penal?

Nos indica la Licenciada Barrientos que si bien es cierto la persona jurídica dentro del proceso penal se le puede demandar dentro de la acción civil resarcitoria para compensar el daño civil y económico causado, ese tipo de sanción civil, aunque la empresa tenga que pagar sumas millonarias no es efectivo ni suficiente para cumplir con el Principio de Tutela Judicial Efectiva contra el daño causado por las empresas a la sociedad. Ello debido indica la señora Fiscal que en la mayoría de las veces ese tipo de indemnización civil está contemplado dentro del presupuesto delictivo que tiene ya esa organización jurídica programado dentro de su plan delictivo.

[...] Tuvieron que responder civilmente por los daños, por ejemplo, en el caso de Alcatel, Alcatel tuvo que pagar por la acción civil en Costa Rica, sólo en Costa Rica pagó alrededor de 11 millones de dólares, porque llegó a un arreglo extrajudicial con la Procuraduría General de la República en tratándose de la acción civil que tenía la Procuraduría contra Alcatel y si usted se averigua, por ejemplo, en Estados Unidos, Alcatel tuvo que pagar, Alcatel, por ser una empresa de, una empresa pública que cotizó en la Bolsa de Nueva York y se le podía imputar la, digamos, la responsabilidad dada por ser una había un delito que se comete por una empresa pública que sus acciones están en la Bolsa de Nueva York, ahí tuvo que responder por un delito de soborno internacional por muchísimos más millones de dólares, en relación con el soborno internacional que se dio aquí en Costa Rica...

Si bien es cierto no podemos y en eso yo yo entiendo el el, la narrativa de las personas a partir del principio de que las sociedades no pueden delinquir, pero no estamos diciendo que vamos a mandar a la cárcel a la sociedad, si no que vamos a seguir un procedimiento digamos de sanciones distintas propias de la estructura que se utilizó para la comisión del delito ehh y ahí es donde eventualmente nos tenemos que ir al concepto de acción, eh, si es cierto que los delitos están descritos en el tipo penal, a partir de acciones humanas, verdad? Pero eso no quita que nosotros podamos eventualmente haber, eh achacar responsabilidad, digamos, no imputar a la estructura que ha sido realizada como medio para cometer el delito porque, a ver, no vamos a ser inocentes, las personas son fungibles, puede ser que haya un política institucional de sobornar y que si a usted lo agarran está solo, lo quitamos, pero la política sigue, es una política donde usted eventualmente, se han determinado en muchos casos, que hay una reserva presupuestaria, reservas presupuestarias que son de dudosa, verdad, de dudosa esteee eh ,el fin es bastante dudoso, donde uno dice bueno, qué es esto, esta reserva presupuestaria que usted tiene, que es esto? Ah bueno ¿Para qué es? Ah bueno no eso es una consultoría, de diferentes. ¿Qué tipo de consultoría? Entonces si existe una política como tal, si, yo pongo una persona, un testaferro, eventualmente y a usted yo le voy a pagar muy bien y a mi me han llegado a decir, vea es que en realidad, esteee a el lo mandaron, y yo, di sí, en la guerra lo mandaron y seguro le dijeron, si usted va solo, pero le estamos pagando muy bien, entonces, a usted lo atrapan, quite eso y la estructura, la política de soborno, de de, es la misma, entonces, hasta que usted no logre, porque esa es la realidad, esa es la realidad en la que uno se encuentra, es una política actual de la compañía.

Es clara la señora Fiscal en indicar que en estos casos en específico Caja Costarricense de Electricidad-Fischel e Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel la indemnización económica que terminó pagando las empresas involucradas no guarda una relación de proporcionalidad entre el daño económico y social causado con la reparación civil efectuada. Señala la Fiscal que el fondo lo que hay es una violación al Principio de Tutela Judicial Efectiva, ya que estas empresas a pesar de ser sancionadas económicamente siguen contratando con el

Estado como si nada hubiere pasado y por ello indica la necesidad de que a la persona jurídica se le impute responsabilidad a nivel penal.

[...] Entonces, hoy por hoy yo creo que si debieron haber, si respondieron civilmente en Costa Rica pero hay va más allá, eso debe ir eventualmente más allá, como Alcatel, como un proveedor a nivel nacional, eventualmente o empresas como Alcatel a nivel nacional, debería valorar algún otro tipo de sanciones administrativas, a nivel corporativo, como por ejemplo, usted no vuelve a ser proveedor y vea que Alcatel en Costa Rica es uno de los proveedores más, bueno después, estamos hablando de 400.000 líneas que en aquel momento salieron y después el ofertaba y era el proveedor del Gobierno, digamos para el ICE. Entonces, cómo es que siguió como proveedor del ICE cuando debieron haber habido ciertas consecuencias a nivel de empresa en Francia, pero lo que pasa es que estamos hablando de una trasnacional con demasiado poder. O en Costa Rica, a nivel de proveedor, cómo? que siguió ofertando para Costa Rica en otro tipo de, entonces si respondió a nivel civil por sus daños, verdad, pero debieron haber habido otro tipo, a mi juicio, valorarse que hubieran otro tipo de consecuencias administrativas sobretodo porque se utiliza esa estructura, verdad, para arriba, este utilizando sus Departamento de Tesorería, que uno dice, no sé, a mí me hubiera gustado saber si lo sabía.

#### **4.1.3. Entrevista al Licenciado Leonardo Gómez Solano.**

Con el objetivo de ampliar los criterios sobre la necesidad de responsabilizar a las personas jurídicas que han cometido actos ilícitos aplicando el Derecho Penal se entrevista al Licenciado Leonardo Gómez Solano, quien tiene amplia experiencia como Fiscal en el trámite de delitos económicos y que actualmente está destacado en la Fiscalía General de la República, atendiendo específicamente asuntos tipificados como delitos de corrupción.

¿Considera que el hecho de que en Costa Rica no exista actualmente una legislación vigente que atribuya responsabilidad penal a las personas jurídicas, haya sido obstáculo para poder perseguir y sancionar los delitos económicos o de corrupción que han salido a luz pública por medio de la prensa en los últimos 5 años?

El señor Fiscal es claro en señalar que la falta de una normativa que impute responsabilidad penal directa a las empresas por su actuar ilícito sí venía creando espacios de impunidad. Señala el fiscal que la práctica del Ministerio Público adoleció de una herramienta jurídico penal para la persecución de personas jurídicas, que con la nueva legislación dictada recientemente sobre este tema ese margen de impunidad hacia las personas jurídicas se reduce.

[...] El asunto reviste en una discusión jurídico penal muy interesante, en el sentido de que desde el mes de junio aproximadamente, como a la mitad del mes de junio hacia acá, ya contamos con una herramienta jurídico penal para la persecución de personas jurídicas. Sobre si fue o no un obstáculo desde junio hacia atrás, personalmente considero que si, considero que si por varias razones, uno podría empezar a analizar que la etapa de la globalización de la criminalidad ha avanzado de una forma enorme, básicamente desde hace una década para acá, considero que ya el legislador tuvo que haber previsto este tipo de auge, en cuanto a la criminalidad y respetuosamente considero que la aprobación de la ley tuvo que haber sido no desde el año 2019, sino hace prácticamente una década, una década para acá. Esa nueva ley para perseguir penalmente a las personas jurídicas, le da una serie de posibilidades al Ministerio Público que antes era prácticamente impensables.

¿Considera usted acertado que se legisle en Costa Rica para que le atribuya la responsabilidad legal a las personas jurídicas tomando en consideración que ello implica la ruptura del Principio *Societas Delinquere Non Potest*?

Nos indica el señor Fiscal que el Principio *Societas Delinquere Non Potest* debe de ser superado. Esto por cuanto la globalización económica ha propiciado que se presente en las sociedades un nuevo tipo de criminalidad que se nutre de mecanismos sofisticados para cometer

los delitos, entre ellos la utilización de las personas jurídicas para conseguir los fines ilícitos previstos.

[...] Hay un nuevo fenómeno criminal que no se puede dejar pasar, las nuevas tendencias delictivas que se están viendo no solo a nivel europeo, sino también en América específicamente América Central y en Costa Rica, nos permite que sigamos pensando efectivamente que ese aspecto doctrinal de que las sociedades jurídicas no delinquen, ya es un tema que para mi concepto ya debería ser desfasado, efectivamente hay un tema, la experiencia de lo que estamos viviendo en estos tiempos y años atrás como le decía en la pregunta anterior, básicamente desde una década hasta acá, nos permiten perfectamente justificar que ese principio de que las sociedades jurídicas no delinquen ya hay que tiene que ser superado. Hay una serie de actividades ilícitas por medio de la criminalidad organizada y los delitos de corrupción que permiten decir justificadamente que efectivamente la criminalidad ha obtenido unas herramientas increíbles a la hora de delinquir, fruto de ello por ejemplo, las sociedades anónimas.

¿Considera usted que desde el punto de vista del Principio de la Tutela Judicial Efectiva, las funciones administrativas que ya existían, antes del dictado de la nueva legislación penal, lograban ser efectivas o por el contrario eran insuficientes para controlar o reprimir la actividad ilícita de las personas jurídicas?

En relación a la función punitiva que venía cumplimiento el Derecho Administrativo en relación a la actividad ilícita de las empresas, en lo que algunos autores han llamado “Derecho Penal de segunda división”, considera el señor Fiscal que estas sanciones administrativas siempre han sido insuficientes para frenar o disminuir la criminalidad de la empresa.

Señala el señor Fiscal que la nueva legislación penal que sí establece una responsabilidad penal directa a las empresas o personas jurídicas viene a dotar al Estado de mayores herramientas para combatir la criminalidad económica que utiliza las personas jurídicas para cometer delitos.

[...] A mí me parece, a mí me parece que es absolutamente insuficiente. Si uno hace una lectura integral de esta ley que fue promulgada en junio anterior, fácilmente podríamos concluir que las posibilidades que le da la nueva ley al Estado, en este caso específicamente al Ministerio Público para poder perseguir penalmente a las personas jurídicas son amplísimas, son herramientas que no se habían utilizado nunca, entonces me parece que a como estaba el ordenamiento jurídico de junio hacia atrás para la persecución de delitos de personas jurídicas me parece que era absolutamente insuficiente. Cualquier persona y el mismo Estado estaba como dicen popularmente amarrado para poder perseguir este tipo de actos, verdad?. Hay unas cuestiones muy interesantes que nos da la misma ley ahora, básicamente en temas de disolución de las personas jurídicas, las multas, los tipos de medidas cautelares y por supuesto Alejandro, el tema del comiso, del comiso y decomiso de los bienes de las sociedades. Entonces me parece que con estas nuevas herramientas viene a poder establecer que los mecanismos jurídicos que se mantenían antes de junio del 2019 resultaban absolutamente insuficientes para la persecución de este tipo de actividades.

Desde esta perspectiva y según lo señalado por el señor Fiscal la nueva legislación vendría a ser posible que el Principio de Tutela Judicial Efectiva tuviese una cobertura mayor a la hora de juzgar los delitos empresariales.

#### **4.1.4. Entrevista al Dr. Ronald Salazar Murillo**

Con el objeto de conocer el criterio de un profesional que fungió como Defensor Público, Juez del Tribunal de Juicio, Juez de Apelación de la Sentencia Penal y Magistrado Suplente de la Sala Constitucional, se entrevistó al Dr. Ronald Salazar Murillo.

¿Cuál es su criterio sobre cuáles fueron las consideraciones dogmáticas o de política criminal que determinaron que en Costa Rica se legislaba sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Considera el Dr. Salazar Murillo que más que consideraciones dogmáticas o de política criminal el legislador termina regulando la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a la realidad que se ha venido viviendo en el país; que es compartidas en otras latitudes del mundo; donde se evidencia un auge en la comisión de los delitos económicos a través de las empresas.

[...] En otras latitudes, sobre todo en Europa y Costa Rica pues ha estado alejado de todo este tema, digamos, no, en realidad, nunca le ha entrado de lleno al tema de las personas jurídicas y el mundo hoy prácticamente lo mueven las entidades, las grandes corporaciones que han demostrado, digamos a través de sus personeros que tienen políticas direccionadas hacia el quebrantamiento de la ley y a la comisión de delitos, digamos, por ejemplo para decir casos de empresas que notorias como Alcatel, por ejemplo, con los casos que tuvimos en Costa Rica, que se dedican a sobornar entidades del Estado y pagarle para obtener concesiones como Obederex, Oberex en Suramérica, que prácticamente a todos los países pasó dejando este dinero, digamos a todos los sujetos de derecho privado, con el fin de obtener este entonces de las entidades públicas contrataciones millonarias. Esto por supuesto ha tenido una incidencia en que se estimara necesario diseñar una política que tratara de sancionar más fuertemente a las empresas que realizaban este tipo de actividad.

¿Considera usted que desde el punto de vista del Principio de la Tutela Judicial Efectiva las sanciones administrativas que ya existían y que dictaba la nueva legislación eh penal eh, lograba ser efectivas o por el contrario, eran insuficientes para controlar o reprimir la actividad ilícita de las personas jurídicas?

En relación a la aplicación del Derecho Administrativo como una herramienta para sancionar a los entes jurídicos por su actuar ilícito, considera el Dr. Salazar Murillo, que no ha sido efectivo, ni eficaz la aplicación del derecho administrativo sancionatorio por cuanto las sanciones en este ámbito de aplicación son sumamente débiles y además por aplicarse dentro de un procedimiento administrativo las vías procesales de impugnación son sumamente amplias y terminan siendo burladas por los entes colectivos; creándose con ello todo un espacio de impunidad y una violación a la tutela judicial efectiva.

[...] Cuando se ha dejado la aplicación por parte del Derecho Administrativo, las sanciones han sido sumamente leves o han sido, digamos, cómo le dijera? Diluidas de los procesos administrativos, de forma tal que ha sido difícil digamos aplicar sanciones de multas, por ejemplo, por incumplimientos de cierres de empresas, de sanciones, en realidad, es complicadísimo para la Administración aplicar esas multas. Entonces, lo digo sobre todo, porque a los Tribunales Constitucionales llega mucho tema de ese tipo, toda la discusión, digamos, de la aplicación resarcitoria prácticamente de la Administración, llega a los Tribunales Constitucionales, cuestionando todo el procedimiento y todo. De manera que se hace muy lento, yo creo que en realidad el proceso penal si tiene una ventaja y es que si, este, es un proceso muy riguroso, si, pero yo creo que tiene una fuerza mayor que la de la Administración para poder, este, aplicar las sanciones que se crean con el nuevo procedimiento. Que a veces son similares, en algunos casos, pero lo cierto es que uno no ve que las empresas realicen, digamos, se les aplique, por ejemplo la empresas constructoras de carreteras, construyen una carretera con un mal material que no es el acordado, ese es un fraude al Estado, y usted las ve concursando, siguen concursando, y se les pone el contrato nuevamente, entonces pareciera por lo menos visualmente que las sanciones que se establecieron no eran suficientes para para esas, o la aplicación de vía administrativa no fue suficiente para poder digamos visualizar que hay sanciones efectivas para esos incumplimientos o bien fraudes para la Hacienda Pública.

¿Doctor los detractores de esta nueva legislación indican que esto ha sido una agenda externa impuesta por organismos internacionales debido a convenios tratados que Costa Rica ha suscrito, sobre todo de tratados económicos y que no responde a la realidad sociocultural, económica de los costarricenses y que en ese sentido responde más a la corriente del populismo punitivo y utilizar el Derecho Penal como una herramienta ejemplar pero que no lo está resolviendo el problema de la corrupción en Costa Rica. ¿Qué opinión tiene usted al respecto?

Considera el Dr. Salazar Murillo sobre el tema de la imposición de agendas externas como elemento determinante para que en Costa Rica se haya legislado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que efectivamente la agenda externa tiene un peso importante en

la decisión tomada ya que esto corresponde a un proceso global donde se está utilizando al derecho penal como herramienta para disuadir a las empresas de cometer delitos en el ámbito económico. No obstante, señala el Dr. Salazar Murillo que este tipo de actividad criminal empresarial que se observa en otras latitudes ha logrado infiltrar nuestra sociedad y que por lo tanto no se debería hablar de un populismo punitivo sobre este tema; sino más bien de una realidad que alcanzó al Estado costarricense provocada por la globalización de la criminalidad.

[...] Dos cosas, primero es cierto que algunas de estas corrientes vienen del exterior, no es secreto que la OCDE ha exigido para seguir colaborando con Costa Rica, que establezca esta legislación, esta y otras más que vienen en camino, de manera que el país se encuentra este, inmerso en una corriente internacional que también obliga a estas cosas. Porque claro el desplazamiento del capital y los negocios con la globalización, exige más o menos alguna uniformidad legislativa en algunos temas en particular, para evitar los paraísos fiscales, por ejemplo, para evitar el traslado de empresas, digamos, que son este digamos, dirigidas a cometer este tipo de delincuencias o fraudes internacionales, entonces quieren como que también el país esté, digamos una especie de inmunizado contra ese tipo de políticas, de manera que obviamente si hay una influencia extranjera, lo que sucede es que mucha de los comportamientos extranjeros al final terminan llegando al país. Recuerdo por ejemplo cuando se hablaba del tráfico de drogas, que era en Colombia, luego se vino para acá y lo tenemos, cuando había los temas de secuestros y ejecuciones, no estaba aquí pero se vino. Si se advierte que alguna tendencia mundial de la empresa ha sido esta, pues creo que nos han trasladado esa obligación, digamos de regular y legislar preventivamente digamos, ante posibles este, actividades empresariales futuras. Respecto del tema, digamos, del populismo punitivo, es cierto que hay una corriente fuerte que dice que ahora todo se quiere resolver por la vía de las leyes, solo que en este caso yo creo que los criminólogos estarían de acuerdo con estas leyes.

Del resultado de análisis de todas las entrevistas a profundidad, tanto los representantes del Ministerio Público entrevistados, Greysa Barrientos Núñez y Leonardo Gómez Solano, como

el ex juez de casación penal y ex presidente de la Corte Suprema de Justicia Carlos Chinchilla Sandí y el ex juez penal Ronald Salazar Murillo y actualmente defensor privado son coincidentes en que los delitos cometidos en el ámbito económico normalmente hay una amplia participación de personas jurídicas, que con su actuar delictivo causa un gran daño social ante el cual el Derecho Administrativo sancionador no tiene una respuesta adecuada por carecer de un mayor poder de coercitividad y herramientas procesales para llevar a cabo una investigación seria y efectiva. Coinciden todos estos operadores del derecho penal que en ausencia de una normativa que impute responsabilidad penal a las personas jurídicas el Principio de Tutela Judicial Efectiva se ve erosionado y vulnerado.

En relación al tema de las preguntas aplicadas en la entrevista a profundidad los distintos operadores del derecho penal entrevistados no evidencian ninguna discrepancia de fondo ni de forma en relación al tema objeto de la entrevista.

#### **4.2 Análisis de casos**

En el año 2004, Costa Rica se vio sacudida por dos grandes escándalos de corrupción, a saber, los casos Caja Costarricense de Seguro Social-Fischel e Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel, donde, a través de mecanismos fraudulentos, pago de comisiones y premios a reconocidos políticos y altos jefes de las más importantes instituciones públicas del país, empresas proveedoras se aseguraron un resultado positivo en su concurso por la venta de bienes y servicios al Estado costarricense. En ambos casos de criminalidad el elemento común fue que en la comisión de los hechos delictivos se utilizó personas jurídicas o entes colectivos. En ambas situaciones el Ministerio Público imputó a los responsables de los delitos en relación a los actos de corrupción realizados y se obtuvieron sentencias de los Tribunales Penales de la República.

El análisis de estos casos se vuelve oportuno y pertinente a efecto de poder determinar si con la judicialización penal de estos hechos se logró cumplir el Principio de Tutela Judicial Efectiva, por el daño causado a la sociedad costarricense, o por lo contrario, la utilización de personas jurídicas como instrumento en la comisión de los delitos, generó espacios de impunidad en detrimento del principio de tutela citado.

#### **4.2.1. Análisis del caso Caja Costarricense de Seguro Social-Fischel**

Número de Expediente: 04-005356-0042-PE

Contra: Rafael Ángel Calderón Fournier y otros

Delito: Peculado y otros

Ofendido: CCSS y otros

**Análisis de la sentencia.** Sentencia N° 370-2009, dictada a las catorce horas treinta minutos del cinco de octubre del dos mil nueve, el Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, y voto 2011-00499, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de las 11:45 horas del once de mayo de 2011.

El denominado caso Caja Costarricense del Seguro- Fiscal se imputa entre otras personalidades al ex presidente de la República Rafael Ángel Calderón Fournier y al ex diputados Eliseo Vargas García, Gerardo Bolaños Alpízar, a los funcionarios públicos Juan Carlos Sánchez Sánchez, Gerente de Modernización de la Caja Costarricense de Seguro Social y los empresarios Walter Reiche Fischel y Olman Valverde Rojas.

El caso tiene relación con la compra de equipo médico a una empresa denominada Intrumentarium Corp-Medko Medical, cuyo representante en Costa Rica lo era la corporación FISCHEL, presidida por el empresario Walter Reiche Fischel, el cual se instrumentalizó mediante la aprobación de una Ley denominado Proyecto Finlandia, que permitió un empréstito con ese Gobierno.

El iter delictivo coloca a los funcionarios Vargas García y Bolaños Alpízar en una primera posición como diputados de la República, promoviendo dentro de la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley citado, amparados en ser ellos parte de la fracción del Partido Unidad Social Cristiana liderada por el señor Rafael Ángel Calderón Fournier. Posteriormente, una vez aprobada la Ley y en una etapa de materialización del préstamo, estos dos ya actúan como miembros de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, el primero de ellos como Presidente de ese cuerpo colegiado. Ambos nombrados en ese puesto por Rafael A. Calderón Fournier quien en ese momento ya era Presidente de la República.

La acusación plantea que el expediente Calderón Fournier, en asocio con el señor Walter Reiche Fischel, idearon un plan de autor mediante el cual se pretendía que el gobierno de Finlandia otorgase al gobierno costarricense un crédito mixto, cuyo capital sería pagado por el gobierno de Costa Rica y los intereses por el gobierno Finlandés. El objeto de ese crédito sería la compra de equipo médico hospitalario para la Caja Costarricense de Seguro Social. Lo anterior, bajo la promesa de otorgamientos de retribuciones económicas ilegales por parte de la Corporación Fischel, a quienes colaboraran en la aprobación e implementación, sin importar que aquel equipo fuera innecesario e inútil. La ley que dio origen al proyecto fue aprobada de forma tal que las condiciones de establecidas en el cartel se ajustaban únicamente a las características de la empresa Corp- Medko Medical. Fue así como en agosto de 2002, la Junta Directiva de la CCSS adjudicó la compra de equipo médico incluido en el cartel al consorcio Corp- Medko Medical. El monto de la contratación rondaba los 32 millones de dólares. La compra fue posteriormente ampliada en 8 millones de dólares más.

Según el plan establecido la empresa Corp- Medko Medical, una vez adjudicada la compra giraría a la empresa Corporación Fischel una cuantiosa suma de dinero como parte de la comisión por la venta del equipo médico, dinero que sería repartido entre los imputados Reiche Fishel, Calderón Fournier, Marvin Barrantes y Olman Valverde, y parte de los cuales sería posteriormente girado a favor de los demás participantes del plan. Según lo planeado los imputados recibirían aproximadamente un 5% del valor del contrato y ese monto sería distribuido entre los participante de acuerdo a su cuota de poder, siendo que cada uno de ellos incluyendo a Calderón Fournier recibiría aproximadamente \$300.000, excepto Eliseo Vargas quien recibiría doble pago por cuanto su participación tuvo mayor importancia, primero como diputado y luego como Presidente de la Junta de la Caja Costarricense de Seguro Social. Para recibir esos fondos, el Reiche Fishel abrió una serie de cuentas en bancos de Panamá, desde las cuales se giraban los pagos a cuentas de los demás encartados.

Como prueba medular la acusación aporta diferentes documentos provenientes de Panamá mediante el mecanismo de Asistencia Judicial. Aspecto que reviste suma importancia por cuanto la prueba obtenida mediante este procedimiento es declarada ilícita por la Sala Tercera en el voto que resuelve el Recurso de Casación en este proceso.

Análisis de la sentencia N° 370-2009, dictada a las catorce horas treinta minutos del cinco de octubre del dos mil nueve, el Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea.

La sentencia readecua los delitos imputados por el Ministerio Público al delito de peculado, sancionado por el artículo 354 del Código Penal, y en ese sentido condena a los imputados por dos delitos de peculado en modalidad de delito continuado imponiendo a Rafael A. Calderón Fournier y a Eliseo Vargas García, la pena de 5 años de prisión a Walter Reiche Fischel a 4 años de prisión, a Gerardo Bolaños Alpízar, Juan Carlos Sánchez Sánchez y Marvin Barrantes Vargas, la pena de 3 años y 6 meses de prisión. Accesoriamente a los imputados Vargas García, Bolaños Alpízar, y Sánchez Sánchez se le impuso una inhabilitación de por el termino de 6 años para obtener cargos públicos o de elección popular. En la sentencia se absuelve al imputado Olman Valverde Rojas.

**Consecuencias civiles de la sentencia:** Como consecuencias civiles de la sentencia se dispuso el comiso a favor del estado de todas las sumas de dinero decomisados a los imputados entre estas la suma de \$520,520, decomisados al expresidente Calderón Fournier. Sobre las acciones resarcitorias se dispuso declarar con lugar la acción civil incoada por la Procuraduría de la República en contra de los imputados y de las compañías Corporación Fishel S.A, y Servicios Médicos Comedica S.A, así como a la demanda civil Gloria Bejarano Almada, hasta por los montos en que se beneficiaron y condena a los imputados al pago la suma de \$639981,90 por concepto de daño social. De igual forma se declara sin lugar la acción civil resarcitoria incoada por la Caja Costarricense de Seguro Social, en el tanto no se acreditó una acción dañosa relacionada con los equipos médicos adquiridos. Dentro de los hechos más recordados de este proceso, por haber sido objeto de numerosos reportajes de prensa, se encontraba el hecho de que la corporación Fischel había entregado una casa al imputado Vargas García, ubicada en Santa Ana, como parte del pago de las comisiones. Sin embargo esta sentencia no ordena el comiso de ese bien sino que ordena que la propiedad de ese bien se discuta en la vía civil.

**Análisis de la sentencia de casación voto: 2011-00499 de las 11:45 horas del 11 de mayo de 2011.**

El voto declara con lugar el reclamo referido a las pruebas obtenidas en Panamá mediante la utilización del Tratado de Asistencia Legal Mutua y procede a anular esas pruebas.

[...] Se declara con lugar este extremo del reclamo, formulado también mediante el segundo motivo de apelación, decretándose la nulidad de la prueba recabada en Panamá por medio del Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá (T.A.L.M.) y todos los elementos probatorios que de ésta dependen directamente. Para analizar el reclamo de los recurrentes, hemos en primer lugar, remontarnos a los orígenes de la reforma del Código Procesal Penal de 1996, el cual está inspirado en el respeto a los derechos del hombre, sea éste imputado o víctima. Respecto del imputado, que es el punto discutido, se establece como fundamento el principio de Inocencia, del que deriva, entre otros, la necesidad de juicio previo y que el proceso sea el que el Código reglamenta, así lo determinan también La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 y La Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, inciso 2, tratados que por referirse todos a los derechos fundamentales del hombre, están y deben ser analizados, con primacía sobre cualquier tratado de asistencia legal mutua entre los países, así artículo 2 Tratado a Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá (voto 2011-00499, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

[...] sería un craso error, concluir, como lo hace el a quo, y avala el criterio de minoría de esta Sala, que ello implica dar una orden a las autoridades panameñas; muy por el contrario, constituye el aval de la autoridad jurisdiccional de Costa Rica para que la Autoridad Central de nuestro país, conforme al tratado de repetida cita, procediera con lo estipulado ante la autoridad competente de Panamá. Lo anterior no es un mero formalismo, constituye el acto procesal que legitima, conforme al orden interno, la intromisión dispuesta en la esfera privada de una

persona, porque no es función, ni facultad del Fiscal General, ni de los y las representantes del Ministerio Público, requerir e imponerse de información confidencial de las personas, sin previa autorización del Juez garante del respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a proceso. Así se concluye de lo estipulado en los artículos 24 de la Constitución Política, 12 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, 11, incisos 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, todos recogidos en los artículos 2 y 3 de la Ley sobre Registro, Secuestro, Examen de Documentos Privados e Intervención de la Comunicaciones, N° 7425 (Voto **2011-00499, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**).

Se acoge el Recurso en cuanto a la recalificación de los hechos de modo que se resuelve que la acción delictiva de los imputados se reduce a un delito de peculado y no dos como había resuelto el a-quo. De tal forma que se reduce la pena a TRES AÑOS DE PRISIÓN para todos los imputados y se les otorga el beneficio de ejecución condicional de la pena.

Los magistrados coinciden con el a-quo en la calificación de delito bajo la figura del peculado, sin embargo consideran que se trata de un solo delito y no dos delitos bajo la modalidad de delito continuado, en ese sentido reza el voto lo siguiente:

[...] Como se ha mencionado y según lo expuesto, esta Sala se encuentra conforme con la calificación jurídica otorgada a los hechos tenidos por demostrados, como constitutivos del delito de Peculado. No obstante, la discrepancia con el Tribunal de sentencia estriba, esencialmente, en la posición asumida en la sentencia, acerca de considerar que se está ante dos delitos de Peculado, estudiados bajo la figura del delito continuado, para fijar la sanción penal. La mayoría de la Sala considera que nos encontramos ante un único delito de Peculado, ello, a pesar de presentarse dos actuaciones, separadas espacial y temporalmente. En este sentido, estas últimas cuentan con un hilo conductor diseñado por el plan de autor de los imputados sentenciados por estos hechos. En efecto, debemos partir de la existencia de un plan delictivo previamente concebido, como lo señala el mismo *a quo* a lo largo de la sentencia, identificado en dos partes: una primera, dirigida al momento de la

adjudicación de la licitación del llamado crédito finlandés, por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social, al *Consortio “Instrumentarium Corp. Medko Medical”*, la que se obtuvo, por la suma de \$32.000.000,00 (treinta y dos millones de dólares); y una segunda parte -consecuencia de la primera- donde se amplió la compra a la empresa finlandesa, siendo debidamente autorizada por las mismas autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, por la suma de \$7.497.736,00 (siete millones cuatrocientos noventa y siete mil setecientos treinta y seis dólares). Estos dos momentos, distanciados en el tiempo y espacio, forman parte de una unidad de acción y decisión, programada con anticipación por los imputados, para obtener los beneficios ilícitos por actos contrarios al deber de probidad, que los condujo a provocar un perjuicio económico a la Hacienda Pública. Como se ha mencionado, estas acciones forman parte de un plan delictivo común, donde se llevó a cabo la distribución de funciones o roles y, posteriormente, se configuró su ejecución conjunta por todos los imputados. Se debe tener presente que, en el caso concreto, los pagos se fueron realizando a cada uno de los imputados, en forma consecutiva, al momento en que la empresa finlandesa *CI-Medko*, recibió los dineros propios del empréstito inicial y su ampliación, por parte del Estado costarricense. Una vez con dichos dineros, los mismos fueron trasladados a las cuentas de la empresa intermediaria *O.Fischel R & Cía. S. A.* y esta, a su vez, los depositó en las cuentas de los imputados, como se podrá notar en el siguiente cuadro de los depósitos parciales realizados (Voto **2011-00499, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**).

[...] En definitiva, eliminando ese *plus* del delito continuado y partiendo que estamos ante un **único delito de Peculado**, la pena se establece para cada uno de los imputados mencionados, en el tanto de **TRES AÑOS de prisión**. De conformidad con el artículo 59 del Código Penal, el Juez tiene la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional de la pena cuando la sanción impuesta no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento. El artículo 60 del Código de rito, dispone que... (Voto **2011-00499, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**)

**Consecuencias civiles del voto 2011-00499 de la Sala Tercera:** El voto de la Sala de Casación mantiene incólume lo resuelto por el A-quo en cuanto a la condenatoria de las acciones civiles de la Procuraduría en contra de los imputados, por el denominado daño social estimado en \$639981,90. Mantiene el comiso a favor del estado de todas las sumas de dinero decomisados a los imputados y modifica la sentencia en cuanto a la casa del imputado Vargas García, ubicado en Urbanización Parque Valle del Sol, concretamente la número 59, ordenando el comiso de la misma a favor del Estado.

En este caso específico, se nota una vulneración al Principio Tutela Judicial Efectiva por cuanto a pesar que, el Estado a través del decomiso de bienes y el pago del daño social, logró recuperar sumas dinerarias relativamente importantes, lo cierto del caso es que las personas jurídicas que habían sido utilizadas en la comisión de estos delitos, lograron evadir las consecuencias punitivas a través de artilugios jurídicos tales como la venta de acciones a otros socios o la fusión con otras personas jurídicas que les ha permitido seguir operando a nivel productivo e institucional sin que si quiera se hayan visto afectada significativamente su imagen en el mundo empresarial y comercial.

#### **4.2.2. Análisis del caso Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel.**

Número de Expediente: 14-6835-647-PE

Contra: Miguel Angel Rodríguez Echeverría y otros

Delito: Cohecho y otros

Ofendido: ICE y otros

A inicios del año 2000, se suscitó en Costa Rica uno de los episodios de corrupción más relevantes de la historia patria, figurando como imputados en dos expedientes judiciales los Expresidentes de la República Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y Rafael Ángel Calderón Fournier. Bajo el expediente penal número: 14-6835-647-PE se tramita la causa en la que figuraba como imputado el primero y una gran cantidad de empresarios y funcionarios públicos y bajo la causa 04-005356-0042-PE el proceso denominado Caja Costarricense de Seguro Social -

Fischel, en la que figuraba el Calderón Fournier y como en el primer caso, una gran cantidad de empresarios y funcionarios públicos de alto nivel.

**Análisis de la sentencia N° 167-2011, de las 15:00 horas del 27 de abril de 2011 del Tribunal Penal de Hacienda del II Circuito Judicial de San José.**

Con relación al denominado caso Alcatel es necesario precisar que a partir del año 2000, un grupo de empresarios ligados al campo de telecomunicación emprenden una agresiva campaña de negocios con el fin de lograr que el Instituto Costarricense de Electricidad, en ese momento único proveedor de servicios de telefonía en el país iniciara la migración del sistema de tecnología TDMA a un sistema más moderno denominado GSM. Determinando estos empresarios que lograr esto era necesario recurrir al ofrecimiento de dádivas a los funcionarios públicos que, de una u otra forma, estuvieran involucrados en esa decisión y que ésta lo fuera en beneficio de su representada, la empresa Alcatel.

En el mes de agosto de 2001, el Ice otorga al consorcio Alcatel Cit con el respaldo financiero del Banco Centroamericano de Integración Económica (B.C.I.E.); una proceso licitatorio mediante el cual este Instituto adquiere 400.000 líneas celulares de tecnología GSM, siendo este el origen del caso que nos ocupa.

Este proceso penal tiene como principales imputados a los señores Christian Sapsizian Auvignon de nacionalidad francesa, quien era vicepresidente adjunto para Latinoamérica (excepto Brasil y México) y de director comercial para Latinoamérica, en la rama de redes fijas de Alcatel Cit y al señor Edgar Valverde Acosta, ciudadano costarricense quien ocupaba el puesto de presidente de la empresa Alcatel de Costa Rica S.A. y Country Senior Office (CSO) para Centroamérica, tratándose en este caso del ejecutivo de más alto rango de la corporación Alcatel en la región. Por otra parte imputa como principal sospechoso del tejido de influencia en el sector público de esta empresa al entonces Presidente Rodríguez Echeverría y a su ministro José Antonio Lobo Solera.

El plan de los empresarios ligados al caso era obtener el favor de los funcionarios públicos por medio de la entrega de dádivas a los mismos, y con el fin de encubrir el rastro de esas dádivas y justificar las transferencias millonarias de dinero a favor de los funcionarios públicos, aprovecharon la relación comercial que se había mantenido entre una empresa llamada

Servicios Notariales QC S.A. y Alcatel Cit, de modo que mediante la suscripción de acuerdos de consultoría esta empresa disfrazaba como pagos de consultoría la entrega del dinero producto del ilícito.

Dentro de este proceso se admitió la participación del imputado Lobo Solera como colaborador del Ministerio Público. El imputado Hernán Bravo Trejos, miembro del Consejo Superior del ICE se acogió a un proceso abreviado y el señor Christian Sapsizian Auvignon fue condenado en su país de origen por estos hechos, aspectos que fueron relevantes en el proceso ya que en el caso de Lobo Solera, este se constituyó en testigo clave del proceso. De igual forma es un aspecto relevante la participación en estos hechos del señor Eliseo Vargas García quien figura como imputado también en el caso Caja Costarricense de Seguro Social- Fischel. Siendo también relevante que es la empresa Notariales QC S.A. la encargada del manejo y entrega de las dadas en ambos casos.

En cuanto a la repercusión civil de los hechos acusados, se tiene en este emoliente que el Instituto Costarricense de Electricidad actúa dentro del mismo como actor civil, con el objeto de consolidar un resarcimiento de los daños causados por los imputados. De la pieza acusatoria se puede inferir la relación que existe entre los imputados y una serie de empresas nacionales y extranjeras que fueron utilizadas para distraer el dinero producto del ilícito. Estas empresas hicieron uso, en la mayoría, de la oferta de servicios financieros de diferentes entidades bancarias para la adquisición de títulos valores y utilización de transacciones de fondos. La inexistencia de un mecanismo de responsabilidad penal de personas jurídicas impide que se pueda intervenir sobre estas entidades de forma directa, imponiendo penas civiles sobre ellas, siendo que la única manera de lograr algún resarcimiento de los daños causados por estas entidades en virtud de su participación en el ilícito sea mediante el mecanismo de la Acción Civil Resarcitoria atendiendo al principio de obligados solidarios. En este caso concreto se puede establecer la responsabilidad civil tanto de los imputados como de los grupos empresariales, estableciendo un vínculo entre estos y las entidades comerciales que cada uno de ellos utilizado para distraer o trasegar los dineros obtenidos mediante los actos ilícitos. De tal forma que se pueden establecer los siguientes vínculos:

1. Edgar Valverde Acosta, Luis Adrián Quirós Carmona, Joaquín Alberto Fernández Alpizar, Alcatel Cit, el Estado, el Instituto Costarricense de Electricidad, Servicios Notariales Q. C., Selva

La Marina S. A., Gambusinos S. A., Finca Salitral S. A., Quántica S. A. y Punto de Negocios L. Q. C. S. A., todos ellos en relación con los delitos de penalidad del corruptor atribuidos a Edgar Valverde Acosta y Luis Adrián Quirós Carmona y corrupción agravada atribuida a Joaquín Alberto Fernández Alpizar.

2.- Edgar Valverde Acosta, Luis Adrián Quirós Carmona, Guido Sibaja Fonseca, Alcatel Cit, el Instituto Costarricense de Electricidad, Servicios Notariales Q. C., Selva La Marina S. A., Gambusinos S. A., Finca Salitral S. A., Quántica S. A. y Punto de Negocios L. Q. C. S. A., todo ello en relación con los delitos de penalidad del corruptor atribuido a Edgar Valverde Acosta y Luis Adrián Quirós Carmona y corrupción agravada atribuida a Guido Sibaja Fonseca.

3.- Edgar Valverde Acosta, Luis Adrián Quirós Carmona, Eliseo Vargas García, Rodrigo Méndez Soto, Alcatel Cit, el Estado, el Instituto Costarricense de Electricidad, Servicios Notariales Q. C., Selva La Marina S. A., Gambusinos S. A., Finca Salitral S. A., Quántica S. A. y Punto de Negocios L. Q. C. S. A., todos ellos en relación con el delito de enriquecimiento ilícito atribuido (así recalificado) a Eliseo Vargas García, y los delitos de enriquecimiento ilícito y favorecimiento real atribuidos a Rodrigo Méndez Soto.

4.- Edgar Valverde Acosta, Luis Adrián Quirós Carmona, José Antonio Lobo Solera, Miguel Ángel Rodríguez Echeverría, Alcatel Cit, el Estado, el Instituto Costarricense de Electricidad, Servicios Notariales Q. C., Selva La Marina S. A., Gambusinos S. A., Finca Salitral S. A., Quántica S. A. y Punto de Negocios L. Q. C. S. A., todos ellos en relación con los delitos de penalidad del corruptor atribuido a Edgar Valverde Acosta y Luis Adrián Quirós Carmona y corrupción agravada atribuida a José Antonio Lobo Solera (suspendida la acción penal por criterio de oportunidad) e instigación a la corrupción agravada atribuido a Miguel Ángel Rodríguez Echeverría.

5.- Edgar Valverde Acosta, Luis Adrián Quirós Carmona, Eduardo Fonseca García, Alcatel Cit, el Instituto Costarricense de Electricidad, Servicios Notariales Q. C., Selva La Marina S. A.,

Gambusinos S. A., Finca Salitral S. A., Quántica S. A. y Punto de Negocios L. Q. C. S. A., todos ellos en relación con 3 delitos de enriquecimiento ilícito atribuidos a Eduardo Fonseca García.

6.- Leonel Barrios Arce, Alfonso Guardia Mora, Hernán Bravo Trejos, Alcatel Cit, el estado y el Instituto Costarricense de Electricidad e Intelmar S. A., en relación con los hechos de penalidad del corruptor atribuidos a Leonel Barrios Arce y Alfonso Guardia Mora y corrupción agravada atribuida a Hernán Bravo Trejos.

Como se puede observares relevante la participación de la empresa Servicios Notariales Q. C., en cada uno de los actos desplegados por los imputados ya que esta empresa era la encargada de administrar y distribuir entre los imputados los fondos provenientes de la empresa Alcatel.

La Acción Civil resarcitoria fue declarada sin lugar por el Tribunal juzgador en virtud que la misma adolecía de una gran cantidad de defectos e imprecisiones, de tal forma que la responsabilidad civil de las empresas ligadas con estos hechos no su pudo establecer.

### **Análisis de la Sentencia 2015-1620, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.**

Por resolución N° 1847-2014, de las 11:20 horas del 21 de noviembre de 2014, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ordena retrotraer a etapa de apelación de sentencia los recursos planteados a favor de los imputados en esta causa, de tal forma que el asunto regresa al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, para resolver los recursos planteados.

El Tribunal de Apelación, conociendo por segunda vez este asunto, resuelve en lo medular declarar el criterio de oportunidad otorgado al imputado José Antonio Lobo Solera, como ilícito y siendo la declaración de Lobo Solera, la prueba esencial en la condenatoria de los imputados resuelve absolverlos.

[...] En razón de esto y siendo que algunas partes también han reclamado el vicio en esta fase procesal, se procede a hacer el citado examen en este momento, concluyendo que la aplicación del citado instituto jurídico en beneficio de José Antonio Lobo Solera es ilegal. La resolución donde se aceptó la aplicación del criterio de oportunidad fue emitida por el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 9:51 horas del 1 de junio de 2007 (Cfr. folios 41 a 89 frente, del legajo denominado Legajo de solicitud del criterio de oportunidad). En cuanto a esta, lo primero que hay que señalar es que se trata de una resolución ayuna de fundamentación...

El por tanto de la sentencia indica:

[...] 1.1) Se declara ilícito el criterio de oportunidad otorgado a José Antonio Lobo Solera y la prueba que derivó de este; 1.2.) Se anula parcialmente la sentencia impugnada, sólo en cuanto a lo siguiente: las condenatorias dispuestas contra Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y Édgar Valverde Acosta. Asimismo, por efecto extensivo, se anulan también las condenatorias dictada en contra de Luis Adrián Quirós Carmona, Guido Sibaja Fonseca (sólo por el delito de corrupción agravada) y Joaquín Fernández Alfaro. En aplicación con del principio in dubio pro reo, se absuelve a estos cinco imputados de toda pena y responsabilidad por los delitos que se les han venido atribuyendo.

**Extremos civiles de la sentencia 2015-1620. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.**

[...] 3.2.) Se anula la sentencia en cuanto dispuso el comiso del certificado de inversión N° 62445223 que fuera renovado en el certificado N° 62736757, ordenándose su devolución a quien demuestre ser su legítimo propietario. 4) Se declara con lugar el tercer motivo del recurso interpuesto por el licenciado Mario Navarro Quirós, defensor particular de Luis Quirós Carmona, mismo que denominó <sup>3</sup>Errónea e inadecuada fundamentación. Violación al debido proceso y al derecho de defensa por errónea aplicación del artículo 110 del Código Penal. En virtud de ello se anula la sentencia solo en cuanto ordenó el comiso de la finca

del partido de Heredia inscrita bajo el sistema de folio real matrícula N° 74760, submatrícula 000 a nombre de la sociedad Punto de Negocios LQC S.A. y de las acciones de Luis Adrián Quirós Carmona en la sociedad La Selva de La Marina S.A., propietaria -entre otros- de los inmuebles inscritos en el Registro Público bajo el 401 sistema de folio real matrícula N° 44420, submatrícula 000, y matrícula N° 98730, submatrícula 000. Se ordena la inmediata devolución de los bienes antes referidos a quien demuestre ser su legítimo propietario. 5) Se declaran con lugar los recursos interpuestos por el licenciado Juan Luis Vargas Vargas, apoderado especial judicial de Guido Sibaja Rodríguez en su condición de presidente de Multiservicios Públicos Privados y Afines de Guanacaste S.A. En virtud de ello se anula la sentencia impugnada solo en cuanto ordenó el comiso de la finca inscrita en el Registro Público de la Propiedad, partido de Guanacaste, bajo el sistema de folio real matrícula 80255, sub matrícula 000 y que pertenece a la citada sociedad anónima. Se ordena la devolución del inmueble a quien demuestre ser su legítimo propietario.

En este caso de igual forma se nota que el Estado no tuvo las herramientas necesarias suficientes para efectuar una efectiva sanción a los entes colectivos que fueron utilizados a través de sus estructuras para cometer los delitos y con ello se atenta gravemente con el principio de tutela judicial efectiva. A pesar de que la empresa Alcatel como ente jurídico implicado indemnizó al Estado con un resarcimiento económico mediante un arreglo que realizó con la Procuraduría General de la República en relación al daño social causado, esta indemnización económica no es significativa en relación a las ganancias que pudo tener la empresa a través de los actos de corrupción por soborno trasnacional por ella ejecutados. Además de ello esta empresa terminó fusionándose con otras empresas transnacionales mecanismo utilizado para seguir realizando negociaciones con el mismo Estado evadiendo de esta forma la responsabilidad de su actuar ilícito.

## CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1. Conclusiones

De acuerdo a los resultados, análisis de las entrevistas y análisis de los casos desarrollados en la presente investigación en relación a determinar si el Principio de Tutela Judicial Efectiva se vio comprometido o no por el hecho de que en Costa Rica no se contemplara la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, se llega a las siguientes conclusiones:

1.- Debido a los procesos de globalización económica y la revolución tecnológica de las últimas décadas, se ha provocado un fenómeno que podemos denominar como la globalización de la criminalidad y la internacionalización de los delitos cometidos por entes jurídicos. Esto tiene como consecuencia que en las licitaciones que realiza el Estado para obra pública nos encontremos con oferentes de bienes y servicios no solo del medio nacional sino que ya grandes corporaciones transnacionales participan activamente de estas negociaciones con el Estado y cuando estas corporaciones actúan fraudulentamente para lograr las adjudicaciones de los contratos; causan un gran daño social colectivo que muchas veces resulta impune y no satisfecho el Principio de Tutela Judicial Efectiva.

2.- El Derecho Administrativo Sancionatorio se evidencia como una herramienta débil, poco eficaz para persuadir o evitar que los entes jurídicos sean utilizados como un medio o herramienta para promover la corrupción y la comisión de los delitos económicos.

3.- En el caso costarricense en los últimos años se han dado casos de suma relevancia de comisión de delitos de corrupción relacionados con delitos económicos cometidos por las empresas, donde el aparato punitivo del Estado no ha contado con las herramientas suficientes para desde una tutela judicial efectiva proteger al conglomerado social del daño causado.

4.- El Principio *Societas Delinquere Non Potest* debe ser superado por la dogmática del derecho penal; abandonando las teorías que buscan el elemento de la culpabilidad, desde la voluntad o elemento psicológico en relación a la acción delictiva, por lo que se hace necesario transitar en forma total de una culpabilidad psicológica hacia una culpabilidad normativa por defecto de organización de la empresa.

5.- Efectivamente se llega a la conclusión que el hecho de que en Costa Rica no se contemplara con anterioridad la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas sí vulneró el Principio de Tutela Judicial Efectiva.

## **5.2. Recomendaciones**

1.- Se recomienda que el Estado a través del Poder Judicial inicie con prontitud una campaña de capacitación jurídica sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas donde vaya dirigido a todos los operadores del derecho penal, sea el Ministerio Público, jueces y defensores. Especialmente se recomienda que a lo interno del Ministerio Público se cree una unidad especializada para investigar y acusar los delitos cometidos por los entes jurídicos, ya que la única manera en que se puede cumplir con la Tutela Judicial Efectiva es capacitando y especializando a los operadores del sistema penal como se hizo en materia penal juvenil y en materia de hacienda.

2.- Se recomienda que el Estado realice una campaña educacional a nivel de empresas con participación de cámaras empresariales, con el objeto de difundir y concientizar sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas en la comisión de delitos económicos; en aplicación del apartado sobre cumplimiento normativo o *compliance* que introduce la nueva regulación penal, esto es implementando el modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control por parte de las empresas. Esto por cuanto desde una sana teoría criminológica siempre será más rentable socialmente prevenir que sancionar el delito.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agudele, N. (1996). Curso de Derecho Penal. Esquema de delito. Bogotá: Ediciones Nuevo Foro Penal.
- Arguedas, C. (27 de abril de 2011). Hoy dictan sentencia por el caso ICE-ALCATEL. La Nación. Recuperado de: <https://www.nacion.com/sucesos/hoy-dictan-sentencia-por-el-caso-ice-ALCATEL/U5KXEKHVFRGALEJ5V76ULJXBKU/story/>
- Alvero, J. L. (2018). Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Delitos Contra la Administración Pública ¿Un Nuevo Sujeto en el Derecho Penal? ¿Fin del Principio Societas Delinquere Non Potest? Documento recuperado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46960.pdf>
- Bacigalupo, E. (1997). “Autoría y Participación”, en: La Autoría. La Tipicidad. Estudios de Derecho Penal General (compilación), Editorial Jurídica Bolivariana.
- Bacigalupo, S. (2001). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Barquero, M. (21 de marzo de 2017). Hacienda investiga a 69 de 120 empresas y personas incluidas en los Papeles de Panamá Ministerio dice que hay fuertes indicios de prácticas para lograr evasión. La Nación. Recuperado de: <https://www.nacion.com/economia/finanzas/hacienda-investiga-a-69-de-120-empresas-y-personas-incluidas-en-los-papeles-de-panama/6UQRJLFV2JAD7JAPNLVP4XUBT4/story/>
- Brandão, N. y Solange, J. (2014). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués. Revista EGUZKILORE. (Nº 28), 125-144. Documento recuperado en <https://www.ehu.eus/documents/1736829/3498354/07-nuno+brandao+p.pdf>
- Calvo, G. (1990). La Participación Criminal. REVISTA JUDICIAL. (52).

Carrión J. E. (2018) ¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica? Algunos alcances a partir del Decreto Legislativo (N° 30424). Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas ISSN 2410-5937 (N° 7), 213-227.

Castellón G. (Enero – Abril 2018). El Principio Societas Delinquere Non Potest y el sistema de compliance. Revista de Ciencias Jurídicas (N° 145), 33-64.

Castillo, F. (2006). Autoría y participación en el Derecho Penal: Editorial Jurídica Continental.

Crespo, E. (2017). Responsabilidad penal por omisión del empresario. 1ª edición, San José: Editorial Jurídica continental.

Cavada, J. P. (octubre de 2017). Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EEUU y países de Europa. Departamento de estudios extensión y publicaciones. Chile Documento recuperado en [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad\\_Penal\\_Personas\\_Jur%C3%ADdicas\\_def.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad_Penal_Personas_Jur%C3%ADdicas_def.pdf)

De la Cuesta, J. L. (2013). Responsabilidad penal de las personas jurídicas / coord. por Norberto Javier de la Mata Barranco; José Luis de la Cuesta Arzamendi (dir.), (ISBN 978-84-9059-112-3), págs. 49-102. Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4850864>

Fernández, C. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. Revista de la Facultad de Derecho. PUCP. (N° 77), pp. 349-379. Documento recuperado en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mo81YZ1ho5wJ:revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15570/16020+&cd=6&hl=es&ct=clnk&gl=c>  
r

- Fonseca, S. (2009). 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 de grado para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica,
- Galvão da Rocha, F. La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción - en la propuesta del nuevo Código Penal brasileño -. Documento recuperado en <http://www.cipce.org.ar/sites/default/files/2017/09/articulos2677.pdf>
- Gomes de Magalhaes, G. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero. Argentina: Editorial B de f.
- Gómez, M. (2010). Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- González, P. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Editorial de la Universidad de Granada, Documento recuperado en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20160608\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf)
- González, P. (2012). Tesis Doctoral. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Universidad de Granada, Departamento de Derecho Penal.
- Gracia, L. (2016). Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (N°18-05), pp. 1-95 – ISSN 1695-0194. Consultado en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>
- Hernández, H. (julio 2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Política criminal. Vol. 5 (N° 9), pp. 207-236. Documento recuperado en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992010000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005)

Hernández, R. (2007). La creación de delitos y penas y los límites de la discrecionalidad legislativa. En Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. Javier Llobet Rodríguez (Coordinador). 1ª edición, 59-65: Editorial Jurídica Continental – Ilanud.

Hernández, R. S., Baptista, M. L., & Fernández, C. C. (2014). Metodología de la Investigación. México: McgrawHill education. edic 6.

Hernández, R. (2007). La creación de delitos y penas y los límites de la discrecionalidad legislativa. En Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. Javier Llobet Rodríguez (Coordinador). 1ª edición, pp- 59-65: Editorial Jurídica continental – Ilanud.

Hurtado, J. (2001). Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo. En Moisés Moreno Hernández, La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, México, p. 449 – 467. Documento recuperado en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_12.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_12.pdf)

Luzón, D. M. (1996). Curso de Derecho Penal. Parte General. Madrid: Editorial Universitas S.A.

Luzón, D. M. (1999). Curso de Derecho Penal, Parte General I. Managua: Editorial Hispamer.

López, G. (13 de abril de 2004). Sospechan de Tráfico de influencias en la CCSS. Semanario Universidad. Recuperado de: <https://semanariouniversidad.com/pais/sospechan-de-trfico-de-influencias-en-la-ccss/>).

Martín, F. (primer semestre 2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia. Revista Europea de Derechos Fundamentales, 161-176. Documento recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4945876.pdf>

Muñoz, F. (1998). Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. Revista penal, ISSN 1138-9168. (Nº 1), 67-76. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=196202>

Muñoz, F. (2004). Teoría General del Delito. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Muñoz, F. y García, A. (2005). Derecho Penal, Parte General, 8º edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Muñoz, F. (2001). Problemas de autoría y participación en el Derecho Penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? Manuales de formación continuada, ISSN 1575-8735. (Ejemplar dedicado a: Derecho Penal económico), págs. 181-260. Documento recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=619022>

Paliero, C. (noviembre 2013). La sociedad penada: cómo, porqué y para qué. Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. En Revista de Derecho. Segunda época. Año 8 (Nº 8), 147-204. Documento recuperado en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:v-nlExmQjJIJ:https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/773/765/+&cd=9&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=safari>

Pradel, J. (1999). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés algunas cuestiones. Revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, Nº 4, págs. 661-680. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174133>

Reátegui, J. La presencia de personas jurídicas como característica del moderno Derecho Penal del Riesgo y las propuestas de imputación de corte individual. Documento recuperado en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_74.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_74.pdf)

Rodríguez, O. (16 de julio de 2018). BCR investiga a 14 empleados vinculados con el caso del cemento. La Nación. Recuperado de: <https://www.nacion.com/economia/banca/bcr-investiga-a-14-empleados-vinculados-con-el/4LO6DSX32NH4VJGSZMXGG5V4OA/story/>

Roxin, C. (2000). Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Múnich: Hammurabi, SRL.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid.

Salazar, R. (2002). Ensayos de derecho penal accesorio, 1<sup>o</sup> edición, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Sánchez, C. (1996). Derecho Penal. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia. 1<sup>a</sup> edición: Editorial Jurídica Continental.

Sánchez, Cecilia y Rojas, J. (Sf.). Teoría del delito aspectos teóricos y prácticos. Tomo II. Ministerio Público, Costa Rica. En [https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/documentos/biblioteca\\_digital/manuales/Teoria\\_del\\_delito\\_tomo\\_2.pdf](https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/documentos/biblioteca_digital/manuales/Teoria_del_delito_tomo_2.pdf)

Stanislava, H. (2015). La responsabilidad penal de la persona jurídica. Las Personas Jurídicas como parte pasiva del proceso penal. Universidad de Valladolid. España. Documento recuperado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42318-responsabilidad-penal-persona-juridica-personas-juridicas-parte-pasiva-del-proceso>

Soler, S. (1963). Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: Ed. TEA.

Soler, S. (1988). Derecho Penal Argentino, T. I, Tipográfica. Buenos Aires: Editora Argentina.

Tiedemann, K. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Documento recuperado en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf)

Ulate, E. (setiembre – diciembre 2007). Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional. Revista de Ciencias Jurídicas (No 114), 137-174. Documento recuperado en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13628/12940>

Velásquez, F. (1995). Derecho Penal Parte General. 2a. Edición Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.,

Velásquez, F. (2004). Manual de Derecho Penal. Segunda Edición: Editorial Temis S.A

Vervaele, J. (1998). La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2. Época. (Nº 1), págs. 153-184.

Welzel, H. (1956). Derecho Penal. Parte General. Argentina: Editorial Roque Depalma.

Yacubucci, G. (2010). Derecho Penal Empresario. Buenos Aires: Editorial Montevideo.

Zaffaroni, E., Alagia A. y Slokar, A. (2000). Derecho penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, R. y otros. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

Zúñiga, L. (2004). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización / coord. por Patricia Faraldo-Cabana, Luz María Puente Aba, José Ángel Brandariz García, págs. 259-298. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=6367>

Zúñiga, L. (2001). Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una "administrativización" del Derecho Penal o una "penalización" del Derecho Administrativo Sancionador? Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam" / coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Marino Barbero Santos (hom.), Vol. 1. págs. 1417-1444. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=45288>

## Apéndice C. Entrevistas transcritas

### Entrevista al Dr. Carlos Chinchilla Sandí

#### TRANSCRIPCIÓN

ALEXÁNDER: Buenos días, hoy 2 de setiembre del 2019, vamos a proceder a hacer la entrevista al doctor Carlos Chinchilla Sandí, eh sobre el tema eh la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica desde la óptica del Principio Tutela Judicial Efectiva. Para optar dentro de la investigación que estoy realizando para optar por el grado de Maestría académica en Derecho de la Universidad Internacional de las Américas.

Buenos días don Carlos, muchas gracias por aceptar realizar esta entrevista, previo ya le he solicitado la autorización con el consentimiento informado para utilizar esta entrevista en la investigación que estoy realizando eh.

Don Carlos, eh ¿Cuáles fueron las consideraciones dogmáticas o de política criminal que determinaron que en Costa Rica se legislara sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Dr. CHINCHILLA: Buenos días don Alexander, en realidad tal vez podemos hablar un poquito de dónde viene mucho de esta tendencia sobre la regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas, en Principio societates delinquere non potest en realidad este ha ido variando y variando para hacerlo efectivo, más bien en el sentido de que efectivamente las personas jurídicas sí pueden cometer hechos delictivos, nada más que estamos hablando de los años 70's, finales de los 60's, 70's donde se empieza a desarrollar parte de lo que es, de lo que hoy entendemos como derecho penal económico. Estamos hablando del ámbito propio de Europa y especialmente en Alemania pero también en España, ahí hay una bifurcación interesante, porque cuando inicia todo lo que es el desarrollo de la responsabilidad de personas jurídicas, va dirigido por otro rumbo, va dirigido desde el ámbito propio de lo que es el Derecho Administrativo, entonces el derecho sancionatorio administrativo y entonces ahí se dirigió mucho de lo que hoy entendemos como derecho penal de regulación de responsabilidad penal de personas jurídicas. Con esto lo que se

dio, fue el inicio de una, digamos, de un desarrollo de conceptos muy importantes para determinar de alguna forma que las personas jurídicas sí podían delinquir y no necesariamente ser sancionadas desde el ámbito administrativo. Pero en Europa se abandonó la posibilidad de que fuera el ámbito administrativo el que recogiera al fin y al cabo este tipo de sanciones, que hay que recordar que este tipo de sanciones son aplicables también en el ámbito administrativo, pero la la coercitividad que se tenía no era tan eficiente como lo puede ser desde el ámbito penal. Hay que recordar que la el Derecho Penal es un derecho sancionador y que exige mucho. En Europa se inició con los, con el ámbito del derecho administrativo, nada, que no tenían efectividad las sanciones, al no tener efectividad, se tuvo que optar por una opción distinta, que tenía un contenido muy dirigido hacia el ámbito del Derecho Penal que es un poquito más disuasorio, o por lo menos la cuestión punitiva logra intimidar un poco más. Dentro de eso, empezaron a desarrollarse en Europa, legislaciones con respecto a todo lo que es la responsabilidad penal de personas jurídicas, y modificar el principio básico de que las personas jurídicas no podían delinquir y cambiarlo por la posibilidad de que efectivamente fueran sujetos de derecho penal y de responsabilidad. Siempre en Costa Rica cuando los años 90's, bueno, yo para los años 90's estudié en la Universidad Complutense de Madrid en España y se hablaba de estos temas y estaba encaminándose para esos tiempos para mediados de los años 90, lo que era una legislación que podría sobrevenir para regular esta responsabilidad penal de personas jurídicas. Hay varios autores, uno de ellos es, que fue mi maestro de la tesis doctoral Enrique Bacigalupo Zapater quien empieza a desarrollar de forma muy clara los aspectos de lo que podría ser una regulación de al menos las interpretaciones que podrían darse para una regulación con respecto a la responsabilidad penal de personas jurídicas; dentro de ese ámbito, también su hija Silvina que desarrolló, ella es especialista también en Derecho Penal, hizo su doctorado allá en Alemania y desarrolló, un libro de ella, donde tiene el contenido o desarrolla aspectos importantes sobre lo que es la responsabilidad penal de personas jurídicas, pero trasladado al ámbito propiamente español. Esto eh, diay, tuvo una consecuencia importante, una consecuencia positiva importante, donde para el año 2010 empiezan a hacerse las primeras regulaciones y luego se actualizan para el año 2015 y bueno, algunas otras modificaciones que han existido, pero cuando nosotros aquí en Costa Rica hablábamos de responsabilidad de personas jurídicas decían y el primer escollo era uno, la Constitución Política y, por qué la Constitución Política?, ah, porque la Constitución Política deja claro que la responsabilidad que surge, según el artículo 59 de la misma, tiene que

ser ejecutado por una persona física porque la idea del Principio de Culpabilidad era únicamente dirigido para el ser humano y en realidad, eh, yo en una ocasión que estuve en la Asamblea Legislativa para un Proyecto de Ley, eh, toqué el tema, recuerdo que estaba don Luis Paulino Mora (qdDg) y don Alfonso Chaves, también que de Dios goce, hace poco falleció y él era el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia y yo, que era en ese caso era juez de Tribunal de Casación Penal cuando existía, ya está extinto y es el Tribunal de Apelación y no sé por qué saqué el tema de la responsabilidad penal de personas jurídicas. En eso le preguntaron y, eso es una anécdota para ver lo interesante del tema, al Presidente de ese entonces, a don Luis Paulino Mora, que si él estaba de acuerdo con eso que yo estaba diciendo de la responsabilidad penal de personas jurídicas, y él decía que la normativa que existe constitucional no lo permitía, porque el artículo 39 se refería a personas físicas y no a personas jurídicas y por lo tanto no era posible aplicarlo, porque la culpabilidad solo es entendible desde un ámbito propio de lo que es la psiques del sujeto y la identidad del mismo. Ahí hay que recordar que a veces hay confusiones entre lo que era y es hoy el Derecho Penal con respecto a la culpabilidad. Antes de los años 60's para los 60's, 50's y hacia atrás, el concepto de culpabilidad era una culpabilidad en este caso de carácter psicológico, quería decir que el hecho tenía que estar conectado entre el pensar del sujeto y el actuar del mismo, tenía que haber una conexión, pero es interesante, porque cuando se habla de la culpabilidad psicológica o la teoría psicológica de la culpabilidad, tiene un problema, porque no se sabían cómo resolver los asuntos que tenían contenido culposo o imprudente, porque ahí nunca hay una conexión directa entre lo que el sujeto hace y quiere realizar, porque no es así; aun así, siempre se han sancionado los delitos imprudentes. Entonces, esa teoría psicológica era muy inexacta pero también muy endeble, o sea, muy fácil de destruir como concepto, digamos, podríamos decir, casi ideológico, pero dogmático, eh, se volvía insostenible. Cuando nosotros variamos, nosotros no, el Derecho Penal varió, para los años 50's, cambia el concepto, ya de lo que es una teoría de la culpabilidad, este, psicológica para pasar a una teoría más normativa, todavía no llegaba a tanto, pero sí empezaban a darse los primeros sesgos de lo que es y lo que ahora tenemos que está más llena de contenidos normativos que contenidos psicológicos. Entonces, eso es como para para hacer un preámbulo de toda esta cuestión, porque es interesante, eh, al fin y al cabo yo creo que con ello de alguna forma nosotros, empezamos a evolucionar. En entonces cuando ya ellos, don Luis Paulino dijo que no era posible y don Alfonso Chaves, Vicepresidente de la Corte dijo que

tampoco era posible, yo les di mis argumentos de porqué si podría ser posible la responsabilidad penal de personas jurídicas, como podrán entender y a identificar históricamente lo que yo dije no tuvo la mejor importancia (risas) y eso fue hace bastantes años atrás. En realidad, todo esto que les digo es porque ha habido una resistencia muy importante en el país. La resistencia no ha sido porque no se entienda que se debe regular, sino que no se sabía que se podía regular, que es distinto. Hoy día, ya estudios como los que hace usted, don Alexander, a nivel superior de maestrías, da la posibilidad de que las personas dedicadas al ejercicio del Derecho Penal, pero también estudiosas del Derecho Penal, puedan hacer aportes importantes, distintos a los que nosotros teníamos, las limitaciones que se tenían en aquel entonces para ubicar conceptos más normativos, menos psicológicos y menos subnaturalistas, sino que más normativos para poder regular diferentes estadios del Derecho Penal y mucho de ello tiene que ver con la responsabilidad penal de personas jurídicas.

ALEXANDER: Doctor, eh, usted lo señala, eh, que ahora más que un concepto psicológico, una culpabilidad psicológica, nos vamos a un concepto normativo. El doctor Demetrio que es un estudioso, un profesor español, hace poco vino y nos dio una conferencia aquí en Costa Rica sobre este tema, y él señala que una de las debilidades, digamos, para sancionar a las personas jurídicas, verdad, está referida que en ninguna parte del mundo donde se ha regulado todavía, los Estados Unidos que son los primeros que hablaron del tema, igual Europa y ahora en parte de América, que a pesar que venimos sancionando el problema jurídico, en ninguna de esta legislación parte de que la persona jurídica es la que realiza el hecho, sino que es un tercero, son los personeros de las empresas. A esa crítica, digamos, al fin y al cabo desde el punto estadogmático, cómo superar todavía ese vacío que señala por ejemplo este doctrinario.

Dr. CHINCHILLA: Es que a mí me parece que ahí hay una falta de identificación de lo que es la responsabilidad como tal, porque si nosotros vemos a varios, digamos, a varios alemanes en el desarrollo frizz, uno de ellos entre otros hablan de una responsabilidad cuando hablamos de una responsabilidad penal y hablamos de la culpabilidad, ellos hablan de una culpabilidad organizacional. Que se desarrolla por los ámbitos propios que manejan seres humanos dentro de una empresa, porque lógicamente la empresa como tal, la sociedad, este, anónima o de cualquier otro tipo, no necesariamente tiene un quehacer directo como tal. No podemos extraer, como decían algunos autores, el alma propia de lo que es esa empresa porque no la tiene, pero sí la

tiene, contenida en una responsabilidad compartida que se genera para poder identificar la responsabilidad de la persona jurídica. Si nosotros tratamos de entrar a la cuestión psicológica, no vamos a poder identificar nunca una responsabilidad penal de persona jurídica, eso es claro, ahora sí tiene que ir degradando hacia los órganos que la misma tiene; por eso se llama de alguna forma una culpabilidad por organización, otros llaman societaria que tiene un contenido más amplio de lo que nosotros podemos entender como la la, digamos, la culpabilidad esencialmente psicológica que solo la posee un ser humano.

ALEXANDER: Doctor, eh, desde el punto de vista del Principio de Tutela Judicial Efectiva y considerando que ya existían sanciones administrativas para la tutela jurídica en Costa Rica, ¿considera usted que que existió una necesidad real para que esta legislación en el ámbito penal, verdad, o si esas sanciones administrativas por sí sola, digamos, ya, ya cumplían con ese Principio de Tutela Judicial Efectiva, tomando en cuenta que muchas de las sanciones administrativas lo que se han hecho es trasladarla a la sede penal, con algunas innovaciones, pero la mayoría son las mismas que existían en la sede administrativa, eh, es necesario realmente esa nueva legislación penal o esto podría enmarcarse también de los que algunos han denominado populismo punitivo o el derecho simplemente como un ejemplo y para que la sociedad sienta que el legislador está haciendo algo y que el Estado está haciendo algo en contra de los delitos, o realmente era insuficiente este tipo de sanción administrativa y debimos avanzar necesariamente a cubrir ese campo con el Derecho Penal?

Dr. CHINCHILLA: No, Alexander, esa es una pregunta, por lo menos comentario pregunta muy interesante, porque eso es lo que ha estado siempre en la palestra de discusión, para qué si teníamos el Derecho Administrativo, por eso cuando empezó esta entrevista yo le decía que en España se regulaba con el Derecho Administrativo, pero era inoperante, era inoperante como lo fue la Contraloría General de la República por muchos años. En aquellos entonces yo hice estudios sobre las sanciones que imponían a empresas que actuaban en forma no solo desleal, sino ilícita, nada más que no había cómo sancionar a la empresa de forma penal, pero sí a sus representantes y cosas de ese tipo que es lo mismo que dice usted, se traslada al ámbito penal pero no se traslada a la empresa al ámbito penal, se trasladan a los representantes. ¿Qué pasa cuando nosotros hablamos de representación nada más? Que ese es otro tema, dejémoslo de lado para no distraernos con esto, pero en realidad cuando nosotros revisamos, yo revisé las acciones

que imponía la Contraloría General de la República en algunos casos imponía, este, un año de suspensión de participar en subvenciones públicas, o también de ser destinatario de alguna concesión, cuestiones de este tipo, pero cuando eran cosas realmente fuertes las sanciones seguían siendo las mismas débiles, y en la mayoría de los casos ni siquiera se aplicaba y muchas de ellas podían ser suspendidas hasta 5 años pero de un pronto a otro se les levantaba la imposición de no realizar actuaciones con el Estado esencialmente y seguían sin problema alguno, entonces, ¿qué teníamos? Teníamos un Derecho Administrativo, porque eso es parte del Derecho Administrativo muy débil donde la sanción no era muy muy visible con respecto a la actuación de las empresas, de las eh, realmente personas jurídicas, sino de los que podríamos decir, los representantes de ellas y esto era interesante porque, ¿qué pasaba con esto? Días simplemente una empresa nombra un representante legal, que es el que lo va a representar en todo y lo que pasaba es que cuando la empresa fallaba, el que fallaba es el representante legal, entonces lo que la empresa hacía era que lo despedía, por falta de confianza, y punto. Y, entonces, ¿quién se llevaba la responsabilidad de la empresa? Se la llevaba el representante de alguna forma, porque él fue el que falló. Entonces era lo que le venía diciendo, don Alexander, es parte de la identificación de que solo el ser humano por su psiques, por su cuestión esencialmente culpabilidad psicológica podía delinquir. Hoy día, ya ha ido cambiando esto, en los países anglosajones son muchos más avanzados que nosotros, no solo nosotros, sino que cualquier país europeo porque desde mucho tiempo atrás ellos tienen responsabilidad penal de personas jurídicas y la tienen también desde el ámbito propio de lo que es el Reino Unido en Inglaterra, que ha desarrollado muy bien todo esto.

ALEXANDER: Doctor, hace poco bueno se aprobó un proyecto de ley, verdad, en primer debate y ahora corresponde al Decreto Legislativo N° 9699 de la responsabilidad de las personas jurídicas o cohecho doméstico, transnacional y otros delitos, aquí como usted lo apunta, aquí se traslada directamente penas a las personas jurídicas, hasta podríamos señalarlo la pena de muerte, que simbólicamente, que es la disolución de o eliminación registral de esa persona jurídica; pero, aparte de eso se establece una regulación que a mí me llama la atención, que es el famoso compliance o plan preventivo que está relacionado, como usted bien lo sabe al al tema de detectar un diagnóstico preventivo, detectar cuáles son los riesgos que dentro del ámbito de actividad comercial de esa empresa que podría eventualmente cometer delitos y a partir de ahí tener un programa para dar seguimiento para evitar que se llegue a eso, eh. Si usted tiene conocimiento

cómo ha funcionado esto en Europa, cómo ha funcionado en Estados Unidos y cómo cree usted que podría a nivel preventivo funcionar este aporte de esta legislación que ya se aprobó en primer debate.

Dr. CHINCHILLA: Bueno, en realidad en Europa, se ha desarrollado una campaña desde años atrás sobre la compliance todo lo que tiene que ver con la responsabilidad social de la empresa y el cumplimiento de cierta normativa, no solo internas sino externas a la empresa. Me parece que alguna forma ha sido efectiva, yo tengo mayor contacto con gente de España y parece que inicialmente ha logrado, por lo menos calar un poco más directamente sobre lo que es la responsabilidad que nosotros ya hace años atrás hablamos, la responsabilidad social de la empresa. Pero es que esa responsabilidad social de la empresa se representa también en la posible consecuencia penal que puede tener, nosotros podría decir de alguna forma, eh, tenemos, ya una legislación aprobada, pero no tenemos el conocimiento de cómo vamos a hacer para entender esa normativa y esto es importante, porque ahí se genera lo que se llaman en otros ámbitos como el GAF y otros, bueno, los oficiales de cumplimiento, es todo un departamento o una persona designada para que realice el cumplimiento de toda la normativa propia de respeto a la forma como las empresas van a comportarse en el ámbito más que todo en relación con el Estado y si no van a tener una sanción. Esto, yo creo que hay una desinformación total, me parece a mí en este momento en el país, porque las empresas ni siquiera están pensando en eso y me imagino que una legislación de estas las toma de sorpresa también, porque toda esta cuestión de cumplimiento y lógicamente adecuar cada uno de los principios que se manejan en las empresas, como la misión, la visión y toda la responsabilidad que tienen, tiene que reformularse desde un ámbito ya propio de la posibilidad de un encuentro con el Derecho Penal.

ALEXANDER: Doctor, en relación a este mismo punto, en Europa, eh, incluso se establece como un eximente de responsabilidad penal, digamos, si se ha cumplido con con el plan preventivo, con el diagnóstico y el plan preventivo, se ha hecho todo el seguimiento respectivo. Aquí lo que establece a nivel obligatorio no facultativo y no exime responsabilidad absoluta seguro, lo que hace es alguna reducción de la pena. ¿Considera usted que debió figurar esto como un eximente de responsabilidad total, como ha sucedido en España, o esto sería crear más bien, algún tipo de portillo para actividades con mayor elemento de impunidad?

Dr. CHINCHILLA: Veá, hay varias aristas que de ahí se pueden generar, una es, ¿qué tan fuerte es la empresa y qué tanto capital tiene para hacerlo? Porque, diay, la discusión que tuvo este proyecto fue sanciones tan elevadas.

Esto es interesante, porque qué logro digamos, qué logro yo, como están, si la empresa tiene todos los indicadores necesarios supuestamente los ha cumplido pero siempre falla, falla esto que comete un hecho delictivo. No me dan a mí mayor, esteee vamos a ver, libertad para decir no, pero cumplió con todo, entonces lo vamos a eximir de equis cantidad, bueno se habla de un 40% se habla de montos de responsabilidad, porque eximirlo de forma absoluta es una situación, porque cumplió con esto, cumplió lo otro, tenía los reglamentos, tenía las capacitaciones, la, digamos la identidad de la empresa para hacer las cosas bien, pero, las hizo mal. Entonces me parece a mí que una eximente absoluta, no puede ser, porque sería como una causa de justificación de su actuar y existe realmente una culpabilidad y la culpabilidad no es fácilmente remediable sino...

ALEXANDER: Doctor, otra otra de las de los señalamientos, digamos, de los grupos opositores a este tipo de legislación, es que dicen que esto más bien viene como una imposición de agendas externas en relación con obligaciones que a través de tratados Costa Rica se ve obligada ahora a trasladar legislación de Europa y de Estados Unidos que no es propia con la realidad económica y social y cultural costarricense. ¿Qué opina al respecto?

Dr. CHINCHILLA: Bueno, puedo decirle que yo tengo varios años, por no decir de tratar, lo que quiero decirle con eso es que Costa Rica tiene un atraso importante. ¿Cuándo se dio el avance más rápido y vertiginoso para llegar a esto? Yo en ese entonces, yo era Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y me buscaron representantes de la OCDE, hablé con dos de ellos y estaban, eh, estaban. Digamos. muy identificados con la necesidad de las modificaciones de tipos penales con respecto a responsabilidad penal de personas jurídicas, pero en ciertos tipos sobornos internacionales y cosas de esas que estaban sucediendo, además de eso mucho en América Latina y bueno, de alguna forma con la posibilidad de que Costa Rica se adhiriera a la OCDE un requisito que se hacía, no sé si era completamente cierto o no, es que tenía que tener regulación sobre responsabilidad penal de personas jurídicas, nada más que lo identificaban como el soborno transnacional, que nosotros lo teníamos también regulado, nada más que no en los términos que ahora se regula, que me parece que se regula bastante bien, o específicamente en las modificación

que es el cohecho propio, cohecho impropio, pero en cuestiones también de tipo internacional que nosotros no lo teníamos, pero si no, si no hubiera sido por la posibilidad de ser parte de la OCDE me imagino que el país no hubiera tenido ese gran avance, digamos, sobre legislación de responsabilidad penal de personas jurídicas.

ALEXANDER: Doctor, en la prensa en los últimos cinco años han salido casos emblemáticos, verdad, Caja-Fishel, ICE-ALCATEL, entre otros, papeles de Panamá. ¿Usted considera que la falta de haber estado en vigencia este tipo de legislación, que sanciona a personas jurídicas directamente, creó algún grado de impunidad en ese sentido, digamos eh y viró de alguna forma el tema de Tutela Judicial Efectiva?, digamos.

Dr. CHINCHILLA: Sí, el tema digamos, de la Tutela Judicial Efectiva ...

ALEXANDER: Doctor, disculpe, o por otro lado, ¿Considera usted que las sanciones administrativas que ya se han señalado, o la misma posibilidad que había del proceso penal, que todavía existe de ejercer acción civil resarcitoria directamente contra las empresas jurídicas, eh, evitó, digamos, que se creara ese grado de impunidad o aun así la sanción económica fue insuficiente?

Dr. CHINCHILLA: Para mí, es más que todo una cuestión muy dogmática de concepción de lo que es la responsabilidad penal de personas jurídicas, aparte de lo que puede ser la práctica también. Muchos de los casos y nosotros se identificaron en su momento. Un representante de una empresa, me parece que de telefonía, se vio sometido a un proceso penal acá y la empresa bueno, también de alguna forma, pero no como responsabilidad penal de persona jurídicas, pero sí en medio del mismo, pero resulta ser que el representante de la empresa fue despedido aquí, por la empresa matriz, yo no sé, yo creo que era nórdica y entonces, diay, la persona se fue del país, al irse del país, fue identificada en Estados Unidos, em, no sé si fue en Miami, que iba en un transbordo, no puedo precisarlo bien, y en Estados Unidos, pidieron toda la información y lo procesaron allá, pero a él, no a la empresa, pero a él. Lo que quiero decirle es que, lo más fácil que se ha tenido es simplemente despedir al Gerente General, al representante legal de la empresa y con eso solventar el problema, nada más que la empresa seguía funcionando o podía seguir funcionando. Hoy día con esta legislación, em, digamos, el panorama cambia y si hay responsabilidad de la persona jurídica, también hay responsabilidad personal o personalísima si

se quiere de cada uno de los actores que tuvieron que ver en ellos, pero si hay un doble, un doble, una doble faceta que es importante de identificar, antes no era posible.

ALEXANDER: Agradecemos al doctor Carlos Chinchilla Sandí, que eh, nos haya permitido realizar esta entrevista, don Carlos Chinchilla Sandí, expresidente de la Corte Suprema de Justicia, magistrado y Presidente en su momento de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia y con una amplia trayectoria judicial y en Derecho Penal. Seguro estamos que va a servir de un gran aporte a la hora del análisis de la investigación que estamos llevando a cabo. Muchas gracias doctor.

Dr. CHINCHILLA: No, con mucho gusto don Alexander.

## Entrevista realizada a la Licda. Greysa Barrientos Núñez

### TRANSCRIPCION

ALEXANDER: Buenas tardes, eh hoy 26 de agosto del año 2019, estamos con eh doña Greysa Barrientos Núñez, quien es abogada, fiscal del Ministerio Público destacada específicamente en la Fiscalía General en delitos anticorrupción. Ha accedido hoy a permitirnos entrevistarla en relación a mi tema de tesis eh de la maestría en Derecho Penal de la UIA sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica desde la óptica del Principio de Tutela Judicial Efectiva.

Licenciada muchas gracias por permitirme realizar esta esta entrevista.

Licenciada, desde su experiencia como Fiscal del Ministerio Público, ¿Considera que el hecho de que en Costa Rica no exista actualmente una legislación vigente que atribuya responsabilidad penal a las personas jurídicas, haya sido obstáculo para poder perseguir y sancionar los delitos económicos o de corrupción que han salido a la luz pública por medio de la prensa en los últimos años, por ejemplo, el caso de CAJA-FISHEL, en el caso de importación del Cemento chino, Caja ALCATEL?

LICDA. BARRIENTOS: No creo, no han sido un obstáculo porque los delitos que se han investigado, que se han acusado, se han llevado a juicio se han dado bajo la acción penal de las personas involucradas en el delito, por ejemplo de cohecho o en el peculado, cohecho como en el caso ALCATEL y el peculado en el asunto de la Caja. Las acciones que han cometido las personas ya sea por dádivas o por recibir algún tipo de beneficios, eso si se han investigado y se han llevado a juicio con la correspondiente resulta de juicio. Este, eso no ha sido un obstáculo, pero yo creo, verdad no se si más adelante vamos a comentar que si que, eventualmente resultaría importante, tal vez ya después lo podemos agregar ese tipo de responsabilidades porque son responsabilidades que pueden traer, hablando de la tutela judicial efectiva que es la forma en que se utilicen las estructuras de una empresa para delinquir. En ese tanto debe haber algún tipo de consecuencia para esa empresa, verdad, no necesariamente la consecuencia de una persona que comete una acción penal pero si tiene que haber consecuencias, entonces la respuesta sería si y los delitos se han investigado porque hemos tenido, digamos, estas herramientas se ha hecho un esfuerzo para hacer la investigación que corresponde en relación con las acciones de las personas que cometen los delitos pero en tratándose de las empresas, si es importante, a mi juicio,

yo si soy de la tesis de que deberían haber consecuencias para la empresa, porque se utiliza la estructura para cometer el delito.

ALEXANDER: Licenciada, es estos casos específicos que usted nos indica de que si, eh digamos el margen de de que si fueron sancionadas, digamos, las personas físicas, o sea que el grado de impunidad, en ese sentido es menor, o en estos casos no existió, eh pero en relación directamente a personas físicas, en esos casos que usted mencionó hubo participación de personas jurídicas y hubo alguna sanción a estas personas jurídicas, partiendo que desde el punto de vista penal, incluso aún sin la aplicación de esta legislación tenemos por ejemplo la acción civil resarcitoria que se puede interponer dentro del mismo proceso penal y que viene a traer una sanción económica para las empresas. ¿Usted considera que en estos casos específicos, hubo impunidad en relación a las personas jurídicas o que de alguna forma tuvieron también tuvieron alguna sanción dentro del proceso penal?

LICDA. BARRIENTOS: Tuvieron que responder civilmente por los daños, por ejemplo, en el caso de ALCATEL, ALCATEL tuvo que pagar por la acción civil en Costa Rica, sólo en Costa Rica pagó alrededor de 11 millones de dólares, porque llegó a un arreglo extrajudicial con la Procuraduría General de la República en tratándose de la acción civil que tenía la Procuraduría contra ALCATEL y si usted se averigua, por ejemplo, en Estados Unidos, ALCATEL tuvo que pagar, ALCATEL, por ser un empresa de, una empresa pública que cotizó en la Bolsa de Nueva York y se le podía imputar la, digamos, la responsabilidad dada por ser una había un delito que se comete por una empresa pública que sus acciones están en la Bolsa de Nueva York, ahí tuvo que responder por un delito de soborno internacional por muchísimos más millones de dólares, en relación con el soborno internacional que se dio aquí en Costa Rica. Y una de las personas que este, que este – pausa - , que actuaba como representante latinoamericano de ALCATEL. Vamos a ver, es que no es sencillo, ALCATEL es una empresa o fue, es una empresa, ahora es ALCATEL Luces, me parece, se ha fusionado a varias empresas, francesa en principio, verdad, en aquel tiempo, porque ahora se ha fusionado con otros intereses, en aquel tiempo era una empresa francesa que devierte cierta complejidad porque además es una empresa pública, verdad que cotiza en Bolsa. Es ALCATEL la que contrata a el CEO o Gerente General en Costa Rica que es el que comete o al menos nosotros acusamos en aquel momento, que es el que comete el delito de cohecho, ofreciéndole una dádiva, a través de otra empresa de su cuñado, a algunos

miembros de Junta Directiva del ICE para obtener un contrato, eso es lo que se acusó. Si uno se pone a analizar, digamos a nivel de estructura, ALCATEL tenía mucho, personas mucho más arriba que el CEO de Costa Rica, tenía a su Gerente Financiero en Francia, su Departamento de Tesorería y su Departamento Legal en Francia, entonces cómo es posible que ellos justificaran la salida del dinero y estamos hablando de 10, 12, alrededor de un millón de dólares por cada una de las personas que si se determinó que recibieron dinero aquí en Costa Rica, entonces, supuestamente se hace un contrato desde Francia con una empresa, con una sociedad costarricense, para que sea la sociedad la que de asesorías en Costa Rica y usted termina pagándole a los miembros de Junta Directiva, de uno... siendo usted proveedor en Costa Rica, entonces difícilmente, eso yo hago un supuesto, me parece que eventualmente se debieron haber analizado a nivel corporativo cómo la estructura de la empresa permite realizar ese tipo, o sea, ellos después acusaron que fue una estafa, que los de Costa Rica funcionaron aparte, independiente y se lavaron las manos, pero había toda una estructura, Departamento Financiero, como, entonces no se investigó, ellos debían haber sabido que eso existía, sobre todo si ellos habían firmado por ejemplo, convenciones con la OCDE, verdad? Entonces, hoy por hoy yo creo que si debieron haber, si respondieron civilmente en Costa Rica pero hay va más allá, eso debe ir eventualmente más allá, como ALCATEL, como un proveedor a nivel nacional, eventualmente o empresas como ALCATEL a nivel nacional, debería valorar algún otro tipo de sanciones administrativas, a nivel corporativo, como por ejemplo, usted no vuelve a ser proveedor y vea que ALCATEL en Costa Rica es uno de los proveedores más, bueno después, estamos hablando de 400.000 líneas que en aquel momento salieron y después el ofertaba y era el proveedor del Gobierno, digamos para el ICE. Entonces, cómo es que siguió como proveedor del ICE cuando debieron haber habido ciertas consecuencias a nivel de empresa en Francia, pero lo que pasa es que estamos hablando de una trasnacional con demasiado poder. O en Costa Rica, a nivel de proveedor, cómo? que siguió ofertando para Costa Rica en otro tipo de, entonces si respondió a nivel civil por sus daños, verdad, pero debieron haber habido otro tipo, a mi juicio, valorarse que hubieran otro tipo de consecuencias administrativas sobretodo porque se utiliza esa estructura, verdad, para arriba, este utilizando sus Departamento de Tesorería, que uno dice, no sé, a mi me hubiera gustado saber si lo sabía.

ALEXANDER: Y y en otro caso concreto, otro caso Caja-Fishel, ahí si hubo participación de personas jurídicas igual tuvieron algún tipo de sanción aunque fuese económica?

LICDA. BARRIENTOS: - Pausa- Es que, - pausa - a nivel de Procuraduría, la que debió responder eventualmente, era la Fishel pero había una empresa Finlandesa atrás de esa, de esa empresa, entonces si las hubo no sé, no podría, ahí no tengo, pero sería interesante revisar la sentencia, de que yo creo que si había acciones civiles que todavía no se habían resuelto en relación con – pausa - , con algunos imputados, pero a la empresa no, sería interesante revisar la sentencia, yo la tengo, si gusta se la mando, ahora me regala el correo y yo se la mando.

ALEXANDER: Ok muchas gracias Licenciada. Licenciada, ¿Considera usted acertado que se legisle en Costa Rica para atribuirle responsabilidad penal a las personas jurídicas tomando en consideración que ello implica la ruptura del principio social de *delinquere non potest* o el principio tradicionalmente conocido de que las sociedades no pueden cometer esos delitos?

LICDA. BARRIENTOS: Si, yo yo soy de las personas que si estoy de acuerdo en que hayan consecuencias porque también se que partimos de una, de principios diferentes, estoy de acuerdo, conozco que las que las sociedades no pueden delinquir, estamos de acuerdo, a ver, no pueden realizar acciones humanas que son las que eh eh que son las que son importantes en los tipos penales que conocemos, verdad? Pero también conozco por la experiencia que son estructuras que han sido utilizadas por sus representantes en muchas ocasiones para cometer los delitos. Si bien es cierto no podemos y en eso yo yo entiendo el el, la narrativa de las personas a partir del principio de que las sociedades no pueden delinquir, pero no estamos diciendo que vamos a mandar a la cárcel a la sociedad, si no que vamos a seguir un procedimiento digamos de sanciones distintas propias de la estructura que se utilizó para la comisión del delito ehh y ahí es donde eventualmente nos tenemos que ir al concepto de acción, eh, si es cierto que los delitos están descritos en el tipo penal, a partir de acciones humanas, verdad? Pero eso no quita que nosotros podamos eventualmente haber, eh achacar responsabilidad, digamos, no imputar a la estructura que ha sido realizada como medio para cometer el delito porque, a ver, no vamos a ser inocentes, las personas son fungibles, puede ser que haya un política institucional de sobornar y que si a usted lo agarran está solo, lo quitamos, pero la política sigue, es una política donde usted eventualmente, se han determinado en muchos casos, que hay una reserva presupuestaria, reservas presupuestarias que son de dudosa, verdad, de dudosa esteee eh ,el fin es bastante dudoso, donde uno dice bueno, qué es esto, esta reserva presupuestaria que usted tiene, que es esto? Ah bueno ¿Para qué es? Ah bueno no eso es una consultoría, de diferentes. ¿Qué tipo de

consultoría? Entonces si existe una política como tal, si, yo pongo una persona, un testaferro, eventualmente y a usted yo le voy a pagar muy bien y a mi me han llegado a decir, vea es que en realidad, esteee a el lo mandaron, y yo, di sí, en la guerra lo mandaron y seguro le dijeron, si usted va solo, pero le estamos pagando muy bien, entonces, a usted lo atrapan, quite eso y la estructura, la política de soborno, de de, es la misma, entonces, hasta que usted no logre, porque esa es la realidad, esa es la realidad en la que uno se encuentra, es una política actual de la compañía, porque no es sólo en Costa Rica, que digámosle compañía tiene causas, estee si usted ve por ejemplo, Simmens o ALCATEL, Honduras, esteee en la India, en Tailandia, usted revise y usted diga, no lo sé, no lo puedo afirmar, pero será, o sea, que es, ponemos a una persona en Costa Rica y ya usted sabe qué es lo que se hace, la atrapan, la quitamos y dejamos la estructura que ya tiene reservas presupuestarias, que ya conoce, que ya sabe y que va a seguir cometiendo, o sea las personas que ellos pongan por política, van a seguir cometiendo delitos. Usted lo que necesita es acabar con el génesis de aquello y si usted no llego arriba arriba. Por eso le digo, si usted no llegó a un Presidente o no, en el momento en que usted quita a un Presidente, son estructuras tan tan complejas, usted quita al Presidente, puede poner un CEO diferente o un o un Gerente General para Latinoamérica o un Gerente General o un Presidente y vuelve a pasar lo mismo, entonces uno dice: ¿Será la persona? No lo sé, pero ¿Será la persona? Entonces es ahí donde uno dice: necesito o sea, necesitamos desaparecer, desinscribir, desincentivar, como ahora sí, como tutela judicial efectiva, seamos efectivos, o sea, no seamos inocentes, porque lo he visto durante años de años de años, que usted me va a decir que usted puede probar que la gente de arriba, no, yo no lo puedo probar, verdad? Porque desgraciadamente nosotros esperamos que lo hicieran en otro país, verdad, pero entonces uno se queda con la duda, entonces si usted pasa esa responsabilidad de empresa por estructura, porque facilitador, porque permitió, yo creo que otro, otro, ahí es donde más les duele, donde le tocamos, donde les tocan el capital. A los accionistas no les gusta que le toquen el capital y que las acciones bajen, o que usted, o que la sanción sea anotar registralmente a la empresa a nivel de Bolsa, por ejemplo, entonces ahí las acciones bajan, es ahí donde realmente duele.

ALEXANDER: Licenciada, considera usted que desde el punto de vista del Principio de Tutela Judicial Efectiva, las sanciones administrativas que ya existían antes del estado de esta nueva legislación, eh penal, lograban ser efectivas o por el contrario eran insuficientes para controlar o reprimir la actividad ilícita de las personas jurídicas, tomando en cuenta que ya habían

administrativas, por ejemplo sanciones de tipo pecuniarias eh, algunos impedimentos para contratar con el Estado y esa naturaleza que de alguna forma se han trasladado a la sede Penal.

LICDA. BARRIENTOS: Yo creo que en eso eh, no no estoy tan segura que sean tan eficientes, porque tal vez en el Derecho Penal, serían más, iría acompañado con una realidad, digamos mucho más general, no lo sé, digamos, este, pero como es tan hipotético en, si hay sanciones administrativas que por supuesto que uno está de acuerdo en que en el tanto se logre determinar que se ha cometido el hecho y que el que tenga que responder, respondan o tal vez el hecho de que esa sanción, o que sanciones dentro del proceso penal, puedan ser, muchas veces usted, hay cosas, testigos, realidades, eh económicas, que solo uno lo conoce en el juicio, usted re, usted decomisó la contabilidad y usted tiene un análisis contable, o al menos económico de cómo funcionaba, de donde salía la plata, de cómo se manejaba la plata, que tal vez a nivel administrativa sólo tuviera una limitación porque no pueden entrarle al decomiso, al allanamiento, y que esas herramientas pueden permitir traerse una realidad diferente porque administrativamente, eventualmente, bueno se le apercibe para que se presente porque son empresas privadas, si fueran empresas del Estado sería diferente, pero son empresas privadas, se le apercibe para que se presente, o se le apercibe, presentan estados financieros, que le dice a usted que esos estados financieros son ciertos, pero la oportunidad a nivel penal donde se tienen en algunas ocasiones, no estoy diciendo que siempre, una realidad digamos, más o puedo decir diferente, no puedo decir que es mejor, que es diferente, porque usted puede traerse toda la contabilidad y hacer un estudio contable, verdad, entonces usted tal vez podría tener una riqueza distinta, como una, e inclusive con principios de defensa, o sea se están, en todo momento se estarían tutelando los derechos de todos los imputados, verdad yo no, con esto yo no estoy diciendo que vamos a ser inquisitivos y entonces ahora, no no, o sea con el debido proceso, con la tutela del derecho de defensa, de del representante de la sociedad si está siendo demandada, civilmente o o digamos a nivel procesal si estuviera como imputada, digamos como responsable judicial, responsable, si eventualmente pasara la ley. Entonces yo creo que si hay un marco que tal vez, pienso que las personas que a nivel administrativo podrían no, no reflejarse, que tal vez en el Derecho Penal, porque ciertamente es un hecho irregular, verdad, lo que estamos nosotros valorando es un hecho totalmente irregular, pero que pasa, por ejemplo, si usted no logra determinar específicamente que una persona cometió la acción pero usted si puede determinar que la, que los beneficios, que las las acciones políticas de la empresa son las que están llevando

o que llevan a que se cometan este tipo de irregularidades, penales, digamos, a nivel penal, entonces, eventualmente, uno puede decir, no logro determinar, hay una duda de la responsabilidad de la persona pero sin duda alguna hay una responsabilidad entendida penalmente en la dimensión de una responsabilidad penal para la persona jurídica, con esas mismas pruebas.

ALEXANDER: Licenciada, eh una parte de los opositores, verdad a este tipo de normativa tanto la doctrina nacional como algunos expositores de España algunos, Demetrio que estuvo por acá nos exponen que se oponen a este tipo de legislación indicando que el Derecho Penal debe ser utilizado como la última ratio, eh que es parte del populismo penal que está de moda esa corriente que es la utilización del Derecho Penal eh como un derecho eh eh ejemplar para que la sociedad sienta que el Estado está haciendo algo en contra de los delitos, porque en el fondo no resuelven los problemas. ¿Ud cree que esta eh nueva legislación que fue aprobada en primer debate por la Asamblea Legislativa esté dentro de esta corriente de populismo punitivo?

LICDA. BARRIENTOS: Eh, vamos a ver, vamos a dividir la pregunta en dos, tal vez, la primera parte era la de emm si el Derecho Penal es la última ratio es cierto, yo estoy de acuerdo, el Derecho Penal es la última razón, o sea, tenemos q acudir a el como última posibilidad, estoy totalmente de acuerdo en eso, eh pero eso no quiere decir, que no vayamos a investigar los hechos irregulares, siendo la última razón, ahora, al respecto del populismo penal, le digo que es una, que es un discurso utilizado en dos vías, tanto para los, me parece a mi, puede ser utilizado en dos vías, los que dicen que no metamos más acciones en el Derecho Penal porque eventualmente eso deriva del populismo eh que lo que intenta el Estado es solucionar las cosas de alguna forma porque eh para que la gente vea o sienta que se está haciendo algo, pero también está el otro lado, o sea quienes trabajamos, no se si el licenciado Demetrio es Fiscal y ha trabajado un tiempo en Derecho Económico y de corrupción, donde las empresas grandes estructuras de las empresas, esto es lo que hacen, entonces yo estoy de acuerdo, el Derecho Penal es la última ratio, pero si llegamos a esa última ratio y sabemos que hay una empresa que utiliza y que puede ser responsable porque lo utiliza como política a las personas y como le acabo de decir yo y le cuento que hoy está usted y mañana no está pero no importa porque es la misma política en la que vamos a sobornar, vamos a sobornar, esa es la política y la estructura está hecha en diferentes países para evadir responsabilidades, en relación con la acción que se comete con el

Estado. Entonces yo le voy a decir, si, el populismo penal, esteee, yo no sé donde cabe en este caso, porque en realidad es o puede ser una excusa para las empresas grandes y decir es un populismo penal, es una barbaridad! No no, no pero es que yo no le estoy hablando de que yo lo que quiero es penalizar a todas las empresas en general, hablemos de la falacia, que yo lo que quiero es penalizar a todas las empresas, yo lo que quiero es, en virtud de mi experiencia, donde yo veo la estructura hecha, la la forma y la oportunidad, como le digo, la oportunidad de que el mismo proceso penal, en el mismo proceso penal donde se hicieron los decomisos, ahí mismo se verifique una línea política de la empresa para delinquir, porque no podemos nosotros hoy por hoy en la, en la forma en la que ha avanzado la delincuencia que ahora es más internacional, es más hetérea, o sea, cuando uno se da cuenta que hoy hoy hoy la empresa está aquí, pero su departamento financiero está en Francia o su y su y su cuenta, la cuenta donde sacaron está en Holanda, entonces yo digo, es hetéreo, por supuesto que hay una persona en Costa Rica haciéndolo, pero hay toda una estructura sosteniendo eso, entonces no es algo que nosotros, nosotros no podemos desconocer que actualmente vivimos en un mundo trasnacional, una organización mucho mayor, que va más allá y que pone y quita a las personas que son fungibles, q las quita, y las pone, a usted lo agarraron? Sáquelo, no importa, quítelo pero es parte de la estructura, yo no puedo negar eso, a partir de ir a un supuesto discurso populismo, no tiene nada que ver con el populismo, por eso le digo que es de dos vías. Osea si, yo entiendo, el populismo en algún otro caso, pero no en este, sería desconocer esa realidad.

ALEXANDER: Licenciada, la nueva legislación, al igual que se ha hecho en España, incorpora una parte de apreciación del delito que puede ser cometido dentro de la empresa y se habla de plan prioritivo, del plan de cumplimiento, el cumplimiento normativo donde la la la persona jurídica se ve en la necesidad de hacer primero un diagnóstico sobre las debilidades o a dónde es más propensa a cometer un delito de acuerdo al área en que se desarrolla y proponer que a partir de ahí un plan de cumplimiento e incluso nombrar a la persona que va a estar vigilando el cumplimiento de ese plan. Ehh usted cree que en el caso costarricense eso podría evitar la comisión de delitos y en España eso podría llevar incluso la eximición total de responsabilidad penal de persona jurídica, en Costa Rica no se estableció así, sino que únicamente podría disminuirse a criterio del juez el margen de la pena de imponer, ehh considera usted eh repito, que eso pueda llegar a evitar que se cometan delitos por parte de las empresas y cree que

hubiera sido más conveniente dejarlo igual que en España con una estimatoria total o únicamente la disminución de la pena como en el caso costarricense.

LICDA. BARRIENTOS: Ve, yo creo que esa si se la voy a deber, porque no la he estudiado bien, digamos, cómo quedó en Costa Rica, ahí si me gustaría revisar a ver cómo habrá quedado, porque yo si, si me acuerdo en España, el el el texto, pero no se, digamos no sería, no sería esteee, con propiedad, no podría contestarle eso, porque no, por eso ahí es parte de lo que me gustaría eventualmente revisar y eso si se lo puedo mandar, digamos ya con una contestación.

ALEXANDER: Pero en general, usted considera que el hecho que exista un plan preventivo, un diagnóstico incluso podría ayudar, digamos a que, a la parte preventiva, a evitar que el delito se cometa y no necesariamente enfocarnos a la persecución penal de un delito que ya ha sido cometido.

LICDA BARRIENTOS: Si, si, me parece que cualquier análisis en general lo que pueda, tenía que ver con prevención en la empresa, si lo que estamos buscando es eventualmente imputar a la empresa del conocimiento que tenía, verdad, de que obviaron los controles, obviaron el plan, me parece si es correcta la prevención, verdad, en tanto vaya dirigido a eso.

ALEXANDER: Licenciada le agradezco demasiado el tiempo y la entrevista donde tuvimos que realizar, considero que va a ser de mucha ayuda y mucha importancia en el análisis del trabajo de investigación que estamos llevando a cabo. Muchas gracias y buenas tardes.

## Entrevista realizada al Lic. Leonardo Gómez Solano

TRANSCRIPCION

ALEXANDER: Buenos días

LIC. GÓMEZ: Buenos días

ALEXANDER: Hoy 26 de agosto del año 2019, estamos con el Licenciado Leonardo Gómez Solano quien es fiscal del Ministerio Público, destacado en la Fiscalía General de la República, atendiendo específicamente asuntos tipificados como delitos de de corrupción. Ehh don Leonardo ha aceptado participar en una entrevista previo a la solicitud de consentimiento informado que de hecho que estoy realizando, eh en la tesis de Maestría en Derecho Penal de la UIA sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos días Leonardo.

LIC. GOMEZ: Muy buenos días para usted y para la licenciada.

ALEXANDER: Gracias. Eh don Leonardo, desde su experiencia como fiscal del Ministerio Público ¿Considera que el hecho de que en Costa Rica no exista actualmente una legislación vigente que atribuya responsabilidad penal a las personas jurídicas, haya sido obstáculo para poder perseguir y sancionar los delitos económicos o de corrupción que han salido a luz pública por medio de la prensa en los últimos 5 años?

LIC. GOMEZ: Bueno, muy buenos días, el asunto reviste en una discusión jurídico penal muy interesante, en el sentido de que desde el mes de junio aproximadamente, como a la mitad del mes de junio hacia acá, ya contamos con una herramienta jurídico penal para la persecución de personas jurídicas. Sobre si fue o no un obstáculo desde junio hacia atrás, personalmente considero que si, considero que si por varias razones, uno podría empezar a analizar que la etapa de la globalización de la criminalidad ha avanzado de una forma enorme, básicamente desde hace una década para acá, considero que ya el legislador tuvo que haber previsto este tipo de auge, en cuanto a la criminalidad y respetuosamente considero que la aprobación de la ley tuvo que haber sido no desde el año 2019, sino hace prácticamente una década, una década para acá. Esa nueva ley para perseguir penalmente a las personas jurídicas, le da una serie de posibilidades al

Ministerio Público que antes era prácticamente impensables y producto de esta globalización. Es muy importante destacar que con esta nueva ley, inclusive es tan amplia que el Ministerio Público podría pedir hasta una cooperación internacional para poder realizar investigaciones en cuanto a personas jurídicas, el numeral 30 de esa nueva ley lo establece como el Ministerio Público puede acudir a los mecanismos de ayuda jurídica recíproca internacional para poder este llevar a cabo una investigación contra las personas jurídicas. Entonces me parece que, debido al auge y la globalización de la criminalidad, estoy completamente convencido que al no tener esa herramienta jurídica de junio del 2019 hacia atrás, evidentemente había sido un obstáculo para que la representación del Ministerio Público no pudiera accionar en contra de una persona jurídica a la luz de la globalización de la criminalidad que se está viviendo el día de hoy, efectivamente.

ALEXANDER: Licenciado Gómez, ¿Considera usted acertado que se legisle en Costa Rica para que le atribuya la responsabilidad legal a las personas jurídicas tomando en consideración que ello implica la ruptura del Principio *societas delinquere non potest*?

LIC. GOMEZ: Este principio que al final es un latinazo sobre que las sociedades jurídicas no delinquen, eh hay muchos tratadistas y muchos estudiosos del derecho penal que no podrían estar de acuerdo conmigo en este momento, pero sin embargo es mi posición personal, yo considero que debido al auge de la criminalidad actualmente yo creo que son tesis jurídico penales que ya tienen que ser absolutamente superadas, eh este principio de las que se mencionan que las sociedades no delinquen, data desde hace muchísimos muchísimos años atrás, efectivamente hay varios estados en América Latina, e inclusive en América del Norte que han dejado atrás este tipo de principios de que las sociedades no delinquen, hay que recordar que inclusive en América ya el estado de Belice, Estados Unidos, Colombia, Perú, República Dominicana e inclusive España han dado un nuevo paso dejando atrás absolutamente el principio de que las sociedades no delinquen y empiezan a observar una nueva potestades de accionar, ya no solo contra personas físicas, sino con las personas jurídicas. Hay un nuevo fenómeno criminal que no se puede dejar pasar, las nuevas tendencias delictivas que se están viendo no solo a nivel europeo, sino también en América específicamente América Central y en Costa Rica, nos permite que sigamos pensando efectivamente que ese aspecto doctrinal de que las sociedades jurídicas no delinquen, ya es un tema que para mi concepto ya debería ser desfasado, efectivamente hay un tema, la

experiencia de lo que estamos viviendo en estos tiempos y años atrás como le decía en la pregunta anterior, básicamente desde una década hasta acá, nos permiten perfectamente justificar que ese principio de que las sociedades jurídicas no delinquen ya hay que tiene que ser superado. Hay una serie de actividades ilícitas por medio de la criminalidad organizada y los delitos de corrupción que permiten decir justificadamente que efectivamente la criminalidad ha obtenido unas herramientas increíbles a la hora de delinquir, fruto de ello por ejemplo, las sociedades anónimas. Claro que sí.

ALEXANDER: Considera usted que desde el punto de vista del Principio de la Tutela Judicial Efectiva, las funciones administrativas que ya existían, antes del dictado de la nueva legislación penal, lograban ser efectivas o por el contrario eran insuficientes para controlar o reprimir la actividad ilícita de las personas jurídicas?

LICENCIADO GOMEZ: A mi me parece, a mi me parece que es absolutamente insuficiente. Si uno hace una lectura integral de esta ley que fue promulgada en junio anterior, fácilmente podríamos concluir que las posibilidades que le da la nueva ley al Estado, en este caso específicamente al Ministerio Público para poder perseguir penalmente a las personas jurídicas son amplísimas, son herramientas que no se habían utilizado nunca, entonces me parece que a como estaba el ordenamiento jurídico de junio hacia atrás para la persecución de delitos de personas jurídicas me parece que era absolutamente insuficiente. Cualquier persona y el mismo Estado estaba como dicen popularmente amarrado para poder perseguir este tipo de actos, verdad?. Hay unas cuestiones muy interesantes que nos da la misma ley ahora, básicamente en temas de disolución de las personas jurídicas, las multas, los tipos de medidas cautelares y por supuesto Alejandro, el tema del comiso, del comiso y decomiso de los bienes de las sociedades. Entonces me parece que con estas nuevas herramientas viene a poder establecer que los mecanismos jurídicos que se mantenían antes de junio del 2019 resultaban absolutamente insuficientes para la persecución de este tipo de actividades.

ALEXANDER: ¿Cuáles considera usted que son los aportes más acertados del Decreto Legislativo N° 9699 denominado Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas o de Cohecho Doméstico Transnacional y Otros Delitos, que fue aprobado en primer debate por la actual Asamblea Legislativa?

LIC. GOMEZ: Alejandro, hay varios aspectos muy importantes y muy interesantes de analizar. Por ejemplo, a mi me llama mucho la atención que la misma ley establece la posibilidad de que el mismo Estado pueda accionar contra entes estatales, contra personas jurídicas, eso es absolutamente novedoso, es un poco, tal vez no contradictorio, pero si interesante debatir donde el ente perseguidor penal como el Ministerio Público, a como está redactada la ley podría perseguir penalmente algún ente estatal. Ese es un aporte muy interesante.

Otro de los aspectos muy importantes que tiene es como una de las penas principales que tiene la nueva ley es la disolución de las sociedades, esta respuesta viene asociada con la pregunta anterior sobre las herramientas insuficientes, Alejandro, es que como una de las penas principales es efectivamente si el Ministerio Público logra establecer que la sociedad fue creada únicamente y exclusivamente para fines delictivos, cabe la posibilidad de que se realice la disolución de la sociedad, entonces me parece que es un aporte bastante bastante importante.

Eh, otro aporte muy muy importante que nos da esta nueva ley Alejandro, es en cuanto a la medida cautelar donde se prohíbe la resolución voluntaria de la persona jurídica durante el desarrollo de la persecución penal, es decir, durante la investigación el Ministerio Público podría en este caso solicitar como una medida cautelar, eh que la persona jurídica no sea disuelta durante la ejecución de la investigación penal, entonces a mi me parece que es sumamente importante ese aporte nuevo que nos da la ley y otro muy muy relevante a mi criterio Alejandro, es la inmovilización de la sociedad anónima como una medida cautelar, y por supuesto, el decomiso y decomiso de los bienes que tengan, este, en la sociedad anónima inscritos. Entonces te vas a dar cuenta como la ley da unos aportes muy interesantes, muy importantes para la persecución de de estos delitos. Yo debo decir, y es que hago énfasis como por tercera vez en cuanto a ese tema de la globalización, eh se ha generado mucha discusión a nivel de Derecho Penal sobre esos temas, una es este, qué va a pasar por ejemplo, digamos, pensemos en la posibilidad que se esté investigando una sociedad anónima donde haya una actividad económica, donde hayan trabajadores, donde haya personal, etcétera, y al final como consecuencia de la participación penal, se llega a la, a una sanción de disolución, si esto va a generar más problema, si esto es lo que va a generar un problema a nivel socioeconómico, si esto va a generar problemas a nivel de Derecho Laboral, de personas que estén trabajando para una empresa, pensemos en el caso por ejemplo de Caja-Fishel, por ejemplo, verdad, etcétera, entonces esto genera una discusión muy

muy interesante. Sin embargo, me parece que los aportes que le da a esta nueva ley que fue promulgada en junio del 2019 son más positivos que negativos. Estoy completamente convencido de que Costa Rica al igual que España, al igual que Belice, al igual que República Dominicana, tiene que dar un nuevo salto, en este caso, a la investigación de esa tendencia criminal. Termine diciéndote también Alejandro que hay prácticamente una obligación del Estado costarricense de sumarse a esos convenios, inclusive internacionales de persecución de delitos de corrupción y entre ellos están los delitos que podrían estar cometiendo las personas jurídicas, esto es un convenio internacional que Costa Rica adoptó con las Naciones Unidas contra la prevención de la corrupción, inclusive del 2003 al 2005. Entonces estamos prácticamente obligados Alejandro es un buen salto. Habría que ver en este caso, que es lo que nos va a deparar los primeros casos que se vayan a manejar a nivel de la Corte, el Poder Judicial sobre la persecución de delitos para las personas jurídicas, pero estoy completamente convencido de que es una muy buena herramienta que se le da en este caso al Ministerio Público para perseguir ese tipo de delitos efectivamente.

ALEXANDER: ¿Licenciado Gómez, qué opinión le da a usted eh el tema del plan preventivo, el cumplimiento normativo que se introduce en esta nueva legislación, digamos como una manera de tratar de prevenir los delitos de las personas jurídicas?

LIC. GOMEZ: Vamos a ver, en cuanto al plan preventivo es un tema interesante de analizar, a mi me parece que definitivamente – pausa - va a ser difícil en este caso, ese paso del plan preventivo, va a ser difícil en el sentido de que no se ha llevado absolutamente ningún caso. Si considero importante y eso es una cuestión muy personal de que el Estado, el Poder Judicial podría de alguna manera generar un poco más de análisis e información, en este caso, verdad, a la población, empresarios, sector economía y todo lo demás, para poder analizar el tema. Hay mucho desconocimiento, el tema de la persecución penal a personas jurídicas, es un tema super, super complejo, en demasía, entonces a mi me parece que digamos el plan preventivo podría ser mejor. Yo creo que el Poder Judicial y el mismo Colegio de Abogados, o no sé si en la Asamblea Legislativa podría crearse como una especie de proyecto para analizar y prevenir y todo ese tipo de cosas, verdad. El Poder Judicial tiene algunas herramientas importantes, pero me parece que lo que podría dejar un poco más de prevención para poder prevenir eso, me parece.

ALEXANDER: En relación con el cumplimiento normativo, el plan preventivo, la nueva legislación lo establece, digamos eh como una posibilidad a nivel optativo por parte de las

empresas y personas jurídicas, no es como en España que es de cumplimiento obligatorio, donde si la persona jurídica establece un órgano de control o haga un diagnóstico previo del área en que podría de acuerdo a su especialidad a cometer un delito específico, verdad, y nombrar posteriormente esa persona que le va a dar cumplimiento a ese plan de control y a esos lineamientos étnicos que la empresa tiene que cumplir podría liberar responsabilidad de la persona jurídica. En nuestro caso costarricense, se deja a nivel optativo, eh ¿Considera usted que debió haberse legislado al igual que en España, que en lugar que sea optativo fuere una obligación y que abriera la posibilidad de exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica?

LIC. GOMEZ: A mi me parece que lo que se realizó en España es muy interesante, porque quizás, quizás podría haberse realizado de una forma muy similar, pero eso nos lo va a dar, es que considero que dar una opinión sobre eso en específico es un poco prematuro en el sentido de que hay que empezar a ver como es el comportamiento que nos da los casos nuevos. Me parece que el plan que se realizó a como está estipulado a nivel normativo en España, me parece que es interesante. Si considero que quizá tal vez tuvo que haberse dado como efectivamente se da en este momento en España.

ALEXANDER: En relación a la pregunta anterior, sobre si las sanciones administrativas si ya existían previo al dictado de esta nueva legislación, cumplían, eran suficientes para regular la actividad ilícita de las personas jurídicas, en concreto como usted nos indica que no, que había un vacío y que se quedaba algún grado de impunidad, con concreto en qué consistía ese vacío, porque digamos, a nivel administrativo, las sanciones eran muy parecidas o alguna, uno o dos puntos que no daba la legislación a la actual, sobre todo acciones de tipo económico, sanciones de prohibición de participar en licitaciones con el Estado, se incorpora ahora, como usted bien lo indicó, la disolución, prácticamente se incorpora la pena de muerte, hablando figurativamente, eh pero además teníamos dentro del proceso penal, verdad? la acción civil resarcitoria, que se podía interponer además de la persona imputada, eh mediante el tema de la responsabilidad solidaria a la persona jurídica, si es que de alguna manera usted podría establecer el hecho de causalidad entre el daño causado y la acción de la persona jurídica. Si ya tenemos todas esas herramientas, que al final de cuentas igual se podían poner sanciones millonarias contra esa persona jurídica, eh

cuál es en sí, digamos, el impedimento que había el administrativo e incluso en sede penal con la acción civil resarcitoria para que esta persona jurídica fuera sancionada?

LIC. GOMEZ: Es muy interesante debatir, Alejandro, yo considero que si efectivamente si era insuficiente, porque lo que le viene a dar a usted la nueva ley es una amplitud de procedimientos, y esta podría esta relación inclusive hasta con las medidas cautelares, si bien es cierto, digamos en materia penal, el tema de la acción civil resarcitoria, permitía de alguna manera las sanciones económicas y todo lo demás yo creo que es importante dar un salto más allá. En definitiva, Alejandro, porque esta ley viene a ligar los temas de corrupción, em, no podríamos pensar que hay corrupción si no hay en la mayor parte de los casos, crimen organizado. Este tipo de delincuencia es un tipo de delincuencia muy compleja, para nadie es un secreto que cuando usted investiga los delitos de corrupción a nivel pues amplio, o casos muy grandes como los antes mencionados, la actividad prevatoria es sumamente difícil, compleja y larga, ese tipo de delitos que son cometidos en contra del mismo Estado, generan un tipo de proyección penal y estrategias de la misma defensa que son sumamente difíciles a la hora de poder establecerlas. Para nadie es un secreto que se utilizan en este caso, sociedades anónimas para ocultar bienes, para traspasar dineros y hay creación de sociedades anónimas en este caso, única y exclusivamente para delinquir, entonces me parece que el salto que se da con la nueva ley es importante y más que todo por el tema de las medidas cautelares, nótese que inclusive a como está redactada la ley, y te mencionaba en la pregunta trasanterior Alejandro, cabe la posibilidad de que hasta el Ministerio Público el juez realice en este caso una medida cautelar de prohibición de disolución de la sociedad, eso no lo habíamos hecho antes, no estaba, jurídicamente me parecía que no podía realizarse, entonces a mi me parece que todas estas herramientas que le da la nueva ley, por ejemplo con la inmovilización de las sociedades anónimas y luego el decomiso y el comiso, que viene regulado en el Código Penal, porque al final va a ser lo mismo, me parece que son importantes y que no estaban siendo utilizadas en los casos atrás y amarraban en este caso al Ministerio Público a pesar de que había una acción civil resarcitoria en el mismo proceso penal para poder llevar un caso y poder llegar y establecer las responsabilidades penales de una sociedad, en este caso de una sociedad jurídica. En este caso, a mi me parece que, efectivamente hay una serie de posibilidades muy amplias que le está dando esta nueva ley para poder perseguir jurídicamente a las sociedades que no estaban estipuladas antes y no solo en materia penal, sino también en materia civil. Me parece que es muy muy importante.

ALEXANDER: Licenciado Gómez, algún sector de la doctrina nacional, también incluso de la doctrina española donde han tenido ya la experiencia de haber aplicado esta legislación, señalan de que con esta forma de legislar muchas veces lo que se quiere es utilizar el Derecho Penal como un Derecho Penal simbólico, que el Derecho Penal debe ser la última ratio, que el Derecho Penal debe de ser accesorio, del principio de accesoriedad, que nosotros usamos el derecho, previamente deberían de intentar resolver los problemas de la sociedad y que al final ante esa insuficiencia es de aplicación el Derecho Penal y hace una crítica a este tipo de legislación indicando que es parte de, es parte de toda la corriente del populismo penal, verdad, eh donde se está legislando sobre todo, se quiere sancionar todo a través del Derecho Penal pero en realidad no viene a resolver los problemas de fondo. ¿Cree usted que esta posición que mantiene cierto sector de la doctrina costarricense como repito, incluso la española, tiene como fundamento, que estemos en presencia de un populismo penal con el dictado de esta legislación?

LIC GOMEZ: Alejandro, en estos temas tan complejos, se están dando a nivel inclusive, de Asamblea Legislativa con la aprobación no solo de este proyecto, de sanción a las personas jurídicas, sino cualquier otro proyecto, yo se que no es el caso, pero por ejemplo el asunto de los abortos, eutanasia y todo lo demás, siempre siempre van a generar en este caso eh propuestas de mejoramiento, van a generar aspectos de pros y contra, me parece que es absolutamente normal, yo no me atrevería en lo personal Alejandro, a mencionar o a indicar, en este caso específico, estamos hablando de las personas jurídicas, una cuestión de populismo punitivo, ciertamente el Derecho Penal es la última ratio, sin embargo, también considero que debido Alejandro a la globalización de la criminalización y esos auges de delinquir cada vez más modernos, más complejos, yo creo que era necesario y es mi posición personal la creación de la ley y como te decía en la primera pregunta, no desde ahora, sino desde hace mucho tiempo atrás. Hay casos que nos evidencian claramente que era necesario legislar sobre estos temas de sociedades jurídicas, voy a mencionarte por encima para no ahondar en los casos específicos, pero por ejemplo, en los casos de Caja-Fishel, el caso de los Papeles de Panamá, en el caso que actualmente se está investigando del cemento chino y todo lo demás, entonces a mi me parece importante en este caso en específico, de pensar de que no se trata de un asunto de populismo punitivo o querer legislar por legislar, me parece que en este caso en específico era una herramienta estrictamente necesaria para el Poder Judicial, como te digo, en este país existen unos abogados con un bagaje extraordinario en materia penal con una experiencia enorme que están en contra inclusive de la

promulgación de la nueva ley, hay gente que con muchos años de experiencia que han pensado que era absolutamente innecesaria por las razones que usted me mencionaba hace unos momentos para llegar y promulgar la nueva ley, sin embargo, son posiciones, son posiciones. Personalmente considero que efectivamente la ley va a ayudar en mucho al Poder Judicial para sancionar y bajo ninguna circunstancia podría yo indicar que se trate de una posición de populismo punitivo. Efectivamente el Derecho Penal es de última ratio, pero en este caso ante la globalización de la criminalización yo considero, personalmente Alejandro que la ley es absolutamente necesaria para poder perseguir este tipo de nueva criminalización que estamos viendo desde la última década para acá.

ALEXANDER: En materia penal con esta última legislación incluso la posibilidad, de que, a pesar que no se identifiquen individualmente, eh que el delito ha sido cometido por una persona física en concreto, si se determina que la actividad o la acción ejecutada es un delito, de acuerdo a la normativa del Derecho Penal aun así podría imponerse una pena a las personas jurídicas y aquí entra todo el tema de la especialización, de la persecución de este tipo de delitos de de eh del cumplimiento del plano normativo, que podría exonerar parcialmente o totalmente a esa persona jurídica de imputación. Le digo esto y voy directo a la pregunta, ¿Está preparado el Ministerio Público técnicamente para asumir digamos, este reto de perseguir delitos, imputar delitos, directamente de las personas jurídicas?

LIC GOMEZ: Es una pregunta muy interesante Alejandro, - pausa - desde la nueva administración que tiene el Ministerio Público se ha dado un énfasis enorme a la capacitación continua de cada uno de los funcionarios del Ministerio Público. Las estadísticas así lo han demostrado, desde hace aproximadamente año y medio para acá, los fiscales del Ministerio Público vienen siendo capacitados en muchas materias, inclusive se le da un auge muy especial a la Fiscalía de Providad, Transparencia y Anticorrupción para el tratamiento de estos casos. De que si el funcionario en estos casos del Ministerio Público está preparado o no para este momento, para llevar un caso de estos, me parece que eh solo el tiempo lo va decir, la capacidad intelectual y experiencia que tienen los fiscales ahora, es muy amplia. Hay que recordar que el tema en esos casos de que se podrían llegar a dar de presunción de persona jurídica lo debería llevar me parece que Transparencia y Anticorrupción, hay fiscales sumamente preparados con un bagaje bastante amplio, sin embargo, Alejandro considero que eh, en un primer paso, vamos a ver

que nos va a dar la persecución de estos casos, eh solo el tiempo nos lo va a decir, lo que si te puedo decir Alejandro, es que el Ministerio Público se ha preocupado ampliamente de una manera enorme sobre la profesionalización de sus funcionarios y ya saliéndose un poco no solo del Ministerio Público, a nivel de Poder Judicial, se perfectamente que me pregunta sobre la Fiscalía pero adentrándome un poco más en lo que a Poder Judicial se refiere, la capacitación tendría que ser en este caso no solo también para funcionarios del Ministerio Público, sino la defensa, sino los mismos jueces de la República. Hay que recordar que es un tema absolutamente novedoso, es un tema de persecución de personas jurídicas ante un mismo proceso, en donde vas a tener sociedades anónima investigada, vas a tener personas físicas investigadas, donde vas a tener un actor, posiblemente un actor civil, un querellante, entonces el proceso penal va a ser complejo, entonces yo considero que la capacitación que tendría que darse va a tener que ser a nivel general más integral, no solo funciones del Ministerio Público, sino también jueces de la República y defensa pública. Evidentemente y eso es una cuestión muy personal, para mi, considero que debe ser un mayor auge a nivel de Ministerio Público, porque es quien lleva la actividad persecutoria penal, entonces yo considero que la posibilidad, ojalá que se pueda continuar o más bien encontrar una base de herramientas para que la capacitación de los fiscales del Ministerio Público sean esteee con personas más conocedoras del tema no solo aquí en Costa Rica sino a nivel internacional. Pero yo considero que por la capacidad que tienen los fiscales del Ministerio Público actualmente, perfectamente pueden, la Fiscalía puede llevar, en este caso un caso contra una persona jurídica actualmente perfectamente.

ALEXANDER: Si, además que estaríamos pensando en temas también de presupuesto, verdad? eh tomando en cuenta que en el momento que hablamos de personas jurídica hablamos de sociedad anónima que es el que dedica más, que tiene naturaleza jurídica de ser comerciante. Pero esta nueva ley abre todo un abanico y incluso puso a las asociaciones de desarrollo, las fundaciones, todo este tipo de personas jurídicas, digamos ya entran dentro del plano de poder ser perseguidas penalmente no solo las sociedades anónimas y eso podría requerir, repito un tema también presupuestario, porque muchas veces se aprueba la ley pero muchas veces, o la mayoría de las veces, desgraciadamente no se toma en cuenta el tema presupuestario.

LIC GOMEZ: Si, efectivamente. Yo no quisiera adentrar mucho en el tema, pero si podría decirle Alejandro que concuerdo absolutamente con usted, pero hay que revisar el génesis del asunto,

desde donde es que se empieza a manejar todos esos aspectos. Se podría decir que podría ser desde la Asamblea Legislativa, no solamente, no se trata solamente de crear leyes solo por crearlas aunque algunas sean necesarias, porque usted puede llegar y pensar que crear una nueva ley para perseguir este u otro flagelo criminal es necesaria pero evidentemente hay que pensar en la posibilidad que tiene el Estado para hacerlo, la capacidad económica, usted lo mencionaba, estoy absolutamente de acuerdo, yo no voy a entrar mucho sobre esos temas, pero a mi me parece, que que que si es un tema que hay que analizar muy bien, el tema presupuestario, es bastante importante.

ALEXANDER: Bueno muchas gracias. Le agradecemos al Licenciado Leonardo Gómez Solano la entrevista que nos ha sido concedida que de seguro será una herramienta muy útil a la hora de hacer los análisis correspondientes y un aporte valioso en nuestra investigación sobre la persecución penal de las personas jurídicas en Costa Rica desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. Muchas gracias y buenas tardes.

LIC. GOMEZ: Muchas gracias.

## Entrevista realizada al Dr. Ronald Salazar Murillo

### TRANSCRIPCIÓN

ALEXANDER: Hoy 2 de setiembre del año 2019, eh vamos a entrevistar al doctor Ronald Salazar Murillo eh quien eh es abogado, eh Magistrado de la Sala Constitucional, Magistrado Suplente de la Sala Constitucional, profesor de Derecho Laboral y ha escrito diferentes libros sobre materia penal. Eh vamos a entrevistarle en el tema de eh la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica desde la óptica del Principio de Tutela Judicial Efectiva. Para efectos del trabajo de investigación que estoy realizando en esta materia eh para cumplir con el requisito de presentación de tesis eh de la Maestría Académica en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas, previamente ya el doctor Salazar Murillo ha firmado la autorización para que eh esta entrevista sea utilizada en el trabajo de investigación y le agradecemos mucho.

Buenas tardes, eh, doctor Salazar Murillo.

Dr. SALAZAR: Buenas tardes. Si

ALEXANDER: En este caso de investigación que estoy haciendo, eh, - pausa - quiero conocer su criterio sobre cuáles fueron las consideraciones dogmáticas o de política criminal que determinaron que en Costa Rica se legislaba sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Dr. SALAZAR: Bueno, en realidad el tema de las regulaciones de las personas jurídicas es un tema ya un poco viejo. En otras latitudes, sobre todo en Europa y Costa Rica pues ha estado alejado de todo este tema, digamos, no, en realidad, nunca le ha entrado de lleno al tema de las personas jurídicas y el mundo hoy prácticamente lo mueven las entidades, las grandes corporaciones que han demostrado, digamos a través de sus personeros que tienen políticas direccionadas hacia el quebrantamiento de la ley y a la comisión de delitos, digamos, por ejemplo para decir casos de empresas que notorias como ALCATEL, por ejemplo, con los casos que tuvimos en Costa Rica, que se dedican a sobornar entidades del Estado y pagarle para obtener concesiones como Obederex, Oberex en Suramérica, que prácticamente a todos los países pasó

dejando este dinero, digamos a todos los sujetos de derecho privado, con el fin de obtener este entonces de las entidades públicas contrataciones millonarias. Esto por supuesto ha tenido una incidencia en que se estimara necesario diseñar una política que tratara de sancionar más fuertemente a las empresas que realizaban este tipo de actividad. Entonces bueno, eh el diseño de las políticas criminales es un poco, un tema un poco, como le dijera? Es poco claro, los diseños, a veces no se sabe de dónde viene la Política Criminal, si la fija el Ministerio Público, si la fija el Poder Judicial, si es la Asamblea Legislativa o es la policía por ejemplo. Esta política viene diseñada posiblemente desde, especialmente en el Congreso en donde se crean leyes para eso, entonces, creo que, aunque se supone que los criminales hablan de una tendencia de disminuir el Derecho Penal, lo cierto los que han encontrado en el Derecho Penal tal vez el mecanismo más fuerte para tratar de evitar este tipo de delincuencias.

ALEXANDER: Doctor, ¿Considera usted que desde el punto de vista del Principio de la Tutela Judicial Efectiva las sanciones administrativas que ya existían y que dictaba la nueva legislación eh penal eh, lograba ser efectivas o por el contrario, eran insuficientes para controlar o reprimir la actividad ilícita de las personas jurídicas?

Dr. SALAZAR: Bueno, es un poco difícil decir, eh sobre la eficacia o efectividad, digamos que había de la aplicación de las medidas anteriores, es un poco difícil pero hay que ver que extraña, cuando se ha dejado la aplicación por parte del Derecho Administrativo, las sanciones han sido sumamente leves o han sido, digamos, cómo le dijera?, diluidas de los procesos administrativos, de forma tal que ha sido difícil digamos aplicar sanciones de multas, por ejemplo, por incumplimientos de cierres de empresas, de sanciones, en realidad, es complicadísimo para la Administración aplicar esas multas. Entonces, lo digo sobre todo, porque a los Tribunales Constitucionales llega mucho tema de ese tipo, toda la discusión, digamos, de la aplicación resarcitoria prácticamente de la Administración, llega a los Tribunales Constitucionales, cuestionando todo el procedimiento y todo. De manera que se hace muy lento, yo creo que en realidad el proceso penal si tiene una ventaja y es que si, este, es un proceso muy riguroso, si, pero yo creo que tiene una fuerza mayor que la de la Administración para poder, este, aplicar las sanciones que se crean con el nuevo procedimiento. Que a veces son similares, en algunos casos, pero lo cierto es que uno no ve que las empresas realicen, digamos, se les aplique, por ejemplo la empresas constructoras de carreteras, construyen una carretera con un mal material que no es el

acordado, ese es un fraude al Estado, y usted las ve concursando, siguen concursando, y se les pone el contrato nuevamente, entonces pareciera por lo menos visualmente que las sanciones que se establecieron no eran suficientes para esas, o la aplicación de vía administrativa no fue suficiente para poder digamos visualizar que hay sanciones efectivas para esos incumplimientos o bien fraudes para la Hacienda Pública.

ALEXANDER: Doctor, desde el punto de vista del Principio que las sociedades o que las personas jurídicas no pueden delinquir, o sea *delinquere non potest*, ¿Considera usted que desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal, que es aceptado este rompimiento, este principio en el tanto digamos, la responsabilidad penal está prevista en nuestro sistema para aplicarse directamente a la persona física, en el tema de la voluntad o comisión del delito. Y estaríamos pasando a un elemento de culpabilidad psicológico que se aplica a nivel de voluntad, entre la voluntad y acción de haber cometido el delito a un concepto de culpabilidad normativo, se puede sostener desde el punto de vista dogmático jurídico penal?

Dr. SALAZAR: Bueno, en otras latitudes si lo han hecho, digamos, han llevado un poco más la responsabilidad penal, digamos, el tema de la tesis esa de que las sociedades no delinquen, digamos y el tema del levantamiento del velo, en realidad ya ha ido siendo abandonado, digamos, desde la perspectiva por ejemplo en materia de pensiones alimenticias, si algo hay claro es que ese levantamiento del velo lo hace una realidad, porque lo que hacen es que todas las personas que tienen bienes y societarios, se ingresan hasta ahí y se valora incluso el capital de la persona junto con la sociedad, digamos, que tiene los bienes, entonces ahí es uno de los casos en los que este levantamiento del velo se ha aplicado en múltiples situaciones. En Costa Rica, digamos, este, ese principio, creo que se va rompiendo, este, pero con mucha más lentitud, digamos, eh por ejemplo, en lo que creo es que la persecución penal, especialmente ha sido deficiente porque en otras latitudes, cuando en una sociedad alguno de los personeros realiza una acción o realizan acciones que son delictivas, en otras latitudes, por ejemplo en Estado Unidos de una vez, persiguen a la sociedad y a todos los que son personeros de ella, sea que por acción u omisión permitieran o realizaran por si mismo el hecho delictivo, entonces, aquí en Costa Rica no, se persigue nada más a un personero de la sociedad, la sociedad cambia a ese representante y sigue funcionando feliz de la vida y no hacen absolutamente nada, entonces claro, lo que han hecho los grandes capitales es poner gente en las directivas de las sociedades, si cometen un

hecho en el cual ya todos los capitales saben que están haciendo y le quieren sancionar, cambian y siguen como si fueran un tablero, entonces claro, eso lo que hace es prácticamente este permitir, digamos que, este se den este tipo de delincuencias, tratar de sancionar a una persona, pero digamos, la doctrina moderna, algún sector dice que prácticamente hoy en día cuando las empresas tienen comportamientos que se pueden adivinar es porque hay una tendencia de la sociedad de esa empresa digamos, a dirigir su voluntad a través de sus personeros para cometer el delito. Entonces, por ejemplo, esta empresa suramericana Odebrecht que prácticamente sobornaba todos los estados, a todas las autoridades de los estados, evidencia un comportamiento, una voluntad expresada de la empresa como tal, de dirigir su comportamiento hacia esas formas delictivas, de manera que individualmente, pero también colectivamente se ve que, están actuando de esa manera y de esa perspectiva, creo que habría que cambiar un poco la reglas básicas de que la responsabilidad puede ser personalísima, y dirigirla también a esta forma de voluntad dirigida de la actividad propia de la empresa.

ALEXANDER; Doctor, Costa Rica legisló mediante el decreto legislativo N° 9699 denominado Responsabilidad de la Persona Jurídica sobre Cohecho Doméstico, Soborno Transnacional y otros Delitos, eh hace pocos meses, verdad? y dentro de esta reforma, además de atribuir responsabilidad penal a esa persona jurídica, incluyendo incluso la pena de muerte en relación de que la empresa puede ser hasta disuelta, eh establece, eh un aspecto importante a nivel preventivo, que es el *compliance* o el cumplimiento normativo eh en Europa se establece como un elemento de plusión de la responsabilidad total, aquí se establece mas bien como una posibilidad de aminorar la pena y en Europa es obligatorio y aquí se establece facultativo. A mi criterio esta nueva regulación del cumplimiento normativo, del plan normativo y del plan de diagnóstico y el plan preventivo, usted ¿Considera que puede dar algún fruto en Costa Rica para disminuir la acción de delitos por partes de las personas jurídicas?

Dr. SALAZAR: Si claro, evidentemente, eso es perfectamente posible. Lo que pasa es que las empresas costarricenses particularmente no tienen esa visión digamos de tener un departamento que encargue de cumplimiento, de revisión de los actos y actividades de la empresa para no infringir la ley, lo cual si ocurre con las empresas norteamericanas, y lo sé porque los *sportsbooks* manejan las cuentas que son sociedades que manejan aca y tienen lo que se llaman oficiales de cumplimiento. Esos oficiales de cumplimiento precisamente se encargan de vigilar toda la actividad

de la empresa para decir que se hace y que no se puede hacer, que infringe la ley del país y que no infringe la ley. Entonces claro que hay empresas que tienen previsto ya eso y es una forma ideal, digamos con la cual se podría digamos obligar, digamos a las empresas a tener, para efectos de preveer las actitudes no se salgan del margen de la ley, lo que yo creo es que sería una buena forma, pero no visualizo que en Costa Rica las empresas estén buscando tener un departamento que precisamente se encargue de dirigir o de dictaminar sobre la legalidad o ilegalidad de los negocios como si ocurre con algunas empresas que conozco extranjeras que tienen oficiales de cumplimiento y que esos realizan una labor fundamental para prevenir la comisión de ciertos actos delictivos que podrían dar al traste con la empresa, digamos, llevar a una sanción grande como el cierre, los que se encuentran previstos con la nueva ley.

ALEXANDER: Doctor eh los detractores de esta nueva legislación indican que esto ha sido una agenda externa impuesta por organismos internacionales debido a convenios tratados que Costa Rica ha inscrito, sobre todo de tratados económicos y que no responde a la realidad sociocultural, económica de los costarricenses y que en ese sentido eh responde más a la corriente del populismo punitivo y utilizar el Derecho Penal eh como una herramienta ejemplar pero que no lo está resolviendo eh el problema de la corrupción en Costa Rica. ¿Qué opinión tiene usted al respecto?

Dr. SALAZAR: Dos cosas, primero es cierto que algunas de estas corrientes vienen del exterior, no es secreto que la OCDE ha exigido para seguir colaborando con Costa Rica, que establezca esta legislación, esta y otras más que vienen en camino, de manera que el país se encuentra este, inmerso en una corriente internacional que también obliga a estas cosas. Porque claro el desplazamiento del capital y los negocios con la globalización, exige más o menos alguna uniformidad legislativa en algunos temas en particular, para evitar los paraísos fiscales, por ejemplo, para evitar el traslado de empresas, digamos, que son este digamos, dirigidas a cometer este tipo de delincuencias o fraudes internacionales, entonces quieren como que también el país esté, digamos una especie de inmunizado contra ese tipo de políticas, de manera que obviamente si hay una influencia extranjera, lo que sucede es que mucha de los comportamientos extranjeros al final terminan llegando al país. Recuerdo por ejemplo cuando se hablaba del tráfico de drogas, que era en Colombia, luego se vino para acá y lo tenemos, cuando habían los temas de secuestros y ejecuciones, no estaba aquí pero se vino. Si se advierte que alguna tendencia mundial de la

empresa ha sido esta, pues creo que nos han trasladado esa obligación, digamos de regular y legislar preventivamente digamos, ante posibles este, actividades empresariales futuras. Respecto del tema, digamos, del populismo punitivo, es cierto que hay una corriente fuerte que dice que ahora todo se quiere resolver por la vía de las leyes, solo que en este caso yo creo que los criminólogos estarían de acuerdo con estas leyes, porque normalmente ellos han dicho que la ley penal se ha creado para perseguir al grupo más sector más débil, mientras que aquí lo que se está persiguiendo es al Gran Capitán, entonces yo creo que no estarían tan en desacuerdo en que si se persiga también a los que tienen los grandes capitales, a los que mueven mucho dinero y lo mueven este buscando, digamos este apalancar sus negocios a costa digamos de la misma seguridad jurídica del Estado, entonces son delitos, son delincuencias que se dirigen precisamente a sancionar a aquellas grandes empresas. Curioso que es la versión del populismo punitivo, cuando se trata de sancionar conductas que ponen en riesgo, relativamente violentas, que ponen en riesgo también la sociedad, pero que van dirigidas a sectores menos favorecidos de la sociedad, este particularmente tiene eso. Claro no podés escaparse tampoco de que tal vez ponemos demasiada fe en la ley, en la ley penal particularmente, de que esto va a ser una solución, creo que a nivel general si viene a completar una deficiencia que creo que hemos tenido porque las regulaciones administrativas de sanciones creo que no han cumplido el fin para el que estaban propuestas.

ALEXANDER: Muchas gracias al doctor Salazar Murillo, seguro estoy que esta entrevista y el material que usted no ha suministrado será muy valioso para el análisis del trabajo de investigación que estamos realizando, estamos llevando a cabo. Muchas gracias y buenas tardes.

Dr. SALAZAR: Muy bien con mucho gusto.