

**Universidad para la Cooperación Internacional-UCI**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Maestría en Criminología con énfasis en Seguridad**  
**Humana**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**“EI FRAUDE FINANCIERO EN LA BANCA ESTATAL Y SU  
AFECTACIÓN EN LA SOCIEDAD COSTARRICENSE”**

**Giannina Bianchini Picado**

**Junio, 2018**

## **DEDICATORIA**

A Dios: por haberme permitido llegar a este punto y dado la salud para lograr nuestros objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mi familia, por habernos apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores y la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien. Por su amor, por el ejemplo de perseverancia y constancia que los caracteriza y que nos han enseñado siempre.

A mis profesores: porque marcaron cada etapa de nuestro camino universitario.



3.1.1.4.1	Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley 1644).....	50
3.1.1.4.2	Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos .....	50
3.1.1.4.3	Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función Pública .....	51
3.1.2	Legalidad de la persona jurídica .....	53
3.1.3	Sistema financiero nacional y banca estatal costarricense .....	56
4.	DELINCUENCIA CORPORATIVA.....	60
4.1.2.	Conceptualización.....	60
4.1.3.	Fraude financiero .....	64
4.1.4.	Dinámica de las relaciones del Estado y la corporación .....	65
4.2.	PERSPECTIVA SOCIAL.....	68
4.2.2.	Situación social actual.....	68
4.2.3.	Afectación al sistema bancario .....	70
4.2.4.	Estrategias preventivas ante la delincuencia corporativa.....	71
5.	CONCLUSIONES.....	73
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

## RESUMEN EJECUTIVO

El Sistema Bancario Nacional cumple un rol fundamental en el desarrollo de la economía, rol que hoy día se encuentra más vigente que nunca. El siguiente documento pretende analizar las garantías constitucionales que deben enmarcar todo proceso que se realice dentro del Sistema Financiero Nacional y con la banca estatal específicamente, por otro lado, la creación de leyes y políticas sumamente represivas que ignoran la mayoría de las garantías sociales de los ciudadanos, beneficiando a unos pocos, cuyos cimientos no están ni en la ideología costarricense ni en los datos que muestra la realidad. Por el contrario, socava los principios de un Estado democrático, por una pretendida lucha contra el enemigo abstracto que es la lucha contra el crimen organizado, en pro de la misma, se legitiman diversas medidas, las cuales ignoran la génesis del problema.

Todo esto, ha llevado al Estado a querer reprimir todas las situaciones de peligro, sin encontrar una política preventiva que dé solución a corto, mediano y largo plazo, si no, más bien, ha sido producto de una serie de acciones tomadas por el Poder Legislativo, que pretende acallar la voz del pueblo, influenciando en una dirección. En este sentido la hipótesis de investigación que se plantea es que la legislación nacional no guarda concordancia con los procesos realizados para en el momento de juzgar los delitos provocados por la delincuencia corporativa, a raíz de ello se generan consecuencias que se analizarán en este trabajo.

El objetivo general de esta investigación es analizar las implicaciones de la legislación nacional en la permisibilidad del fraude financiero en la banca estatal realizada por la delincuencia corporativa y su afectación en la sociedad costarricense. Para lo cual se desarrollarán los siguientes objetivos específicos:

- Establecer la relación entre Criminología Crítica y fraude financiero
- Identificar las leyes establecidas en el nivel nacional que regulan el sistema financiero nacional

- Determinar las causas que generan la delincuencia corporativa en el sistema financiero nacional
- Establecer el tratamiento que se le ha dado a la delincuencia organizada en Costa Rica, que ha cometido fraudes financieros en la banca estatal

La metodología utilizada en esta investigación tiene un enfoque cualitativo. La investigación por su naturaleza, es descriptiva, explicativa por lo que se realizó un análisis documental sobre la temática expuesta.

Dentro de los principales resultados y conclusiones de esta investigación se destaca que el ordenamiento jurídico actual por ejemplo en el caso de funcionarios públicos permite dar ciertas sanciones de carácter administrativo, a pesar que el Código Penal y Procesal Penal de Costa Rica establece una clara sanción al delito de fraude, por lo que existe una clara preferencia de la regulación por los procesos de índole corporativos sobre los individuales, no es lo mismo la administración de justicia hacia una persona física que una persona jurídica, por lo que la empresa se convierte en un escudo para quienes tienen la autoridad sobre ella.

## 1. INTRODUCCIÓN

La lucha por el crimen organizado, el delito y la preocupación científica por el conocimiento de éstos, fueron los objetivos de las ciencias normativas que trataron de alcanzar durante la Antigüedad y la Edad Media. Tal fue la importancia que se dio a estos problemas que ilustres filósofos de la época, tales como Hesíodo, Pitágoras, Heráclito, Protágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles dieron su opinión en relación con las contrariedades de los delincuentes y el castigo que a éstos se les debiera aplicar.

Es a partir del siglo XIX que los fenómenos reales de la delincuencia entran en una etapa de investigación, con la diferencia que abarcan tanto el plano físico como el psicológico que están en conexión con el delito; así surge la Criminología como una Ciencia derivada de las diversas ramas de la investigación humana, entre ellas la Medicina Legal, la Antropología, la Biología, la Psicología y la Sociología.

En la sociedad se han buscado las causas que provocan el delito y las personas que lo cometen, estudio que le concierne a la Criminología hasta llegar a la teoría de las interrelaciones de las personas, grupos y la sociedad en la cual viven y funcionan, son las principales causas de que se cometa un delito.

En Costa Rica existen 29 bancos autorizados, asociaciones mutuales y cooperativas de crédito, de los cuales cuatro fueron establecidos como bancos nacionales de propiedad pública en 1949. Desde entonces, han permanecido abiertos como instituciones autónomas, a pesar de la enorme presión por parte del Fondo Monetario Internacional (FMI) y de los Estados Unidos por privatizarles junto con otros bienes públicos.

El Estado Costarricense, se ha resistido a la presión, porque el valor de una opción pública en la banca se ha hecho inmensamente claro para todos en el país. Durante las últimas tres décadas, un sinnúmero de bancos privados, asociaciones mutuales (sociedades de ahorro y préstamo) y cooperativas de crédito, han ido y venido y debido a la inestabilidad, depositantes han perdido la mayor parte del valor de sus cuentas.

Pero los cuatro bancos estatales, que compiten entre sí, siguen su camino. Debido a su posicionamiento en el Sistema Financiero Nacional y ninguno ha fallado en 31 años, la mayoría de los costarricenses movieron la mayor parte de su dinero a ellos. En la actualidad, representan el 80% de todos los depósitos individuales en Costa Rica, y las 25 instituciones privadas comparten el resto entre sí.

No obstante, el Estado en la lucha contra la delincuencia corporativa a la que se ha visto expuesta la banca estatal, ha establecido una serie de controles tanto legales como constitucionales, pretendiendo lograr un equilibrio entre la persecución del delincuente y los derechos que cobijan al ser humano, los cuales deben protegerse con exclusión de cualquier fin.

Durante muchos años, la lucha también se ha direccionado a la creación de un Estado de Derecho en todo el sentido de la palabra, en el cual los conceptos de justicia y legalidad trasciendan del papel a la efectividad. Sin embargo, actualmente ha surgido, para algunos, la necesidad de retomar distintos conceptos, esto a consecuencia del aumento en la delincuencia y los efectos que la misma genera en el país, especialmente sí se habla de criminalidad organizada, llamada también criminalidad de empresa, por su alta capacidad organizativa y su poderío.

El crimen organizado es realmente un espectro de contornos poco claros o hasta indefinidos, de ahí que no haya correspondencia normativa entre los países,

ello genera mayores interrogantes sobre dicho fenómeno, que cada vez acumula más delitos desarrollados en forma más estructural, con mayores ganancias y mayor incidencia, construyendo una negativa en los sistemas financieros del país.

Ante este panorama, del aumento de los índices de delincuencia convencional y la expansión de la criminalidad organizada que compite por poder con el mismo Estado, ha sido necesario tomar medidas alternativas para garantizar la seguridad de la nación, optando por la creación de más leyes; disminuir garantías procesales bajo el entendido de que representan un obstáculo para la eficiencia de la investigación; aumentar los plazos de prescripción e investigación revertiendo la carga de la prueba e, incluso, por crear tipos penales contra conductas que comúnmente constituirían fases no punibles del *iter criminis*.

Una de las leyes sobre esta temática, en relación con lo expuesto es la Ley N°8754, promulgada el 24 de julio del 2009. Ante la promulgación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, queda la incógnita, si esta guarda relación con la normativa internacional al respecto; si los parámetros que introduce, se acoplan a los valores propios de un Estado de Derecho vigente en Costa Rica; si esta ley encuentra sustento en la realidad o si es producto de meras políticas previsivas alejadas de la situación social actual. Por consiguiente, es necesario cuestionarse, si realmente viene a ser una solución al problema de la delincuencia corporativa y a la crisis que se avecina en la Banca Estatal de este país, debido a los hechos ocurridos durante las últimas dos décadas.

Todos estos supuestos, han determinado la necesidad de hacer un análisis de la legislación nacional, para reconocer las posibles causas del aumento de la delincuencia corporativa y hasta donde tiene una estrecha relación con la permisibilidad de las leyes ante la presencia del fraude financiero en la Banca Estatal Costarricense.

Por lo tanto, el objeto de estudio de este trabajo investigativo se dirige al abordaje criminológico de la delincuencia corporativa en los fraudes financieros y la afectación en la Banca Estatal Costarricense, los cuales se han convertido en un fenómeno social, que desmarca el esquema tradicional del delito y del delincuente, como premisa para comprender y enfrentar una nueva forma de criminalidad.

Lo anterior se presenta bajo la terminología de la delincuencia económica, como parte del propio sistema, desde una óptica jurídica que es vista como una infracción a la norma, pero, desde la criminalidad económica, debe existir una simbiosis entre las características del hecho y del autor que le permita establecer las pautas político-criminales más certeras en su tratamiento.

Se asume el delito económico, en un sentido criminológico. Al respecto, Herrero (1992), lo establece como “toda agresión, prohibida o no por el ordenamiento jurídico, que ponga en grave peligro los esquemas fundamentales de producción, distribución y consumo de los bienes de la comunidad como tal (p. 45). Es decir, en este trabajo se toma en cuenta el Sistema Financiero Costarricense, específicamente el de la Banca Estatal en el nivel nacional, su sistema de financiación y de cambio, para visualizar el daño real que le hace al mismo.

La hipótesis de este trabajo está constituida en la idea que existe un conflicto entre el Estado, la legislación nacional y el derecho de la corporación jurídica y del ciudadano como tal, generando un doble discurso.

Por un lado, las garantías constitucionales que deben enmarcar todo proceso que se realice dentro del Sistema Financiero Nacional y con la Banca Estatal específicamente, por otro lado, la creación de leyes y políticas sumamente represivas que ignoran la mayoría de las garantías sociales de los ciudadanos, al

beneficiar a unos pocos, cuyos cimientos no están ni en la ideología costarricense ni en los datos que muestra la realidad. Por el contrario, socava los principios de un Estado democrático, por una pretendida lucha contra el enemigo abstracto que es la lucha contra el crimen organizado, en pro de la misma, se legitiman diversas medidas, las cuales ignoran la génesis del problema.

Todo esto, ha llevado al Estado a querer reprimir todas las situaciones de peligro, sin encontrar una política preventiva que dé solución a corto, mediano y largo plazo, si no, más bien, ha sido producto de una serie de acciones tomadas por el Poder Legislativo, que pretende acallar la voz del pueblo, influenciando en una dirección. En este sentido la hipótesis de investigación que se plantea es que la legislación nacional no guarda concordancia con los procesos realizados para en el momento de juzgar los delitos provocados por la delincuencia corporativa, a raíz de ello se generan consecuencias que se analizarán en este trabajo.

Todo lo anterior se encuentra dividido en tres secciones a saber:

La primera parte de esta tesina es la introducción en el cual se muestran los antecedentes, problemática, justificación y objetivos.

La segunda parte corresponde a las bases teóricas de la criminología crítica de lo cual se destaca legislación nacional e internacional, así como la conceptualización de la delincuencia corporativa y además la perspectiva social y estrategias preventivas.

La tercera parte corresponde a las conclusiones en donde se destaca las causas que generan la delincuencia corporativa en el Sistema Financiero Nacional son diversas desde el punto de vista de la criminología crítica, ya que puede ser jurídicas, políticas o bien como resultado de la misma sociedad en la que se vive

actualmente. El delito en sí mismo, su ejecución y la empresa como autora de este, permite que existe impunidad por la deficiencia de la legislación, siendo por ende el mismo Estado y su infraestructura jurisdiccional y administrativa, la que facilita su comisión.

## **1.1. OBJETIVOS**

### **1.1.1. OBJETIVO GENERAL**

- 1.1.1.2. Analizar el delito del fraude financiero en la Banca Estatal realizada por la delincuencia corporativa y su afectación en la sociedad costarricense.

### **1.1.2. OBJETIVOS GENERALES**

- 1.1.2.1. Establecer la relación entre Criminología Crítica y fraude financiero
- 1.1.2.2. Identificar las leyes establecidas en el nivel nacional que regulan el Sistema Financiero Nacional
- 1.1.2.3. Determinar las causas que generan la delincuencia corporativa en el Sistema Financiero Nacional
- 1.1.2.4. Establecer el tratamiento que se le ha dado a la delincuencia organizada en Costa Rica, que ha cometido fraudes financieros en la Banca Estatal

## 1.2. METODOLOGÍA

La inmersión inicial en el campo investigativo, es sensibilizar con el ambiente o entorno en el cual se llevará a cabo el estudio e identificar datos que permitan adentrarse en el objeto de la investigación, al verificar la viabilidad del estudio.

Esta investigación es una investigación documental, basada en la recopilación de datos existentes, provenientes de diferentes documentos (textos, libros, investigaciones, entre otros), que brindan la oportunidad de analizar diferentes hechos relacionados con la temática en estudio, al recopilar información relevante de la Banca Estatal y de los fraudes financieros que se han cometido en la historia reciente del país, así como las implicaciones que han tenido en la sociedad.

Igualmente es de tipo descriptiva porque se conoce y se analizan diferentes apartados, así como la descripción del objetivo general y de los específicos, al favorecer el estudio de las características de los bancos estatales y de la legislación que los rige en el nivel nacional, en este caso, se contemplará las implicaciones que tienen en el nivel social los fraudes financieros. El investigador debe describir situaciones y eventos. Es decir, cómo es y se manifiesta determinado fenómeno.

La población, según Barrantes (2010) se puede definir como: “el conjunto de elementos que tienen características en común (...) pueden ser finitas o infinitas” (p. 52). En este caso, está conformada por información proveniente de los bancos estatales: Banco Nacional, Banco de Costa Rica, Banco Popular y de Desarrollo Comunal, Banco Crédito Agrícola de Cartago, y el que fue en su momento el Banco Anglo Costarricense.

Las fuentes de información utilizadas en esta investigación serán de tipo primarias y secundarias. Al respecto Barrantes (2010), define las fuentes primarias

como “de primera mano son fundamentales para el valor académico de una investigación, como serían los discursos, ensayos, artículos, etc.” (p. 53). Es decir, se va hacer uso de investigaciones realizadas, artículos jurídicos, documentos sobre las entidades bancarias, entre otros.

De fuentes secundarias se utilizarán la información textual sobre el tema, obtenida de libros, artículos de Internet, revista de Criminología y otras revisiones bibliográficas, tales como recopilaciones, resúmenes y listados de referencias publicadas en el área de conocimiento, por lo que los datos secundarios reprocessan los datos primarios, y servirán de base para fundamentar la investigación.

Por consiguiente, se requiere de la revisión bibliográfica para indagar las experiencias en el tiempo y espacio, así como conocer, las causas que generaron los fenómenos en estudio.

La investigación está dividida en cuatro apartados. El primero se denomina Criminología Crítica, que a la vez, se subdivide en tres secciones: teoría sobre Criminología Crítica, marco internacional y nacional del crimen organizado, así como, la conceptualización y características del crimen organizado.

En el segundo apartado se desarrolla la temática de la legislación en el nivel nacional, de igual forma, se subdivide en tres secciones la legislación internacional y nacional, la legalidad de la persona jurídica en Costa Rica y el Sistema Financiero y la Banca Estatal Costarricense.

En el tercer apartado, se presenta la delincuencia corporativa, se subdivide en tres secciones, al desarrollar la conceptualización, el fraude financiero y la dinámica de las relaciones del Estado con la corporación. Por último, el cuarto

apartado, sobre perspectiva social, incluye aspectos de la situación social actual que se vive en Costa Rica, la afectación en el Sistema Bancario Nacional y las estrategias preventivas ante la delincuencia corporativa.

## 2. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Durante el siglo XIX, se desarrolló la ciencia como facilitadora del progreso y desarrollo social, a la vez que se consolida el sistema capitalista que requiere no solamente garantizar su hegemonía representada en una clase dominante, sino también, el nuevo orden social. La ciencia, se convierte en la encargada de dar respuesta y legitimidad a estas demandas de orden y disciplina, orientándose en las ideas evolucionistas de Darwin y el método positivo de August Comte (Orozco, 2007).

El orden y el progreso están asociados en una forma directa al modo de producción capitalista, por lo que la ciencia debía ser una aliada al sistema para garantizar estabilidad, al evitar así que fuera perturbado o cuestionado; para asegurar dicha estabilidad se desarrollan ciencias que estudiaban a las personas y la sociedad en general, desde una metodología positivista, cuyas primeras aproximaciones se encuentran en la biología, la medicina, la psiquiatría y la antropología, que con el tiempo se convirtieron en las bases para explicar el problema delictivo con carácter científico (Orozco, 2007).

En este contexto se plantean las primeras formas de manifestación del conocimiento criminológico, definido por Orozco (2007), como "(...) aquella ciencia que vendría a explicar la criminalidad, el por qué el hombre delinque a partir de un determinismo social, biológico, psicológico y antropológico" (p. 38). Por consiguiente, la Criminología, nace con la función de legitimar a partir del conocimiento científico, la intervención del Estado contra aquellas personas que perturben la organización social.

Asimismo, se da la consolidación de la misma como disciplina científica a mediados del siglo XIX, como reacción a la Escuela Clásica de origen filosófico-

jurídico y se halla estrechamente unida al positivismo criminológico y en particular a la Escuela Positiva Italiana cuyo representante fue César Lombroso. El nacimiento de la criminología latinoamericana es todavía más tardío, pues inicia a principios del siglo XX; desde el momento en que se empieza a reconocer a la criminología como ciencia, surgen escuelas o corrientes criminológicas con diferentes posiciones epistemológicas y teóricas, que van desde la legitimación del conservadurismo, a la crítica directa de los fundamentos del orden social o criticismo (Orozco, 2007).

Actualmente, en las ciencias sociales, se ve afectada también, la disciplina de la Criminología, lo que provoca que el concepto de la misma varíe dependiendo desde cuál posición doctrinaria en la que se le ubique.

### **2.1.1 Teoría sobre criminología crítica**

La Criminología Crítica, es entendida por el movimiento no tan heterogéneo del pensamiento en el campo criminológico contemporáneo, que busca la construcción de una teoría materialista desde la desviación, tomando en cuenta instrumentos, conceptos e hipótesis, que han sido elaborados a partir del marxismo, oponiéndose al macrosociológico y al biosicológico del comportamiento desviado. Desde este punto de vista, evidencia una relación disfuncional con la estructura social, que supera el paradigma de la vieja escuela.

Al respecto Villavicencio (2014), expresa las palabras de Baratta (2004) y arguye que,

(...) la criminalidad no es una realidad ontológica de determinados comportamientos y de determinados individuos, sino que se revela más bien como un *status* asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de bienes protegidos penalmente, y de los comportamientos ofensivos a estos

bienes considerados figuras penales; en segundo lugar, la selección de los bienes estigmatizados entre los individuos que comenten infracciones a normas penalmente sancionadas (p. 92).

Por lo tanto, en los últimos años, el Derecho Penal se ha convertido en un objeto de estudio dentro de la Criminología Crítica, al abarcar aspectos como la injusticia, la reproducción de desigualdades, la creación de problemas sociales, que a raíz de tratos diferencias en aspectos de justicia se han acrecentado. De allí, que la reducción del Derecho Penal, ha formulado otras corrientes que van más allá del reduccionismo o el abolicionismo, delineadas por el Neorrealismo de Izquierda y el Derecho Penal Mínimo.

De acuerdo con lo expuesto por Villavicencio (2014), al interior del Reduccionismo se encuentra la corriente del Neorrealismo de Izquierda, que a diferencia del movimiento Realista de Derecha, exigía en países como Estados Unidos e Inglaterra, más represión contra la criminalidad de la clase obrera y las minorías etarias. Los aspectos más relevantes de esta tendencia son:

Se debe regresar al análisis de las causas del delito, para los que propugnan esta teoría la pobreza no es el único factor para la comisión de un delito, sino que existen otros valores como el individualismo, la competitividad, etc. Conciben el delito como un problema real, principalmente para los grupos más que menos tienen. Es tarea fundamental regresar al estudio de la víctima. Sobre el control penal propone: la reducción del control penal y extensión a otras áreas (minimalistas), reinserción del delincuente (en lugar de marginar en la prisión deben buscarse alternativas a la reclusión), disuasión preventiva (organización de los “grupos de cooperación ciudadana”),

defensa de la prisión (ésta debe darse sólo para casos extremos en el que el infractor represente un grave peligro para la sociedad) (p. 234).

Por otra parte, el minimalismo, se desarrolló en Europa del Sur y en América Latina, en busca de que se cumplieran los principios del pensamiento penal liberal, en el sentido original del iluminismo, la transformación radical del sistema penal en un Derecho Penal humanitario, o como reducción progresiva con la perspectiva de una reorganización general de la respuesta institucional a los problemas y conflictos sociales, de manera que se supere el actual sistema de justicia penal (Baratta, 2004)).

Las propuestas político-criminales de esta tendencia son enfocadas a mejorar la política criminal que implica la transformación de la sociedad, considerando la política criminal alternativa y la política de radicales transformaciones sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad y de la democracia (Baratta, 2004).

Además, proponen discriminar una variada cantidad de conductas prohibidas, pero extender y reforzar la protección penal a intereses colectivos como la salud, la seguridad de trabajo, entre otras; esto se da a partir de la abolición de la justicia penal, al defender medidas alternativas como la libertad incondicional, el arresto de fin de semana, otros; con el fin de que las penas se hagan menos dolorosas, marginalizantes y para que el condenado no pierda el contacto con la sociedad a la que se le pretende reintegrar.

Esta tendencia rechaza el mito de la resocialización y postula redefinir el concepto de tratamiento como servicio, en el sentido que la detención debe transformarse en compensaciones de carencias padecidas antes del ingreso. Esta corriente visualiza, un nuevo Derecho Penal a corto plazo, formulado con principios

de limitación formal, principios de limitación funcional y principios de limitación personal o limitación de la responsabilidad penal. Así como otros principios extrasistémicos, que se dividen en dos principios extrasistémicos de descriminalización y principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y problemas sociales, con los que se garantiza los derechos humanos fundamentales (Baratta, 2004).

Por consiguiente, lo que pretende es que dichos principios se apliquen realmente, pero no para mantener la desigualdad o dominación, sino para que el Derecho Penal sea también un instrumento de la lucha de los sectores que han sido oprimidos como consecuencia del mismo, para democratizar las instituciones y para hacer menos difícil las transformaciones radicales de la sociedad (Baratta, 2004).

Por otra parte, el Abolicionismo, efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo, llegando a un consenso entre los expositores abolicionistas, están quienes por una parte, ven el sistema penal como superfluo o innecesario, que podría abolirse sin generar una crisis del mismo; y quienes piensan que el sistema penal es la piedra angular de la represión, cuya abolición implicaría necesariamente la transformación de la sociedad como un todo (Villavicencio, 2014).

Ambas perspectivas del sistema penal (sistema inútil, sistema de utilidad latente), permite tener las razones suficientes para abolirlo, ya que es anómico (las normas del sistema penal no cumplen las funciones esperadas), la prisión no es sólo privación de libertad (ella representa también un cambio radical en su vida, pues se le priva del trabajo, de la familia, etc.). Es decir, al sistema como tal, no le interesa la víctima, ni sus intereses; por el contrario, la víctima del delito resulta siendo víctima del sistema penal; siendo una de las principales razones para que

los abolicionistas propugnan para precisamente abolir el sistema penal (Villavicencio, 2014).

A partir de la crisis en la Criminología Crítica, en la década de los ochenta, se cae en una época de confusión, división y desánimo. Confusión, debido a las consideraciones producidas por las ideas de los setenta y recuperar algunas de ellas y la necesidad de recuperar nuevamente el *labelling approach*; división, por la aparición de las tendencias en la Criminología Crítica realistas de izquierda, abolicionistas y minimalistas; y desánimo, porque los grandes objetivos de la transformación social esperada parecen fuera de alcance, las alternativas a la prisión originan la reacción de una sociedad disciplinaria (Martínez, 2015).

En consecuencia, el debate sobre el Derecho Penal, ha tenido diferentes matices dentro de la Criminología Crítica, lo que hace necesario el análisis de los pros y los contras de las tendencias antes mencionadas, con el fin de obtener las propuestas positivas de las mismas. Es esencial, analizar las fuerzas sociales y políticas reales, para una mejor comprensión del abolicionismo, que ha traído a la posmodernidad un auge punitivo y no un minimalismo o un abolicionismo como propugnaba la Criminología Crítica o moderna, sin quitarle el inmenso poder crítico que ha develado muchísimos de los defectos estructurales de la administración de justicia penal (Martínez, 2015).

### **3. CRIMEN ORGANIZADO: CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CRIMEN ORGANIZADO**

El crimen organizado atenta contra las instituciones democráticas de un país, genera pérdida de credibilidad en las mismas, afecta el sistema económico y aumenta la inseguridad. Es un concepto amplio, pero difuso, que en lugar de ofrecer herramientas estratégicas para erradicar y procesar organizaciones criminales violentas, parece ampliar el aparato punitivo del Estado Costarricense, convirtiéndolo en un fenómeno borroso y difícil de detectar, que no permite actuar sobre el problema, prolongando las penas asociadas bajo la red criminal.

La Convención de Palermo (2000), define el crimen organizado como,

*El modus operandi* de las organizaciones criminales que sigue estando fuertemente asociado por el contexto histórico, social, político y cultural de los países y regiones donde se origina (...) creando mayor incertidumbre jurídica que lleva al abuso de la autoridad y a violaciones de derechos humanos (p. 17).

Los Estados en el nivel mundial, están perdiendo las denominadas guerras de la globalización, tales como la guerra contra las drogas; la guerra contra el tráfico de personas; la guerra contra el tráfico de armas; la guerra contra el lavado de dinero y la guerra por proteger la propiedad intelectual.

A estas cinco, se le agregan otras cinco que, si bien reciben menos impacto mediático, causan graves daños a la democracia y al desarrollo, al tratar ejes temáticos en contra del tráfico de órganos; en contra del tráfico de especies en vías de extinción (particularmente de áreas protegidas) y el robo de obras del patrimonio

histórico y cultural; en contra del movimiento y la ubicación de desechos tóxicos en terceros países; y finalmente, en contra del robo de vehículos, fenómeno que podría parecer banal en comparación con algunos de los fenómenos descritos pero que tiene una significación económica en verdad superlativa en regiones como la centroamericana (ONU, 2017).

Como estructura del crimen organizado, se analiza una serie de características internas, que lo identifican como una organización criminal, en primer término, parte de una definición de cantidad de personas que la conforman, pueden ser vinculadas por familiares o aspectos geográficos, asociados con mafias, carteles, pandillas o familias que mantienen un control monopólico de cierto tipo de criminalidad en un territorio específico; es una estructura compleja, jerárquica vertical y burocrática, en la que personas de alto nivel de especialización, tiene un orden interno muy fuerte con sanciones claras (FLESCO, 2015).

En segundo lugar, la red o empresa ilegal, se concibe no solo para los actores sociales que lo componen, sino también, para las relaciones económicas y comerciales, presentando estructuras burocráticas piramidales que se repiten a través del tiempo, convirtiéndose en flexibles, cambiantes y dinámicas (FLESCO, 2015).

Por último, tienen un enfoque relacional, que no define el crimen organizado, ni las redes comerciales, porque se desarrolla mediante relaciones constantes con empresas legales e ilegales, como el mismo Estado, lo implica beneficios mutuos, vinculados con delitos de cuello blanco, corporativo y estatal (FLESCO, 2015).

Prácticamente, ya han sido mencionadas las características con que cumple una organización criminal o un hecho, para ser definido como crimen organizado. No obstante, es difícil dar un concepto sin exponer características propias de lo que

se describe, es más, la conceptualización parte del análisis de elementos considerados propios del fenómeno.

En razón de lo anterior, se tratará de explicar más detalladamente cada una de las características ya mencionadas o exponer otras que no están contenidas en las definiciones antes señaladas. Cuando se habla de crimen organizado se entiende que el sujeto activo no es un autor individual, ni tampoco se refiere a un mero concierto de voluntades, sino a un real grupo organizado.

De acuerdo con Orsi (2011), la organización implica: “un comportamiento conjunto medianamente homogéneo y dirigido a la prosecución de alguna finalidad. También implica una determinada cantidad de integrantes, parámetro que permite diferenciar el grupo, de un accionar meramente conjunto, por ejemplo, entre dos personas” (p. 171). Es decir, las organizaciones criminales pueden llegar a adquirir múltiples formas que van, desde un patrón de jerarquía individual de tipo piramidal, un sistema colegiado, a uno confederativo, entre otras opciones.

Estas organizaciones llegan incluso a establecer complejas mallas de interconexión, a través de las cuales vinculan, diferentes especificidades delictivas, conformando una verdadera estructura empresarial, en la que se puede evidenciar un alto nivel de sofisticación y una especializada división del trabajo. En cuanto al número de integrantes que le conforma, se habla de un parámetro objetivo que es capaz de dotar de previsibilidad la conducta a reprimir. Sin embargo, se critica el hecho de que ese mínimo sea fijado en tres integrantes, porque casi coincide con el empleado por el Código Penal para agravar diferentes figuras delictivas, e incluso como parte de la estructura originaria de otros tipos (Valverde, 2015).

Por otro lado, existe una clara diferencia, entre el delincuente ocasional, circunstancial, el cual muchas veces es guiado a infringir la norma penal por

reacciones anímicas, y el delincuente que opera en forma permanente en la comisión de un delito. A esto se suma una sofisticación adicional que es el hecho de que varios individuos se reúnen y estructuran de forma permanente para la comisión de delitos, es aquí donde se está ante delincuencia organizada, porque no son personas que se reúnen para cometer un delito de forma ocasional, sino que podría decirse que es su modo de vida, aunado a muchas otras características que se dan en cada caso concreto. (Martínez, 2013)

Existe gran dificultad para saber si se está ante un acto de crimen organizado, por lo que se debe de atender en forma exclusiva, la naturaleza del tipo infringido, dejándose llevar por las características externas propias de la organización, tales como la estructura jerárquica, la permanencia temporal, la finalidad delictiva, el afán de lucro, la transnacionalidad o extraterritorialidad, así como otras finalidades que van a ser expuestas.

La estructura jerárquica, en las organizaciones criminales, se convierte en un régimen dominador y regulador en la toma de decisiones, siendo la misma estructura lo que hace posible que exista un sistema interno de disciplina y control destinado a corregir comportamientos alejados de las expectativas del conjunto y lograr así, la permanencia de la institución. También, tiene como efecto el que sea sumamente complicado dar con la cabeza de las organizaciones; algunas pueden ser más flexibles que otras. No obstante, eso no significa que no esté dirigida a un fin, al contrario, estará organizada con reglas y regulaciones internas y explícitas (Ochoa, 2013).

De acuerdo con Ochoa (2013), una característica obligatoria de las organizaciones criminales, es que estas cuenten con “un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que aseguren la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización”

(p. 23). Haciendo decisiva, la posibilidad de desarrollar el plan delictivo en forma independiente de las personas individuales, lo que permite hablar de empresa criminal.

Por otro lado, cuando la organización cumple con una estructura jerárquica vertical es porque puede presentar ventajas como economía de escala para algunas actividades; explotación de precios de monopolios en algunos mercados menos abiertos a la competencia externa; menos utilización de la violencia, lo que en nuestra opinión les permite ser menos fáciles de capturar y, a la vez, ganar mayor consenso social para desarrollar sus actividades; mejor administración de los riesgos y más fácil acceso a los mercados financieros (Ochoa, 2013).

En cuanto a la permanencia temporal, las actuaciones esporádicas no se consideran dentro del crimen organizado, por lo que es necesario que tengan un período de actuación largo y continuidad en sus actividades. Una organización criminal tiende a permanecer en el tiempo, a perpetuar su actividad, lo que le permite generar sus propios sistemas de producción, de lo contrario, impediría su desarrollo.

Esta tendencia a perpetuarse ha sido definida por Villavicencio (2014) como “autorrenovación, una característica que implica que a pesar de los obstáculos que se presenten la organización se adapta y sobrevive incluso aunque se eliminara a su cabecilla o jefe la misma no se detiene” (p. 301). Es decir, para la supervivencia de la organización es necesaria la existencia de mecanismos que legitimen el ingreso de los nuevos integrantes y que vigilen o controlen la salida de quienes ya cumplieron su función dentro de ese sistema. Hay organizaciones que cuentan con cuerpos normativos (escritos o no) que regulan éstos y otros aspectos.

Asimismo, la finalidad delictiva, dentro del Derecho Penal, resulta relevante a efectos de sancionar, el que exista un fin de cometer delitos graves. Y en este sentido, se hace referencia a que dicha organización albergue un proyecto criminal que será posible dada la estructura jerárquica, la división de roles y la permanencia temporal de la misma, sin que se pueda hablar de crimen organizado, cuando la finalidad es cometer un único hecho delictivo o un número reducido (Valverde, 2013).

El afán de lucro, en el crimen organizado, se relaciona con los delitos cometidos o que se van a cometer, los cuales deben generar un rendimiento económico. En concordancia, con Orsi (2011), quien indica que “lo que es innegable es que la generación de rendimientos económicos es el medio utilizado para expandir la organización o involucrarse en la economía lícita, perjudicándola, esta es una actividad que se lleva a cabo a través del lavado de capitales” (p. 98). Es decir, las organizaciones que se dedican exclusivamente al blanqueo de dinero y de esta forma otras no participan de esa actividad, otras como medio para expandirse también utilizan el empleo de la violencia y la corrupción de funcionarios del mismo modo, como medio para establecer un control sobre sus miembros y sobre los diferentes mercados.

La transnacionalidad o extraterritorialidad, no se refiere al ámbito local, sino que se ha extendido a diferentes zonas de un mismo país, e incluso a otros países, de ahí que se haya considerado por parte de algunos doctrinarios, que la transnacionalidad es una característica propia del crimen organizado. Es un fenómeno cada vez menos limitado a un espacio físico, por el contrario, se está ante una forma empresarial delictiva que ha adquirido dimensiones globales (en lo geográfico), transnacionales (en lo étnico y cultural), multiformes (en los acuerdos que forma con los sectores políticos y sociales) y diverso-productivas (en cuanto a la abundancia de productos que transan) (Orsi, 2011).

Pero sin importar si el ámbito de actuación de las mismas, sea este local o transnacional, lo que sí es un hecho es que las organizaciones criminales nunca improvisan su actividad delictiva en una ciudad o Estado, antes exploran si otros grupos operan en ese mercado criminal, eso les asegura control y supervivencia.

Aparte del afán de lucro que es propio de este tipo de organizaciones, con las reservas expuestas, Orsi (2011), señala otras finalidades, tales como:

La experiencia histórica es uno de los fines del crimen organizado; la búsqueda de poder político y económico, con el que pretenden asegurar su dominación social y utilizando como medios no sólo la amenaza, la fuerza, el soborno y la corrupción, sino que los caracteriza su gran capacidad para combatir la coerción y el consenso. No sólo buscan producir temor, también pretenden el reconocimiento social con el fin de convertirse en un actor social con potencialidad hegemónica. Pero este es un actor que no pretende una transformación estructural, sino la perpetuación del esquema social y político dado, por eso se dice que su orientación es conservacionista (p. 123).

De ahí que muchos grupos intenten operar con la mayor discreción, llegando a figurar inclusive como benefactores de la sociedad, quienes forman parte de estas organizaciones no buscan cambiar el estado de cosas, sino dominar ese estado, expandirse limitando al mismo tiempo los posibles obstáculos (sociedad, policías, otros.) y lo hacen utilizando los medios más adecuados según lo que pretendan acallar, como puede ser la creación de alianzas o la constitución de factores de poder.

La Dirección de Inteligencia Criminal de la Real Policía Montada de Canadá (2015), identificó 14 características de los grupos de delincuencia organizada, las cuales se mencionan a continuación:

Corrupción y uso de influencias, explotación de debilidades y chantaje de figuras públicas prominentes. Disciplina y obediencia a través del miedo y la violencia. Infiltración, esfuerzos constantes para ganar espacio en instituciones legítimas con el objetivo de protegerse ante posibles detenciones. Aislamiento: Protección de los líderes de la organización, separándolos de los soldados célula por célula y función por función. Aquí nuevamente se hace referencia a las características de jerarquía y especialización. Monopolio: Control sobre ciertas actividades criminales dentro de un área geográfica, no hay tolerancia a la competencia. Motivación, lográndola fundamentalmente a través de la acumulación de las riquezas. Subversión de las instituciones de la sociedad y de los valores morales y legales. Historia, lo que permite enriquecer su práctica criminal. Violencia, usada para fortalecer la organización. Sofisticación: evidenciada en el uso de sistemas de comunicaciones avanzadas, control financiero y operaciones. Continuidad: la corporación y la organización sobreviven a los individuos que la conforman. Diversidad en las actividades ilícitas: con el fin de proteger a la organización de los problemas que se pueden presentar si se dedican a una única actividad. Obligación de seguridad y protección persona a persona y a la organización, de ahí que en ocasiones hay complejos ritos de iniciación. Movilidad: cuando la organización ejerce sus actividades más allá de los límites nacionales y jurisdiccionales (transnacionalidad o extraterritorialidad) (p. 28).

Estas son las características básicas que debe cumplir un grupo que comete delitos para ser catalogado como una organización criminal, de las cuales el número

de personas legalmente tipificado, la permanencia, el afán de lucro y la comisión de delitos graves son esenciales y las demás generalmente se encuentran, pero no son indispensables a efectos de sancionar.

Definir el crimen organizado es una tarea compleja, porque existe de por medio bienes y servicios ilegítimos que el público demanda, o bien, porque se dan actos lícitos como ilícitos, pero de manera inadecuada, centrándolo en la compleja organización de redes de articulación, que radica en dos características, mencionadas por la ONU (2017) y que se mencionan a continuación: “La primera se refiere a la amenaza o el uso de la fuerza para sus actividades; y la segunda al uso de la corrupción como instrumento principal para erosionar las capacidades del Estado y aumentar la impunidad de sus acciones (p. 139). Es decir, la transnacionalización del crimen ha aumentado los problemas que de él se derivan.

No obstante, el crimen organizado ha cruzado las fronteras y sus acciones se relacionan con los distintos tipos de amenazas en redes de carácter global. Para poder enfrentar esta nueva forma de criminalidad es necesario también tener y desarrollar una perspectiva y visión transnacional, que significa coordinar políticas globales y locales, como uno de los principales retos que poseen, tanto los Estados, como las sociedades y todos los actores sociales que buscan enfrentar este flagelo.

### **3.1 Marco internacional y nacional del crimen organizado**

La prevención del crimen organizado, del delito y la implementación de políticas públicas en beneficio de la sociedad son las perspectivas que van de la mano con la seguridad ciudadana, que se dan en un sentido amplio. Consiste en preparar y disponer de lo necesario anticipadamente, para evitar un riesgo a futuro, donde la prevención se da con la suma de políticas tendientes que impidan el surgimiento o avance de la criminalidad.

En el marco internacional, la existencia del crimen organizado, se ubica desde un contexto global, donde han aparecido diversidad de peligros. Desafortunadamente, la comunidad mundial, ha visto aparecer nuevas amenazas, que cada vez son más violentas y se esparcen con mayor rapidez, produciendo el aumento de actos ilegales o ilegítimos que son difíciles de neutralizar debido a su naturaleza e interconexión global.

Lo que deja entre vistos que la globalización posee efectos multiplicadores sobre los más diversos fenómenos políticos, sociales y ambientales del mundo entero; el predominio de trabajar por medio de redes, se ha vuelto cada vez más predominante, tanto para el diagnóstico, como para el diseño de políticas, que incluye, los temas relativos a la seguridad, las amenazas a la paz y la estabilidad (UNICEF, 2017).

En el nivel nacional, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 01031-99 de las 10:40 horas, del 17 de noviembre de 2003, estableció que el crimen organizado se trata de “(...) un grupo organizado en donde, como tal, sus integrantes actúan conforme a una división de tareas o funciones que previamente le habían sido asignadas”. Sin embargo, esta es una conceptualización que no dice nada, por lo que, no se logra desprender siquiera una diferencia con una coautoría pura y simple, porque el dominio funcional del hecho al que hace referencia es propio de la coautoría como se conoce, por lo que no se aporta ningún elemento nuevo para esclarecer el tema.

De acuerdo con Valverde (2013), la INTERPOL, define el crimen organizado como: “Toda asociación o grupo de personas que se dedica a una actividad ilícita permanente, cuyo primer objetivo es sacar provecho sin tomar en cuenta fronteras nacionales”. Si bien es cierto, este es un concepto bastante resumido, resalta tres

elementos importantes con que debe cumplir una asociación organizada: primero la permanencia, segundo el afán de lucro, y tercero que trascienda las fronteras de un país.

Las dos primeras características, también son tomadas en cuenta porque caracteriza el crimen organizado desde la estructura jerárquica, dándole continuidad, autoperpetuación, así como exorbitantes beneficios económicos obtenidos básicamente por el uso del miedo y la corrupción, la inmunidad de jerarcas, quienes no participan directamente en los actos criminales y por eso no corren peligro de ser perseguidos por la justicia.

En Costa Rica, el Estado, específicamente el Poder Judicial, es el encargado de la seguridad ciudadana, que conlleva un significado social de garantizar la tranquilidad y el orden público en la sociedad. Para lograrlo, es necesario el desarrollo de condiciones que permitan la regulación de la violencia de las propias instituciones de orden público, adquiriendo una particular relevancia al funcionamiento eficaz de las mismas.

De acuerdo con Espinoza (2016), indica que:

La violencia y el delito financiero, han sido siempre, en la historia de la humanidad, problemas y contradicciones que se encuentran en la base de la estructura social, el debate sobre el mejor modelo posible de prevención del delito para garantizar la seguridad ciudadana se traslada hoy, más que a posiciones ideológicas, al ámbito de lo que es posible, en el marco de las realidades socioeconómicas, sin menoscabar en un futuro, los fundamentos de base del Estado social, de la democracia y del respeto de la libertades individuales (p. 5).

A partir de lo expuesto por el autor, se entiende que tanto la violencia como el delito, ha sido partícipe del diario vivir de la humanidad desde tiempos antiguos, por lo que el Estado, debe comprometerse en atender adecuadamente las contravenciones que se presenten, con la intencionalidad de mantener una sociedad con igualdad de oportunidades para todos, lo cual incluye como aspecto fundamental, que es, la aplicación del Derecho.

En el transcurso de los años, el Poder Judicial ha realizado cambios, en busca de la satisfacción de las necesidades de la sociedad, al enfocar su trabajo a una respuesta cada vez más eficaz. Sin embargo, esto no siempre es así, muchas veces, la persona que comete el delito al enfrentarse al proceso judicial, no se le logra detectar su culpabilidad, o en el peor de los casos, se dicta la sentencia, pero no la orden de captura, abriendo un espacio a la libertad del infractor, permitiendo a su vez que caduque la causa.

Según lo mencionado en la Constitución Política de Costa Rica (1949), indica que:

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito, o falta sancionado por ley anterior y en virtud de sentencia firme, dictada por autoridad competente, previa oportunidad concebida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (Constitución Política, numeral 39).

Por consiguiente, al ser el delincuente declarado culpable, tanto el Tribunal Penal, como el Juzgado de Ejecución de la Pena y el Organismo de Investigación Judicial, deben de velar, que esto realmente suceda, ya que se ha logrado comprobar su culpabilidad. Sin embargo, los procesos administrativos, tienden a ser

engorrosos, al complicar la efectividad de los mismos, lo que provoca que no siempre se cumpla con la sentencia impuesta.

De igual forma, en la Carta Magna, se expresa que: “Toda persona es igual ante la ley, y no podrá practicarse discriminación contraria a la dignidad humana” (artículo 33). Esto a su vez, provoca en la sociedad un trato prejuicioso a quienes no cometen delitos en comparación con quienes, sí lo hacen y tienen sentencia en firme y estando libres.

Igualmente, el Derecho Penal se basa en principios generales que se han instaurado con la intención de buscar el respeto de los derechos y garantías humanas dentro del Estado, por lo que los principios que se han creado a partir de la norma se fundamentan en la Constitución Política.

Estos abarcan desde el Principio de legalidad hasta el del Debido Proceso, desde el Principio de la Inocencia, hasta el de Proporcionalidad; desde el Principio de una Debida Representación por parte de un profesional en materia de Derecho, hasta el abstenerse a declarar, entre otros aspectos; todo esto pretende garantizar que el sujeto sometido al proceso penal, se le den las garantías y se le respete como persona, pero si es identificado como culpable, también cumpla con lo expuesto por la Ley. Por lo que no hay razón, para que interfieran las técnicas administrativas en la aplicabilidad de las sentencias expuestas.

Al igual que en la mayor parte de Latinoamérica, en Costa Rica el crimen organizado, se convierte en una categoría que sigue siendo muy amplia y difusa, tanto en el campo legal, político como social, debido a que comprende gran cantidad de conductas desviadas.

Al respecto, FESCOL (2015), expresa que:

El crimen organizado ha resultado ser una categoría muy exitosa para la expansión punitiva de los Estados y la criminalización de las poblaciones más vulnerables y marginadas. El modelo de control social adoptado en la década de los noventa por una gran cantidad de países después de la guerra fría y la desaparición del estado benefactor endurece las legislaciones y fomenta una penalización selectiva y masiva (p. 126).

Todo esto ha incrementado, nuevas formas de control del delito, uso de la tecnología, ampliación de los servicios penitenciarios en el país y la rehabilitación tradicional del Estado benefactor para la readaptación del sistema penal; llevando a la sociedad a exigir mayor seguridad, sin importar los medios que se utilizan, omitiendo los derechos de los sospechosos, que a su vez provocan, la expansión de los servicios judiciales y penitenciarios.

### **3.1.1 Legislación internacional y nacional**

Para esta investigación, por ser un análisis de la problemática de las implicaciones de la legislación nacional en la permisibilidad del fraude financiero en la banca estatal realizada por la delincuencia corporativa y su afectación en la sociedad costarricense, se muestra a continuación la normativa primeramente en el nivel internacional y posteriormente en el nivel nacional.

#### **3.1.1.1 Legislación internacional**

##### **3.1.1.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se

recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco de 1945.

En el caso específico del fraude bancario y los actos criminales, se destacan varios artículos, el primero de ellos es el artículo 22 menciona lo siguiente:

**Artículo 22.** Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. (Naciones Unidas, 1948, p. 1)

Por lo tanto, en el nivel internacional se estipula que es parte de los derechos de la población vivir seguros, es decir, las personas tienen facultad de gozar de esto, sin que nadie se lo pueda quitar, no obstante, por otro lado, el imputado, es decir, quien comete el delito de fraude tiene derecho a lo siguiente según el **artículo 11** de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. (Naciones Unidas, 1948, p. 1)

En este sentido, la Declaración de Derechos Humanos es relevante ya que se muestra donde se establece los derechos de la persona imputada a un juicio y el derecho a la defensa como garantías procesales como parte del debido proceso.

### **3.1.1.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Este Pacto ha tenido gran desarrollo y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, los artículos más destacados de este son:

#### **Artículo 2**

1. Cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, p. 1)

#### **Artículo 6**

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, p. 1)

#### **Artículo 7**

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie, será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, p. 1)

En este mismo sentido, los derechos de las personas privadas de libertad están vinculados con la dignidad humana, sobre ello:

#### **Artículo 10**

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Asamblea General de

las Naciones Unidas, 1966, p. 1).

### **Artículo 12**

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. (...) (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, p. 1)

#### **3.1.1.1.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Este Pacto entra en vigor el 23 de marzo de 1976, con un total de 49 artículos relacionados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de los cuales de acuerdo con la temática presentada se destacan los siguientes: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” (Naciones Unidas, 1948, p. 1).

### **Artículo 4**

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida

estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión (Naciones Unidas, 1948, p. 1)

En este mismo sentido, **Artículo 5** se estipula lo siguiente:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado (Naciones Unidas, 1948, p. 1).

De lo anterior se deduce que es importante que se cumplan los derechos humanos fundamentales, por lo que el Estado deberá velar por su cumplimiento considerando que estos deben gozarse plenamente.

#### **3.1.1.1.4 Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José)**

Dicha Convención fue suscrita en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en la cual se describe en relación con el imputado por narcotráfico, que tiene derecho a su integridad física como se muestra a continuación:

##### **Artículo 5. Derecho a la integridad personal**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (Organización de los Estados Americanos, 2015, p. 1)

Además, en el caso del imputado o del infractor contará con las garantías judiciales previstas en esta Convención como se muestra a continuación en el **artículo 8 garantías judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;.

c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;.

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (Organización de los Estados Americanos, 2015, p. 1).

Todos estos aspectos son importantes citarlos, toda vez que son la plataforma de derechos inalienables a los que todos los ciudadanos costarricenses y demás personas del mundo cuyos países suscriban tales tratados, para con base en estos desarrollar los códigos penales y procesales vigentes para cada país, logrando que las leyes sean específicas con cada delito.

### **3.1.1.2 Normativa nacional**

#### **3.1.1.2.1 Constitución Política de la República de Costa Rica**

Creado en Costa Rica en 1949, esta es una de las bases de la presente investigación, en especial el artículo 33, que dice: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.” (Asamblea Legislativa, 1949, p. 18)

Por lo que en defensa de esta dignidad se muestra el **artículo 39**: “El principio de legalidad criminal, de acuerdo con el cual sólo puede castigarse penalmente un acto cuando exista una Ley, anterior al mismo, que prevea ese hecho como delito y le otorgue una sanción.” (Asamblea Legislativa, 1949, p. 19)

De igual manera el Principio de Culpabilidad, exige la “previa demostración de su culpabilidad” como requisito para la sujeción a una sanción penal, por lo que es importante para la presente investigación ya que para demostrar si una persona es culpable o no es necesario aportar las pruebas necesarias.

### **3.1.1.2.2 Código Penal de la República de Costa Rica, Ley 4573**

El Código Penal fue promulgado el 15 de noviembre del 1970 en San José Costa Rica. El delito del fraude se encuentra en la sección IV de este cuerpo normativo bajo el título de estafas y otras defraudaciones tal y como se transcribe a continuación:

#### **Artículo 217. Estelionato<sup>76</sup>**

Se impondrá la pena señalada en el artículo anterior, según la cuantía de lo defraudado, en los siguientes casos:

- 1) Al que, recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia;
- 2) Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a otro por un precio o como garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo;
- 3) Al dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tenga legítimamente en su poder, o la dañare o inutilizare, frustrando así, en todo o en parte, el derecho de otro. La misma pena será aplicable al tercero que

obre con asentimiento y en beneficio del propietario; y 4) Al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado que lo abandone, deteriore o destruya, con ánimo de perjudicar al embargante o acreedor, o que, después de prevenido, no lo presente ante el juez.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).

#### **Artículo 217 bis. Fraude informático**

Se impondrá pena de prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influya en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, mediante programación, empleo de datos falsos o incompletos, uso indebido de datos o cualquier otra acción que incida en el proceso de los datos del sistema. *(Así adicionado por el artículo 1º de la Ley N° 8148 de 24 de octubre del 2001) (Asamblea Legislativa, 2010, p.180)*

De lo anterior se logra dilucidar que en el Código Penal Costarricense han sido adicionados artículos que se relacionan con el delito del fraude, de igual manera el fraude de simulación, el cual se encuentra regulado en el artículo 218, que se refiere a obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o excediere falsos recibos o se constituyere el fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza.

En este mismo sentido, se considera un delito contra la buena fe en los negocios, tal y como se observa en el siguiente artículo:

#### **Artículo 231. Quiebra fraudulenta**

Se impondrá prisión de dos a seis años e inhabilitación para el ejercicio del comercio, de tres a diez años al comerciante declarado en quiebra que, en

fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

- 1) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos;
- 2) Sustraer u ocultar bienes que correspondieren a la masa o no justificar su salida o su enajenación;
- 3) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor; y 4) Haber sustraído, destruido o falsificado en todo o en parte los libros u otros documentos contables, o los hubiere llevado de modo que se hiciera imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios. (Asamblea Legislativa, 2010, p.180).

### **3.1.1.3 Código Procesal Penal Ley N° 7594**

El Código Procesal Penal fue promulgado el 10 de diciembre de 1996 en San José, Costa Rica. En el Capítulo I titulado Ministerio Público el Código Procesal Penal hace alusión a las funciones de dicho Ministerio como se observa en el **artículo 62** del Código Procesal Penal:

El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica (Asamblea Legislativa, 2010, p. 71).

En el Capítulo II trata sobre la Policía Judicial como se menciona en el **artículo 68** del Código Procesal Penal como se observa a continuación:

El Ministerio Público dirigirá la policía cuando esta deba prestar auxilio en las labores de investigación. Los funcionarios y los agentes de la

policía judicial deberán cumplir siempre las órdenes del Ministerio Público y las que, durante la tramitación del procedimiento, les dirijan los jueces.

En casos excepcionales y con fundamentación, el Fiscal General podrá designar directamente a los oficiales de la policía judicial que deberán auxiliarlo en una investigación específica. En este caso, las autoridades policiales no podrán ser separadas de la investigación, si no se cuenta con la expresa aprobación de aquel funcionario. (Asamblea Legislativa, 2010, p. 71)

En cuanto a la víctima y sus derechos, el **artículo 70** del Código Procesal Penal en el inciso a define como “La persona directamente ofendida por el delito” (Asamblea Legislativa, 2010, p. 71)

Aunado a esto, el **artículo 71** expresa lo siguiente:

Aunque no se haya constituido como querellante, la víctima tendrá los siguientes derechos dentro del proceso:

1) Derechos de información y trato:

a) A recibir un trato digno, que respete sus derechos fundamentales y que procure reducir o evitar la revictimización con motivo del proceso.

b) A que se consideren sus necesidades especiales, tales como limitaciones físicas, sensoriales o mentales, así como las diferencias sociales, culturales o étnicas.

g) A ser informada sobre la necesidad de su participación en determinados exámenes o pericias, a que se le expliquen sus alcances y a contar con la presencia de una persona de su confianza, que la acompañe en la

realización de estas, siempre que ello no arriesgue su seguridad o ni ponga en riesgo la investigación (Asamblea Legislativa, 2010, p. 71)

Se han citado en el nivel de Derecho los actores principales a saber los ciudadanos, cuando son víctimas, las autoridades responsables de darles auxilio cuando son víctimas de un delito, tales como los Jueces de la República, Fiscales del Ministerio Público, la policía (administrativa o preventiva y represiva o de investigación). Pues es menester conocer los atributos y como se da el orden para proceder con las determinadas investigaciones de delitos.

#### **3.1.1.4 Ley General de la Administración Pública**

Es a partir del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, que se construye una definición de lo que implica el término funcionario público:

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común (Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 de 5 de mayo de 1978).

En esta misma dirección el numeral 112 de la Ley de cita, plantea:

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.
2. Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3º, del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.
3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.
4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos (Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 de 5 de mayo de 1978).

Al retomar lo hasta ahora expuesto, si bien es cierto pueden evidenciarse algunas similitudes entre el trabajador del sector privado y un servidor público, este último tiene connotaciones diferentes pues está en función de la satisfacción del interés público y del servicio que el Estado debe prestar, tal como se desprende el artículo 113 de la Ley General antes citada:

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.
2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia (Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 de 5 de mayo de 1978).

En este mismo orden, el numeral 114, dispone:

1. El servidor público será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar.
2. Sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan para el servidor, considérese, en especial, irregular desempeño de su función todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados (Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 de 5 de mayo de 1978).

#### **3.1.1.4.1 Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley 1644)**

En esta ley se presenta como las entidades financieras del Estado deben estar en constante fiscalización con el fin de que se encuentre una transparencia absoluta como se muestra a continuación:

**Artículo 16.-** Además de la fiscalización a que estarán sometidos los bancos del Estado, de conformidad con las disposiciones especiales de la Constitución, dichos bancos y los privados quedarán sujetos a la vigilancia y fiscalización permanente del Superintendente General de Entidades Financieras, en la forma y condiciones prescritas por la presente ley y por la Ley Orgánica del Banco Central y de acuerdo con las disposiciones pertinentes de los respectivos reglamentos.

**Artículo 17.-** Los bancos estarán obligados a presentar al Superintendente General de Entidades Financieras todos los balances, estados y cuadros estadísticos que ese funcionario les solicite, en la forma y plazo que él mismo determine. Por sí mismo o por medio de los funcionarios de su dependencia, tendrá libre acceso a todos los libros, documentos y archivos de los bancos, cuyos directores, gerentes, funcionarios y empleados estarán obligados a prestarle toda la ayuda que puedan darle para el mejor desempeño de sus funciones de vigilancia y fiscalización.

#### **3.1.1.4.2 Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos**

En esta ley se dispone la normativa que propicia el cumplimiento a cabalidad el comportamiento financiero en el nivel público, como se muestra en el siguiente artículo:

**Artículo 3°- Fines de la Ley.** Los fines de la presente Ley que deberán considerarse en su interpretación y reglamentación serán:

- a) Propiciar que la obtención y aplicación de los recursos públicos se realicen según los principios de economía, eficiencia y eficacia.
- b) Desarrollar sistemas que faciliten información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del sector público nacional, como apoyo a los procesos de toma de decisiones y evaluación de la gestión.
- c) Definir el marco de responsabilidad de los participantes en los sistemas aquí regulados.

#### **3.1.1.4.3 Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función Pública**

La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública estableció:

**Artículo 2.** ...se considera servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública estatal y no estatal, a nombre de y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley. Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión

(Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ley N° 8422 del 06 de octubre de 2004).

Por su parte, el artículo tres de esta misma ley, dicta:

El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.

Es precisamente a partir de esta norma, que se ha venido a regular otros aspectos, tales como las incompatibilidades para otros cargos, prohibiciones específicas, así como actuar con transparencia respecto a los fondos públicos de aquellos que los tiene a cargo, en razón de lo cual deben rendir declaraciones de bienes e ingresos (Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública).

En este mismo orden la indicada ley establece que los servidores públicos solo podrán percibir las retribuciones o beneficios contemplados en el régimen que rige su relación laboral. Asimismo, prohíbe que, durante el disfrute de licencia sin goce de salario, pueda desempeñar otros cargos como asesor, consultor de cualquier otro órgano, institución o entidad, en igual sentido prohíbe que se perciba dietas

como miembros de juntas directivas u otros órganos colegiados pertenecientes a la administración y, por último, se rescata que sanciona el tráfico de influencias, además de legislar o administrar en provecho propio de parientes por consanguinidad o afinidad.

### **3.1.2 Legalidad de la persona jurídica**

Según Montaner (2011) indica que la persona jurídica “es un sujeto del Derecho, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, así como ejercitar acciones judiciales” (p.1), por lo tanto, una persona jurídica es aquella asociación, corporación y asociación que tienen derecho y deberes, lo anterior también implica que cuente con su personalidad y personería tal y como se explica González (2006):

La personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento. Basta con nacer para ganarla. Y por nacer entendemos lo que se entiende en el lenguaje común; que se nace tan pronto se corta el cordón umbilical. En este momento la persona es recibida formalmente en la comunidad jurídica (p.74).

Por lo tanto, la capacidad jurídica es adquirida por el sujeto en el mismo momento en que éste surge en el mundo jurídico, que coincide con el momento de su nacimiento y termina con su muerte. Así determinado, la capacidad jurídica designa la posición general del sujeto en el mundo del Derecho como destinatario en parte actual y en mayor parte potencial de los efectos jurídicos. Lo anterior, difiere de la capacidad de actuar lo cual hace referencia a un momento diverso de la subjetividad, el momento de su eficacia.

Las personas jurídicas deben de inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas, en donde se reflejan todos los actos y contratos relacionados con la existencia, vigencia y representación de diferentes clases de personas jurídicas, así como de ciertos actos y afectaciones relativos a personas físicas; todo esto, con el objeto de dar seguridad jurídica a la sociedad, este servicio es ofrecido por el Registro Nacional.

Dicho principio se desprende directamente del artículo 11 de la Constitución Política, señala el artículo 11 de la Constitución Política: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y pueden arrogarse facultades que la Ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública”. Asimismo, es desarrollado en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, el cual reza: “La Administración Pública estará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”, en términos generales, conlleva que los actos de la administración deben estar fundamentados y regulados por norma escrita, debidamente sometidos al ordenamiento jurídico que lo rige.

La tipicidad ayuda a dotar de mayor significación al principio de legalidad referido, pues este consiste en la definición precisa de las conductas que la ley considera constitutivas de alguna infracción y de las sanciones que por cometerlas mismas pueden ser impuestas.

Así las cosas, en complemento de ambos principios se podría asegurar que legalidad-tipicidad significa que las faltas y sanciones han de estar contenidas en una norma legal, lo que trae por consecuencia la taxatividad de normas

sancionadoras que permitan una claridad efectiva sobre cuáles conductas son prohibidas y merecedoras de una sanción disciplinaria, y, asimismo, una interpretación restrictiva.

En forma concreta, respecto al principio de tipicidad, Blasco y García (2001) han expuesto:

El principio de tipicidad incorpora una doble exigencia teórica y práctica: en el plano teórico exige la plasmación explícita de los ecos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en una norma de rango legal, lo que, en el terreno de la práctica se traduce en la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o de sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por el sujeto no guardan una perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales (p. 59)

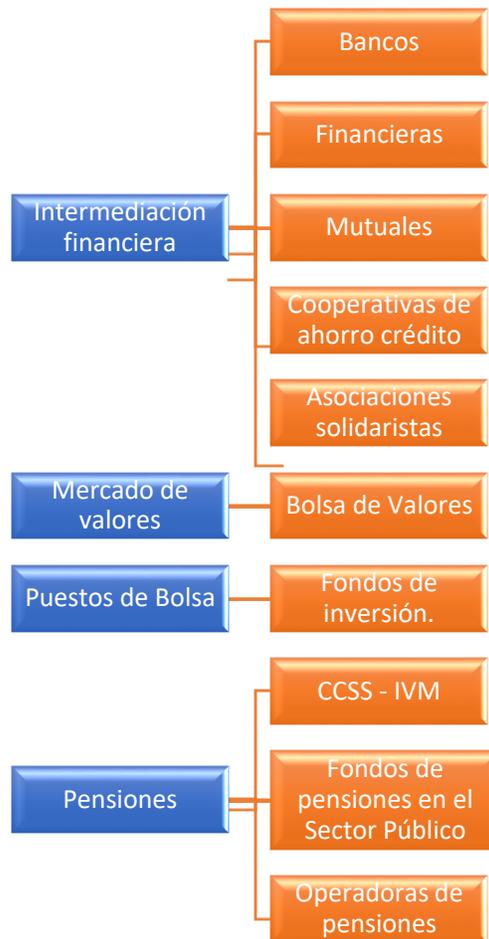
Con vista en lo anterior, el referido principio de legalidad impone tanto límites como atribuciones a los funcionarios públicos, con el claro objetivo de llevar a cabo el fin que se persigue, lo que conlleva a que deben estar contemplados en el ordenamiento jurídico. Es así que se puede indicar que la legalidad actúa imponiendo límites al accionar de las administraciones públicas, y en algún sentido controlando las mismas facultades que les han sido otorgadas.

En este mismo orden, debe señalarse que, en cuanto a la administración y su régimen sancionador, el principio de legalidad o reserva legal no es absoluto, pues que en algunos extremos se pueden regular incluso mediante reglamento. No obstante, ello no implica la omisión de limitaciones que imposibilitan que la administración actúe de manera arbitraria, siendo el más claro ejemplo que la potestad para sancionar debe ser autorizada por ley. Además, ninguna sanción administrativa puede hacerse efectiva si no se ha conocido mediante un debido

proceso; aunado a lo anterior, es importante mencionar que toda sanción administrativa está sujeta a un control jurisdiccional, todo ello establecido por el ordenamiento.

### **3.1.3 Sistema financiero nacional y banca estatal costarricense**

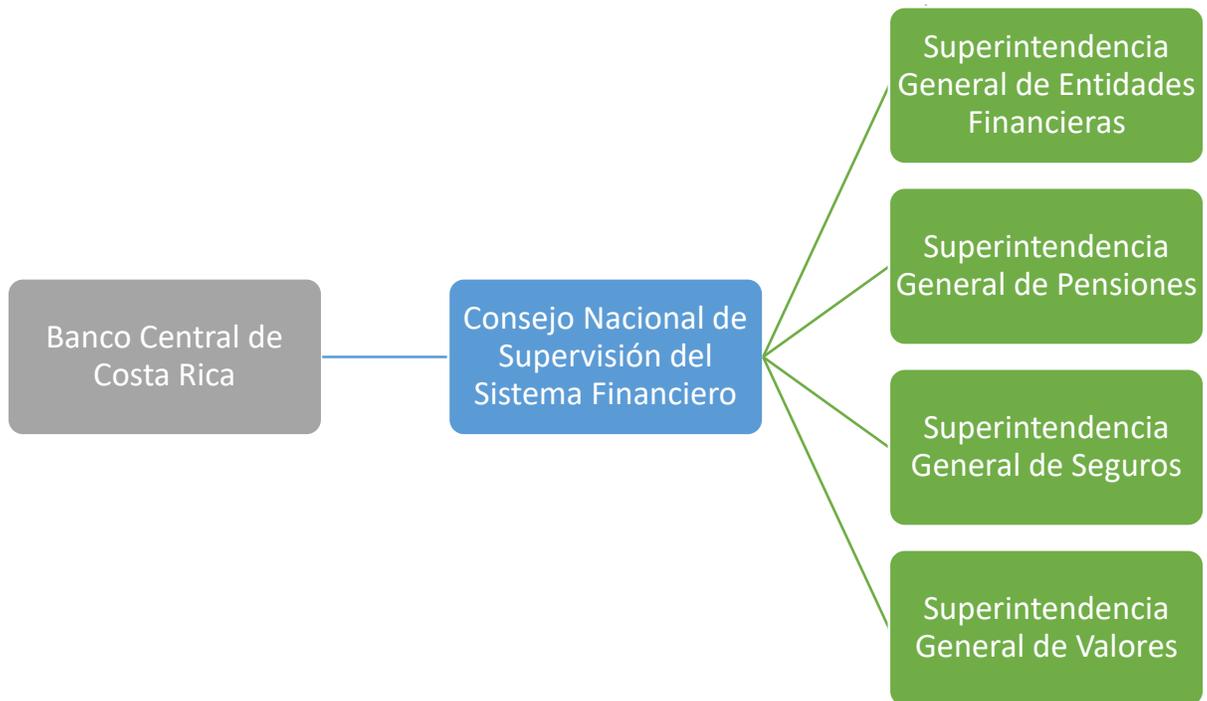
Como parte relevante de estudio es importante incluir el Sistema Bancario Nacional y la actividad del mismo, asimismo como la estructura de supervisión. Un sistema financiero es básicamente un conjunto de mercados relacionados en los cuales se intermedia entre los ahorrantes, los inversionistas y los demandantes de crédito, a través de la utilización de diversos instrumentos. La función principal del sistema es la de favorecer el crecimiento económico. La teoría más sólida en materia de economía, estatuye que el crecimiento depende en gran medida del ahorro y la inversión. El sistema financiero tiene la virtud de poner en contacto a los ahorrantes con los demandantes de crédito y en acopio de las regulaciones propias de cada materia, promover la producción y el crecimiento, elevando la eficiencia y disminuyendo el nivel de riesgo. A continuación, se presenta una figura que representa la organización del Sistema Financiero de Costa Rica.



**Figura 1. Sistema Financiero Nacional**

**Fuente: Jiménez, 2012.**

De igual forma se muestra la estructura de la supervisión y regulación del Sistema Financiero Nacional.



**Figura 2. Sistema de regulación del Sistema Financiero Nacional**

**Fuente: Jiménez, 2012.**

El sistema financiero es mucho más amplio. La actividad bancaria como tal está organizada también en un sistema, en donde el Banco Central de Costa Rica es el ente rector de la actividad bancaria y órgano superior en materia de regulación y supervisión tanto de la actividad bancaria vista en forma individual, como del sistema financiero en un todo. Esta regulación y supervisión se realiza por medio del CONASSIF y las tres superintendencias que se pueden observar en la figura 2.

Las entidades reguladoras son las encargadas de que se cumpla a cabalidad las normas en el ejercicio de la actividad bancaria. Ahora bien, esa vigilancia y fiscalización carecería de sentido en la medida en que el incumplimiento de lo establecido no importe medidas correctivas o de disuasión a cargo de los infractores, esto deriva en la potestad sancionatoria de los órganos de control.

En materia de intermediación financiera el supervisor asignado lo es la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF). La SUGEF es un órgano de desconcentración máxima del BCCR que tiene por objetivo velar por la estabilidad, solidez y el correcto funcionamiento del SFN. Al respecto señala el artículo 115 de la LOBCCR: —Es de interés público la fiscalización de las entidades financieras del país, para lo cual se crea la Superintendencia General de Entidades Financieras, también denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de desconcentración máxima del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables (Jiménez, 2012).

El artículo 117 en concordancia con el 118 de la LOBCCR, establece que están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras y las potestades de control monetario del Banco Central: los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas, adicionalmente incluye dentro de los sujetos pasivos de la supervisión, toda entidad autorizada por ley para realizar intermediación financiera y los entes autorizados por el Banco Central para participar en el mercado cambiario aunque no realicen intermediación financiera (Jiménez, 2012).

El artículo 131 de la LOBCCR establece las funciones de la SUGEF, esta norma en asocio de los principios del Comité de Basilea define las potestades y facultades de este órgano. En última instancia cabe señalar algunos aspectos con respecto al CONASSIF. Ya se adelantó que este es el órgano de dirección común a todas las superintendencias. Aunque no se expresa en la Ley Reguladora del Mercado de Valores, norma que creó al CONASSIF, la naturaleza de este, se entiende en la doctrina y en la práctica, que comparte la naturaleza de los órganos que dirige (Jiménez, 2012).

## 4. DELINCUENCIA CORPORATIVA

### 4.1.2. Conceptualización

El concepto de delincuencia corporativa está relacionado con la conducta negligente o imprudente suelen tratarse con un grado menor de oprobio social y legal, los cuales no se castigan con tanta severidad y se mitigan más fácilmente que los delitos dolosos. Tombs y Whyte (2015) ponen el foco en un sujeto (la corporación) y un escenario (los regímenes jurídico políticos de impunidad). Frente a ese ente malcriado por el Derecho Penal e ignorado por la Criminología, Tombs y Whyte aportan los argumentos, datos y herramientas necesarias para comprender esa conexión simbiótica entre Estado y corporación que tiene lugar, en gran medida, a través de un instrumento central: el Derecho.

Por lo tanto, los crímenes o delincuencia corporativa son normalmente atribuidos a:

La imprudencia/negligencia son considerados menos graves que los que implican una intención clara. Por otra parte, en tanto que concepto individualizador el *mens rea* da prioridad a los actos criminales sobre las omisiones delictivas. Cada uno de los miembros de un consejo de administración trabaja para evitar posibles delitos como entidad colectiva, sus decisiones activas o pasivas de alto nivel no suelen poder reducirse a ninguna de las individuales (Tombs y Whyte, 2015, p. 95)

De lo anterior es importante considerar que la negligencia o imprudencia no resta gravedad a la delincuencia corporativa ni a la persona o funcionario lo hace digno de un trato legal diferenciado. Sobre ello, Tombs y Whyte (2015): “La indiferencia puede ser causa de un daño real o potencial mucho mayor que el delito” (p. 95). Por lo tanto, aunque en muchas ocasiones no haya una clara intención de perjudicar a las víctimas, la delincuencia corporativa se producen en condiciones

que requieren ser premeditadas y planificadas, consideran que las causas de estos delitos pueden vincularse directamente con las exigencias de los regímenes de gestión basados en minimizar los costos, por lo que este tipo de delitos no pueden ser accidentales, pues su causa suele ser la presión ejercidas sobre los empleados por las restricciones horarias o de recursos, el mal diseño o mantenimiento precario de los equipos, la ausencia o falta de solidez de las medidas básicas de seguridad o la precarización, saturación y baja cualificación del trabajo, lo cual sin duda esta ligada a directivos quienes lo único que le interesan es obtener beneficios.

En este mismo sentido, Tombs y Whyte (2015):

La centralidad del *mens rea* en el proceso de atribución de responsabilidad penal no responde a la gravedad del delito *per se*, sino a un particular desarrollo histórico que ha convertido al individuo en el principal sujeto jurídico del derecho penal (p. 98).

En síntesis, se tiene que los crímenes y delitos cometidos por las corporaciones son extensos. Casi tanto como la impunidad que se deriva de ellos. La ley penal burguesa se organiza en torno a la figura del individuo y el concepto de *mens rea*, la intencionalidad. Los crímenes habituales de las corporaciones (robo y fraude), crímenes contra los consumidores (delitos alimentarios), crímenes contra los trabajadores (delitos de seguridad) y crímenes medioambientales, todos ellos suelen quedar impunes o resueltos por la justicia con multas ridículas. Las leyes protegen al gran capital y castigan a los trabajadores y pequeños empresarios.

Lo cierto es que no existe lucha real contra la corrupción, porque el capitalismo, en su fase de globalización financiera, es por naturaleza corrupto. Y no puede ser de otra manera. En plena crisis terminal, la gran empresa recurre con

mayor frecuencia al fraude, soborno y cualquier arma ilícita para seguir en el mercado.

El Derecho Penal se ocupa del dominio del “deber ser”, en cambio la Criminología, tiene su campo de estudio en el dominio del “ser”. La ciencia jurídica tiene como fundamental método el deductivo, la Criminología utiliza el método inductivo, pero ambas tienen como objeto de estudio el delito, sin que por ello pueda haber confusión al respecto, pues cada una de ellas lo estudia desde diverso ángulo. (Orellana, 1993, p. 34).

La causalidad del delito se refiere a la conducta humana individual, sea que se traduzca en acciones u omisiones que transgredan la ley penal y dicha es motivada por una gran variedad de causas, provocando actos criminales que se desatan en la delincuencia, siendo esto un fenómeno social que atañe a todas las comunidades del mundo, tal y como lo explica Orella Wiaco (1993):

...la criminalidad presenta dos aspectos, el primero consiste en que la ley penal es una elaboración del Estado, destinada generalmente a satisfacer valores de la colectividad, pero éstos pueden variar en el tiempo y en el espacio, ello contribuye el marco histórico y el segundo es la generalidad teórica sobre las conductas delictivas. (p. 258).

Existen muchas causas que conducen a un individuo a cometer un delito y no pueden darse generalidades, porque pese a las causas sociales que constantemente se mencionan como la pobreza, la drogadicción, la desintegración familiar, entre otros, prevalece ante todo el individuo como actor delictivo.

Los factores sociales que provoca la delincuencia mencionada pueden ser muchos, y puede considerarse que el encarcelamiento es comparable con la medicina, que ataca el síntoma, pero no necesariamente la raíz del mal.

El crimen tiene sus raíces sociológicas, sin embargo, eso no le quita la legitimidad a la política penal de reeducar. Los factores personales también deben ser tomados en cuenta, porque son los que inciden en el delito y son los que deben interesar en el tratamiento resocializador.

El individuo, aunque haya cometido una falta y esté recluido bajo medidas de seguridad estrictas, para la sociedad es una persona que también tiene derechos, en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se consagra la igualdad de todas las personas.

A manera de conclusión cabe destacar que la esfera de este contexto está indicada por los conceptos de derecho y de justicia. Sobre ello, Benjamín (1998) expone:

En lo que se refiere al primero, no cabe duda de que constituye el medio y el fin de todo orden de derecho. Es más, en principio, la violencia sólo puede encontrarse en el dominio de los medios y no en el de los fines. Estas afirmaciones nos conducen a más y a diferentes perspectivas que las que aparentemente podría pensarse. Porque de ser la violencia un medio, un criterio crítico de ella podría parecerse fácilmente dado. Bastaría considerar si la violencia, en casos precisos, sirve a fines justos o injustos. Por tanto, su crítica estaría implícita en un sistema de los fines justos. Pero no es así. Aun asumiendo que tal sistema está por encima de toda duda, lo que contiene no es un criterio propio de la violencia como principio, sino un criterio para los casos de su utilización (p. 26).

De lo anterior cabe destacar que la delincuencia corporativa es violencia también contra las personas que confiaron en este caso en el Sistema Bancario,

la cuestión de si la violencia es en general ética como medio para alcanzar un fin seguiría sin resolverse.

#### **4.1.3. Fraude financiero**

El delito de fraude de simulación es un delito contra el patrimonio contemplado en el artículo 218 del Código Penal, el cual dispone que:

**Artículo 218.-**Se impondrá la pena indicada en el artículo 216, según sea la cuantía, al que, en perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o excediere falsos recibos o se constituyere el fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho sin cursiva a espacio sencillo embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza.<sup>150</sup>

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los elementos típicos para la configuración de este delito son: "(...) la necesaria coautoría (contrato simulado); el perjuicio, menoscabo o daño patrimonial ocasionado a un tercero; el tercero perjudicado; la existencia de pretensiones jurídicas ilícitas y la finalidad de obtener un beneficio indebido (...) (Sistema Costarricense de Información Jurídica, 2015)

No obstante, una definición menos normativa es la que proponen Tombs y Whyte (2015) que consideran que el fraude financiero incluye "transacciones ilegales, fusiones y absorciones, distintas formas de evasión fiscal, sobornos y otras ilegalidades contables" (p. 53). En este sentido, estos autores refieren en su libro a diversos ejemplos de fraudes, como los de hipotecas mixtas, pensiones los cuales basan su argumento en que podían proporcionar al inversor un retorno suficiente, sin embargo, las proyecciones eran falsas. Por lo tanto, esta simulación de los actos o contratos son en sí un tipo de violencia que permite perpetrar abusos de la personalidad jurídica, siendo que el sector financiero se caracteriza por una

“continuada e interminable letanía de delitos corporativos” (Tombs y Whyte, 2015, p. 57) que provoca una gran cantidad de víctimas como se mostrará más adelante desde la perspectiva social.

#### **4.1.4. Dinámica de las relaciones del Estado y la corporación**

Tombs y Whyte (2015) consideran que como parte de la labor de la Criminología crítica siempre ha sido poner en cuestión el rol del sistema penal y sus distintos operadores, denunciar la criminalización de los problemas sociales y la estigmatización de los grupos sociales empobrecidos, para demostrar que el Sistema Penal es una herramienta utilizada para provocar las desigualdades. Tal y como lo menciona Foucault citado por Rivera (S.f) cuando menciona el poder y la resistencia:

- Que afirmar que no hay espacio de resistencia sin confrontación o ejercicio de relaciones de poder, no convierte al poder en una sustancia fatal e innecesaria.
- Tampoco conduce aquella afirmación a renunciar a toda forma de resistencia, sino al compromiso de que siempre se ha de resistir a través de una tarea de renovación infinita que no admite descanso.
- El trabajo de la libertad no se culmina, es propio de un estado insomne que apunta a una concepción no teleológica de la acción política.
- En el combate político no se lucha por el desarrollo de la justicia, la supresión del dominio de clase o el engrandecimiento de la naturaleza humana: siempre que se lucha, se lucha por el poder.
- Toda relación de poder implica una estrategia de lucha que, a su vez, pretende erigirse en relación de poder.

- Esta manifestación de materialismo político no desemboca en el desfallecimiento, sino en la proliferación de las diferencias (p. 16).

Es por lo anteriormente expuesto que Tombs y Whyte (2015) consideran que: “la razón por la que fueron creadas las primeras compañías de responsabilidad limitada fue para permitir que los inversores privados apoyarán al Estado en el periodo de expansión de los mercados y las rutas comerciales” (p.72), es entonces, que se puede decir que existe una complicidad estatal en el crimen y el daño corporativo. Hay situaciones en las que la colaboración corporativa cobra una relevancia mucho mayor que el simple acto de hacer negocios, sino para mantener un régimen como en el caso de los gobiernos totalitarios. En este sentido, el actual sistema de libre mercado constituye la forma jurídica central de movilización y valorización del capital.

Según Tombs y Whyte (2015) la introducción del estado (*state crime*) y las empresas (*corporate crime*) en el discurso criminológico dio un paso de gigante dentro de lo que la criminología británica ha denominado *crímenes estatal-corporativos*. Aunque con importantes antecedentes, Tombs y Whyte toman a la corporación, la desmitifican, la desnudan y amplían la posibilidad de comprender esa conexión *simbiótica* entre estado y corporación. En este sentido, y como parte de la conclusión de este apartado, la actividad criminal compleja tiene lugar, en gran medida, a través de una herramienta denominada el Derecho.

Es decir, el Derecho Penal Clásico que se conoce no está pensado para la comisión de delitos a través de estructuras corporativas complejas, sino para uno o pocos autores, lo que genera problemas en la aplicación de la teoría del delito tal y como es.

Algunos de los problemas relativos al autor se presentan porque quienes ejecutan las acciones por lo general son aquellos empleados cuyo poder de decisión es nulo. Por ello resulta de especial relevancia analizar la jerarquía empresarial, ya

que quienes toman las decisiones suelen estar alejados temporal y espacialmente del momento y lugar de la comisión del delito.

Sin embargo, otro de los problemas es que la dogmática tradicional no responde adecuadamente a un escenario en el que se deba incorporar dentro del esquema organizaciones empresariales complejas en las que existe reparto de funciones y tareas y el conocimiento en general está muy disgregado. En ese sentido aduce:

En este ámbito delictivo ya no encontramos un autor que tome la decisión de realizar un hecho típico con conocimiento del alcance de su decisión y que ejecute dicha decisión. Todo lo contrario. Dentro de las grandes empresas y sociedades que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, conocimientos sobre riesgos y recopilación de información por parte de las empresas sobre sus efectos en el entorno de tal manera que a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar una persona en la que coincidan creación del riesgo o participación en el mismo con representaciones sobre dicho riesgo ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial. Los directivos y administradores tienen una visión demasiado global y los que perciben directamente los efectos de la actividad empresarial carecen de la visión de conjunto necesaria para entender la peligrosidad que encierran determinadas actividades industriales o empresariales (Feijoo, 2009, p. 158)

La distribución de los roles y la asignación de competencias tan diversas y segmentadas ocasionan problemas nada despreciables cuando se trata de individualizar la responsabilidad e imputar un hecho ilícito a una persona, pero ahora bien también es importante, considerar la otra cara de la moneda que son las

víctimas, la sociedad, la ciudadanía de un país, por lo que se analizará a grosso modo la perspectiva social de este delito.

## **4.2. PERSPECTIVA SOCIAL**

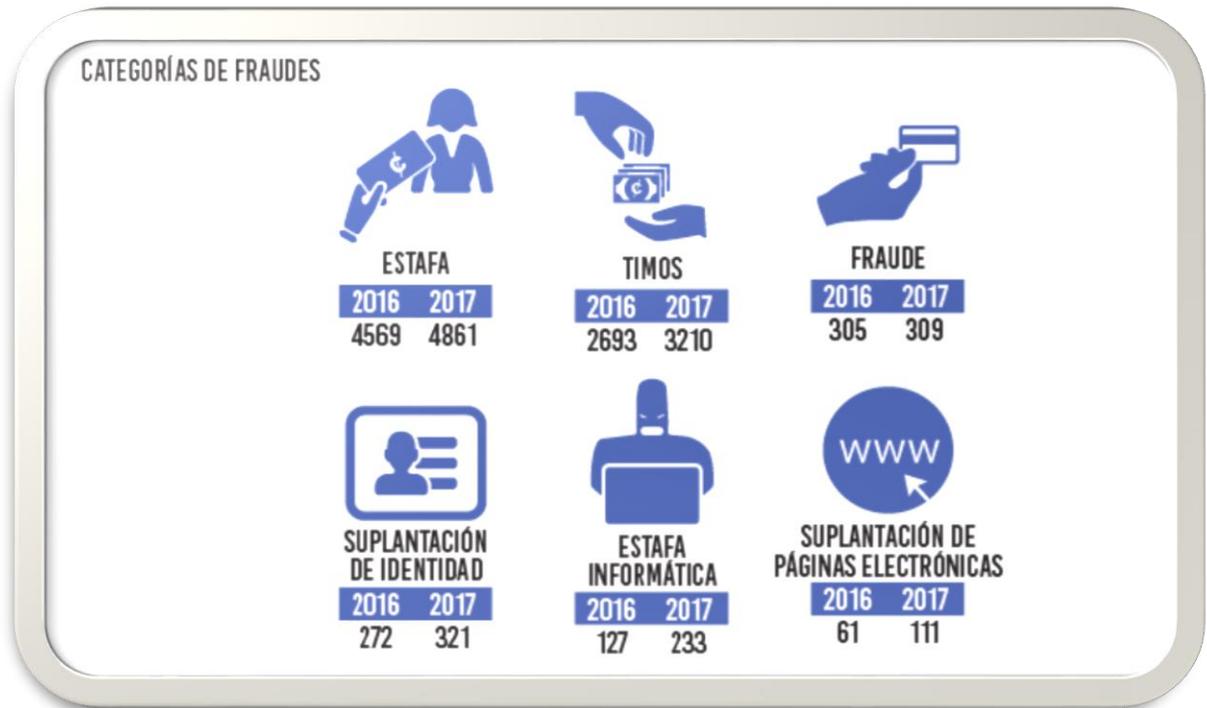
### **4.2.2. Situación social actual**

Los tiempos actuales demuestran que la criminalidad organizada, ha mutado en su extraterritorialidad y sofisticación para de esta forma lograr sus objetivos criminales, al causar una grave problemática en el nivel social, económico y de seguridad, lo cual ha obligado a las autoridades y legislaciones de diversos países a buscar nuevas formas de enfrentar esta especialización con el fin de evitar que ocurra una expansión en forma desmedida como ha ocurrido en algunos países de orbe.

Costa Rica por su ubicación estratégica en el continente, históricamente ha sufrido de la presencia de organizaciones criminales, en el caso específico de los fraudes en el año 2017 registró 9045 denuncias. San José reportó la prevalencia delictiva con 4563 denuncias. El cantón de San José reportó la mayor cantidad de hechos con 1802, Alajuela con 655 y Heredia con 443. El distrito de Heredia reportó 306, seguido por Alajuela con 292 y Catedral con 241 denuncias.

Las categorías de fraudes en su mayoría corresponden a estafas, timos, fraudes con tarjetas de crédito, suplantación de identidad, estafa informática y suplantación de páginas electrónicas, tal y como se muestra en la siguiente figura:

**Figura 1. Categorías de fraudes, estadísticas 2017**



**Fuente:** Organismo de Investigación Judicial, Oficina de Planes y Operaciones, Unidad de Análisis Criminal, 2013-2017.

En la siguiente figura se muestran los fraudes por provincia donde San José y Alajuela son las provincias con mayor incidencia de fraudes y Guanacaste y Puntarenas los de menor incidencia. (ver figura 2)

**Figura 2. Fraude por provincia, estadísticas 2017**



**Fuente:** Organismo de Investigación Judicial, Oficina de Planes y Operaciones, Unidad de Análisis Criminal, 2013-2017.

#### **4.2.3. Afectación al Sistema Bancario**

Hoy día nadie duda de que los riesgos operacionales, y de manera muy particular el fraude como un componente importante dentro de dicho riesgo, pueden hacer desaparecer a entidades financieras de mayor o menor importancia, pero además en algunos casos poner en riesgo al Sistema Financiero completo de un país, de una región e incluso de todo el mundo. Era lógico suponer que, si las quiebras bancarias fraudulentas ocurrían sin consecuencias para los responsables, serían recurrentes, como efectivamente sucedió. El fraude, como parte del riesgo operacional, tiene la potencialidad de disparar otros riesgos igualmente sensitivos,

como el riesgo reputacional y el sistémico o de contagio. No hay duda de que la divulgación pública de un fraude, que no se maneje adecuadamente desde el punto de vista comunicacional, puede dañar la imagen o reputación de un banco. No genera la misma percepción decir que una persona ha sido capaz de engañar a un banco, que decir que los sistemas de seguridad y prevención de un banco han sido capaces de detectar las irregularidades cometidas por un ejecutivo, que de esta manera ha sido descubierto y sometido a la justicia. Cuando se deterioran los niveles de confianza del público en un banco, usualmente existe parte de ese público que pierde confianza en el sistema completo. Cuando esta parte del público se hace muy numerosa, el peligro de que la desconfianza alcance a otras entidades, grupos de entidades o al sistema entero, aumenta, materializando así el riesgo sistémico. El riesgo operacional, y de manera particular el fraude bancario, tienen la capacidad de desencadenar una crisis que traspase rápidamente las fronteras de la entidad o del país donde se inicia, por lo que debe ser objeto de atención (Álvarez, 2010).

Además, de todos los esfuerzos normativos en la dirección de control del riesgo, es muy importante cuando se trata de reducir el riesgo, referirnos a la función de la sanción cuando se comete una infracción. Es decir, se refiere al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, el derecho a castigar las infracciones restringiendo los derechos de los responsables. Esto introduce de lleno en la función de la pena en la sociedad, y en las teorías absoluta y relativa de la pena, que es un tema extremadamente polémico (Álvarez, 2010).

#### **4.2.4. Estrategias preventivas ante la delincuencia corporativa**

Como bien se ha logrado observar y analizar a lo largo de este documento la relación entre el Estado y las empresas se caracteriza por una oposición externa en la que el Estado sigue siendo un conjunto de instituciones ontológicamente separadas y diferenciadas de los mercados y la sociedad. Por lo que la principal estrategia que se debe realizar es la separación de las relaciones entre el Estado y

la empresa y que se presenten las denuncias de las malas prácticas corporativas, es decir, atacar desde la vulnerabilidad, suponiendo que haya voluntad del Estado de controlar las corporaciones, para lo cual debe existir eficiencia y eficacia.

Por lo que las estrategias son aquellas tendientes a la merma delictiva y sobre todo para poder incidir en la prevención situacional del delito. No obstante, estas organizaciones están implementando distintas tipologías delictivas para poder cumplir sus propósitos, tanto en el sector público como en el sector privado. Pero que es lo que genera las conductas criminales, existen diversas teorías que explican dichas conductas y como están relacionadas con la Psicología y el Derecho.

En resumen, la regulación legal en Costa Rica necesita una reestructuración total, un sistema de corregulación donde se instaure casas de justicia en asuntos relacionados con la temática con el fin de minimizar la mora judicial y por ende reducir el presupuesto del Sistema Judicial en este sentido. Algunas otras estrategias propuestas en esta investigación son:

- La prevención social (control social) implica y se propone promover cambios socioculturales para generar entornos más seguros y propicios para vivir libre de violencia.
- Instaurar políticas públicas más robustas, buenas prácticas en la actividad financiera en el país, conociendo las actividades criminales presentadas hasta el momento en el Sistema Financiero e innovando en medidas que ayuden a mitigar el fraude.
- Selección idónea del personal de supervisión de las entidades financieras y el establecimiento de la normativa adecuada que no llegue únicamente a ser un procedimiento administrativo, sino que traspase más allá. Para lo cual se propone también una capacitación continua en este sentido.

## 5. CONCLUSIONES

En el Derecho Penal como en la sociedad la empresa criminal queda revestida de una personalidad jurídica, artificial, distinta de la atribuida a las personas físicas los distintos grupos de una empresa, por lo que se concluye que la empresa cuenta con privilegios legales que impiden que los cargos de importancia tomen la responsabilidad por los crímenes de la organización.

El ordenamiento jurídico actual por ejemplo en el caso de funcionarios públicos permite dar ciertas sanciones de carácter administrativo, a pesar que el Código Penal y Procesal Penal de Costa Rica establece una clara sanción al delito de fraude, por lo que se concluye que existe una clara preferencia de la regulación por los procesos de índole corporativos sobre los individuales, no es lo mismo la administración de justicia hacia una persona física que una persona jurídica, por lo que la empresa se convierte en un escudo para quienes tienen la autoridad sobre ella.

Al establecer la relación entre Criminología Crítica y fraude financiero, se tiene que la característica central de este tipo de delito consiste en su carácter clasista, lo cual repercute en graves perjuicios al Sistema Financiero Nacional.

Se considera que este tipo de criminalidad no es posible explicarlo de acuerdo con las teorías criminológicas tradicionales sino por el contrario han surgido nuevas argumentaciones para explicar desde el campo de la Criminología la formación de este tipo de conducta desviada, como la teoría del aprendizaje, lo que hace necesario dentro de la Criminología Crítica, lo que hace necesario el análisis de los pros y los contras de las tendencias antes mencionadas, con el fin de obtener las propuestas positivas de las mismas.

Es esencial, analizar las fuerzas sociales y políticas reales, para una mejor comprensión del abolicionismo, que ha traído a la posmodernidad un auge punitivo y no un minimalismo o un abolicionismo como propugnaba la Criminología Crítica o moderna, sin quitarle el inmenso poder crítico que ha develado muchísimos de los defectos estructurales de la administración de justicia penal.

Al identificar las leyes establecidas en el nivel nacional que regulan el sistema financiero, se concluye que la normativa está reflejada desde la Constitución Política de la Republica, Código Penal, Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley General de Administración Publica, Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función publica, entre otras que permiten la supervisión de las entidades financieras, logrando garantizar el buen funcionamiento de las mismas.

Por otro lado, las causas que generan la delincuencia corporativa en el Sistema Financiero Nacional se concluyen que son diversas desde el punto de vista de la Criminología Crítica, ya que puede ser jurídicas, políticas o bien como resultado de la misma sociedad en la que se vive actualmente. El delito en sí mismo, su ejecución y la empresa como autora de este, permite que existe impunidad por la deficiencia de la legislación, siendo por ende el mismo Estado y su infraestructura jurisdiccional y administrativa, la que facilita su comisión.

Otra de las causas y por mucho la principal es la no aplicación de la normativa penal, ya que esto se deriva en un proceso meramente administrativo, aunque el fraude sea una conducta claramente tipificada, en la práctica por diversas razones existe una desidia de las mismas.

Por otro lado, en el Derecho Penal no es presentado como una herramienta eficaz y eficiente para combatir a las empresas criminales por lo que es fundamental instaurar una legislación moderna y adecuada a efectos de lograr cabalmente el control de este tipo de delito, y de acuerdo con la política criminal enfocada en la

prevención y disminución de este tipo de conductas para lo cual se debe de dotar a la Administración con las bases necesarias para terminar con el fraude en las empresas.

El tratamiento que se le ha dado a la delincuencia organizada en Costa Rica, que ha cometido fraudes financieros en la banca estatal se basa principalmente en el Código Penal Costarricense han sido adicionados artículos que se relacionan con el delito del fraude, de igual manera el fraude de simulación, el cual se encuentra regulado en el artículo 218, que se refiere a obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o excediere falsos recibos o se constituyere el fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Legislativa (1953) Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley 1644). Recuperado de: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan034066.pdf>
- Asamblea Legislativa (2001) Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Recuperado de: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=47258&nValor3=73503&param2=3&strTipM=TC&IResultado=24&strSim=simp](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=47258&nValor3=73503&param2=3&strTipM=TC&IResultado=24&strSim=simp)
- Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. (2007). *Derecho Procesal Penal Costarricense*. Volumen 2. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Álvarez, F (2010) Fraudes Bancarios. Impacto en el resto de las Entidades del Sistema Financiero. Mitigación del Riesgo y Sanciones Aplicadas. Recuperado de: [https://www.felaban.net/archivos\\_memorias/archivo20141112233738PM.pdf](https://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141112233738PM.pdf)
- Banco Central de Costa Rica. (2006). *Reglamento de Oferta Pública de Valores*. San José, Costa Rica: La Gaceta.
- Banco de Costa Rica (2013). *Prevenemos la legitimación de capitales*. San José, Costa Rica: BCR.
- Banco de Costa Rica (2016). *Reglamento de Servicios*. San José, Costa Rica: BCR
- Banco Interamericano de Desarrollo (2012). *El sistema penal ante el dilema y sus alternativas*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas.
- Baratta, A. (2014). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Argentina.
- Barrantes, R. (2010). *Investigación: un camino al conocimiento. Un enfoque cuantitativo y cualitativo*. San José, Costa Rica: Impreso en EUNED.

- Benjamín, W (1998) Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Colombia: Taurus
- Blasco, A y García, M. (2001) *Curso de Derecho Administrativo Laboral*, Valencia, España: Tiran lo Blanch
- Feijoo, B (2009) *Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. Gobierno corporativo y derecho penal. Sexta mesa redonda*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Recuperado de: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/autoria-organizaciones-empresariales-complejas-227528201> 110
- FESCOL. (2015). Anuario 2015 de la seguridad regional en América Latina y el Caribe. Bogotá, Colombia: FESCOL.
- Gómez, M. (2014). *Inferencia Estadística*. Madrid, España: Editorial Díaz de Santos.
- Hernández, R., Fernández, C y Baptista, P. (2015). *Metodología de la Investigación*. Impreso en McGraw-Hill Interamericana. México.
- Herrero, C. (1992). Los delitos económicos: Perspectiva jurídica y criminológica. Madrid, España: Secretaría General Técnica/Ministerio del Interior.
- Jiménez, G (2012) *Distribución del Riesgo y Análisis de Responsabilidad en los casos de Fraude Informático bajo la modalidad de Phishing. Aplicación de la Ley de Protección y Defensa Efectiva del Consumidor*. Trabajo final de graduación para optar al grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Juricentro. (1997). *Historia del Derecho Costarricense*. San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica.
- Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ley Nº 8422 del 06 de octubre de 2004.
- Ley de Creación de la Autoridad Presupuestal número 6821 del 19 de octubre de 1982.
- Ley General de la Administración Pública, Ley Nº 6227 de 5 de mayo de 1978
- Ley General de la Administración Pública, Ley Nº 6227 del 5 de mayo de 1978.
- Machicado, J. (2010), *Concepto de delito*. La Paz, Bolivia: Editorial Comunicarte.

- Martínez, M. (2015). *¿Qué pasa con la criminología moderna?* Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.
- Montaner, B. (2011). *Persona jurídica*. Recuperado de [https://www.derecho.com/c/Persona\\_jur%C3%ADdica](https://www.derecho.com/c/Persona_jur%C3%ADdica)
- Organismo de Investigación Judicial Oficina de Planes y Operaciones Unidad de Análisis Criminal (2017). *Memoria Anual 2017*. San José, Costa Rica
- Pacheco, M. (1990). *Teoría del Derecho*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.
- Rivera, A. (14 de setiembre del 2014). El cierre del Banco Anglo Costarricense: veinte años de soledad. Tomado de: <https://www.nacion.com/economia/el-cierre-del-banco-anglo-costarricense-veinte-anos-de-soledad/7MX6HIIMRBAVPIEK26CPXY7CKA/story/>
- Rivera, I (S.f) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos. Política criminal y sistema penal “estático”. Presentación de Power Point UNIVERSIDAD DE BARCELONA-UB. Curso para optar por el grado de Máster en Sociología Jurídico Penal
- Sistema Costarricense de Información Jurídica (2015) Código Penal de Costa Rica. Recuperado de:
- Sistema Costarricense de Información Jurídica (2015) Código Procesal Penal de Costa Rica. Recuperado de: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC)
- Tombs, S. Y Whyte, D. (2015). *La empresa criminal. Por qué las corporaciones deben ser abolidas*. Barcelona. Icaria Editorial.
- Villvicencio, F. (2014). *Introducción a la criminología*. Lima, Perú: GRIJEY.