

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: PENALIDAD DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

RESUMEN: A lo largo del presente informe investigativo, se aborda desde un punto de vista eminentemente doctrinario, el tema de la aplicación de la ley penal a los delitos económicos. De esta forma, se examinan algunos temas relacionados con la criminalidad empresarial, así como con las distintas teorías existentes en torno a naturaleza del sujeto activo de la figura delictiva en cuestión. Por último, se incorpora un extracto donde se analiza el tema de la persecución penal de los delitos no convencionales, así como su efectividad.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. La Criminalidad Empresarial.....	2
b. Teorías acerca del Sujeto Activo del Delito.....	8
c. La Persecución de los Delitos No Convencionales.....	14

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. La Criminalidad Empresarial

[ROJAS SALAS, Manuel]¹

"El creciente fenómeno de la denominada "criminalidad empresarial" o criminalidad de empresa, constituye sin lugar a dudas una de las preocupaciones de los estudiosos del Derecho, en razón precisamente de su complejidad y de las dimensiones que ha adquirido en el mundo moderno, en que las relaciones jurídicas y económicas tienden a entrecruzarse entre sí y en atención a las distintas ramas del Derecho que resulta necesario tener en cuenta a la hora de su análisis.

Previamente a todo análisis, estimo formal iniciar el presente artículo con una definición de lo que debe ser entendido por empresa, a efectos de tener una conceptualización, como una especie de punto de partida, aunque sin pretender con ello agotar la discusión, en lo referente a su significado.

Estimo apropiada la siguiente definición, que a mi juicio simplifica y al mismo tiempo comprende los aspectos más significativos de lo que se entiende o debe ser entendido en el mundo de hoy como empresa: "organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado".

La palabra organización nos sugiere, como su nombre lo indica, una serie de situaciones preestablecidas, en las que lógicamente intervienen sujetos o mejor dicho personas físicas, con el fin de garantizar su adecuado y óptimo funcionamiento. Ahora bien, dentro de tal funcionamiento, no puede ni debe escapar a la perspectiva del Derecho Penal, la posibilidad de que se cometan hechos delictivos por parte de los sujetos que operan el sistema u organización empresarial, máxime si tomamos en cuenta que la situación de la empresa la ubica dentro de un contexto básicamente de carácter económico y que en el contexto actual, la mayor parte de los delitos, por no decir todos, llevan implícito de manera directa o indirecta el aspecto de carácter económico. Solo excepcionalmente podríamos encontrar algún hecho delictuoso que no persiga una ulterior finalidad de tipo económico: ejemplo, el homicidio pasional.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

A partir de la anterior definición, la criminalidad de empresa vendría a ser la suma de los delitos con contenido económico que se cometen a través o teniendo como medio la actuación empresarial, debiendo diferenciarse entonces cuando se actúa valiéndose de la estructura empresarial y cuando algún o algunos colaboradores de la empresa causan un daño a la empresa misma o a otros de sus colaboradores, ya que entonces estaríamos hablando de lo que la doctrina alemana ha denominado criminalidad en la empresa. Los seres humanos que intervienen en una empresa tienen diversas labores y funciones por desarrollar dentro de su estructura organizativa, siendo muy difícil que coexistan diversos sujetos con igual función. Esta división del trabajo hace que un determinado resultado, comprenda "la realización de una pluralidad de actos ejecutados por distintos sujetos en el ejercicio de una 'competencia' que es solo fragmentaria con respecto a la actividad total de la empresa".

Tal pluralidad de actos supone un serio problema para el Derecho Penal e igualmente para el juzgador y el investigador, cuando se les pone en conocimiento un hecho aparentemente delictivo, perpetrado a través de la realización de una actividad empresarial, en donde precisamente la misma actividad es la que ha servido como medio y como fachada para la perpetración del aparente delito. Es un hecho notorio que la multiplicidad de intervenciones y de intervinientes en un determinado proceso, dificulta enormemente la investigación y al mismo tiempo tiende a que se diluyan las responsabilidades de las personas físicas, aparte de que existe una enorme dificultad "... de probar que los individuos hayan tenido una intervención en el correspondiente hecho criminal, pues con frecuencia no existirá una constancia documentada, verbigracia, en los libros de actas de las correspondientes juntas o consejos de administración, de unos actos o votaciones que acrediten la clara comisión de un hecho delictivo; dificultades que explican el que en la práctica con frecuencia se acuda a pruebas de valor mecamente indiciario..."⁴ La prueba directa resulta ser excepcional en estos casos, máxime si se toma en cuenta que muchos aspectos de la discusión y deliberación, ostentan el carácter de "secreto".

En múltiples ocasiones, se tiende a ver los actos de los sujetos intervinientes, como si se tratase de acciones aisladas, concepción que usualmente puede incidir de modo negativo en cualquier investigación que se realice respecto de un hecho aparentemente delictivo perpetrado mediante una estructura empresarial o jerarquizada.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Un aspecto que no puede dejarse de lado es que siempre que nos encontremos ante una organización que encuadre dentro de la calificación de "empresa" (según la definición dada anteriormente) habrá una estructura, circunstancia que es determinante en el planteamiento y resolución del problema que se presenta a la hora de sentar las responsabilidades penales del caso. "Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarcan, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior."

Tales ámbitos de competencia en el seno de una estructura jerarquizada implican que en el ámbito estrictamente de ejecución de las conductas, la más relevante, a primera vista, resulte ser la del empleado subalterno, que usualmente tiene una baja posición en la mencionada estructura. Tal situación puede dar lugar a que se imponga una sanción penal a quien ha actuado bajo el amparo de una estructura de poder y en cumplimiento de las órdenes de sus superiores, dejando al abrigo de la impunidad a quien o quienes se encuentran situados por encima de ellos y que, usualmente son de quienes han partido las órdenes ejecutadas por los que deben obedecer, con lo que "...se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica".

Si se tiende a ver únicamente la conducta de los sujetos situados en la parte inferior de la organización jerárquica y se busca la imposición de sanciones a tales personas, en definitiva quedarán por fuera otros sujetos, en virtud de que pasarán a engrosar la denominada "cifra negra de la criminalidad" quienes se encuentren detentando el control máximo de la entidad empresarial. Lo anterior implica que "en casi todos los casos, con las estructuras tradicionales de imputación no se pueda llegar a los resultados condenatorios que la conciencia social pudiera exigir, por lo que la jurisprudencia ha tendido a 'flexibilizar' y a dotar de un nuevo contenido a esas estructuras, en lo que un importante sector doctrinal ve un alto riesgo de abandono de principios limitadores del 'ius puniendi', fundamentalmente el de responsabilidad individual, intervención mínima y 'última ratio'".

Ahora bien, el problema referente a la individualización del posible autor o autores, tiende a complicarse aún más cuando nos encontramos ante consorcios o grupos de empresas, ya que el eje central de las decisiones se encuentra muy alejado del punto de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ejecución, y llega, podríamos decir, a su grado superlativo cuando las empresas involucradas y agrupadas son de distintos países, surgiendo aquí la figura de la empresa multinacional que opera indistintamente en diversos lugares, por encima de las fronteras, usualmente con disparidad de regulaciones o con muchas regulaciones provenientes de los distintos ordenamientos. No puede sin embargo olvidarse que aunque no exista una unidad orgánica formal entre los intervinientes, resulta clave la actuación encaminada en una determinada dirección, puesto que el concepto de empresa es básicamente funcional, antes que formal.

Dentro de toda esta problemática, deben resaltarse los principios que rigen la organización del proceso productivo en la actualidad, que son: a- Principio de división técnica del trabajo y de especialización: cada sujeto interviniente asume una competencia funcional en un momento determinado; b- Principio de complementariedad: el aporte de cada sujeto resulta complementado con el de los restantes que intervienen; y c- Principio de jerarquía: las actuaciones de los sujetos se ven sometidas a un centro común o dirección, que asume lo relativo a la configuración del proceso productivo, selección del personal, coordinación del proceso y control de calidad, sin que haya obstáculo para la delegación de alguna de tales funciones.

Pensemos por un momento y a modo de ejemplo, en que (tal y conforme sucedió hace algunos años en España) se ponga a la venta un producto de utilización para la preparación de alimentos, específicamente aceite, que NO DEBÍA SER DESTINADO A CONSUMO HUMANO, sino únicamente a la realización de actividades industriales, en razón de que se encontraba tratado con una sustancia que resultaba venenosa para el organismo humano. La investigación de tal caso necesariamente debió remitirse al análisis del proceso de fabricación y distribución de los productos de consumo en la sociedad y mercado españoles, ya que normalmente el productor o en su caso el distribuidor en territorio español resulta ser una empresa en la que trabajan muchas personas, bajo una organización jerarquizada (y usualmente bastante compleja), aspecto que en definitiva, a la postre, viene a dificultar el análisis del punto, a la hora en que se pretenden sentar las responsabilidades penales.

Conforme se ha expuesto, el problema básico y fundamental radica, no en la posible responsabilidad de quienes figuran como ejecutores directos de la acción, sino en la de aquéllos que no intervienen directamente en tal ejecución y que han provocado o bien favorecido el hecho. En primera instancia podría pensarse en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que resultarían ser partícipes del hecho, con el inconveniente de que tal calificación resulta ser inconsistente con la actuación de dominio total del acontecimiento, por encontrarse en posesión de la información completa relativa al hecho. Los criterios con los que se debe entrar a valorar la conducta penalmente relevante, son los mismos tanto en el caso de comportamientos dolosos como si nos encontráramos ante conductas culposas o imprudentes, ya que según señalan algunos autores, existe una tendencia importante a nivel jurisprudencial de considerar que el sujeto que actúa con dolo responde de cuanto alcanza su conocimiento y que sólo cuando falta tal elemento, resulta posible empezar a distinguir entre los ámbitos de responsabilidad de los restantes sujetos intervinientes.

Es indudable que debe buscarse el mecanismo adecuado, desde el punto de vista jurídico penal, a efecto de lograr la efectiva sanción de quienes se hallan situados en la cúspide de la pirámide y ostentan una alta jerarquía. En esta búsqueda sin embargo, no puede perderse de vista que se puede caer en los extremos de llegar al establecimiento de una responsabilidad objetiva, peligro que se corre cuando tratamos de llegar hasta quien no ha ejecutado directamente la acción delictuosa, pero que mantiene en todo momento los hilos conductores de la misma.

Para lograr lo anterior, en criterio del suscrito, debe recurrirse a la denominada posición de garante de dichos sujetos, en razón del dominio que ejercen por su condición de superior y de su poder de mando sobre los trabajadores y restantes empleados, ya que el superior, en virtud de la jerarquía resulta ser igualmente garante por las acciones de sus subordinados. Esta solución nos parece la más adecuada, ya que resultaría desde todo punto de vista, impensable, una sanción para una conducta activa, que en la mayor parte de los casos, la ha desarrollado el empleado de rango jerárquico inferior, como último eslabón de la cadena. El dominio del superior se hace efectivo a través del derecho de dirección e igualmente en el manejo de información relativa a la empresa, que en muchos casos es de carácter estrictamente confidencial, teniendo acceso a ella un escaso número de individuos.

La doctrina ha determinado que la criminalidad empresarial viene a constituirse en "... un medio especialmente apto para superar las dificultades que ofrece la imputación de un delito de comisión, la estructura de la comisión por omisión. En virtud de esta estructura, podrá estimarse que cometen el correspondiente delito por omisión los referidos hombres de detrás, superiores jerárquicos, que no impiden que éste se produzca, cuando ello

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sucede en el ámbito de su competencia y podían y debían, siempre según los términos del compromiso adquirido de controlar los correspondientes factores de riesgo, evitar su producción".

Cabría preguntarse de dónde surge la posición de garante del superior jerárquico. A ello habría que responder que proviene del compromiso asumido desde el momento en que se ve inmerso dentro de la estructura empresarial o institucional y acepta el cargo que se encuentra desempeñando. A partir de ese momento el sujeto asume frente a los demás y frente a la empresa o entidad misma, un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan dimanar de las personas o cosas que les resulten sometidos en virtud de su posición, alcanzando tal responsabilidad precisamente hasta el punto en donde el hecho resulte ser una expresión de esa posición de dominio del grupo. Como contrapartida de ello, bien puede afirmarse que igualmente, si el sujeto subordinado actúa enteramente por su cuenta, ello no puede ser atribuido al superior, que no responde por ningún hecho que pueda ser considerado excesivo. La situación de dominio del jerarca o superior, aparte de la situación excepcional, antes mencionada, resulta ser permanente ante la descentralización, "... porque sólo en el escalón más alto de la jerarquía, o sea, en la dirección de la empresa, se solapan el poder legal de mando y los diferentes canales de información, de modo que aquí- al menos desde un punto de vista teórico- se encuentra incluso la forma más intensa de dominio". En el Derecho costarricense, la posición de garante se encuentra establecida de modo expreso en el artículo 18 del Código Penal, señalándose la responsabilidad de quien no evitó el resultado lesivo, si se encontraba jurídicamente obligado a ello.

Pese a lo expuesto, la realidad indica que una dirección y control "absoluto" en una empresa o entidad jerarquizada, resultan imposibles en la actualidad, ya que en la realidad ocurre que hay empresas en que la organización resulta absolutamente deficiente y la lesión al bien jurídico puede suscitarse aun en el caso de un cumplimiento apropiado de los mecanismos de control por parte del jerarca o de los jefes. Podemos decir entonces que la posición de garante, en el seno de una empresa o entidad, vendría a ser una especie de compromiso frente a determinados riesgos y en razón de bienes jurídicos determinados, que implicará en su momento la necesaria asunción de determinadas medidas, como responsabilidad del superior, que de no hacerlo, puede con ello incurrir en un delito de comisión por omisión, ya que precisamente la deficiencia en los sistemas de control viene a favorecer la comisión de hechos ilícitos y dificulta la determinación de la responsabilidad penal. Esto implica, que lo fundamental para determinar la posición de

garante, conforme se afirma en la doctrina "... es el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia, y no su ostentación formal". Si en definitiva, el jerarca o los jefes han dado pleno cumplimiento a las obligaciones que se desprenden de la normativa que regula sus funciones (que viene a resultar esencial examinar, para aclarar el panorama con que se cuenta), y a lo que se encuentran obligados y pese a ello se produce el resultado, deben verse libres de toda responsabilidad penal."

b. Teorías acerca del Sujeto Activo del Delito

[ZELEDÓN L., Ana Karina]²

"En criminología se habla de las cifras negra y dorada de la criminalidad. La "negra" se refiere a la delincuencia convencional impune (comisión de hechos penalmente sancionados que, por alguna razón, no llegan a penarse). La cifra «dorada» es la delincuencia de cuello blanco, la cual se ha dicho es cometida por "criminales que detentan el poder político y lo ejercen impunemente, perjudicando a los ciudadanos y a la colectividad en beneficio de su oligarquía, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en perjuicio del conjunto de la sociedad".

La característica primordial del sujeto activo, según esta definición, es el poder, económico o político, ostentado por una persona, del cual abusa cometiendo un ilícito en perjuicio de la sociedad. Esto es cierto, pero no absoluto. Existen otros elementos en el fenómeno:

También hay quienes no tienen una posición de poder o de mando importante real, sino que por su actividad económica pueden llegar a imponerse sobre los demás a través de una actuación que encuadra dentro de la delincuencia económica, aunque que quizás en forma poco sofisticada.

Nos referimos a quienes realizan, por ejemplo, las conductas tipificadas como delitos en la actual e inoperante "Ley de Protección al Consumidor". Nuestros juzgados penales están atascados de denuncias por especulación, cuyos expedientes no caminan porque la ley está impugnada ante la Sala IV.

En estos casos, las denuncias son contra el pulpero, el carnicero, el vendedor de helados, por agregarle unos cuantos colones al precio de venta de sus productos.

Son hechos comparativamente insignificantes, pero son los únicos que llegan a nuestros tribunales.

El verdadero, grave e insoluto problema es cuando se cometen

hechos en los cuales están de por medio millones de colones y los daños son muchísimo mayores, aunque no siempre fácilmente perceptibles. Además, aparece la figura de personas jurídicas (empresas) como "autores" de delitos, lo cual constituye un verdadero reto para el Derecho Penal de nuestros días.

A. Personas jurídicas: ¿Pueden ser penalmente responsables?

En la mayoría de los países con sistemas romanistas es inconcebible la posibilidad de que una persona jurídica cometa un delito. El principio *societas delinquere non potest* supone que sólo puede ser penalmente responsable una persona física. Esta es la única con capacidad cognoscitiva y volitiva requerida por el Derecho Penal para poder imponer una pena. La persona jurídica carece absolutamente de esa capacidad.

Para el combate de la delincuencia económica este principio es inmovilizador pues "...las restricciones vigentes respecto de la responsabilidad en las personas jurídicas y las manipulaciones de éstas no sólo han limitado la probabilidad de que se las condene, sino que cuando hay condena suele recaer sobre empleados de niveles inferiores, y no sobre los altos cargos que habitualmente alegan ignorancia del hecho o los hechos encausados...".

Es necesario superar el principio *societas non delinquere potest*. Para ello hay que replantear los postulados básicos del Derecho Penal, no para alterarlo en relación con personas físicas, sino para elaborar otros con el fin de encuadrar en el fenómeno de la "persona jurídica delincente". Es imperante porque dado el riesgo que representan la dispersión de la responsabilidad y la frangibilidad del personero como una inminente impunidad del hecho, al menos la sanción podría recaer en la empresa de la cual emanó el ilícito.

Muy someramente, procedemos a analizar diversas teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica. Nuestro objetivo es poder fundamentar su potencial criminal y su responsabilidad penal.

1. Teoría de la Ficción

Las personas jurídicas, según esta teoría, no existen en realidad. Son ficciones creadas por el Derecho para referirse a entidades destinadas a cumplir ciertas finalidades establecidas en su pacto constitutivo. Según esto, no es posible sancionarlas por hechos penalmente ilícitos porque:

- a) Si son "creaciones" para ciertos fines -al transgredir prohibiciones ya no cumplen con el fin para el que fue "creada" Por tanto, la "creación" cesa.
- b) Las conductas punibles sólo son de personas físicas.

c) Aún si se admitiera la sanción a la persona moral, los destinatarios finales serían las personas físicas titulares del patrimonio social.

Esta tesis, en nuestro criterio, es inaceptable porque siguiéndola sería imposible, incluso, responsabilizar civilmente a una persona jurídica.

2. Teoría de la personalidad real

Las personas jurídicas no son entes reales. El Derecho reconoce una realidad que ya está dada de antemano. La "actuación" de la persona jurídica se explica a partir de esta concepción en dos teorías:

a. Teoría de la representación necesaria

Asimila la persona jurídica a la física incapaz, por lo que necesita de representación legal. El representante actúa a nombre y por cuenta de la persona moral, así que sus actos siempre pueden ser repetidos a ésta. Pero en realidad no son actos del ente, sino del representante, pues como dice don Víctor Pérez "la actividad productora de la figura jurídica primaria es siempre actividad del representante lo cual equivale a negar que el acto sea de la persona jurídica, a pesar de que los efectos de éste le puedan ser atribuidos..."

b. Teoría del órgano

Esta tesis, a diferencia de la anterior, señala que existe un sujeto autónomo, la persona jurídica. La actividad del órgano siempre es actividad de la persona moral y sus efectos se le imputan a ésta. Por medio de la imputación no sólo de efectos jurídicos, sino de figuras jurídica primarias, "el acto, además del efecto, es atribuido a la persona jurídica, en el ámbito de la cual ha actuado el órgano..."

Si bien es cierto que la capacidad de imputación de figuras primarias no se puede equiparar a la capacidad de actuar, pues precisamente se ha desarrollado para suplir esa inidoneidad natural de la persona jurídica, la teoría del órgano permite proponer la responsabilización penal si se establecen los principios que ello requiere.

Ello no excluye la posibilidad de sancionar concomitantemente al personero, cuando ello se pueda hacer de acuerdo con las circunstancias de hecho que se presentan.

En todo caso, ¿qué ventajas puede tener el llevar a una persona jurídica como imputado en un proceso penal? En realidad se pretende:

No ir a la vía administrativa pues en ella es más factible la intromisión de intereses económicos y políticos que pueden formar una barrera que impida sancionar efectivamente a los culpables. El Poder Judicial nos puede dar, en principio, mayor imparcialidad.

Por tratarse de asuntos de interés público y la lesión de bienes jurídicos que trascienden lo individual, su investigación, juzgamiento y sanción son de interés público.

El ir a la vía penal y ser juzgado públicamente puede ser un buen contraestímulo a la delincuencia económica (aunque puede ser asimismo, un aliciente para desarrollar más sofisticadas formas de impunidad).

B. Personas físicas: ¿puede superarse la dispersión de la responsabilidad en la cadena de mando?

Para lograrlo se han propuesto varias teorías:

1. Autoría mediata

Consiste en "atribuirle a alguien un efecto, si conforme a las circunstancias, ha logrado que otro ejecute el hecho mientras que el primero domina la situación.

En esta hipótesis el autor mediato utiliza a otro individuo como simple medio para realizar el ilícito. Aquél, además, controla el acontecimiento mientras que el agente -medio o directo, no. Este último desconoce lo que hace, al menos su antijuridicidad.

No obstante, no siempre es cierto que el jerarca tiene un verdadero control sobre la situación y establece sólo las estrategias y objetivos generales.

Al respecto dice MALAMUD que si el subalterno sí sabe lo que hace o puede conocer la antijuridicidad de lo ordenado, sí podría hablarse de autoría inmediata por parte del subalterno, pero habría un tremendo problema para determinar la situación jurídica del jerarca.

Nuestra posición es que en este caso, si hablamos de autoría inmediata por parte del subalterno, podríamos hablar de instigación por parte del jerarca. También si existieran tipos adecuados podrían considerarse situaciones totalmente separadas, ya que cada sujeto realiza un tipo distintivo y por ende se cometieron delitos independientes pero no aislados.

2. Omisión impropia (responsabilidad indirecta)

Consiste en "responsabilizar a alguien por la producción de un resultado al no intervenir un curso causal, cuando las circunstancias así lo hubieren requerido: el autor queda vinculado a la consecuencia como si la hubiera provocado directamente..."

Esta tesis presupone la existencia de un "deber de actuar" muy genérico. Si se construyera un tipo responsabilizando al jerarca porque se produjeron daños al orden económico, por ejemplo, debido a su no intervención oportuna para evitarlos, podríamos estar ante un tipo demasiado abierto que probablemente violaría el principio de tipicidad.

Para aplicar la figura de la omisión impropia, habría que establecer a nivel legal o contractual un deber de actuar del jerarca, lo suficientemente claro para que su omisión sea punible. Asimismo, debe agregarse el requisito de que el omisor tenga el dominio del hecho, de tal manera que sepa que no hay forma de evitar el ilícito a menos que él actúe. Con esto el tipo sería suficiente.

Este extremo lo confirma MALAMUD cuando dice que: "no basta, de esta suerte, que el autor sepa que tal o cual hecho -genérico- está siendo llevado a cabo: es necesario que sepa cómo es que se desarrolla y, al mismo tiempo, que está colocado en posición real, física de modificación del curso de los hechos..."

3. Responsabilidad objetiva

Se ha hablado también de una forma de responsabilidad objetiva del jerarca respecto de los actos de sus subalternos. Así, si por culpa in eligendo o in vigilando del superior se produce un daño efectivo o una lesión al bien jurídico tutelado, podría justificarse la sanción.

Sin embargo, esto riñe con el principio del nullum crimen sine culpa o de culpabilidad, a menos que acudamos a la explicada figura de la omisión impropia y al establecimiento de un deber de vigilancia que abarque desde la Junta Directiva u otros órganos ejecutivos hasta los demás puestos que de alguna manera tengan poder y ejerzan control sobre otros.

De esta manera, la sanción no se impone por la producción de un daño con una presunción absoluta de culpa como lo es la responsabilidad objetiva. La sanción recae en el individuo que teniendo un deber que cumplir, no lo cumple y consecuentemente hay daño. Con esta posición no se violaría el principio de culpabilidad.

C. El delincuente de cuello blanco

El estadounidense Edwin Sutherland fue el primero en elaborar la idea del delincuente de cuello blanco. Para él un malhechor de este tipo es "una persona de alto nivel socioeconómico que viola la ley penal en el desarrollo de su actividad profesional..."

Sutherland demuestra que la delincuencia no sólo existe en las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

clases marginales. Pero sin duda, en los estratos privilegiados asume características tan particulares que a los ojos del ciudadano común, pueden presentar el hecho como lícito.

Aquellos sujetos que aquí hemos llamado "jerarcas", que tienen dominio del hecho y son ya sea instigadores o autores de delitos de omisión impropia, son los que podríamos llamar de "cuello blanco". Estas personas, casi siempre elegantes y de alto nivel social, son las que cometen los delitos económicos, junto con la empresa para la cual laboran o a la cual representan.

Pero gozan de un hálito de responsabilidad y honorabilidad. Se les considera socialmente adaptados, mientras que al delincuente convencional se le dice que es un desadaptado social. Los delincuentes de cuello blanco tienen esta "imagen de honorabilidad e integridad que cuidan muchos de crear y mantener, y les facilita la relación con grupos de poder como la judicatura o el gobierno. A consecuencia de ello, va adquiriendo poder e influencia que utilizan después para la satisfacción de sus intereses personales..."

Quien delinque económicamente no es socialmente reconocido como un agresor del orden jurídico. Más bien, se le considera extremadamente hábil en los negocios, audaz, inteligente y además emulable.

Con esto, existe poca reacción social contra este tipo de delincuencia aunque sus resultados dañinos sean inmensos. La mayoría de los delitos carecen en el nivel de la opinión pública de un "crime appeal" (ser reconocidos como delitos), debido a la posición del autor y la apariencia externa de licitud.

Asimismo, los medios de comunicación suelen manejar un "falso delito de cuello blanco". Son infracciones "cometidas por funcionarios, profesionales o empresarios de categoría inferior que representan la ilusión de que estos hechos que pueden ser perseguidos y sancionados..."¹⁸. Pero en realidad, se oculta al verdadero delincuente de cuello blanco permitiendo su impunidad.

Se hace necesaria buena información y educación para combatir la delincuencia de cuello blanco, entre ella la económica. El ciudadano debe conocer verdaderamente sus derechos y cómo funcionan sus mecanismos de protección. Además, debe barajarse el concepto de que no sólo existe la delincuencia de bajos niveles sociales. Los "estratos dorados" de la sociedad también presentan patologías criminales que deben ser reconocidas como tales y combatidas."

c. La Persecución de los Delitos No Convencionales

[MAIER, Julio]³

"Con lo expresado hasta aquí podemos contestar a la pregunta del título con una respuesta que ya habrá sido cifrada como obvia: el proceso penal "convencional" no es eficaz para la persecución de los delitos "no convencionales". Entonces, evidentemente, nos preguntamos: ¿cómo debe ser un proceso penal eficiente para ello? La respuesta, según mi opinión, está en la redistribución de roles entre víctima y ministerio público, en la redefinición consecuente de sus participaciones procesales, y en la reíbrmulación misma de la etapa preliminar del proceso. Esta nueva imagen del proceso penal debe surgir de la combinación de los mecanismos necesarios para asegurar realmente el cumplimiento de los fines esenciales del proceso: 1) imponer la pena al culpable, es decir, lograr el restablecimiento de la paz jurídica a través del proceso penal (se aplica la ley penal según el resultado de la averiguación de la verdad, salvo el acuerdo entre los involucrados para encontrar otra salida al conflicto, en los casos en que la ley lo admita); 2) proteger al inocente contra los abusos del poder penal del Estado; y 3) respetar la dignidad de la persona del imputado. Estos, y no otros, han sido los fines perseguidos por el Estado iluminista. Sin embargo, como ya se ha señalado, estos objetivos no fueron nunca alcanzados en su totalidad porque, en realidad, nunca se pretendió lograrlo realmente. Por ello, más allá de todas las discusiones sobre la crisis del sistema procesal y su futuro, de lo que se trata es, simplemente, de completar una tarea inconclusa: doloar al poder penal del Estado de un proceso penal acusatorio, único modelo que, hasta tanto se descubra otro, está en condiciones de cumplir cabalmente con esos objetivos. La tesis de la literatura, según la cual no es posible construir un modelo procesal puro que responda con fidelidad a solo una de las formas externas de proceso que se dieron en la historia, dado que esa forma pura sólo puede existir en los rígidos esquemas teóricos, pero nunca en la realidad dinámica", ha sido suficientemente refutada por una praxis de casi doscientos años de proceso penal inquisitivo puro, disfrazado de mixto o inquisitivo-reformado (europeo-continental). Esa praxis demostró que la convivencia de elementos acusatorios e inquisitivos en un mismo régimen procesal era, precisamente, pura ilusión. El modelo inquisitivo se había fagocitado literalmente cualquier componente acusatorio. Durante la vigencia del proceso mixto la instrucción (inquisitiva) se devoró al juicio (inclusive seculo-acusatorio) y con ello la prisión preventiva reemplazó a la pena. El sistema es inquisitivo puro. ¿Por qué no poder pensar, entonces, en un sistema acusatorio puro?

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Y aquí entra en juego la tesis de Maier. El modelo acusatorio no se puede permitir una investigación preliminar formal, jurisdiccional o no. El proceso penal sólo puede comenzar con el juicio promovido con la acusación. Antes de ello no puede existir acto oficial alguno ni del ministerio público ni de los órganos jurisdiccionales. El modelo acusatorio no se puede permitir un acusador que cumpla, en el proceso penal, una función que no sea la de acusar y llevar adelante su demanda ante la justicia, desde la iniciación del juicio hasta la cosa juzgada. Si se comprende estas reglas básicas, se entenderá entonces, también, cuáles son las formas que debe desarrollar el proceso penal para realizar sus objetivos. La idea, originada en la hora revolucionaria, de preservar algunos caracteres inquisitivos para asegurar la vigencia del sistema de la acción pública, anuló la pretensión de otorgar un proceso penal acusatorio al Estado moderno. Hoy debemos retomar el camino abandonado por el derecho procesal penal europeo-continental definitivamente a partir de 1808.

El proceso penal acusatorio reconoce una estructura sencilla y, si se quiere asegurar su plena vigencia y efectividad, no se puede admitir cuerpos extraños en ella: el acusador, que ejerce la pretensión punitiva; el imputado, que la resiste; y el tribunal que, como árbitro, organiza el proceso y decide la contienda. Es claro que este modelo, por lo demás aquí bien simplificado, es similar al esquema básico del proceso civil. Y si bien esta asimilación ha sido tradicionalmente criticada, por resultar impracticable en el marco de la obligatoriedad de la persecución penal pública, lo cierto es que las nuevas tendencias de reforma del derecho procesal penal hablan ya de una mayor participación de la autonomía de la voluntad en el escenario del proceso o, inclusive, de la "reprivatización" del proceso, razón por la cual la reestructuración del proceso penal cada vez más como un proceso de partes debe ser bienvenida, aunque una de las "partes", la fiscalía, presente todavía algunos elementos ajenos a ese concepto, producto del sistema de la acción pública. Esta asimilación del proceso penal al civil es también una consecuencia de la vuelta al pasado que significa el regreso a un proceso acusatorio más puro: "en la antigüedad no encontramos ninguna diferencia entre el proceso penal y el civil".

B. Más allá de lo que el camino de la reforma le depara al proceso penal en general, para los delitos llamados "no convencionales" no podrá ser el ministerio público, al menos en todos los casos, quien se ocupe de llevar adelante una acusación, porque ya ha fracasado, históricamente, en esa tarea. Ante ello, la salida más razonable es investir del poder de persecución penal a aquellas personas que tengan con el hecho una relación suficiente como para

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

estar en la mejor posición posible frente a la preparación y mantenimiento de un juicio destinado a aplicar una pena en virtud de ese delito.

Tradicionalmente se ha justificado la etapa instructoria del proceso penal, también, con el argumento según el cual, por ser el Estado un extraño al conflicto por el que debe acusar obligatoriamente según el sistema de la acción pública, entonces, necesariamente, debe realizar una investigación preliminar para enterarse del caso, decidir si lo va a llevar a juicio y, en tal caso, preparar su acusación, la prueba, etcétera. Por ello, si se quiere superar la instrucción formal, es preciso prescindir de este problema de la "ajenación del ministerio público al conflicto concreto" justificador de la instrucción. Entonces, si la preparación del caso penal (acusación) 'quiere' el Fiscal -conocen mejor el conflicto porque lo han sufrido o porque son organizaciones dedicadas a la problemática del conflicto o a la defensa colectiva de los intereses afectados por él, la investigación preliminar pierde una de sus excusas.

A la vez, si la preparación del juicio queda en manos de los directamente afectados o de los representantes de los afectados, también pierde sentido la formalidad de la instrucción, nacida, precisamente, para evitar, a través de procedimientos rígidos, los abusos de un Estado todopoderoso encargado de la investigación.

En el ámbito de los delitos tradicionales que afectan intereses estatales (p. ej., en los fraudes contra el sistema financiero público, en los delitos tributarios, etcétera) existen organismos gubernamentales que regulan la actividad afectada, que reciben el daño provocado por esos hechos punibles y que, por esto último, lo detectan y denuncian. Estos organismos son quienes cuentan con mejores posibilidades para llevar adelante una acusación efectiva. Ellos deben reemplazar al ministerio público en la persecución penal de los delitos que los afecten. Hasta hoy, tradicionalmente, en la escena del proceso sólo se los ha admitido, a lo sumo, como parte acusadora privada (?) junto al ministerio público. Empero, cuando que, en verdad, son organismos públicos que, aunque resulten directamente afectados, defienden el mismo interés (estatal) que la fiscalía, ya por las reglas normales de la unificación de personería, el tribunal debiera desplazar a alguno de estos dos acusadores. La literatura indica, unánimemente, que ante este conflicto, el tribunal debe preferir, de entre todos los acusadores, a aquel que reúna las mejores condiciones y capacidades para llevar adelante la pretensión punitiva.

Pero también hay organizaciones no gubernamentales que, sin

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

embargo, están en una posición muy superior al ministerio público para acusar por los "delitos no convencionales" que afectan los bienes o intereses que ellas -representan. A veces, incluso, esas organizaciones tienen mayor "capacidad" para acusar que la propia repartición estatal encargada de tutelar el mismo interés. Así sucede, p. ej., con las organizaciones no gubernamentales que combaten la destrucción del medio ambiente, ya que los gobiernos, por razones económico-sociales, siempre tienen compromisos con los autores de estas conductas.

Entonces, lo atinado sería que las organizaciones gubernamentales, o las no gubernamentales, que ocupen una especial posición de gestión, control o defensa del bien o interés afectado por el hecho -esto es, una mayor capacidad en relación con él-, sean las encargadas de llevar a juicio los casos que afecten a esos bienes o intereses, desplazando al ministerio público. La inmediata relación con el bien o interés afectado y el mejor conocimiento de la problemática en discusión, dejan a estos organismos en una situación inmejorable para impulsar la pretensión punitiva. La "desconfianza de la honestidad del extraño" al ministerio público o al poder judicial, así encargado de la persecución, 110 puede ser un argumento contra esta proposición. Dado que, en todo caso, no existe ninguna razón para no "desconfiar de la honestidad" del in Irán eus al poder judicial o al ministerio público. No se trata de confiar o desconfiar de la persona física encargada de la tarea, sino de distribuir roles de la forma más inteligente y efectiva. La "deshonestidad" de las personas, encargadas o no de la persecución de los delitos, integren o no el ministerio público o el poder judicial, es una cuestión de la ley penal y no del régimen procesal.

Naturalmente que, más allá de los cuestionamientos sufridos y sufribles, este trabajo parte de la base de que el Estado tiene el deber de impartir justicia". Por ello, la decisión del conflicto siempre será estatal y estará a cargo del poder judicial, según el sano principio que establece la constitución política del Estado moderno. Pero mientras esa misión se extienda también a la persecución de oficio de los delitos de acción pública, un esquema como el aquí propuesto sólo puede funcionar por vía de la delegación del ejercicio de la persecución por parte del ministerio público, tal como la concebía el Proy. Maier. El ministerio público podrá ejercer por sí mismo la acción penal cuando el delegado no lo haga e, inclusive, podrá reasumirla cuando éste la abandone o no desempeñe la tarea correctamente. Por supuesto que, en este caso, el ministerio público tendrá, de todos modos, las mismas atribuciones que el organismo delegado.

Más allá de las discusiones, en todo caso escolásticas, que la

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

palabra "parte" en el proceso penal pueda provocar"', en lo que sigue he de referirme a los sustitutos del ministerio público en la persecución de los "delitos no convencionales" –o al mismo ministerio público en los casos antedichos– indistintamente como parte acusadora, partes acusadoras o acusador."

FUENTES CITADAS:

- 1 ROJAS SALAS, Manuel. La Criminalidad Empresarial. *Revista de Ciencias Penales*. (No. 15): pp. 83-86, San José, diciembre 1998.
- 2 ZELEDÓN L., Ana Karina. Delincuencia Económica: Un reto para el Derecho Penal Tradicional. *Revista Estudiantil Hermeneútica*. (No. 6): pp. 54-57, San José, 1993.
- 3 MAIER, Julio. Delitos no Convencionales. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1994. pp. 288-293.