

**EL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST* Y
*EL SISTEMA DE COMPLIANCE***

Gonzalo Castellón Vargas (*)
Profesor titular de Derecho Penal General
Facultad de Derecho, Universidad Costa Rica

(Recibido 20/11/16 • Aceptado 14/11/17)

(*) tenore52@gmail.com

Resumen: La imposibilidad del Derecho Penal de castigar a las personas jurídicas es una barrera para la persecución de delitos de la nueva era como los son los delitos societarios, tributarios o ambientales. El sistema de *compliance* utilizado en el derecho comparado se postula como una posible solución a este problema.

Palabras Clave: Responsabilidad de las personas jurídicas, sistema de cumplimiento, delitos societarios, *societas delinquere non potest*, política criminal, imputación objetiva, sujeto activo, principio de legalidad criminal, condición de garante y riesgo permitido.

Abstract: The impossibility of Criminal Law to punish entities is a barrier for the prosecution of crimes of the new era as are the partnership, tax or environmental crimes. The *compliance* system used in comparative law is proposed as a possible solution to this problem.

Key words: Artificial person liability, *compliance* system, partnership crime, *societas delinquere non potest*, crime policy, objective Imputation, participant in the crime, principle of no crime or punishment without prior law warrantor/bondsman/surety, created liability and risk allowed

Índice

Introducción

- 1.- El control societario en Costa Rica y el *societas delinquere non potest*
- 2.- Origen y evolución de un principio
- 3.- Principios activos de una figura polémica
- 4.- Perspectivas criollas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas
- 5.- *Societas delinquere potest*: un conflicto entre política criminal y la dogmática tradicional
- 6.- Dogmática penal y política criminal en el contexto de la *compliance*
- 7.- La delimitación del sujeto de Derecho Penal en el caso concreto
- 8.- *Compliance* y autoría mediata
- 9.- El Sistema de *compliance* como expresión de la moralidad de la empresa
- 10.- El tema de la *compliance* a la luz de la interpretación objetiva
- 11.- El problema de la condición de garante y su relación con la *compliance*
- 12.- La creación del riesgo permitido
- 13.- Eventual aplicación del sistema de *compliance*: ¿un problema de identidad cultural?

Conclusión: ¿una nueva Era en el Derecho Penal Económico?

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El tema de la regulación estatal sobre las personas jurídicas de cualquier índole —respaldada con alguna frecuencia a través del *ius puniendi*—, constituye uno de los motivos del surgimiento de una disciplina a la que se llamó originalmente Derecho penal económico. La regulación de algunos aspectos esenciales, iniciada en el siglo XX a partir de la década de los setenta, incluyó las relaciones económicas abusivas o ilegales, la conexidad de hechos especiales con la delincuencia organizada, los resultados económicos perjudiciales de carácter masivo (como los acaecidos en Costa Rica hacia el final de la década de los ochenta), y las reformas que se implementaron para su prevención y castigo.

Podemos analizar esta regulación desde dos puntos de vista, conexos en su propósito, pero de diferente naturaleza:

- a) De manera acertada, la doctrina penal inició su cometido a partir de normas punitivas de carácter general. Entre ellas, son medulares las que atañen a la definición del sujeto activo, en los ilícitos previstos (en su mayoría) por leyes especiales; los temas de imputación objetiva que fueron advertidos por una doctrina ágil y sagaz; y los aspectos de autoría y participación que se derivaron de esta temática.

Empero, con carácter preminente, se incluyó en el estudio la antinomia generada entre políticas garantistas por un lado y la necesidad de fortalecer el control social del Estado en su deber de combatir el crimen organizado, por el otro. Fueron decisiones legislativas fundamentadas de hecho en nociones básicas de Política criminal. A manera de ejemplo, la noción criminológica que resumió la *ratio legis* de las reformas implementadas, se vinculó desde un principio con las organizaciones criminales que tenían por objeto el lucro. Éste se alcanzaba a través de procedimientos —en apariencia acordes con un marco de legalidad—, que dificultaran la investigación y seguimiento de actividades ilícitas y que, particularmente, las revistiera de una apariencia de normalidad.

- b) En la parte especial, las diferentes reformas fueron conformando una subclase típica, hasta el momento inédita: **el delito societario**, que en la generalidad de los casos se vinculaba con hechos de interés general, de la especie del delito tributario; el delito contra el medio ambiente y sus soluciones de naturaleza procesal; la delincuencia que se gestó a través del tráfico de estupefacientes o sustancias de uso restringido, o bien de las actividades que se fueron ideando para

la legitimación de los productos patrimoniales que se generaban de las susodichas actividades. Las organizaciones internacionales que se beneficiaban con la explotación de las personas, mayoritariamente mujeres y niños, y la esclavitud —delincuencia que adquirió una rara revitalización en algunos países africanos— crearon también una metamorfosis jurídica que obligó a un cambio de rostro para investigar y perseguir. Nuevos instrumentos de carácter sustantivo o procesal fueron incorporados paulatinamente a los códigos represivos, o bien a las leyes especiales que iban siendo progresivamente implementadas, y dispuestas para lograr una rápida reacción del Estado. En ocasiones, dichas leyes emergentes respondían a compromisos adquiridos por el Estado costarricense al suscribir diferentes Tratados Internacionales.

Empero (y advertimos expresamente que no se trata de una especial complacencia hacia el *new age*), el cambio de siglo generó un hombre diferente, preocupado particularmente por una relación amigable con el medio ambiente. La detección de la amenaza sobre la subsistencia en un planeta que aceleradamente veía amenazados sus recursos hídricos revistió de especial trascendencia a todo aquello que constituyese parte de la *lex terrae*. La biodiversidad, el respeto hacia los ecosistemas, la generación de espacios para las especies en peligro de extinción, fueron abriéndose paso en el universo jurídico, mediante leyes especiales que, de manera persistente, han clamado por sanciones penales para quienes pretendan comprometer el equilibrio natural de dicha convivencia. Ejemplo de lo anterior es la discusión, instrumentada a nivel nacional, para la aprobación de una ley que sancione el maltrato animal.

En otro orden de cosas, el hombre moderno ha empezado a comprender que el comportamiento acorde con la moral y la ética posee ventajas indudables, dentro de las que destaca el incremento de la noción de confianza. Las personas jurídicas modernas no solamente deben estar constituidas por personas físicas irreprochables, sino que sus fines, procedimientos internos, comportamiento en el mercado financiero y acatamiento a las reglas de la competencia leal, deben generar confianza en el consumidor y en el gran público.

El ya famoso caso *Siemens-KWU*, paradigma de los ilícitos de corrupción internacional, describe el soborno pagado por un alto empleado, denominado **K**, y su asesor **V**, a favor de dos directivos de la empresa italiana ENEL, mediante transferencias subrepticias de millones de euros. El proceso dejó una escuela importante en el mundo empresarial, al punto de que la propia empresa, internacionalmente

conocida, prefirió negociar el pago de una multa en metálico que arriesgarse a consecuencias que fueran de mayor trascendencia. En nuestro país se sintieron las consecuencias indirectas de la investigación internacional contra la empresa ALCATEL, y su costumbre de sobornar a funcionarios corruptos en los países latinoamericanos. El Vicepresidente para Latinoamérica, Christian Sapsizian, de nacionalidad francesa, reconoció ante un Juez de la Florida haber repartido sobornos a los directivos del Instituto Costarricense de Electricidad, para la adjudicación de un contrato de telefonía a favor de su representada. A Sapsizian se le aplicó la Ley de Prácticas de Corrupción en el extranjero y se le condenó penalmente. No hace mucho, se abrió la investigación contra el expresidente peruano Alejandro Toledo, por la supuesta recepción de elevados sobornos, entregados por la empresa constructora brasileña Odebrecht. En idéntica tesitura, estamos a la espera del juicio contra el expresidente de la Fedefútbol Eduardo Li, por hechos de corrupción relacionados con la supuesta adjudicación de contratos de uso de marca, por parte de las selecciones nacionales de balompié.

En otro ámbito, organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se han dedicado a impulsar las bases de una ética de empresa, bajo una forma de *soft law*, que se encarga de establecer compromisos de lucha contra la corrupción, contra las prácticas desleales en la praxis comercial, o bien contra la competencia y la propaganda ajenas a las normas de lealtad empresarial. Se introdujo en ellas la protección de datos, la garantía del secreto industrial, etc. Como bien indica NIETO MARTIN, *la vigencia de las normas anticorrupción, de protección de la competencia, o blanqueo de capitales, no sólo se garantiza a través del Derecho penal, sino a través de sanciones que pueden ser incluso más temidas que las penales, como la pérdida del puesto de trabajo. (.....) Como puede apreciarse, la ética empresarial ha generado otro cuerpo normativo dentro de la empresa que integra o envuelve a todo el sistema de **compliance**. Fomentar una cultura de la legalidad en la empresa es imprescindible para que los sistemas de cumplimiento funcionen*¹.

¹ NIETO, Adán. «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en KUHLEN, Lothar/ MONTIEL, Juan Pablo/ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo “**Compliance** y teoría del Derecho penal”. pp. 25

Por otra parte, se hace necesario reconocer que uno de los efectos de la globalización en esta materia, apunta hacia la necesidad de dotar al Estado Social de los instrumentos jurídicos que permitieran combatir eficazmente la criminalidad societaria, o la utilización de las personas jurídicas como instrumentos de carácter óptimo para diluir u camuflar la responsabilidad de las personas físicas. Los tipos penales que fueron permeados por la globalización, unidos a la necesidad de una colaboración internacional entre Estados —requerida y justificada a través de Convenios regionales—, fueron factores que obligaron a replantear la temática de las fuentes de Derecho penal en estas materias y la modificación conceptual del Principio de reserva legal. No puede quedarse aislada, ni rezagada, la intervención de la propia empresa en dicho proceso de autocontrol. El interés universal de la *lex terra*, trasciende las fronteras y atiende particularmente a la necesidad de las empresas en consolidar su regulación.

Empero, el tema principal que adquiere trascendencia mundial con el advenimiento del milenio es el que atañe al sistema de *compliance*, o sistema de cumplimiento, de polémica vigencia en algunos países centroeuropeos, y que desplaza de su núcleo, riguroso y absoluto, a los principios de una responsabilidad exclusivamente subjetiva.

1.- El control societario en Costa Rica y el *societas delinquere non potest*

La carencia de disposiciones específicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, unida a la prohibición constitucional del *versari in re illicita*, han concluido por alinear a Costa Rica dentro de las naciones que mantienen la integridad del principio *societas delinquere non potest*.

Resulta evidente que el Derecho penal costarricense, a lo largo de su particular evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa, ha eludido una eventual adecuación normativa que permita conciliar el principio constitucional de culpabilidad (responsabilidad penal) con la idea de un sistema que evite la impunidad de los representantes, accionistas, directivos o restantes órganos de la estructura societaria.

La eventual reforma constitucional que permita acceder a un marco de punibilidad que trascienda el del sujeto-persona física, se convierte —a la luz de los obvios problemas del Derecho penal internacional— en una tarea legislativa que permita al Estado costarricense colaborar, con

eficacia y universalidad, en la lucha contra la legitimación de capitales, la evasión tributaria, el tráfico de drogas y múltiples aspectos del Derecho penal económico y del Derecho bursátil. Una elevada proporción de la oposición formal del derecho garantista con los clamores políticos de funcionalidad del Derecho Penal, atañe a la eventual ampliación del ámbito de acción del *ius puniendi* sobre áreas específicas del derecho societario. Tal ampliación posibilitaría el estudio de los métodos delictivos fundamentados en la cibertecnología o en la criminalidad tecnificada. De tal manera, la titularidad activa del deber fiscal, la condición de comerciante, la obligación objetiva de controlar la calidad y estado de los productos de naturaleza alimentaria, o de revelar el verdadero estado financiero de un ente societario, trascienden la mera representación judicial o extrajudicial endosada al encargado de ésta. Igual podría decirse, desde la óptica de los delitos de Omisión impropia, con relación a las empresas que atentan contra el Ambiente o contra los recursos naturales, sin que sea posible la atribución o responsabilidad de los hechos punibles a una persona física determinada.

2.- Origen y evolución de un principio

Históricamente hablando, el principio *Societas delinquere non potest* pareciera tener sus orígenes en la propia Revolución Francesa, cuya actividad incluyó medidas abolicionistas respecto a bandos reales que decretaban sanciones para sociedades basadas en la orientación religiosa de sus miembros. A partir del siglo XVI y las guerras de religión (principalmente las libradas por Enrique II y sus sucesores), hugonotes, jansenianos y todo tipo de protestantes se organizaban para enfrentar de la mejor manera la persecución religiosa, que llegó históricamente a su punto supremo con la Noche de San Bartolomé (*Massacre de la Saint-Barthélemy*) en agosto de 1572. En teoría histórica, fue el Edicto de Nantes —promulgado por Enrique IV y derogado por Luis XIV—, el marco conceptual de dicho episodio. Los insurrectos de 1789 pretendían, en consecuencia, acabar con los oscuros propósitos de la monarquía —*nec pluribus impar*—, restituyendo la autonomía de la conciencia y la libertad religiosa. ¿Qué mejor manera de garantizar dichas libertades que prohibiendo la persecución de las sociedades que las amparaban?

3.- Principios activos de una figura polémica

La figura legal, que permitiría modernamente *al ius puniendi* alcanzar a quienes integran o se benefician ilícitamente de la actividad societaria, ha de buscarse en la posibilidad de perseguir a quien actúa en lugar, o en representación de otro. En tal sentido, el Derecho Penal español, siguiendo en lo conducente la línea del Código alemán, ha estatuido (Artículos 15bis y 129 del Código Penal) la aludida responsabilidad de representantes, directores, accionistas, e incluso encargados de los aspectos financieros de la empresa. Entre los ordenamientos nacionales, conviene indicar que el Código Penal esloveno, su homólogo danés, su equivalente francés y el generalizado sistema británico, han previsto expresamente penas de naturaleza especial destinadas a las personas jurídicas. Al propio tiempo, el Derecho comunitario europeo, además de prever multas administrativas (sin carácter jurídico-penal) a empresas o asociaciones de empresas, homologa la misma tendencia nacionalista en el *Corpus Iuris* para la Protección de los intereses financieros de la CEE. Puede decirse, en consecuencia, que existen países que reconocen explícitamente un *societas delinquere potest*. Se menciona, entre ellos, a Holanda, Francia, Noruega, Finlandia, Irlanda y Dinamarca. España, como se verá, se vinculó materialmente con este grupo, de forma reciente. Desde un punto de vista restringido, o limitado a la naturaleza de la infracción, se incluye a Portugal y Eslovenia, mientras que existen dos países que la niegan, pero que la admiten de una manera impropia. Tales son Bélgica e Italia.

La clasificación regional, atinente a la admisibilidad del principio *societas delinquere potest* nos refiere a tres posibilidades particulares de exigir responsabilidad a las personas jurídicas: a) una forma propia **directa** que permite la persecución penal y la sanción de las personas jurídicas, sin excluir la responsabilidad personal del representante legal de éstas, ni la posibilidad de sanciones administrativas o penales contra la sociedad en particular, o sus responsables (sistema de **compliance**), aplicable parcialmente en Alemania y en España. b) La forma **propia indirecta** que condiciona y permite que, una vez juzgada la persona física, las consecuencias penales o sancionadoras recaigan sobre la persona jurídica. El sistema de referencia es seguido en Dinamarca, Finlandia, Noruega, Holanda, Grecia, Irlanda y el Reino Unido (UK).

c) La forma denominada ***impropia***, que admite que las consecuencias económicas del delito acreditado a una persona física, se pongan a cargo de la persona jurídica en cuyo nombre o interés se ha actuado, o de aquella que se haya beneficiado del hecho, con conocimiento pleno o parcial de sus personeros.

El desarrollo creciente de disciplinas jurídicas especializadas como el Derecho ambiental, el Derecho tributario y de un sector del Derecho penal encargado de la represión del Tráfico de Estupefacientes y la Legitimación de capitales, ha culminado con una clara pregunta: ¿Son suficientes el Derecho Privado, el Derecho Tributario o el Derecho del medio ambiente para generar un efecto disuasivo en el eventual infractor? Para contestarla, es menester posicionar en primer término el carácter irrevocable de la lesión al medio ambiente, circunstancia que puede tornar en nugatoria la eventual reparación civil. En lo que al Derecho Tributario se refiere, los crecientes problemas económicos de algunos miembros de la CEE han provocado el endurecimiento de la política recaudadora, de forma conjunta con el progresivo abandono de tesis garantistas que tornan inútil o infructuoso el sistema recaudatorio administrativo.

Desde el punto de vista de la política criminal, la solución de abolir el principio *societas delinquere non potest* no es necesariamente la mejor. Se trata, nuevamente, de dotar al Estado de poderes extraordinarios de persecución penal dentro del marco de la tutela de bienes jurídicos no totalmente claros. Por ello el punto de vista imperante (y a ello apuntan Enrique Bacigalupo y Luis Arroyo Zapatero), es admitir la posibilidad en tanto reúna condiciones específicas de necesidad. En otras palabras, nuestra postura garantista puede eventualmente ceder a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aras de admitir un Estado más eficiente. Ello no significa que sea la mejor solución.

4.- Perspectivas criollas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

De conformidad con la evolución que se observa en los estados miembros de la CEE, pareciera evidente que *la responsabilidad penal de las personas jurídicas será una realidad generalizada tarde o temprano en el derecho penal europeo continental y probablemente*

*también en el derecho penal latinoamericano*². Tal es el vaticinio que formula Bacigalupo, a la cabeza de un brillante grupo de juristas modernos.

En todo caso, la susodicha evolución tenderá a la admisión de dicha responsabilidad únicamente en lo que se refiere a algunos delitos especiales, particularmente con relación a aquellos que tutelan bienes jurídicos de la comunidad europea y, a futuro, de la realidad latinoamericana. Los sistemas jurídicos que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas son básicamente los anglosajones, así como los que se mantuvieron ancestralmente bajo su égida, o experimentan su influencia. Sin embargo, también entre los países de centro Europa hay algunos que admiten el principio *societas delinquere potest*: tal es el caso de Holanda, y recientemente, de Francia, tras la reforma del *Code Penale* de 1992. Otro tanto podría afirmarse con relación a Dinamarca, tras la reforma del Código Penal en 1996.

La protección del medio ambiente, la erradicación del narcotráfico y sus formas delictivas conexas, la reducción al mínimo admisible de la legitimación de capitales, son algunos de los elementos que podrían ingresar dentro de los objetivos de dicha tutela. El cumplimiento de la obligación tributaria, a nuestra manera de ver los acontecimientos, deberá esperar su turno hasta que la solidaridad latinoamericana y la conciencia de pertenecer a un mismo continente logren permeare la tendencia individualista —cuando no el compromiso personal de los políticos actuales.

Uno de los casos de vinculación con la posibilidad de perseguir penalmente a las personas jurídicas, y con ello la adscripción al *societas delinquere potest*, lo encontramos en la reforma del Código Penal español, de conformidad con una propuesta de un apreciable grupo de juristas, entre los que destacan Enrique Bacigalupo, su hija Silvina Bacigalupo, y los ya mencionados Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Marín y Bernardo Feijóo Sánchez (citado infra). De las reacciones que describen el episodio, hemos escogido la voz de la Dra.

² BACIGALUPO, Enrique. «*Compliance*» y derecho penal», Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, pp. 47.

Ana Isabel Pérez Cepeda, Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Salamanca. Para que describa jurídicamente lo sucedido, cedámosle la palabra:

Entre las numerosas reformas del Código Penal contenidas en la LO 5/10, de 22 de junio, de reforma del CP, sin duda una de las más relevantes fue la que, a través principalmente de los arts. 31bis, 33.7, 66bis y 130.2, introducía por primera vez en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Responsabilida que se desarrolla y pormenoriza en la última reforma llevada a cabo sobre el CP en 2015. Respecto a las consecuencias accesorias a imponer a las asociaciones, empresas o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, y por tanto, no incluidas en el nuevo Art. 31bis, se modifica el Art. 129 a efectos de contemplar en él estos supuestos.

*En consecuencia, el legislador español, presionado por las directrices marcadas en el ámbito internacional, ha franqueado sin titubeos el sagrado «**principio societas delinquere non potest**», al establecer que la persona jurídica será directamente responsable, en los ámbitos penal y civil, de los hechos delictivos que se cometen por las personas que la integran, en beneficio y provecho de aquélla. Una decisión que se incardina en la línea seguida por la mayoría de los legisladores del marco continental europeo, conscientes de la frecuencia y trascendencia de los hechos delictivos que tienen lugar, fundamentalmente, en el ámbito de la empresa, y respecto de los que no cabe esperar mayor incidencia preventiva de los instrumentos de Derecho administrativo sancionador. Una realidad, en definitiva, para la que las respuestas penales tradicionales, centradas en la responsabilidad penal individual, son tantas veces ineficaces dada la complejidad de los mecanismos internos de división de tareas. Se trata, por tanto, de una incorporación plausible en base a una lucha eficaz contra la criminalidad organizada y frente a los efectos negativos de una economía cada vez más globalizada y con la presencia de un importante poder corporativo. Comportamientos que conllevan graves consecuencias sobre el modelo económico y un elevado costo social y político, y que por ello demandan una respuesta*

eficaz que difícilmente proporciona a simple responsabilidad individual. Ya es posible hablar de un doble sistema de sanciones: uno para las personas físicas y otro distinto para las personas jurídicas, con unos presupuestos, principios y reglas propias. Ahora bien, mientras por un lado el legislador zanja la cuestión, en el sentido de admitir dicha responsabilidad de lege data, por otro se abre todo un panorama de cuestiones novedosas que deben resolverse para aplicar estas sanciones³. (3)

No pareciera existir duda acerca de una clara posibilidad de que lo ocurrido en el seno de la Comunidad Económica europea pueda verse reproducido en Latinoamérica. La mayor exposición de algunos países al fenómeno delictivo, en especial al narcotráfico y sus secuelas, nos conducirán tarde o temprano a asumir alguna de las soluciones que se vinculan con la regulación societaria estatal. Repito, no es sólo un capricho político, o una petición oportunista y complaciente hacia los Estados Unidos. Por el contrario, la conceptuamos como una solución que carece de alineamiento político: estamos en el centro mismo de un nuevo triángulo de las Bermudas. Tarde o temprano, será la propia empresa quien demande una política intervencionista de ese perfil.

5.- *Societas delinquere potest*: un conflicto entre política criminal y la dogmática penal tradicional

La definición de dogmática penal es relativamente simple: la disciplina debe extraer principios generales de las leyes particulares para deslindar un sistema aplicable a los sujetos de derecho, sin violentar el ordenamiento supremo o constitucional. El estado de derecho exige que dicha aplicación sea objetiva e igualitaria. En consecuencia, la dogmática penal ha de responder a la interrogante de si un hecho determinado constituye o no una infracción punible y, en caso afirmativo, como debe ser sancionado.

El llamado sistema de **compliance** —de inusitado avance en el contexto centroeuropeo durante los últimos años— resulta, no obstante,

³ PÉREZ, Ana Isabel. «Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional» TIRANT LO BLANCH y EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, España, 2016, pp. 337 a 339.

señaladamente preventivo. El propósito de su formulación y puesta en vigencia atañe concretamente a descubrir, prevenir o reprimir los delitos que pudieran ser cometidos a través de una persona jurídica, o con los medios que ésta pone a disposición de sus fundadores o directores. Resulta oportuno establecer que el sistema basado en la **compliance** es un fenómeno jurídico propio de la globalización, y que su particular suceso marcha de la mano del fortalecimiento de un Derecho penal internacional. Precisamente por ello, su *ratio legis* permite echar mano de bienes jurídicos internacionales, o que requieren el concurso de la solidaridad internacional. En tal sentido, conviene llamar la atención respecto a la cantidad de países que ha eliminado la restricción que pendía sobre las solicitudes de Extradición basadas en delitos fiscales. El tema de la solidaridad internacional en cuanto a la entrega y juzgamiento de los evasores fiscales ha terminado imponiéndose sobre garantías individuales como la prohibición de juzgamiento penal a los deudores (prisión por deudas), consagrada en Costa Rica por el artículo 38 de la Constitución Política.

La dogmática penal relativa a la persona jurídica, se relaciona también con la utilización o cobertura de ésta con propósitos dolosos. En otras palabras, la persona física que utiliza a la persona jurídica para fines defraudatorios, extorsivos, evasivos, justificativos, o de ocultamiento, aumenta por lo general el patrimonio societario. Hasta que punto este patrimonio, que ha sido beneficiado por la actividad de una persona física, pueda ser alcanzado por la actividad resarcitoria es algo que no admite discusión a la luz de los incisos segundo y tercero del numeral centésimo sexto (106) del Código Penal costarricense. Empero, no es este el tema del presente trabajo. Hablamos en concreto de la responsabilidad penal de quienes mantienen potestativamente el manejo de una persona jurídica, ante hechos realizados por una persona física y de los cuales aquella se beneficia. No existiría duda alguna con relación a los delitos de omisión impropia, pero la temática da para mucho más.

Volviendo a la **compliance**, la idea de su constitución (y eventual concreción en una ley penal o administrativa) pretende esencialmente regular hechos futuros. Pese a ello, el sistema de **compliance** constituye una esfera de idealidad que opera a la manera de un marco de referencia respecto a lo que el Estado espera de los protagonistas societarios (socios, directores, empleados con poder decisorio, órganos de administración,

etc.). Por consiguiente, y desde el punto de vista exclusivo de la imputación objetiva, se confiere a dichos miembros el carácter de **garante** en sus relaciones con el público, con el Estado y, porqué no, con bienes jurídicos intangibles, o de naturaleza universal, tales como el medio ambiente.

¿Cómo se estructura, básicamente, el régimen de **corporate compliance**? Se idea, primero que nada, un sistema de supervisión permanente y sistemático, de cuya eficacia respondan quienes ostenten alguna de las condiciones referidas anteriormente. De sobra es conocida la respuesta de un gerente societario actual, cuando se le interroga acerca de actos realizados en estratos medios o inferiores. Ante la indagación policial, judicial, o contable-tributaria, responde por lo general que su función es idear políticas financieras, controlar la marcha de la sociedad, regular los problemas económicos y que, por consiguiente, no tiene tiempo ni obligación para vigilar o supervisar lo que hacen sus inferiores en grado. Agrega, generalmente que el emplazamiento de su actividad es muy diferente al sitio en el cual ocurrieron los hechos. Ante esta argumentación, y en tanto sobreviva un principio de responsabilidad que no incluya la *culpa in vigilando*, se torna imposible la continuación de la persecución penal por hechos semejantes. Por consiguiente, parece llegado el momento de sustituir —total o parcialmente—, los paradigmas utilizados por el *societas delinquere non potest*.

Al menos dentro de un marco teórico, se ha considerado que los llamados consejos de administración —o juntas directivas— son responsables de vigilar y garantizar que la sociedad, sus subsidiarias y asociadas, cumplan cabalmente el derecho vigente en todos sus estratos jurídicos. Esta función es la que ha justificado legalmente el concepto de **corporate compliance**. Empero, la teoría dominante insiste en que “*corporate compliance* no es sólo el deber trivial de observar los mandatos jurídicos (deber de legalidad), sino en el derecho de sociedades— el deber de instaurar un departamento especial de control y de vigilancia así como los procedimientos especiales en la empresa se aseguren la observancia de los mandatos jurídicos”⁴. (4) En el sentido indicado, se entiende que los elementos para echar a andar un sistema de **corporate compliance** serían: “un análisis de los riesgos jurídicos; la

⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis/ NIETO MARTIN, Adán EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA **ERA COMPLIANCE**. Tirant Lo Blanch, pp. 187.

declaración del consejo de administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades (*mission statement*); una organización, es decir un departamento propio de **compliance** y el nombramiento de un comisionado de **compliance**; la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa (por ejemplo, mediante cursos y circulares) y la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas". "El sistema de **corporate compliance** —concluye Kindler— se instala en interés de la propia empresa, no en interés de terceros o del público"⁵. (5) Al menos en los Estados Unidos e Italia, los **compliance** programs son aplicados en el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto a que su implantación efectiva puede reducir la responsabilidad penal.

La *organización del sistema* preventivo debería contar, además, con un responsable (**compliance-officer**) dentro de un departamento especializado. Sus funciones básicas son la de vigilancia, asesoramiento, advertencia, y devaluación de los riesgos legales de gestión que no sólo deben alcanzar al cumplimiento de la ley y los reglamentos, sino también a las directivas y principios éticos internos y a los estándares de conducta internacional. Es una figura central, alrededor de la cual gravita el sistema, amén de reunir, en algunos casos, la representación legal del organismo societario.

La función de vigilancia tiene una especial jerarquía respecto a la prevención y supervisión de conductas que puedan dar sitio a un número considerable de delitos. Podríamos mencionar, entre otros, los ilícitos contra los consumidores, o bien el blanqueo de capitales, los delitos fiscales y los hechos antijurídicos contra el medio ambiente. Capítulo aparte merecerían los delitos de trata de menores o mujeres con propósitos de esclavitud sexual, muchos de los cuales requieren la infraestructura o cooperación de órganos societarios. En todos ellos se prevé, además de las responsabilidades individuales de los respectivos autores, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La *función de asesoramiento* se dirige a los directores y a sus colaboradores a quienes la sociedad debe proporcionar los conocimientos necesarios para el cumplimiento de las normas y reglamentos vigentes, así como las directrices de carácter ético establecidos por la empresa,

⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op.cit. pp 56

cuya importancia preventiva no se debe infravalorar. Actualmente, afirma Bacigalupo Zapater, *la observancia de principios éticos, que son la definición de una cultura empresarial que se ha impuesto determinadas ideas comunes de valor; tiene ventaja para todos los partícipes*⁶. Admitimos entonces que la función directora de un Consejo de Administración o una Junta Directiva ha de ser la de concientizar a mandos medios, asesores legales, personal subalterno, proveedores y restantes partícipes, de la obligación de reportar sus ganancias verdaderas (lo cual implicaría suprimir la vieja y nefasta práctica del doble juego de libros); de hacerse eco de un principio contable que advierte que la sanidad empresarial corre parejas con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o fiscales; de su deber de respetar el entorno (como herencia que dejaremos a nuestros descendientes), o de mantenerse alejado del juego económico del narcotráfico y de las actividades conexas que éste desarrolla. Otro aspecto concreto de moralidad de la empresa establecería que está vedado crear, impulsar o estimular el crecimiento económico de una empresa mediante las utilidades obtenidas a través de actividades relacionadas con el narcotráfico o la legitimación de capitales.

6.- Dogmática penal y política criminal en el contexto de la *compliance*

Al fin de cuentas, la discusión pareciera reducirse a superar la división entre **dogmática penal y política criminal**. Para muchos autores, la relación entre ambas disciplinas es irreconciliablemente antagónica. La doctrina alemana que sigue a ROXIN, pareciera convencida de la necesidad de eliminar las diferencias entre ambas, a fin de garantizar la efectividad del combate contra el crimen. Ello pareciera adquirir una especial relevancia cuando hablamos de temas universales — verbigracia, la *lex terrea*—, o bien de delitos de lesa humanidad. Bienes jurídicos como el medio ambiente o la salud pública, parecieran imponer su trascendencia por sobre las fórmulas garantistas que impiden dicha persecución.

Bien expresa ROXIN, que la tendencia actual en la ciencia penal consiste en un acercamiento con la realidad mediante la introducción de

⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique «COMPLIANCE» y derecho penal. Hammurabi, 2012, pp. 146

consideraciones de política criminal en la resolución de los problemas penales⁷. (*)

7.- La delimitación del sujeto de Derecho Penal en el caso concreto

En la práctica, la discusión acerca de la *compliance* y su aplicación en el ámbito del Derecho Penal, pareciera encontrarse ligada al predominio absoluto de las penas privativas de la libertad en los códigos penales. La imposibilidad material de optar por un sistema equivalente, o su equivalencia conceptual en el tema de discusión, nos lleva a la esencia del problema: ¿Es la responsabilidad penal de las personas jurídicas un tema conceptual, o es, por el contrario, una discusión material acerca de la posibilidad de aplicar a sus miembros una pena restrictiva de la libertad? La respuesta al anterior interrogante implica revivir el planteamiento kelseniano acerca de si la multa administrativa y la multa penal son en el fondo la mismísima cosa. En otras palabras, del tema principal oscilamos fácilmente hacia la colateralidad, meramente funcional, de la naturaleza de la sanción.

En el sentido anterior, se hace necesario reconocer con explicitud que la dudosa diferenciación planteada entre sanciones pecuniarias que ostenten carácter penal, y sanciones pecuniarias que mantengan un carácter meramente administrativo, nos impide ir más lejos en el análisis. El tema está atado, con lazos indisolubles, a la discusión del principio de juez competente y a sus implicaciones en relación con el principio de legalidad criminal.

El problema de la determinación del sujeto activo para el Principio de legalidad criminal, presupone entonces que el propósito general de la pena haya de ser preventivo. En tal sentido, el mensaje disuasorio ha de anclar en un sujeto determinado y no ambivalente. La posibilidad de ampliar la esfera de punibilidad a quienes actúen de forma contraria a su obligación de vigilar, cuidar, controlar, dirigir éticamente y prever las contingencias de la praxis societaria, ha de ser producto de la creación de una esfera metajurídica que involucre bienes como la ética del comercio,

⁷ RODRÍGUEZ VINDAS, Ramón Luis «Responsabilidad penal de empresas ¿*Societas delinquere potest?*» BIBLIOTECA JURÍDICA DIKÉ, pp. 314

(*) ROXIN, Claus: «DERECHO PENAL», Civitas, 2006, Tomo I, pp.224 a 227.

la relación amigable con el medio ambiente, la educación tributaria, y el respeto a la salud pública.

8.- *Compliance* y autoría mediata

Conviene indicar en este aparte, que se ha admitido doctrinalmente la posibilidad de la autoría mediata cuando la persona física haya logrado burlar los sistemas de control de una empresa. Según expresamos, las dificultades que se presentan para la imputación jurídico-penal en el marco de las empresas han conducido en los últimos años a la búsqueda de nuevas fórmulas. El propósito es evitar que la responsabilidad criminal pueda alcanzar a la cúspide empresarial como consecuencia de hechos ejecutados a través de la empresa por personal subalterno. Y en esa búsqueda no es extraño que tanto la doctrina como la jurisprudencia se hayan fijado en la construcción de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, noción ideada con otros propósitos por Roxin hace ya más de cuatro décadas, a fin de examinar la posibilidad de extenderla al ámbito de la criminalidad de empresa⁸.

Obviamente, para entrar a analizar las posibilidades relativas a la aplicación de la autoría mediata, en su dimensión de ***dominio de la voluntad***, resulta imperativo estudiar los aspectos señalados por el tratadista germano: nos referimos al ***dominio del error***, o bien, el ***dominio de la coacción***. En tanto la vinculación entre la persona física y el hecho concreto se genere por la inducción en error (estafa) o por utilización de intimidación (extorsión) surge la posibilidad de la autoría mediata.

9.-El sistema de *compliance* como expresión de la moralidad de la empresa

Siempre dentro del marco del sujeto activo, conviene analizar el tema restante: la vinculación de un sujeto determinado con una esfera supralegal que involucre el respeto a las normas éticas y morales que constituyen el marco de deber ser de las empresas. En otras palabras, concluimos discutiendo —con Artaza Varela— sobre la responsabilidad moral de la empresa. Establece el tratadista chileno que la empresa es

⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique «Autoría y participación en la empresa», en DERECHO PENAL DE LA EMPRESA, ARROYO ZAPATERO, Luis/ LASCANO, Carlos/ NIETO MARTIN, Adán, EDIAR, pp.172

parte integrante de la comunidad moral y que por ello el ejercicio de la actividad dentro de ella implica responsabilidad de tipo ético⁹. ¿Hasta dónde —nos preguntamos—, podremos resucitar la temática moral y ética dentro del contexto general de la obligación de actuar? Parece muy sencillo: el hombre comunitario se ha visto obligado a plantearse una interrogante fundamental: ¿Qué clase de mundo nos vemos constreñidos a dejar a nuestros hijos? ¿Podrán estos sobrevivir en un planeta sin recursos acuíferos, devastado por las guerras y por el calentamiento global? La respuesta a tales preguntas nos vincula, indudablemente, con la moral empresarial: resulta imperativo mejorar el entorno, educar a las generaciones para consolidar su carácter amigable hacia aquél, y hacer comprender a nuestros hijos que no cabe la procrastinación en temas semejantes.

Consecuentemente, el concepto social de culpabilidad, liderado por JAKOBS, podría ser de aplicación en la especie, ante la obvia necesidad social o internacional de reprimir ciertas conductas, o admitir, en contrario, la posibilidad de que el ser humano desaparezca como consecuencia de aquellas. Ello facultaría una atribución establecida sobre fundamentaciones exclusivamente político-criminales, y realizada por la sociedad en pleno¹⁰.

En idéntica tesitura, no es moral seguir callando acerca de la evasión fiscal de las empresas, nacionales o extranjeras. Los países en estado de desarrollo deben asegurarse un sistema de recaudación tributaria eficiente y socialmente justo, que garantice el cumplimiento del principio fundamental de la moral tributaria: quien más gana, paga más... *quien menos gana, paga menos*. El anterior no es solamente un tema de moral, sino de equidad (*equity*), o bien de justicia distributiva. Volveremos sobre este tema en alguna oportunidad próxima.

Los delitos de narcotráfico o de legitimación de capitales y su influjo o apoyo societario, deberán ser examinados a la luz de la **compliance**, en tanto implican el deterioro físico y moral de la persona, y su persecución debe sustentarse en consideraciones de política criminal. Se trata, pues, de una especie del concepto social de culpabilidad.

⁹ ARTAZA VARELA, Osvaldo *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal* (Madrid, Marcial Pons, 2013)

¹⁰ RODRÍGUEZ VINDAS, Ramón Luis, *op. cit.* pp. 130

10.- El tema de la *compliance* a la luz de la imputación objetiva:

La ya tradicional fórmula del peligro jurídicamente desaprobado, anexo al resultado y a su formulación típica, ha resultado ser, según muchos juristas, la vía correcta para la concreción del tema. De tal manera, la jurisprudencia española ha concentrado su análisis en la condición de garante que ostentan los titulares de la administración societaria, condición extensible a los directores y, en casos especialísimos, a los socios de las empresas. A la luz de los principios fundamentales de la imputación objetiva, resulta medular el deslinde de los criterios determinantes de los presupuestos bajo los cuales la actividad de la persona física individual –desde luego que actuando a nombre o por cuenta de la persona jurídica– pueda ser imputable a ésta última. De igual manera, la solución a la imputación de la actuación en lugar de otro es relativamente sencilla en los casos en los que expresamente se establezcan condiciones de autoría que resulten estrictamente personales: condición de **comerciante** en la Quiebra fraudulenta; definición de **depositario judicial** en algunas formas de Estelionato, o bien la verdadera titularidad de la **obligación fiscal**. En la susodicha tesitura, la fórmula establecida por el numeral 15*bis* del Código Penal español, permite alcanzar a los representantes legales o directivos que, de forma personal, realizan actos del tipo penal a nombre de una empresa determinada. La forma en que se establezca la susodicha responsabilidad, dependerá obviamente de otros factores, en su mayoría probatorios.

Al respecto, Luis Gracia Martín indica que, con independencia que de lege ferenda se pueda otorgar a esta cláusula más amplio contenido, hoy llena únicamente la laguna legal que origina la vigencia del postulado *societas deliquere non potest*. El artículo 15 bis ha excluido de su ámbito tanto las actuaciones en nombre o representación de personas físicas, como aquellos casos de actuación por otro en que los elementos físicos que faltan en el agente tampoco concurren en el concreto sujeto en cuyo nombre o representación el agente actúa. La cláusula general del artículo 15 *bis* produce una ampliación del círculo de autores de un comportamiento delictivo, en cuanto permite que puedan ser sujetos activos de éste, agentes en quienes no concurren las cualidades, condiciones o relaciones que requiere la correspondiente figura delictiva.

Cualidades, empero, que sí posee la persona jurídica por la que el agente actúa como directivo u órgano o cuya representación legal o voluntaria ostenta¹¹.

Problema similar lo ostentan los delitos especiales propios que se vinculan con la omisión tributaria. En estricto sentido, la doctrina que informa la naturaleza de tal tipo de delitos excluye la autoría (no así otras formas de participación criminal) de quienes no sean titulares de la obligación tributaria.

11.- El problema de la condición de garante y su relación con la *compliance*

Examinados los aspectos anteriores, es fácil obtener una conclusión, vinculada con el tema de la *imputación objetiva* y dentro de la aplicación del sistema de *compliance*. Nos referimos, obviamente, a la condición esencial de *garante*, medular requerimiento de la imputación objetiva. Al propio tiempo, resultará imprescindible llegar al análisis de cuáles pueden ser las plataformas de exigencia para dicha aplicación.

Pero la condición de *garante* —asumida desde la óptica del sujeto activo en los ilícitos generados dentro del régimen de *compliance*—, se erige por sí misma en el tema principal a dilucidar: ¿Cuál o cuáles de los sujetos participantes dentro de la empresa es capaz de adquirir ante el público y ante terceros dicha condición esencial? Huelga decir que dicha posibilidad aparece limitada a la figura del *compliance-officer*, única capaz de reunir en sí misma las condiciones de seguridad, poder, garantía y decisión. Y dentro del análisis objetivo de dichas condiciones, resulta casi superflua la afirmación de que es el propio empresario quien reúne tales condiciones apriorísticas, de forma independiente con la figura del *compliance-officer*. Veamos: bien afirma Jacobo Dopico Gómez-Aller, prestigioso docente de la Universidad Carlos III de Madrid, que *la figura del responsable del cumplimiento no es mencionada de forma expresa en el Código Penal*¹².

¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis. «El actuar en lugar de otro en Derecho Penal», Prensas universitarias de Zaragoza, 1985, pp. 40

¹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo «POSICIÓN DE **GARANTE** del *compliance* officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica». En ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTIN «EL DERECHO PENAL ECONÓMICO en la era COMPLIANCE», Tirant Lo Blanch, pp. 172

No es ni un fiduciario en los ilícitos relacionados con la figura del fideicomiso, ni un depositario judicial en el Estelionato, ni mucho menos el titular de la obligación tributaria, según hemos dilucidado supra. En realidad, se trata de la figura que resume la confianza general en cuanto al cumplimiento empresarial, bien sea por su condición de supervisor, controlador o capitán del barco, como por sus potestades y obligaciones strictu sensu. El **compliance-officer** no es otra cosa que el titular del deber de control en la empresa. No son sus funciones las de un auditor externo, ni mucho menos las de un simple contador: se trata de un responsable general de la ejecución de los medios de control, destinados a evitar la comisión de delitos dentro de la empresa.

Dopico Gómez-Aller señala con acierto en dirección a las medidas destinadas a erradicar el blanqueo de capitales, las falsedades ante la Seguridad Social (de importancia medular en nuestro país), o las actividades típicas que lesionan la Hacienda Pública. Agregaríamos, por nuestra cuenta, los hechos que importen trabajo infantil, o los delitos de pornografía con la utilización de menores. Resulta obvio que también participan de esa condición señalada infra, los delitos de trata de menores y de esclavitud. Empero, ante la ausencia de una determinación expresa en el Código Penal, no se admite la necesaria homologación del compliance-officer con la condición de **garante**. En el anterior sentido, analiza esta última a la luz de una sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 17 de julio del 2009, que sostiene que «el director de auditoría interna no era garante de modo general por la evitación de delitos; aunque en un pasaje obiter dictum afirma que el compliance-officer, a diferencia del anterior, sí ostenta posición de garante. En mi opinión —dice el docente y tratadista—, se trata de una afirmación que puede matizarse. La posición de la auditoría interna es en este punto no tan distinta de la de un responsable de cumplimiento normativo¹³.» (13) En todo caso, pese a la condición no pacífica de un sector de la doctrina, la imputación objetiva se nos presenta como resultado de las dos condiciones especiales exigidas por la teoría: a) La creación de un riesgo no permitido, y; b) La condición de garante en quien figura como autor de la infracción. Con relación a esta última, pareciera claro que dicha condición (garante) puede perfectamente derivar de un comportamiento anterior, que resulte contrario a un

¹³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, op. cit. pp. 176

deber. A su vez, resultaría menester que el bien jurídico fuese puesto en peligro como consecuencia de dicho comportamiento contrario al deber. Eduardo Demetrio Crespo analiza la condición de garante con relación a ciertas consecuencias de la utilización de productos farmacéuticos cuyo carácter riesgoso (o manifiestamente dañino) no era conocido por el encargado de dicho extremo¹⁴.

¿Es garante el Jefe farmacéutico del productor del fármaco, si al momento de la fabricación no era conocido un efecto secundario como resultado de su uso o aplicación? ¿Lo son los directores o gerentes de dicha empresa? ¿Recae la responsabilidad (penal o civil) únicamente sobre la cabeza del **compliance-officer**? Recordemos, en ese sentido, las advertencias y/o sugerencias de la Organización Mundial de la Salud (OMS) relativas a la utilización de productos para el tratamiento de la alergia general o el resfrío común, que contuvieran en su composición la epinefrina o adrenalina.

Nadie se sorprendió cuando, varios años después, se ordenó el retiro de múltiples productos de diferentes marcas (que contenían epinefrina en su fórmula) por su carácter evidentemente riesgoso. Otro tanto pudo ocurrir con la utilización de hemoderivados en el tratamiento de la hemofilia (conines), cuando el estudio y conocimiento acerca del virus de inmunodeficiencia adquirida (VHI) no era aún conocido. Sabido es que la totalidad de la población hemofílica costarricense se vio contagiada del sida, mucho antes de que se determinasen a ciencia cierta los riesgos de ciertas conductas sexuales carentes de seguridad.

En otro orden de cosas, pero siempre acerca del tema planteado supra, la auténtica condición de garante que identificaría al compliance-officer consistiría en la ejecución de deberes de supervisión y vigilancia del empresario, y supervisión de las personas en posición superior, sobre las que el empresario ha delegado funciones ejecutivas¹⁵. (En todo caso, conforme se expresó supra, la discusión acerca de la autoría mediata en relación con la condición de garante ha sido resuelta favorablemente en

¹⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo «Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de la empresa», en ARROYO ZAPATERO, Luis/ LASCANO, Carlos/NIETO MARTIN, Adán, op.cit. pp. 296 y siguientes.

¹⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo «POSICIÓN DE GARANTE del **compliance officer** por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica». En ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTIN «EL DERECHO PENAL ECONÓMICO en la era **COMPLIANCE**», Tirant Lo Blanch, pp. 172

la doctrina y jurisprudencia. Quien genera el riesgo no permitido para un bien jurídico —si bien no ostente la condición de garante, ni forme parte de la administración societaria—, cumpliría requisitoriamente la condición susodicha si su accionar implicó mover en error a quienes ostentaban la jerarquía decisoria en la empresa.

Para ello, conforme se explicó supra, se utiliza el criterio del profesor bávaro que entiende, en esa tesitura, la actividad de quien burla el sistema de controles de una sociedad determinada.

12.- La creación de un riesgo permitido

Para algunos autores, la comprobación de la existencia de un riesgo no es otra cosa que el punto de partida para completar el tema de la imputación objetiva. Bien expresa Feijóo Sánchez¹⁶ que el hecho de que la persona (física o jurídica), que desarrolla una actividad económica, haya creado un riesgo no significa que la conducta se encuentra ya jurídicamente desvalorada... *En definitiva, el Derecho Penal no puede castigar comportamientos que el ordenamiento jurídico ha asumido como válidos...* Pareciera entonces que todo pareciera reducirse, velis nolis, al análisis circunstancial de las normas extrajurídicas (reglas técnicas) creadas para certificar la existencia del riesgo permitido. Bien alega Feijóo Sánchez, que si la empresa ha creado un riesgo permitido o, por ejemplo, consigue pagar menos por el impuesto a las sociedades gracias a una complicada operación de ingeniería fiscal —*que no sobrepasa el nivel de fraude ley sin llegar a ser un negocio simulado*—, *no habrá que plantearse ya la imputación del correspondiente hecho delictivo a individuo alguno (salvo casos muy marginales de tentativa inidónea). La responsabilidad individual en el ámbito de la denominada criminalidad de empresa pasa por la imputación objetiva del hecho a la organización empresarial.*

*A partir de esta idea, el criterio normativo clave para imputar el hecho a un integrante de la organización ya no es el de dominio, ni siquiera de dominio social con respecto al bien jurídico*¹⁷.

¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «Problemas de imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial» en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTIN, DERECHO PENAL DE LA EMPRESA pp.150.

¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit. pp. 155

Consideramos válido el anterior criterio, que no se aparta del ya enunciado por ROXIN, pero que modifica el ejemplo base a partir del cual empezamos el análisis. En tal sentido, pareciera que el elemento definitorio será el de competencia individual dentro de la empresa, ateniéndonos a un criterio de legalidad, según el cual nos regimos en la especie por aspectos materiales (*factum*).

Los temas que resultan claramente esenciales en la imputación objetiva del resultado (al menos en los delitos de resultado material), no parecen someternos a graves problemas de excepción en el Derecho penal económico. En el caso del Derecho penal tributario, suele presentarse el caso del sujeto societario impositivo que elabora una alambicada patraña para mover en error a la Administración. Empero, la Administración tributaria no percibe el engaño, ni es sujeto pasivo de éste, sino víctima de una deficiente operación de cómputo, no atribuible al agente. ¿Gestó éste la condición de riesgo no permitido, o es víctima la organización tributaria de un autoengaño? La solución posible se limita a sancionar el hecho en virtud de tentativa cuando la ley penal la establezca como posible. Observamos pues, que no existe razón alguna para distanciarnos de la aplicación tradicional de la teoría del riesgo permitido, aún en materia de delitos económicos.

13.-Eventual aplicación del sistema de *compliance*: ¿un problema de identidad cultural?

La puesta en vigencia de un sistema basado en el cumplimiento (*compliance*), requiere básicamente dos elementos fundamentales. La voluntad política es uno de ellos, pero, aún más importante es la declaración de compromiso societario. En otras palabras, se requiere la norma jurídica —que equivaldría a una reforma constitucional—, pero necesita lo más importante: una expresa declaración en el Pacto Social constitutivo de la sociedad de una declaración de principios: el respeto a la ley; la observancia de las normas básicas de la ética y de la moral; el cumplimiento de los deberes de lealtad y de sana competencia; el compromiso de cumplir fielmente con la carga tributaria que le corresponda satisfacer, y; por encima de todo, el compromiso personal y colectivo de socios, directores, órganos societarios y de mando, de aceptar las consecuencias que imponga el incumplimiento de la ley y de su declaración de principios.

A grandes rasgos, para que el tema de la **compliance** goce del apoyo y sustento normativo del *ius puniendi*, es menester la creación de figuras típicas, incluyendo las normas penales en blanco que establezcan sanciones pecuniarias o de privación de libertad, según sea el caso, para los hechos que la ley penal juzgue como merecedores de cada especie. Debe aclararse explícitamente que la normativa a formular no requiere especialmente de un resultado material. Se admite la creación de figuras de mera actividad, o bien de peligro, según sea necesario. Como es consecuente, se reservarán las penas privativas de libertad para aquellos hechos que hayan generado un resultado lesivo para el patrimonio de la empresa, de los socios, del particular o del propio ente estatal.

De esta manera, la gestación de los sistemas de cumplimiento podría ser considerado un tema interdisciplinario, en el cual intervengan el Derecho administrativo sancionatorio, el Derecho laboral —que establecería las fórmulas para categorizar la magnitud de las faltas en el caso del trabajador—, y el Derecho penal, a quien correspondería el aspecto coercitivo y sancionatorio, siempre sobre la base de la noción de *ultima ratio*.

Personalmente, creemos que el problema operativo de un sistema de **compliance** en materia penal no reside en la órbita de acción de cada disciplina jurídica que intervenga. De tal manera, observamos que el Derecho administrativo alemán pareciera haber mantenido la discusión en márgenes ajenos a la penalidad, a menos que se compruebe la existencia de un hecho penalmente reprochable. Por el contrario, el Derecho francés permanece anclado a la noción de *faute* —en este caso equivalente a culpa—, y con ello a la determinación de una *imputabilidad subjetiva* como necesaria, a los efectos de la sanción.

A partir del planteamiento anterior, y sobre la base de la naturaleza de las penas que ha imperado por más de un siglo en el Derecho penal, surge el verdadero problema de la **compliance**. Pareciera en consecuencia que, solamente manteniendo alejada una noción de *faute*, sería posible establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En consecuencia, la solución a la vista incluiría obligar al Derecho civil a clarificar los límites del *faute*, de forma previa a pensar en una traslación hacia los territorios propios del Derecho penal.

Ahora bien, el otro extremo que permanecería pendiente es el de la naturaleza de la pena. El único tema remanente implicaría *ad absurdum* resolver la problemática de la aplicación de una pena de privación de la libertad a la sociedad anónima. Una coparticipación entre el Derecho administrativo sancionatorio y el Derecho penal tradicional podría lograr tal cometido. A la sociedad de cualquier naturaleza que incurra en una conducta que genere lesión al medio ambiente, al marco tributario o implique legitimación de capitales, se le sancionaría con una multa con cargo a su patrimonio. A partir de este momento, sus personeros quedarían notificados de su obligación personal de garantizar que tal hecho no se repita en el futuro, puesto que tal eventualidad implicaría la responsabilidad penal de sus directores, o de los personeros con potestades especiales. Tema aparte sería la determinación de si los miembros honorarios, fundadores o permanentes, tienen o no obligación de actuar. El anterior deberá constreñirse a un auténtico tema de responsabilidad penal: La condición de garante, examinada supra, serviría de marco conceptual para responsabilizar a quien ostente un rango particular en el seno societario, equivalente a director, mandante, miembro permanente, miembro honorario, o cualquier condición simétrica o consonante, que se identifique con un poder de decisión.

Conclusión: ¿Una nueva Era en el Derecho Penal Económico?

Tal y como ha sido expuesto, la trascendencia del tema pareciera reconocer la existencia de una nueva era en el Derecho penal económico. Este ha sido el criterio de Luis Arroyo Zapatero, al titular su novedosa obra como *El Derecho penal económico* en la era *compliance*. Tal reconocimiento implica un antes y un después, a partir del surgimiento y aplicación del sistema.

Los recientes casos a los que ha asistido el Derecho penal costarricense podrían justificar por sí solos la necesidad de la aplicación de una responsabilidad colectiva, a la manera *compliance*. Ello, unido a una creciente demanda popular, relativa a la ética en la función pública, hacen colocar la temática en un plano trascendental, ante las nuevas estrategias de protección de bienes jurídicos. El plano de continua normativización al que asistimos –y seguiremos asistiendo–, tiene su origen en una creciente tendencia a reestructurar y hacer efectivos los valores que poseen un carácter social.

Dijimos *supra* que la identidad del sujeto activo en el Derecho penal es consecuencia directa de la determinación de la teoría de la pena que se utilice. Pero ello no es todo: al mismo tiempo observamos a las ciencias sociales en su camino hacia un cambio de paradigma de la racionalidad, y advertimos que dicho tránsito obliga a la integración de aquéllas con concepciones de universalidad previamente declaradas. Tal es el paradójico campo de batalla en el que se mueven las formas de control social. Empero, la apocalíptica amenaza que se cierne sobre nuestro planeta, nuestra organización y nuestras costumbres, autoriza el cambio de paradigma en la determinación del modelo. La renovación, han reconocido los derechoambientalistas, no involucra exclusivamente el carácter sostenido de las reformas, sino también el desplazamiento normativo hacia condiciones de uso común. Bien dice Bacigalupo, que el discurso *acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas se debería retomar en el punto en que lo dejó Kelsen*¹⁸.

¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique Op. cit. pp. 113

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Zapatero, Luis /Lascano,Carlos y Nieto Martin, Adán, (Directores)
(2012) *Derecho Penal de la empresa* (Buenos Aires, EDIAR)
- Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán (2013) *El Derecho Penal económico en la era compliance* (Valencia, Tirant lo Blanch)
- Artaza Varela, Osvaldo(2013) *La empresa como sujeto de imputación de Responsabilidad penal* (Madrid, Marcial Pons)
- Bacigalupo Zapater, Enrique (2012) *«Compliance» y derecho penal*
(Buenos Aires, Hammurabi)
- Bacigalupo Zapater, Enrique (Director) (2004) *Derecho Penal Económico*
(Buenos Aires, Hammurabi)
- Bacigalupo Zapater, Enrique (1999) *Derecho Penal Parte general*
(Buenos Aires, Hammurabi)
- Bacigalupo Zapater, Enrique (2006) *Hacia un nuevo Derecho penal*
(Buenos Aires, Hammurabi)
- Bacigalupo Saggese, Silvana (2001) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*
(Buenos Aires Hammurabi)
- Balcarce, Fabián I. y Berruezo, Rafael (2016) *Criminal compliance y personas jurídicas* (Montevideo-Buenos Aires Editorial B de F.)
- Boix Reig, Javier (Director) (2008) *Diccionario de Derecho Penal Económico* (Madrid, Iustel)
- Carrau Criado, Rafael (2016) *«Compliance» para PYMES*
(Valencia, Tirant lo Blanch)

- Chirino, Alfredo y Martínez Acevedo, Hernán (Compiladores) (2013) *Ensayos sobre Derecho Penal Económico y de Empresa*
(San José, Editorial Jurídica Continental)
- Conde-Pumpido, Cándido (Director) (2007) *Comentarios al Código Penal* (Barcelona, BOSCH)
- Gómez Pulido, Manuel (2016) «*Compliance penal*» y *Política legislativa*
(Valencia, Tirant Lo Blanch)
- Guzmán, Nicolás (2014) *Delitos en el mercado financiero*
(Buenos Aires, Hammurabi)
- Jakobs, Günther (1997) *Derecho Penal. Parte general*
(Madrid, Marcial Pons)
- Kaufmann, Armin (2013) *Estudios de Derecho Penal*
(Montevideo, B de F)
- Kuhlen, Lothar/ Montiel, Juan Pablo/Ortiz de Urbina, Íñigo (2013) «*Compliance*» y *Teoría del Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons)
- Martínez-Buján Pérez, Carlos,(2005) *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General* (Valencia, Tirant Lo Blanch)
- Pérez Cepeda, Ana Isabel (2016) *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional* (Valencia, Tirant Lo Blanch y Ediciones Universidad de Salamanca)
- Rodríguez Ramos, Luis (2015) «*Código Penal*» (español) *Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias.* (Madrid, LA LEY)
- Rodríguez Vindas, Ramón Luis (2002) *Responsabilidad penal de empresas: ¿Societas delinquere potest?* (Medellín, Biblioteca Jurídica Diké)
- Roxin, Claus, (2006) *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Civitas)

