

EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS EN COSTA RICA

THE MODEL OF CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN COSTA RICA

Eric Alfredo Chirino Sánchez^{1,a} 

¹ Profesor Catedrático de Derecho Penal y miembro del Consejo Científico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio, San José, Costa Rica

 alfredochirino@gmail.com

Resumen

La responsabilidad de personas jurídicas fue introducida en Costa Rica mediante la ley No. 9699 del año 2019, transformando la idea de la responsabilidad subjetiva que hasta ese momento había pervivido en la legislación y en la ciencia penal costarricense, desde la gran reforma de los años setenta del siglo XX. La directa derogación del principio *societas delinquere non potest* traerá, sin duda, una serie de debates muy importantes desde la perspectiva de la política criminal y de la jurisprudencia constitucional. Este artículo tiene como objetivo, por ello, pasar revista a los problemas dogmáticos más importantes que esta nueva normativa ofrece, analizar sus consecuencias desde la perspectiva de la judicialización de recientes casos de corrupción que serán los primeros en donde tendría directa aplicación este tipo de responsabilidad, y una prognosis del impacto que es posible esperar del diseño del modelo de cumplimiento normativo que avizoró el legislador costarricense.

Palabras clave: Responsabilidad de personas jurídicas; compliance; modelo de cumplimiento normativo; investigaciones internas; hecho de conexión; defecto de organización.

Abstract

The liability of legal person was introduced in Costa Rica by Law No. 9699 of 2019, transforming the idea of subjective liability that until then had survived in Costa Rican legislation and criminal science, since the great reform of the seventies of the twentieth century. The direct repeal of the principle *societas delinquere non potest* will undoubtedly bring about a series of very important debates from the perspective of criminal policy and constitutional jurisprudence. The purpose of this article is, therefore, to review the most important dogmatic problems that this new regulation offers, to analyze its consequences from the perspective of the judicialization of recent corruption cases, which will be the first in which this type of liability will be directly applicable, and a prognosis of the impact that can be expected from the design of the regulatory compliance model envisioned by the Costa Rican legislator.

Keywords: Liability of legal persons; compliance; regulatory compliance model; internal investigations; connection fact; organizational defect.

1. INTRODUCCIÓN

El modelo de responsabilidad de personas jurídicas fue introducido en Costa Rica mediante la ley No. 9699 (nos referiremos a ella como LRPJ)². Esta legislación fue propuesta por el Poder Ejecutivo el día 04 de febrero de 2019 a la Asamblea Legislativa, como parte de la normativa indispensable en el proceso de ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), que venía planificándose desde el año 2012, en que se inició el trámite de ingreso. No fue sino hasta el año 2015, que Costa Rica recibió la invitación a convertirse en miembro pleno. A partir de ese momento, es que se inicia un largo proceso en el que el país se somete a evaluaciones por parte de la OCDE, con el fin de demostrar que cumplía con los exigentes estándares y prácticas de esa organización, así como con la voluntad y compromiso de llevar adelante los cambios indispensables de su legislación que resultasen necesarios.

En concreto, la “Ley sobre Responsabilidad de Personas Jurídicas por Soborno Transnacional y Cohechos Domésticos, se tramitó originalmente bajo el Expediente N° 20.547, a cargo de una comisión legislativa especial integrada por nueve diputados de diversas fracciones parlamentarias, que empezó a sesionar el 22 de octubre de 2018. El proyecto de ley tenía alta prioridad y estaba entre las seis leyes que debían aprobarse en primer lugar.

El proyecto que terminó siendo aprobado, fue fruto de un trabajo coordinado por el Ministerio de Justicia y Paz, con la participación de funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y el Instituto Costarricense sobre Drogas. La ministra de Justicia y Paz de aquel entonces, Marcia González, expresó que esta iniciativa legislativa pretendía cumplir con los altos estándares de la OCDE para el combate de la corrupción y de esa manera avanzar en el proceso de adhesión. La redacción, por ello, buscaba cumplir con la recomendación dada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (Grupo de Trabajo sobre Cohecho o WBG según sus siglas en inglés). De esa manera, la legislación proyectada procuraba seguir las líneas trazadas para cumplir con los parámetros de la Convención Anti-cohecho de la OCDE³.

El Grupo de Trabajo (WBG) sugirió que debía considerarse normativamente la persecución de las personas jurídicas con independencia de las personas físicas involucradas, allanando el camino hacia un sistema de ejecución de entes jurídicos más claro y eficaz. Había además un interés muy evidente en que se hiciera hincapié en que fuera posible confiscar el producto del soborno obtenido por las personas jurídicas, sobre todo sin que fuera necesario condenar previamente a la persona física que actuó en representación de ente como requisito previo para la confiscación, entre otros elementos destacables.

² El proyecto fue tramitado mediante el expediente No. 21248 y su denominación original era “Ley de Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos”, que fue el título definitivo de esta normativa.

³ En el año 2016, Costa Rica realizó un canje de notas con la OCDE constitutivo para la Adhesión formal a la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Al mismo tiempo, se invitó al país a formar parte del “Grupo de Trabajo sobre Sobornos en las Transacciones Comerciales Internacionales”, invitación que fue aceptada por el presidente de ese entonces, Luis Guillermo Solís y formalmente el país se comprometió a implementar los pasos necesarios para acceder a la Convención anti-cohecho. El acuerdo y sus recomendaciones fueron aprobados por la Asamblea Legislativa el 11 de mayo de 2017 mediante la Ley No. 9450, disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=84230&nValor3=108603&strTipM=TC

Resulta destacable, a pesar de la importancia de la legislación y de las razones políticas que la acompañaron, sobre todo porque significaba un abandono del principio “*societas delinquere non potest*” que había subsistido a lo largo de la historia del derecho penal costarricense por mucho tiempo, su trámite fue corto y acelerado, con una discusión y aprobación que requirió apenas cuatro meses y siete días.

Junto a lo anterior, también es de interés que se haya establecido un *numerus clausus* de delitos relacionados con la corrupción⁴. De hecho, la “exposición de motivos” de la ley se concentra a una reflexión sobre la importancia del combate de los delitos contra los deberes de la función pública incluidos en el Código Penal y en la legislación penal especial, así como en el soborno transnacional. En cuanto a este último, se dijo que las consecuencias no sólo éticas de la corrupción, pero también las políticas, sociales y económicas, debían ser tenidas en cuenta como parte del acicate para la promoción de esta normativa. Asimismo, las referencias al proceso de adhesión de Costa Rica a la OCDE también estuvieron explícitamente incluidas en la “Exposición de Motivos”, como también las indicaciones que los comités técnicos de esa organización internacional habían hecho al país, lo que en últimas, como se dijo anteriormente, no causaba sorpresa, pues era el contexto general en que se debatía el tema de la responsabilidad penal de personas jurídicas desde la perspectiva de los informes del grupo de trabajo de la OCDE.

Resonaba especialmente en el marco de los intereses que impulsaron este proyecto de ley, la necesidad de subrayar el empeño del Poder Ejecutivo de combatir la corrupción, fenómeno que venía cobrando importancia a partir de una serie de casos ocurridos desde los inicios de la década del año dos mil y con nuevas manifestaciones en recientes fechas, todos ellos con mucha relevancia periodística y en donde estaban involucrados funcionarios públicos de alto nivel, tanto del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y de las municipalidades⁵. Por ello, la

⁴ El listado incorpora veintitrés delitos, los primeros diez provienen de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública o LCEIFP, Ley 8422 de 2019: 1. Enriquecimiento ilícitos (Art. 45 LCEIFP); 2. Receptación, legalización o encubrimiento de bienes o legitimación de activos (Art 47 LCEIFP); 3. Legislación o administración en provecho propio (Art. 48 LCEIFP); 4. Sobreprecio irregular (Art. 49 LCEIFP); 5. Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados (Art. 50 LCEIFP); 6. Pago irregular de contratos administrativos (Art. 51 LCEIFP); 7. Tráfico de influencias (Art. 52 LCEIFP); 8. Soborno transnacional (Art. 55 LCEIFP); 9. Influencia en contra de la Hacienda Pública (Art. 57 LCEIFP); 10. Fraude de ley en la función administrativa (Art. 58 LCIFP). Del Código Penal o CP, Ley 4573 de 1970: 11. Cohecho impropio (Art. 347 CP); 12. Cohecho propio (Art. 348 CP); 13. Corrupción agravada (Art. 349 CP); 14. Aceptación de dádivas por un acto cumplido (Art. 350 CP); 15. Corrupción de Jueces (Art. 351 CP), Penalidad del corruptor (Art. 352 CP), Supuestos de aplicación de penas (Art. 352 bis CP); en el Código Penal o CP, Ley 4573 de 1970: 16. Enriquecimiento ilícito (Art. 353 CP); 17. Negociaciones incompatibles (Art. 354 CP); 18. Concusión (Art. 355 CP); 19. Peculado (Art. 361 CP); 20. Facilitación culposa de substracciones (Art. 362 CP); 21. Malversación (Art 363 CP); 22. Peculado y malversación de fondos privados (Art. 363 bis CP); 23. Falsificación de registros contables (At. 368 bis CP).

⁵ Además de casos más característicos del inicio de siglo, como lo fueron “CAJA-FISCHEL” e “ICE-ALCATEL”, los cuales tuvieron una alta cobertura mediática a partir de una investigación periodística que los dio a conocer en el año 2004, que involucraron a dos expresidentes de la República, exdiputados y funcionarios de la seguridad social del país y vincularon a un importante ejecutivo de la empresa O. FISCHER R. y Compañía, en actos de corrupción, soborno, peculado, entre otros delitos. El caso denominado el “Cementazo” tuvo también una enorme repercusión, luego de que el 03 de noviembre de 2017 fueran detenidos un importador costarricense de cemento chino y seis funcionarios de alto nivel del Banco de Costa Rica bajo sospechas de haber cometido actos de corrupción a la hora de otorgar créditos bancarios para realizar las transacciones con cemento desde China. Este caso tuvo tal relevancia que conmovió a la misma cúpula del Poder Judicial y provocó una crisis importante en ese Poder de la República, que se sigue sintiendo hasta hoy. Recientemente, el caso “Cochinilla” y el caso “Diamante” ocuparon importantes titulares en la prensa costarricense, luego del allanamiento en el año 2021 de las sedes de importantes empresas del sector de construcción y obra pública y las oficinas de alcaldes municipales de diversas circunscripciones. La investigación iniciada en el año 2019 por el Ministerio Público logró establecer

motivación de concentrar los esfuerzos normativos en el fenómeno de la corrupción tenía en tal coyuntura una gran trascendencia política.

La “Exposición de Motivos” también hizo referencia al consistente proceso legislativo de las décadas anteriores que promovió la adhesión y suscripción de importantes instrumentos internacionales en materia anticorrupción como lo eran, sin duda, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997), la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2002), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2006). La suscripción de estos instrumentos condujo también a la aprobación de importantes textos legislativos previos, entre ellos, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito de la Función Pública en el año 2004.

Junto a lo anterior, también se señaló como un motivo de gran trascendencia para proceder a la reforma legislativa conducente a la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas, la esperanza de que un régimen de esta naturaleza serviría como “...un verdadero incentivo para que las empresas adopten modelos de prevención, que permitan la preservación de los valores sociales y del orden público”. Como se verá, este “incentivo” no terminó siendo más que una buena intención y la incorporación de un modelo de cumplimiento normativo es aún incierto en el contexto costarricense⁶, con la excepción quizá de aquellas compañías y entes jurídicos que ya tienen relación comercial con países donde esta condición es indispensable para la operación a gran escala.

Como puede observarse del listado de delitos, el diseño político-criminal de responsabilidad de personas jurídicas en Costa Rica responde a un interés acendrado por las conductas lesivas de los deberes de la función pública y en su persecución por los medios del derecho penal. El énfasis en las personas jurídicas responde a la idea demostrada en diversos casos judicializados, de la muy relevante participación de un ente corruptor

una red de tráfico de influencias compuesta por varias decenas de personas que se involucraron con funcionarios del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI), ente adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), para favorecer a diversas empresas constructoras de obra pública. En cuanto al Caso Diamante, que emergió al conocimiento público en el mes de noviembre de 2021, se ha logrado saber, según los hechos que han llegado a la prensa, que al menos seis alcaldes, de diversos cantones del país, se vieron involucrados en la posible comisión de delitos de cohecho, peculado, pagos irregulares de contratos administrativos, tráfico de influencias, malversación de fondos, asociación ilícita, estafas y falsedad ideológica. Según los datos provistos por las autoridades del Organismo de Investigación Judicial, se ha logrado vincular a estos alcaldes con entregas de dinero, de vehículos, la construcción y remodelación de viviendas a cambio de obtener ventaja en 15 proyectos de licitación de construcción y conservación vial, así como de construcción de obra pública (aceras, parques y otros) en varias municipalidades. Estos casos tienen especial relevancia, pues significarán, literalmente, los primeros en los que se aplicará la Ley de Responsabilidad de Personas Jurídicas. Cfr. Periódico El Financiero, “La Justicia de Costa Rica se atora en los megacasos de corrupción”, disponible en: <https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/la-justicia-de-costa-rica-se-atora-en-los/DREVWZXYDBES3GRQX5ASGPAE3M/story/>, Semanario Universidad, “Caso Diamante: detenidos 6 alcaldes (4 de ellos liberacionistas, por presunta corrupción en obras viales y cantonales, <https://semanariouniversidad.com/pais/caso-diamante-detenedos-5-alcaldes-4-de-ellos-liberacionistas-por-presunta-corrupcion-en-obras-viales-y-cantonales/>

⁶ Los temas de “autorregulación” y “gobierno corporativo” tuvieron un despegue normativo con el esfuerzo emprendido por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), institución que emitió el “Reglamento de auditores externos y medidas de gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN” del año 2005. El antecedente de este reglamento lo fue el caso ENRON en los Estados Unidos del año 2001 y los casos de corrupción que se produjeron con el pago de sobornos por parte de la empresa Alcatel al Instituto Costarricense de Electricidad y funcionarios de alto nivel del gobierno para obtener la adjudicación de licitaciones en el sector de telefonía celular, que salió a la luz pública en el año 2004. El reglamento chocó con la oposición intensa del sector regulado. Al respecto, cfr. VILLALOBOS, Adelina. “Los Códigos de Conducta en sociedades no cotizadas y no supervisadas: un análisis del entorno costarricense”, en *Revista Judicial*, Costa Rica, No. 109, septiembre de 2013, pp. 181-182.

que consiste en una persona jurídica, la cual tiende a corromper a un funcionario público por vía de la intervención de personas físicas que pertenecen a sus mandos medios, cuya participación criminal consiste en ofrecer dádivas, promesas y beneficios económicos para poder aprovechar la influencia y competencias del funcionario público y con ello gozar de ventajas en contratos públicos, en negociaciones entre el ámbito privado y la administración pública y de esa manera obtener pingües ganancias.

En un marco mucho más general, la respuesta político criminal al fenómeno de la corrupción por la vía de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas es a todas luces una manifestación más de un derecho penal de riesgos, donde es indispensable la intervención del derecho penal para alcanzar normativamente una disminución de dichos riesgos mediante un conjunto de herramientas cada vez más complejo, fruto de decisiones político-criminales que se alejan, una vez más, de garantías indisponibles del derecho penal nuclear⁷. No es difícil caracterizar a las empresas como productoras de riesgos en sociedades tecnológicas complejas como las que vivimos. Su acción e incidencia en la economía y en la vida social son evidentes y constituyen el factor desencadenante de un interés acendrado del legislador por construir un modelo de atención regulatoria, que garantice algún tipo de respuesta a los efectos lesivos de la actividad empresarial en bienes jurídicos esenciales para la convivencia⁸.

El no incluir otros delitos económicos, con consecuencias patrimoniales mucho más importantes y con un daño social mucho más trascendente, como es el caso del crimen organizado, los delitos de carácter financiero o la misma legitimación de capitales, resulta por lo menos sorprendente y permite comprobar la importante influencia que tuvo la OCDE y su agenda a la hora de poner en vigencia este texto legal. Esto último, por cuanto es evidente en ese tipo de criminalidad, que el papel de las personas jurídicas es determinante para su producción, tanto porque sus autores se sirven de formas muy complejas del derecho mercantil para crear la puesta en escena para la realización de depredaciones patrimoniales de gran envergadura, así como para eludir la investigación mediante la fusión, transformación o desaparición “jurídica” de los entes colectivos que hicieron posible la delincuencia. Se les da apariencia de legalidad a las actuaciones que en el fondo solo buscan engañar, defraudar y lesionar de manera perversa a aquellos que se ven envueltos en las tramas de apariencia “lícita” que se les presentan. Estos delitos son de investigación compleja y buena parte de los inconvenientes de su tramitación judicial provienen de las formas jurídicas escogidas para su comisión, las cuales producen víctimas que quedan casi sin herramientas para asegurarse el resarcimiento de los ingentes daños que les son irrogados. Sumado a ello, algunas de estas delincuencias socioeconómicas tienen como objetivo daños y lesiones a bienes jurídicos supraindividuales, donde las víctimas son todos los ciudadanos, por daños al ambiente, a la integridad de los mercados de valores y al sistema financiero, entre otros. La impunidad en estos ámbitos de la criminalidad es muy alta y buena parte de ella responde a las

⁷ Con una revisión de las implicaciones en el derecho penal nuclear de las decisiones legislativas en torno al “*compliance*”, cfr. GALAIN PALERMO, Pablo y LASCANO, Sofía, “Uruguay”, en: RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás (Director), ONTIVEROS ALONSO, Miguel, ORSI, Omar Gabriel y RODRIGUEZ LOPEZ, Fernando (Coordinadores), *Tratado Angloiberoamericano sobre compliance penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 840 y ss.

⁸ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada”, en: *Problemas Actuales de la Política Criminal, Anuario de Derecho Penal*, 2015-2016, pp. 190-191, disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_08.pdf y SANCHEZ MACIAS, José Ignacio y Rodríguez López, Fernando, “Estudio Preliminar”, en: RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás (Director), op.cit. pp. 27-29.

dificultades para identificar a sus autores, frecuentemente disimulados en las estructuras directivas y organizativas de entes colectivos, los cuales alcanzan sus objetivos criminosos casi sin consecuencias punitivas. Las complejas organizaciones que suelen ser la base de estas corporaciones y entes colectivos son las que permiten la opacidad de sus acciones y las que garantizan sus fortalezas a la hora de la comisión de los hechos punibles⁹.

En lo que respecta a las personas jurídicas que son consideradas en la LRPPJ (artículo 2), se advierte que han sido incluidos casi todos los entes jurídicos del derecho privado costarricense o extranjero que estén domiciliados en territorio costarricense o que tengan operaciones en el país, con independencia de su capital de origen. Asimismo, se incluyen las empresas públicas estatales y no estatales, las instituciones autónomas, pero se agregó el requisito, para que pudieran ser sometidas al régimen de responsabilidad de la LRPPJ, que estos órganos estén vinculados con relaciones comerciales internacionales y hayan cometido el delito de soborno transnacional.

En el sector privado costarricense destacan por su alcance los fideicomisos, los cuales operan en particular como un instrumento contractual muy flexible, con gran variedad de objetivos. Tienen la estructura de un contrato de administración de bienes y recursos económicos, que ha extendido su influencia al sector público, donde ha sido utilizado para grandes obras de infraestructura demostrando su agilidad, disminuyendo la carga fiscal y dando flexibilidad a la obra pública. Por ello, su inclusión entre las así denominadas “personas jurídicas de hecho” era indispensable para no dejar sin aplicación los rigores de esta responsabilidad a un mecanismo que ha provocado, sobre todo en recientes fechas, la duda sobre su posible utilización para desviar fondos y provocar, al menos en principio, un ocultamiento del origen de los bienes administrados y la posible facilitación del delito de legitimación de capitales.

Autores costarricenses han considerado la inclusión de empresas públicas estatales e instituciones autónomas como un despropósito, pues significaría que el Estado estaría sancionando sus propias empresas, máxime cuando estas hayan asumido importantes tareas correspondientes a sectores clave para el desarrollo del país y las sanciones provenientes de la responsabilidad de personas jurídicas podrían implicar para estas graves consecuencias¹⁰. Esta objeción es importante y es probable que haya pesado en el horizonte de proyección normativo de la regulación, pues expresamente se agregó el requisito mencionado que las empresas públicas estatales y no estatales, así como las instituciones autónomas, serían responsables si están vinculadas a relaciones comerciales internacionales y estén involucradas en la comisión del delito de soborno transnacional, así como también en delitos de receptación, legalización o encubrimiento de bienes, producto del soborno transnacional (artículo 2, inciso b, LRPPJ). Lo anterior, podría reducir a un mínimo los casos en que pudiere verse involucrada una empresa pública o una institución autónoma o semi autónoma.

El sistema mixto vicarial y de autorresponsabilidad que ha contemplado el ordenamiento jurídico costarricense¹¹ se enfrentará a diversas dificultades en su aplicación práctica, donde no será una de las menores su eventual examen de constitucionalidad a la hora de determinar la posibilidad de que subsista una responsabilidad “refleja” por delitos contra los deberes

⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *op.cit.* pp. 187-188

¹⁰ VARGAS GONZÁLEZ, Patricia y FEOLI VILLALOBOS, Marcos, "Costa Rica", en: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (Director), *op.cit.* p. 332.

¹¹ Cfr. GARCÍA CHAVES, Alberto, *Defensa Penal de la Persona Jurídica en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2022, pp. 181.

de la función pública, donde el hecho de imputación consiste, sencillamente, en una persona física que ha actuado en nombre o en beneficio de una persona jurídica.

Los recientes casos de corrupción acaecidos en los últimos tres años permitirán determinar la capacidad de rendimiento de este sistema de responsabilidad asumido por Costa Rica y si logra superar las objeciones dogmáticas y constitucionales contra las que será confrontado.

Lo que se examinará a continuación, además de los usuales comentarios al texto normativo de la LRPPJ, es una prognosis de los eventuales aspectos que serán aplicados a los casos que entren en su ámbito de aplicación y en su mayor parte, esta prognosis se hará a partir del “estado de la cuestión” en la interpretación y aplicación del derecho penal costarricense.

Es probable que la puesta en práctica del modelo de responsabilidad de personas jurídicas en Costa Rica ayudará a entender los diversos problemas de implementación de un sistema vicarial limitado e imperfecto que, al menos desde una perspectiva teórica, evidencia un difícil equilibrio entre las necesidades políticas de cumplir con las obligaciones internacionales recién adquiridas con la aprobación de la Convención Internacional contra el Soborno Transnacional y los requerimientos de ingreso a la OCDE y las complejidades de una propuesta político criminal que aún no está adecuadamente asentada en la legislación y en la interpretación dogmática de la ciencia penal costarricense.

2. ANTECEDENTES Y DETONANTES DE LA INTRODUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

2.1 El contexto económico del país y la incidencia del sector empresarial público en el desarrollo

Según datos del Banco Mundial, Costa Rica tiene una economía próspera, con un ingreso medio a alto, con un importante crecimiento en los últimos 25 años¹². A pesar de las consecuencias indudables del periodo pandémico (2020-2022), Costa Rica, según un estudio del Instituto de Investigaciones Económicas de la Facultad de Economía de la Universidad de Costa Rica¹³, tuvo un crecimiento cercano al 6.92% durante el primer trimestre de 2022, teniendo como parámetro comparativo el mismo trimestre del año 2021, lo que manifiesta, sin duda, una esperanza para los diversos componentes de análisis de la situación general del país, pues la pandemia produjo impactos perceptibles en sectores anteriormente muy dinámicos y afectó de manera muy seria al empleo.

Las tasas de pobreza en el país, según el mismo informe del Banco Mundial, han sido una de las más bajas de América Latina, así como también los excelentes indicadores de desarrollo humano, los cuales van de la mano con un esfuerzo importante del país para construir estabilidad política, crecimiento constante y una fuerte confianza en el Estado de Derecho como base del contrato social.

¹² BANCO MUNDIAL, “Costa Rica: Panorama General”, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/costarica/overview>

¹³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, *Análisis de la Economía para el Tercer Trimestre del 2022*, disponible en: <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2022/09/13/el-iice-ucr-estima-un-crecimiento-del-348--en-la-economia-nacional-para-el-2022.html>

El país enfrenta una fuerte crisis fiscal que está buscando ser atendida con una reducción importante del gasto público, una recuperación gradual de la producción, sobre todo en el sector de productos médicos, tecnología y exportación de productos agrícolas y tratando de paliar los efectos adversos del aumento del costo de la energía y de los alimentos a nivel mundial y de la rigidez en el crédito internacional, aspectos todos que sin duda incidirán en una ralentización de la economía. No obstante, la inflación, consecuencia de todos esos factores externos, tendrá efectos importantes en el gasto de las familias y provocará otros efectos adversos en la economía interna.

La situación de crisis económica producto de factores externos es una constante en este país. La historia económica de finales del siglo XX muestra cómo la superación de una economía principalmente rural y dependiente de cultivos como el café, la caña de azúcar y el arroz, así como un énfasis pronunciado en la producción agropecuaria, por un modelo de sustitución de importaciones y de fortalecimiento de la exportación, lleva al país a una inserción en el mercado global. El cambio denominado “ajuste estructural”, promovió una actividad económica caracterizada por la eficiencia y la competitividad, desplazando al sector rural como el más importante del desarrollo del país para darle paso al sector tecnológico, el de servicios y una economía agropecuaria encaminada a la exportación¹⁴.

Se suele explicar esta tendencia, además, por la evidente transformación del papel del Estado, de uno interventor de la economía, a un Estado que establecía condiciones para la optimización del mercado, favoreciendo actividades que estuvieran orientadas sustancialmente a la exportación¹⁵. El campo rural recibió estímulos para transformarlo también en un ámbito que tuviera oportunidad de incidir en la demanda internacional de productos agrícolas. Las flores, la piña, el melón, las plantas ornamentales, entre otros, empezaron a demostrar una presencia importante en el listado de productos de exportación que aprovechaban ese ímpetu político y económico, así como las ventajas comparativas del país por su clima y modelo de trabajo rural. Así, el sector rural empleó a lo largo del siglo XX a más del 38% de la mano de obra disponible, con una participación en el 22% de las exportaciones. A pesar de ello, el impulso a nuevos sectores productivos, como el tecnológico, generaron brechas y distancias con el sector rural, que repercutieron en una mayor vulnerabilidad de la población del campo.

El Estado Social que venía construyéndose desde la década de los años cincuenta del siglo XX hasta por lo menos finales de la década de los años setenta, empezó a demostrar contradicciones importantes, provocadas por males endémicos de las políticas públicas como lo eran la excesiva burocratización y la centralización de las decisiones económicas, pero también la creciente crisis fiscal del país, las diversas coyunturas de los mercados internacionales que acontecieron en esas décadas y una creciente deuda externa¹⁶.

La crisis económica que experimentó Costa Rica en los primeros años de la década de los años ochenta del siglo pasado incidió fuertemente en el valor del tipo de cambio con el dólar y un descenso importante en los ingresos de los costarricenses, que fueron los ingredientes

¹⁴ Cfr. LEÓN, Jorge, *Historia Económica de Costa Rica en el siglo XX. La Economía Rural, Tomo II*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012.

¹⁵ PARADA GÓMEZ, Álvaro, ARIAS RAMÍREZ, Rafael y BENAVIDES VINDAS, Shirley, “Síntesis de la historia económica de Costa Rica: ¿Cuáles son los patrones de desarrollo económico?”, en: *Apuntes*, No. 3, 2019, San José, Costa Rica, Friedrich Ebert Stiftung, p. 2, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/338052126_sintesis_de_la_historia_economica_de_Costa_Rica_Cuales_son_los_patrones_de_desarrollo_economico

¹⁶ Cfr. PARADA, ARIAS y BENAVIDES, op. cit., p. 2.

de una fuerte inflación que afectó al país. Hubo consecuencias políticas adicionales de dicha crisis que motivaron una reconducción de los derroteros económicos y un mayor énfasis en actividades que permitieran a Costa Rica participar más activamente en la economía global.

Fue a partir de la década de los años cincuenta que se empieza a desarrollar una estructura de instituciones públicas con base constitucional. Su lógica era la de asumir las tareas asignadas al Estado en el marco de la organización de la producción y en la atención de las necesidades de la fuerza de trabajo¹⁷.

En Costa Rica, al igual que en otros países de la región, hay una larga tradición de empresas estatales eficientes y apreciadas por la comunidad como instrumentos de desarrollo económico que promueven los grandes objetivos de equidad social. Ente ellas, la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), encargada de la atención de salud y del régimen de pensiones más importante, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), con actividad en el sector eléctrico y de telecomunicaciones, el Instituto Nacional de Seguros (INS), competidor en el campo de seguros, entre otras.

Mientras tanto, el aporte de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) a la economía costarricense, según datos del Ministerio de Economía y Comercio (MEIC), representa el 97% del tejido empresarial del país y acoge un 35% del empleo, con una contribución al PIB que supera el 37%.

Los debates recientes sobre las empresas públicas se han posicionado en dos trincheras de batalla, entre aquellos que desean otras formas de estructuración de la economía, mucho más proclives a la privatización y los que propugnan la reestructuración de estas empresas públicas para que racionalicen sus costos pero que sigan participando activamente en la promoción del desarrollo del país¹⁸.

Las empresas públicas tienen un papel preponderante en las actividades productivas del país. El sector eléctrico, el de salud, pero también el de agua y el del mercado de seguros, han demostrado un gran vigor en impulsar el desarrollo del país. A pesar de los esfuerzos por abrir mercados y de reducir monopolios estatales en ciertos campos, estas empresas públicas e instituciones autónomas y semi autónomas son relevantes desde el punto de vista de su impacto en el producto interno bruto del país.

Las empresas públicas tienen características diferenciadoras que las hacen muy efectivas en su tarea de incidir en actividades de fin público de gran relevancia, como lo es su capacidad de autofinanciarse gracias a su capacidad de competencia en el mercado libre, lo que las ha llevado a incursionar en formas de participación en la economía propias del derecho privado, incentivando su creatividad para comportarse con agilidad, competitividad y visión de mercado¹⁹, manteniendo un régimen de potestades y competencias eminentemente administrativas²⁰.

El derecho administrativo costarricense contempla diversos tipos de empresas públicas, algunas de ellas que operan como entes de derecho público, donde el modelo de

¹⁷ TREJOS PARÍS, María Eugenia y MURILLO RODRÍGUEZ, Carlos, “Las Empresas Públicas en el Proceso de Acumulación de capital en Costa Rica”, en: <https://repositorio.una.ac.cr/handle/11056/19622>

¹⁸ Cfr. con una visión macro de América Latina, el estudio de CHAVEZ, Daniel, “La Empresa Pública en Debate y la Nueva Agenda de Investigación”, en: CORTES RAMOS, Alberto, ALPIZAR, Felipe y CASCANTE, María José (Coordinadores), *Estado, Empresas Públicas y Desarrollo*, San José, Costa Rica, Editorial CIEP/UCR/TNI, 2016, p. 14.

¹⁹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 292-97, con cita del autor nacional ORTÍZ, Eduardo. *Justicia Administrativa Costarricense: Cuatro Estudios*, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1990, pp. 119-120.

²⁰ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 18050-2019.

organización es el de instituciones autónomas. Estas empresas tienen un régimen de derecho administrativo y si realizan actividad empresarial, esa parte de sus competencias se rigen por el derecho privado, con ejemplos puntuales en el ICE, Radiográfica Costarricense S.A. y el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico²¹.

Otras empresas públicas no tienen directamente como misión principal participar de una actividad empresarial pero que crean un órgano específico dentro de su estructura que con independencia administrativa y competencias exclusivas realiza dicha actividad empresarial. Un ejemplo de ellas es la Fábrica Nacional de Licores, órgano de desconcentración máxima del Consejo Nacional de Producción²².

Un último tipo de empresas públicas es aquél que corresponde a empresas públicas con un régimen de derecho privado propio de las sociedades anónimas, con el objetivo de desarrollar actividad industrial, comercial o agropecuaria, objetivos a los que se les aúna un fin público, como sería el caso de la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. y Correos de Costa Rica S.A.²³.

El artículo 2 de la LRPPJ establece en su inciso b) que: "...Las empresas públicas y no estatales y las instituciones autónomas, que estén vinculadas con relaciones comerciales internacionales y cometan el delito de soborno transnacional, así como delitos de receptación, legalización o encubrimiento de bienes, producto del soborno transnacional". Sin duda, esta regulación podría entenderse como la creación de un deber legal que pone a las empresas públicas estatales y las instituciones autónomas en una verdadera posición de garante en actividades que pudieran estar conectadas a eventos de soborno transnacional, o receptación, legalización o encubrimiento de bienes. Esta posición de garante las obliga, según las circunstancias, a comportamientos activos para evitar que se produzca un resultado que pudiera ser atribuido como generador de responsabilidad²⁴.

Resalta eso sí la diferenciación que hace la LRPPJ en su artículo 9, en cuanto a la incorporación del modelo de cumplimiento normativo en las empresas públicas, pues este será cumplido cuando el sistema de control interno regulado en la Ley No. 8292 del 27 de agosto de 2002, contemple los "requerimientos mínimos" del (denominado en la LRPPJ como "modelo de organización, prevención de delitos, gestión y control") que regula el artículo 8 de la ley. En otras palabras, el umbral mínimo de cumplimiento se habrá fijado en empresas públicas muy por debajo de las empresas privadas, pues basta con que se complete el nivel de control interno de las empresas públicas con algunos requerimientos del modelo adoptado en la LRPPJ (artículo 8).

La OCDE, en todo caso, ha emitido directrices que han de ser atendidas por las empresas estatales en su actividad de manera transparente y responsable. Elementos tales como la rendición de cuentas, la transparencia, la eficacia en la gestión del interés público, actuación en igualdad de condiciones y bajo competencia leal con las empresas privadas, tratamiento

²¹ Clasificación de JINESTA LOBO, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 2002, pp. 112-121, citada por: HERNÁNDEZ GAMBOA, Diana, "Responsabilidad de las Empresas Estatales a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 9699", en: *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, San José, Costa Rica, Vol. XVII, julio-diciembre, 2021, p. 45, disponible en: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/17/revista-derecho-17.pdf>

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Cfr. HERNÁNDEZ GAMBOA, Diana, *op. cit.*, pp. 46-47.

equitativo de accionistas e inversores, así como la responsabilidad empresarial pública, resaltan como elementos indispensables de estos importantes actores²⁵.

2.2 ¿Cuál es la opinio iuris tradicional: grado de oposición tanto doctrinal, como en la práctica a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

El derecho penal costarricense, tanto en su etapa clásica, previa a la reforma de los años setenta del siglo XX, como en el periodo posterior a la puesta en vigencia del Código Penal vigente, estuvo fuertemente afincado en torno al principio "*societas delinquere non potest*"²⁶. Según sus términos, la teoría jurídico penal sostenía que el hecho penal solo podía ser realizado por personas físicas, pues los entes colectivos carecían de voluntad propia²⁷. La responsabilidad penal se afincaba fuertemente en la responsabilidad subjetiva, la cual obligaba, por supuesto, a demostrar la comisión de un injusto penal por parte del individuo, sin lo cual era imposible hacerle un reproche de culpabilidad.

Al igual que sucedió en España, en su momento, la doctrina penal clásica se oponía a la introducción de una responsabilidad penal para las personas jurídicas, ensayándose en su lugar una responsabilidad por un hecho ajeno con el fin de evitar el cuestionamiento que después podría hacerse a la imposición de una pena a un ente colectivo.

En la doctrina penal costarricense, el recordado Maestro Francisco Castillo González, se pronunció en el sentido de que el "...punto de partida del sistema penal costarricense es la actuación de un ser humano, pues en nuestro Derecho Penal la acción que se considera es la acción de un hombre"²⁸. No obstante, admitió que el debate internacional se decantaba por reconocer la responsabilidad de entes colectivos, pero que para la aplicación de esta idea en el país sería indispensable una reforma a la legislación vigente²⁹.

Proyectos previos en los que se intentó introducir esta forma de responsabilidad, como lo fue en su momento el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (CAFTA-CR), que instaba a considerar una responsabilidad penal para personas jurídicas chocó con la resistencia del entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, Luis Paulino Mora Mora, quien también era magistrado de la Sala Constitucional, pues consideraba que tal tipo de responsabilidad

²⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO, *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*, París, Edición 2015, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>

²⁶ Francisco Castillo remonta la vigencia de este principio desde el artículo 23 del Código de Procedimientos Penales de 1910, que establecía: "*La acción penal, sea pública o privada, no puede dirigirse sino contra quienes resulten personalmente responsables del delito, cuasidelito o falta. La responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales.*

Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la Corporación en cuyo nombre hubieran obrado, o de la cual dependan o formen parte". Este principio estuvo vigente hasta 1975. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 317.

²⁷ MOLINA RUÍZ, Warner, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas consideraciones sobre su aplicación en Costa Rica, en: <https://olgercalvo.com/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-algunas-consideraciones-sobre-su-aplicacion-en-costa-rica-por-warner-molina-ruiz/>

²⁸ CASTILLO GONZÁLEZ, Derecho Penal. Parte General, op. cit., p. 317.

²⁹ *Ibid.*

sería incompatible con el artículo 39 de la Constitución Política³⁰. Este importante jurista consideraba que el problema de la responsabilidad de entes jurídicos podría ser mejor atendida mediante la vía contencioso-administrativa³¹.

El criterio de la Sala Constitucional a este respecto y probablemente por la influencia de don Luis Paulino Mora³², se manifestó en la consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de ley de aprobación del “Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Fronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, 1989”, Voto 2668-94³³.

Esta interpretación *erga omnes* de la Sala Constitucional debe ser unida a los criterios expresados por la jurisprudencia penal, especialmente del extinto Tribunal de Casación Penal, que insistió que en el sistema penal costarricense no hay ningún reconocimiento para la responsabilidad penal de personas jurídicas, a partir de su incapacidad para expresar acciones o conductas y la imposibilidad de afirmar un juicio de reprochabilidad³⁴.

La incapacidad de acción y la imposibilidad de un juicio de culpabilidad personal, como puede verse, han sido los argumentos más socorridos para rechazar la responsabilidad de personas jurídicas en Costa Rica. El sujeto activo de un hecho penal debe haber expresado una conducta en el sentido penal del término, con voluntad y conocimiento, de tal manera que pueda hacerse acreedor de responsabilidad. De igual manera, el juicio de reprochabilidad se asienta en la idea que nuestra Constitución Política, en su artículo 39, exige que la culpabilidad es a partir de un hecho personal, atribuible debido a una capacidad de comprensión de la antijuridicidad y de determinarse de conformidad con dicha comprensión. En otras palabras, el juicio de reprochabilidad debe tener en cuenta la capacidad de culpabilidad del sujeto, en términos de su esfuerzo para introyectar las instrucciones normativas. Este esfuerzo, según lo entiende la doctrina costarricense y su jurisprudencia, ha de medirse en términos individuales, según la capacidad de cada persona.

Evidentemente, la estructura de la culpabilidad, tal y como es comprendida en Costa Rica, a partir de la posibilidad de evitar el hecho jurídicamente desaprobado o de actuar de otro modo (inexigibilidad de otra conducta) será un importante escollo que esta forma de responsabilidad tendrá que superar.

Por ello, es que puede decirse que el modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas establecido por la LRPPJ, No. 9699, se va a enfrentar a estos contextos de pensamiento muy arraigados en la judicatura, donde un sistema vicarial de imputación podría ser considerado como responsabilidad objetiva, pues la persona jurídica no expresaría, personalmente, ninguna acción ni se haría acreedora a ninguna responsabilidad penal

³⁰ “ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...”

³¹ Cfr. GARCÍA CHAVES, *op. cit.*, p. 113.

³² *Ibid.*

³³ En esta resolución, la Sala Constitucional consideró que: “...Sólo las personas físicas pueden ser sancionadas penalmente. Para que el representante legal de una determinada persona jurídica pueda ser sancionado penalmente debe existir una “previa demostración de culpabilidad”. Si se interpreta que el representante de una persona jurídica es responsable penalmente por su sola condición de tal, se estaría creando una responsabilidad objetiva en esta materia, lo que resulta contrario al principio de culpabilidad que consagra nuestra Carta Política...De acuerdo con lo expuesto, “la extensión” de responsabilidad penal a quien ostente la personería de una persona jurídica es sólo constitucionalmente posible, si se acredita la participación del personero en la comisión del delito...”

³⁴ Tribunal de Casación Penal, Voto 183-05.

concreta por un hecho propio. Sin duda, habría que reconocer que el legislador no aprovechó la ocasión para establecer un hecho de imputación más eficiente, que al mismo tiempo pudiera superar algunas de las objeciones que se le hacen al sistema vicarial. Nos referimos al sistema de “defecto de organización” propuesto por Tiedemann³⁵.

En el sistema de imputación por “defecto de organización” la persona jurídica estaría encargada de una serie de deberes normativos, que la obligan a considerar modelos de prevención, vigilancia y control de las actuaciones de los órganos societarios, de tal manera que conduzca su quehacer en dirección a evitar la comisión de hechos delictivos, promoviendo una cultura organizacional proclive a un ambiente de comportamiento ético, respetuoso de las instrucciones normativas. No cumplir con estos deberes, por culpa o por omisión, llevaría a la propia persona jurídica a incumplir un deber fundamental en sus competencias organizativas, de tal manera que pudiera ser responsable penalmente por ello. De la misma manera, el concepto de culpabilidad de los entes colectivos no estará exclusivamente asentado en el sistema clásico de reproches éticos sino a partir de un entendimiento de una responsabilidad social³⁶.

El artículo 8 de la LRPPJ señala claramente que el modelo de “*compliance*” estará encaminado a “prevenir, detectar, corregir y poner en conocimiento de las autoridades correspondientes los hechos delictivos” contenidos en la Ley 9699. Así las cosas, un modelo de esta naturaleza debe contener un cálculo de riesgos³⁷, el establecimiento de protocolos de actuación, de denuncia, códigos de ética, órganos de implementación de las políticas de cumplimiento, programas de capacitación para todo el personal de la empresa, mecanismos de auditoría interna y externa. El régimen de obligaciones, prohibiciones y sanciones por incumplimiento al sistema de “*compliance*”, además de ser conocido por todos en la organización, debe ser sometido a un proceso constante de revisión y ajuste para que cumpla con sus objetivos. El reglamento introduce la figura del “oficial de cumplimiento”, órgano encargado con total autonomía para llevar adelante el modelo de “*compliance*”.

Como ocurre en un modelo por “defecto de organización” habría que reconocer a la persona jurídica que ha cumplido puntillosamente el modelo de cumplimiento y que ha logrado demostrar que la conducta delictiva de su trabajador o representante fue cometido al margen de los controles que habían sido dispuestos para su evitación y prevención, una consecuencia de exclusión de responsabilidad. En el modelo establecido por la LRPPJ tan solo se atenúa la pena que eventualmente se le imponga a la persona jurídica, si esta demuestra tener un modelo de cumplimiento, a juicio del juez, quien podrá reducir la pena a imponer hasta en un 40%. Lo anterior implica que la persona jurídica siempre será responsable, a pesar de adoptar el sistema de cumplimiento, en el mejor de los escenarios y si logra

³⁵ TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Primera Edición (Traducción a la Segunda Edición Alemana por Hernández, Héctor et al.), 2010.

³⁶ ACKERMANN HORMAZABAL, Ignacio E., “La doctrina de la actio libera in causa en el modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: PERIN, Andrea (Editora) y ACKERMANN HORMAZABAL, Ignacio E. (Coordinador), *Imputación Penal y Culpabilidad*, Valencia, Universidad Andrés Bello y Tirant Lo Blanch, 2020, p. 533.

³⁷ El análisis de riesgos es central en la propuesta del modelo de cumplimiento acogido por Costa Rica, esto se observa especialmente en la regulación del Reglamento al título II de la Ley N° 9699 Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos denominado “Modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control”, N° 42399-MEIC-MJP (a continuación RRPPJ), concretamente en su artículo 6, donde se hace un desglose pormenorizado de los elementos del cálculo de riesgos que deben ser considerados a la hora de la construcción del programa de cumplimiento.

demostrarle al juez dicha circunstancia, podría obtener una multa rebajada hasta en un cuarenta por ciento.

Una propuesta coincidente de la doctrina penal en el Derecho comparado es la de instaurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales por medio de la imputación por su defectuosa organización. Esta es una forma de realizarles un juicio de reproche en razón de su participación en la comisión del hecho punible cometido por la persona física a su nombre, por su cuenta y en su beneficio (hecho de conexión). Sin embargo, en el aspecto en donde no existe consenso es la forma de cómo debe regularse el criterio de imputación por defectuosa organización.

En el modelo seguido por la LRPPJ hay una tímida intención de considerar la implementación, aunque sea imperfecta, de un programa de cumplimiento normativo. Al considerar que es una forma de atenuación del hecho el haber procurado el establecimiento de medidas eficaces para tratar de prevenir y descubrir delitos, en realidad está impulsando la LRPPJ un inicio de “*corporate compliance*” en Costa Rica, donde aún hará falta un convencimiento empresarial de su implementación, que sin duda tiene costos importantes. En materia de empresas públicas se deja esto a una aplicación de la Ley de Control Interno como una herramienta conducente a crear mecanismos de “*compliance*”. Como no hay aun una aplicación de esta novedosa normativa, no puede saberse cuál será la consideración judicial de la implementación defectuosa de un programa de cumplimiento en términos de su valoración en una consideración global de la atenuante prevista.

Procesalmente, es claro que la carga de la prueba de que el programa de cumplimiento es insuficiente o su implementación defectuosa es del Ministerio Público y, eventualmente de la Procuraduría General de la República en lo que respecta al nexo de causalidad en las pretensiones de carácter civil del Estado, como se verá más adelante. En todo caso, la estrategia de defensa de la persona jurídica debe ser muy sólida en la consolidación de una plataforma demostrativa de la validez del programa de cumplimiento normativo, su implementación y de los éxitos en las tareas de prevención y denuncia de hechos de corrupción. Al respecto y este no es un desafío menor, los problemas que se derivarán desde el principio “*nemo tenetur*”³⁸ y la participación activa de la empresa en la revelación de detalles sobre el comportamiento ilícito de sus trabajadores o representantes que eventualmente impliquen una exposición de debilidades del programa de cumplimiento que acarrearían, eventualmente, una no atenuación de su responsabilidad penal. En otras palabras, la colaboración efectiva en la investigación de los delitos cometidos por las personas físicas, mediante el aporte de pruebas que sean decisivas para demostrar la participación criminal de estas, podría convertir a la propia persona jurídica en un “testigo de la corona” para la demostración de ese injusto y su imputación a las personas físicas y, al mismo tiempo, la revelación de prueba que demuestre debilidades en la implementación del programa de cumplimiento normativo que hubiera sido adoptado.

No puede dejarse de lado, tampoco, la colaboración efectiva entendida como forma de reparar los daños ocasionados o de reducir las consecuencias nocivas del comportamiento antijurídico como un comportamiento de la persona jurídica que pudiera tener un efecto específico en la pena a imponer.

³⁸ Cfr. GOENA VIVES, Vives, Beatriz. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y *nemo tenetur*: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, en: *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*, 23-22 (2021), disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-22.pdf>

2.3 Situación legislativa previa: ¿existía algún sector donde ya se reconociera la responsabilidad penal de personas jurídicas?, ¿existían sanciones administrativas?, ¿consecuencias accesorias?

Previo a la introducción de la LRPPJ, en la legislación penal costarricense, había una sanción administrativa en el artículo 44bis de la Ley contra la Corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley No. 8422, el cual rezaba de la siguiente manera:

“Artículo 44 bis.- Sanciones administrativas a personas jurídicas

En los casos previstos en el inciso m) del artículo 38 y el artículo 55 de esta Ley y en los artículos del 340 al 345 bis del Código Penal, cuando la retribución, dádiva o ventaja indebida la dé, prometa u ofrezca el director, administrador, gerente, apoderado o empleado de una persona jurídica, en relación con el ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de esa persona jurídica, a la persona jurídica le será impuesta una multa de veinte a mil salarios base, sin perjuicio e independientemente de las responsabilidades penales y civiles que sean exigibles y de la responsabilidad administrativa del funcionario, conforme a esta y otras leyes aplicables.

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

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

() (Modificada su denominación por el artículo 3° de la ley N° 8771 del 14 de setiembre de 2009)*

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

- a) Clausura de la empresa, las sucursales, los locales o el establecimiento con carácter temporal, por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- b) Suspensión de las actividades de la empresa hasta por el plazo máximo de cinco años.*
- c) Cancelación de la concesión o el permiso de operación de la empresa.*
- d) Pérdida de los beneficios fiscales o las exoneraciones otorgados a la empresa.*

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

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

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

Las auditorías internas de las instituciones públicas velarán por que se establezcan procedimientos adecuados para el efectivo cumplimiento de las disposiciones de este artículo, sin perjuicio de las potestades de la Contraloría General de la República.

(Así adicionado por el artículo 2° inciso b) de la Ley N° 8630 del 17 de enero de 2008)

El artículo sería derogado por la LRPPJ. En todo caso, es interesante apuntar que este precedente legislativo no contemplaba directamente responsabilidad de los entes jurídicos como tales, sino de sus correspondientes representantes legales y en algunos casos a los socios o a los miembros de la junta directiva. En consecuencia, no se les reconocía a las personas jurídicas ninguna capacidad de realizar la conducta que recibiría la responsabilidad administrativa, era considerada como un instrumento o un medio de comisión de la conducta antijurídica.

Según el tenor literal de este artículo, tampoco sufriría la persona jurídica la imposición de medidas cautelares o preventivas, salvo en el caso de que antes se hubiera iniciado proceso penal contra la persona física que cometió el hecho punible. De aquí que sea derivable que en este estadio del desarrollo de la responsabilidad de las personas jurídicas no se planteaba, siquiera, la capacidad de acción o de culpabilidad de un ente colectivo.

Junto al hecho punible desplegado por la persona física, surge según lo dispone el viejo artículo 44bis una consideración de un hecho de índole administrativa que por vía de la conexión con la conducta de la persona física afectaría desde la perspectiva sancionatoria a la persona jurídica.

La solución propuesta era, por supuesto, una típica respuesta de derecho administrativo sancionador, donde las consecuencias más graves para el ente colectivo podrían consistir en la cancelación de actividades o la suspensión de las mismas por un periodo máximo de cinco años.

La Ley No. 8360, que trajo a la vida jurídica este artículo 44bis, tenía un claro objetivo criminalizador de las conductas que procuraban obtener beneficios en contrataciones públicas y contrataciones y al efecto se ofrecían beneficios económicos y dádivas a los funcionarios, pero fracasó en enfocar la acción de la persona jurídica, dejándola exclusivamente en las sombras, tan solo como un medio de comisión utilizado por empleados o representantes de una persona jurídica. Un esfuerzo como este, por supuesto, chocaría con las críticas que la doctrina suele hacer a estos esfuerzos legislativos, que son calificados como derecho penal simbólico, como un esfuerzo de castigar los hechos de los poderosos, pero que en el fondo tan solo pretenden calmar los afanes de criminalización que suelen servir de contexto a la política criminal de los delitos contra los deberes de la función pública.

2.4 Factores que llevaron a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Puede decirse que en Costa Rica no hubo un impacto directo de la trama de sobornos adjudicada al grupo Odebrecht, que sí tuvo influencia en el fenómeno de corrupción en varios países de América del Sur.

Si se toma en cuenta que el punto de inicio del caso Odebrecht en Brasil fue en el año 2014, con la investigación “Lava Jato” a cargo de Sergio Moro y el descubrimiento de la compleja trama de sobornos a políticos y partidos en toda la región de América Latina por parte de la empresa de obra pública más grande de la región, podríamos decir que Costa Rica, para esa fecha, ya tenía 10 años de sufrir los embates políticos y judiciales de la investigación de dos casos muy relevantes de corrupción. La dimensión de estos casos era desconocida hasta ese momento en el país y sus consecuencias empañaron a dos ex presidentes de la República, políticos y funcionarios del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), con su involucramiento en tramas de sobornos de una empresa finlandesa de productos médicos (Instrumentarium-Medko Medical) con la CCSS y la multinacional de la telefonía Alcatel con el ICE³⁹.

No obstante, fue en el mes de mayo del año 2004 que salieron a la luz pública sendas investigaciones periodísticas que dieron cuenta de la trama de sobornos que envolvió el caso de Caja-Fischel. Se trata, sin lugar a dudas, de un escándalo de grandes proporciones derivado de la compra de equipo médico a la mencionada empresa finlandesa, gracias a un préstamo de ese país por un monto de 39,5 millones de dólares. Se logró establecer que muchos de los equipos adquiridos no se ajustaban a las necesidades de los centros hospitalarios para los que fueron adquiridos y mucho del instrumental se hallaba a la fecha de las informaciones periodísticas sin uso.

Al poco tiempo, se revelaron los detalles del caso ICE-Alcatel y la situación procesal de ambos casos abrió la posibilidad para un debate legislativo conducente a transformar la normativa penal y consignar un listado novedoso de tipos penales relacionados con el fenómeno de la corrupción.

Sin embargo, en el periodo comprendido entre el año 1989 y el año 2009, puede observarse la construcción lenta, pero decidida, de diferentes normativas que tendían a reforzar la lucha contra la corrupción, introduciendo nuevas instituciones para la vigilancia del quehacer estatal (la Sala Constitucional, la Defensoría de los Habitantes, la creación de la Procuraduría de la Ética Pública, así como la creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda entre otras), además el fortalecimiento de algunos órganos implicados en la investigación y persecución de estos hechos, como lo fue el Ministerio Público y la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República.

Para 2009 ya se habían promulgado 14 diferentes leyes de control, destacando especialmente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que fue dotada de más atribuciones para instruir sumarias administrativas contra funcionarios públicos que pudieran haber estado involucrados en irregularidades graves en el ejercicio de sus funciones, tareas de supervisión de contratos y obras públicas, revisión de criterios técnicos y especificaciones de diversas obras públicas, entre otras competencias que revelan el interés de darle mayores capacidades de control y vigilancia de la Hacienda Pública.

De la misma época procede la Ley No. 7494 del 2 de mayo de 1995, conocida como Ley de la Contratación Administrativa, que ya contenía una serie de prohibiciones en materia de contratación con el Estado, que luego fueron ampliadas con la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, nueve años después.

En 1997, se ratifica la Convención Interamericana contra la Corrupción⁴⁰, documento regional de indudable valor que impulsa la adopción de los mecanismos necesarios

³⁹ Vid. *supra* nota 4.

⁴⁰ La Convención se adopta mediante la Ley No. 7670 del 17 de abril de 1997.

para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Esta Convención incluyó una serie de medidas preventivas contra la corrupción como los códigos de conducta para funcionarios públicos, la prevención de los conflictos de interés, la instauración de medidas de probidad (declaraciones de bienes) y medidas para la protección de funcionarios públicos y particulares que denuncien actos de corrupción, así como se adelantaron reglas relacionadas con el soborno de funcionarios públicos nacionales o extranjeros, así como la participación de la sociedad civil en la lucha contra el fenómeno de la corrupción.

En materia de política criminal, la Convención contiene un listado de delitos que los Estados se comprometen a introducir en su legislación interna, figuras que abarcan el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito.

En el año 2000⁴¹ se introduce en el texto constitucional (artículo 11) la rendición de cuentas y el deber de probidad, que es un bastión en la lucha contra la corrupción y la opacidad de la gestión pública.

La creación de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública⁴², de la Procuraduría de Ética Pública⁴³ y la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública⁴⁴ vienen a completar el esquema normativo e institucional indispensable para garantizar el armónico funcionamiento de la jurisdicción penal en materia anticorrupción. Debe resaltarse la importancia de la Procuraduría de la Ética Pública, dotada con potestades de investigación, acusación y con la capacidad de realizar acciones administrativas dirigidas a prevenir, detectar y erradicar la corrupción y mejorar la ética y la transparencia de la gestión pública⁴⁵.

Coronaría todos estos esfuerzos la promulgación de la Ley General de Control Interno, mediante Ley No. 8292 de 31 de julio de 2002, que le daría a la Administración Pública una serie de orientaciones en materia de control de riesgos y de examen intensivo de competencias para la mitigación de sus efectos en la gestión pública.

Complementan la dirección de todos estos cambios normativos algunos deberes y obligaciones tales como el sometimiento de la administración pública a la evaluación de resultados y a la rendición de cuentas⁴⁶, la creación de los planes operativos institucionales anuales (PAO's) y el Plan Nacional de Desarrollo⁴⁷. Además de una ampliación de los supuestos de responsabilidad administrativa derivados del incumplimiento de los procedimientos de contratación, el incumplimiento injustificado de metas de los programas, proyectos y presupuestos⁴⁸.

Es de esta forma que la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del mes de octubre de 2006, viene a culminar los esfuerzos legislativos, profusos y apropiados, de crear una normativa completa y detallada contra la corrupción. El muy influyente Programa de Estado de la Nación, en su informe de 2005, calificó esta

⁴¹ Ley No. 8003 del 8 de junio de 2000.

⁴² Ley No. 8281 del 8 de marzo de 2002.

⁴³ Ley No. 8242 del 9 de abril de 2002.

⁴⁴ Ley No. 8275 del 6 de mayo de 2002.

⁴⁵ Artículo 1 de la Ley No. 8242.

⁴⁶ Artículo único de la Ley No. 8003.

⁴⁷ Artículo 4 de la Ley No. 8131.

⁴⁸ Artículo 110 de la Ley No. 8131.

normativa como una reacción a los escándalos de corrupción de ICE-Alcatel y Caja-Fischel, pues los primeros trabajos hacia una normativa como esta venían dándose desde el año 1996.

Ahora bien, la escogencia por una responsabilidad penal frente a otras opciones punitivas, incluso administrativas, aun no queda del todo clara, si se toma en cuenta que el artículo 2 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, no se contempla como mandato que los países opten directamente por la responsabilidad penal, sino que se deja al criterio de cada país la forma en que determinarán la responsabilidad. El tenor literal de dicho artículo lo especifica: “Cada una de las partes tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de un servidor público extranjero”. Como bien lo expone don Manuel Rojas, a pesar de que Costa Rica ratificó esta Convención, no estaba obligada directamente a imponer una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino a incluir una forma de responsabilidad que sea acorde a los principios jurídicos de su derecho interno y sostiene que es una “falacia” asumir que la obligación de establecer tal régimen normativo en sede penal pudiera derivar de compromisos o ventajas que pudieran obtenerse en el proceso de incorporación a alguna organización internacional, como la OCDE⁴⁹.

2.5 Importancia o influencia detectable que pudiera haber tenido en la decisión legislativa de extender el cumplimiento normativo de legislaciones tales como la del blanqueo de capitales, exigencias de multinacionales para que sus filiales asumieran programas de cumplimiento, legislación sobre contratos y otros factores de interés

Tal y como ya se ha expuesto y en lo que se hizo hincapié en la “Exposición de Motivos” que inspiró la LRPPJ, tan solo el fenómeno de la corrupción administrativa y los compromisos internacionales asumidos por Costa Rica en el combate de este flagelo, así como el proceso de ingreso a la OCDE, son los elementos clave para determinar este cambio tan importante en la legislación penal costarricense.

El escaso tiempo que fue necesario para la discusión legislativa, de apenas cuatro meses y el casi inexistente acompañamiento de un debate dogmático, permite determinar que el proyecto de ley nació con un afán de complimentar los requerimientos de ingreso a la OCDE y satisfacer las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Cohecho. Aparte de estas motivaciones, no parece que exista algún otro argumento que haya justificado un cambio tan radical.

Por ello, en principio, debe considerarse que la cuestión del blanqueo de capitales y la exigencia de modelos de cumplimiento en las empresas públicas o privadas para evitarlo o prevenirlo, tuvo poca o ninguna influencia en la introducción de la responsabilidad de personas jurídicas en Costa Rica.

El planteamiento político criminal de la responsabilidad de personas jurídicas en delitos como el blanqueo de capitales, sin duda, habría tenido algún papel decisivo si el legislador hubiera querido plantearse. Es de observar que este tipo de criminalidad sí ha tenido repercusión en el debate nacional, pues la legitimación de capitales es una actividad ilegal

⁴⁹ ROJAS SALAS, Manuel, “Ley 9699 sobre Responsabilidad de las Personas Jurídicas, ¿Modernidad o retroceso?”, pp. 3-4, en: *Revista Digital De Ciencias Penales De Costa Rica*, 1(32)(13). Recuperado a partir de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/49506>

especializada en introducir bienes y dinero en la economía que quedan fuera del control de los mecanismos formales de determinación financiera⁵⁰. Los orígenes ilícitos de estos bienes y recursos pecuniarios, así como los diversos mecanismos de ocultamiento, son factores que interesan a las autoridades del control penal, pero también a los organismos internacionales encargados de impulsar cambios en la legislación penal para adecuar la normativa a las necesidades de persecución y de incautación de tales bienes y dineros.

Sin duda, las entidades jurídicas, tienen un papel que cumplir en la legitimación de capitales y ya se ha logrado detectar su ductilidad como mecanismo para ejecutar el ocultamiento del origen ilícito e invertir dichos dineros en actividades lícitas, dándoles un viso de legalidad.

El fenómeno ha tenido gran relevancia en los últimos años, especialmente a partir de la gran cantidad de dinero que llega al país producto principalmente de actividades relacionadas con el narcotráfico⁵¹. Por más que se trate de disimular su origen empleándolo en inversión de actividades turísticas, industriales y de servicios, estos dineros no provienen de cadenas de producción y mucho menos de actividades que paguen los impuestos correspondientes, lo que termina por desestabilizar el mercado. Los factores negativos para la economía se detectan no sólo en las distorsiones en la competencia, sino también en ciertos datos económicos que son sensibles, como el valor del tipo de cambio⁵². Esto último, en especial, por la gran cantidad de valores dinerarios que ingresan a la economía, que luego son reinvertidos en otras actividades criminales o en actividades lícitas que constituyen toda una economía paralela que florece casi sin control⁵³. Efectos colaterales de esta actividad pueden observarse, por ejemplo, en casos de corrupción de autoridades públicas.

El creciente involucramiento de entidades jurídicas en actividades de legitimación de capitales bien pudo haber sido un elemento importante para que el legislador considerara la responsabilidad penal de personas jurídicas, sin embargo, no fue este un argumento que

⁵⁰ AZOFEIFA CÉSPEDES, Arturo, "Blanqueo de activos: la experiencia costarricense", en: *Revista Espiga de la Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica*, vol. 16, número 33, 2017, disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/4678/467853456007/467853456007.pdf>

⁵¹ Costa Rica es, desde hace varias décadas, territorio de paso para la droga que va de América del Sur hacia los Estados Unidos y Europa, con una relación entre droga incautada y el total del tráfico que circula por nuestras fronteras de 1 a 10. En tiempos recientes, ha aumentado la violencia de los grupos criminales que compiten por el control de la actividad de tráfico nacional e internacional, lo que sin duda ha repercutido de manera muy negativa en las tasas de criminalidad de homicidios. Cfr. UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA DEL INSTITUTO COSTARRICENSE SOBRE DROGAS (ICD), *Evaluación Nacional de Riesgos/Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, Costa Rica*, pp. 40-41, disponible en: https://www.icd.go.cr/portalicd/images/docs/uif/ENR_CR_VERSIN_PBLICA.pdf

⁵² Aun cuando la evaluación de riesgos que reporta la UIF no maneja un dato exacto del impacto financiero de los dineros ilícitos que ingresan en la economía costarricense, si es detectable que solo por defraudación fiscal, con datos oficiales, se estaría hablando de 4515 millones de dólares, flujos financieros sospechosos (superiores a los 10 mil dólares) se contabilizan 1290 millones de dólares, datos que dan una idea del impacto que puede tener el blanqueo de capitales en una economía mediana como la costarricense y las eventuales consecuencias colaterales que produce. Cfr. UNIDAD DE INTELIGENCIA op. cit, pp. 112-113.

⁵³ Las vías más frecuentes para la legitimación de capitales en Costa Rica, según el Informe de Evaluación de Riesgos de la Unidad de Inteligencia Financiera del ICD, es a través de sociedades anónimas y fideicomisos con inserción en el sistema financiero, con promoción y compra de bienes raíces y adquisición de bienes de elevado costo, simulación de exportaciones, adquisición de artículos virtuales, envío o recepción de efectivo a través de empresas remesadoras. Junto a ello, la delincuencia organizada nacional que genera abundantes recursos económicos ilícitos se ve en la necesidad de legitimación de capitales, como los delitos de contrabando, extorsiones, tráfico de personas, lo que acarrea una presión importante por diversificar las formas de blanqueo. Cfr. UNIDAD DE INTELIGENCIA op. cit, pp. 100-101.

fuera considerado ni en la “Exposición de Motivos” de la Ley, como tampoco en las discusiones en la Asamblea Legislativa, como tampoco lo fueron argumentos provenientes de la creciente dificultad de investigación y de castigo de otros delitos de índole socioeconómico, tal y como se analizó previamente.

La actividad de empresas privadas costarricenses en negocios internacionales y la eventual exigencia de cumplimentar programas de “*compliance*” para poder desarrollar actividad a nivel transnacional, tampoco fue un factor decisivo para la introducción de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Aun cuando para la fecha del presente informe ya la interacción de empresas nacionales en el mercado global es muy importante y es claro que muchas de ellas, sobre todo las de mediano tamaño, ya han asumido de manera consecuente la construcción de modelos de cumplimiento normativo de conformidad con los mejores estándares. De igual manera, el sector de servicios de asesoría y consultoría para construir estos programas de cumplimiento ha tenido un importante despegue en los últimos años y solo puede esperarse que ese sector de mercado aumente en los años venideros, conforme la LRPPJ tenga mayor impacto en casos de especial relevancia, como los que ya están proyectados que serán cubiertos por esta normativa recientemente puesta en vigencia.

La entrada en vigencia de la Ley 9899 de RPPJ tendrá de seguro un importante papel a la hora de instar a las empresas públicas y privadas a que asuman un programa de cumplimiento⁵⁴. En el Título II de este cuerpo normativo se introduce el así denominado y de repetida mención “Modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control”, el cual es en esencia un conjunto de requisitos mínimos, que, a partir de un análisis de riesgos y la construcción de medidas preventivas, se espera servirá para promover una cultura de respeto normativo y de prevención adecuada para evitar la comisión de los delitos de corrupción que han inspirado esta legislación.

2.6 Proyectos previos/debate legislativo

Esta legislación fue propuesta por el Poder Ejecutivo el día 04 de febrero de 2019 a la Asamblea Legislativa, como parte de la normativa indispensable en el proceso de ingreso a la OCDE. Su debate fue de apenas cuatro meses y aun cuando surgieron voces críticas en las instituciones públicas consultadas, entre ellas, el Poder Judicial⁵⁵, el proyecto fue tramitado con enorme velocidad, desatendiendo muchas de las observaciones formuladas.

En concreto, la “Ley sobre Responsabilidad de Personas Jurídicas por Soborno Transnacional y Cohechos Domésticos, se tramitó originalmente bajo el Expediente N° 20.547, a cargo de una comisión legislativa especial integrada por nueve diputados de diversas fracciones parlamentarias, que empezó a sesionar el 22 de octubre de 2018. El proyecto de ley tenía alta prioridad y estaba entre las primeras seis leyes que debían aprobarse en primer lugar.

El proyecto que terminó siendo aprobado, fue fruto de un trabajo coordinado por el Ministerio de Justicia y Paz, con la participación de funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y el Instituto

⁵⁴ ZAMORA GALLO, Karen Susana, “Compliance Programs”: Herramienta de Lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la ética. Ámbito actual de aplicación en Costa Rica, en: *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, San José, Costa Rica, Vol. XVII, julio-diciembre, 2021, p. 18, disponible en: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/17/revista-derecho-17.pdf>

⁵⁵ Cfr. Con un análisis de las observaciones que hizo el Poder Judicial, surgidas de una discusión en el seno de la Corte Plena, cfr. GARCIA CHAVES, op. Cit., pp. 63-73.

Costarricense sobre Drogas. La señora ministra de Justicia y Paz de aquél entonces, Marcia González, expresó que esta iniciativa legislativa pretendía cumplir con los altos estándares de la OCDE para el combate de la corrupción y de esa manera avanzar en el proceso de adhesión. La redacción, por ello, buscaba cumplir con la recomendación dada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales.

En la urgencia de atender la agenda de proyectos de ley necesarios para el ingreso de Costa Rica a la OCDE, se le dio un trámite prioritario a este proyecto de ley. Las observaciones que fueron recibidas sobre el proyecto pueden calificarse de una simple formalidad del trámite parlamentario y no fueron tomadas en cuenta a la hora de la construcción normativa, lo que dejó vacíos importantes en la legislación puesta en vigencia⁵⁶.

3. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COSTARRICENSE

Lay LRPPJ que se ha venido comentando se compone por 41 artículos, que se dividen en 6 títulos y finalmente un transitorio único que alude a la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo para esta ley. El modelo de responsabilidad penal de persona jurídica costarricense no se consignó únicamente por medio de reformas a leyes penales codificadas y especiales, es una legislación autónoma a otros cuerpos normativos⁵⁷.

Los primeros 5 títulos regulan, en ese orden: i) disposiciones de índole general, ii) lo que denomina un modelo **facultativo** “de organización, prevención de delitos, gestión y control” (con cierta alusión a los regímenes de *compliance* o programas de cumplimiento penal), iii) las penas, iv) aspectos procesales y v) un título denominado “disposiciones varias” que reúne normas sobre el registro de las condenatorias y medidas alternativas impuestas a personas jurídicas con ocasión de la responsabilidad penal a cargo del Poder Judicial, la cooperación internacional en tema de la LRPPJ y competencia sancionatoria administrativa de la Contraloría General de la República en temas de contratación administrativa al margen de la responsabilidad penal.

3.1 Naturaleza jurídica de las sanciones

Como se mencionó, las sanciones penales para las personas jurídicas se normaron dentro de la misma LRPPJ en su título tercero, al margen de las penas establecidas para las personas físicas individuales reguladas desde el Código Penal⁵⁸, estas sanciones⁵⁹, sus circunstancias atenuantes⁶⁰ y criterios para la determinación⁶¹.

⁵⁶ Cfr. GARCIA CHAVES, *op. cit.*, pp. 72-73.

⁵⁷ De ese modo, el último título de la LRPPJ denominado “disposiciones finales” aborda una remisión para normar la interpretación de la ley y se encarga de la adición, reforma y derogación. Vid. infra apartado 1.3 sobre la derogación de lo que fue artículo 44 bis de la Ley 8422, con reformas y adiciones al Código Penal (Ley 4573 de 4 de mayo de 1970), Código Procesal Penal (Ley 7594 del 10 de abril de 1996), la Ley de 218 de 8 de agosto de 1939 denominada Ley de Fundaciones y el Código de Comercio de (Ley 3284 de 30 de abril de 1964).

⁵⁸ En el caso de las sanciones penales establecidas para las personas físicas son reguladas en el Código Penal en su Título IV y estas penas de acuerdo al artículo 50 son:

*“Clases de penas Artículo 50- Las penas.
Las penas que este Código establece son:*

Aunque ubicar las sanciones y las regulaciones de responsabilidad penal de persona jurídica en una ley especial podría sugerir un modelo legislativo de meticulosa redacción e inspiración mesurada, esa intuición simplista no se compadece de la realidad, como se ha mencionado, en el sentido de que no se evidencia una legislación libre de campos de mejora, como producto de su trámite expedito. Las posibles críticas sobre la LRPPJ son producto de la coyuntura política criminal desde la óptica moderna en la que confluyó la realidad económica y las políticas tanto nacionales de apego a los organismos internacionales, finalmente esto permeó la escasa discusión, el modo de redacción, promulgación y entrada en vigor de la LRPPJ.

3.2 El hecho de conexión⁶²

El artículo primero de la LRPPJ en su primer párrafo fija como objeto de competencia a 23 delitos que como rasgo común guardan relación con la Administración Pública⁶³. Sin embargo, en su segundo párrafo sugiere la idea de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se desenvuelve en un ámbito de imputación paralelo al de la responsabilidad penal de la persona física individual, en consecuencia, se pensaría que la persona jurídica es susceptible de una capacidad de atribución de responsabilidad penal por criterios que se zanján más allá de la mera conexión con la persona física individual que actúa⁶⁴. Pero, se ha venido sosteniendo que el modelo de imputación a la persona jurídica⁶⁵ optado en la LRPPJ

1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación.

2) Accesorias: inhabilitación especial.

3) Prestación de servicios de utilidad pública.

4) Arresto domiciliario con monitoreo electrónico.

5) Tratamiento de drogas bajo supervisión judicial restaurativa.

(Así reformado por el artículo 48 de la Ley de justicia restaurativa, N° 9582 del 2 de julio del 2018)”

⁵⁹ Vid. Apartado II.4

⁶⁰ No es gratuita la falta de mención a circunstancias de exculpación y esto se verá *infra*, pues en cierto modo es consecuencia del modelo de imputación escogido por el legislador costarricense que se evidencia en el análisis del hecho de conexión.

⁶¹ Se expondrá en su respectivo apartado.

⁶² Cfr. Mena Villegas, Oscar. Op.cit. pp.208-209, define al hecho de conexión siguiendo a Tiedemann como el: “(...) hecho típico de la persona física realizado en el giro de la empresa o en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica se entiende como “expresión del actuar corporativo” y permite concebirlo como hecho típico de la entidad derivado de la ausencia de medidas necesarias “para hacer posible un desarrollo no delictivo de la actividad empresarial o defecto de la organización”.

⁶³ Vid. nota al pie número ³.

⁶⁴ “ARTÍCULO 1- Objeto de la presente ley La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos contemplados en la Ley N.° 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004, en sus artículos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 57 y 58 y los delitos contemplados en la Ley N.° 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970, en sus artículos 347, 348, 349, 350, 351, 352, 352 bis, 353, 354, 355, 361, 363, 363 bis y 368 bis, el procedimiento para la investigación y el establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones penales correspondientes y la ejecución de estas, así como los supuestos en los cuales la presente ley resulta procedente.

Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de las personas físicas por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo” (subrayado suplido)

es tendiente a lo vicarial, por más que se interprete que es un modelo mixto al plantear la posibilidad facultativa de implementar programas de cumplimiento. Esta aseveración no gratuita por contraposición al modelo de autorregulación⁶⁶. Sin la necesidad de un criterio de imputación con base en la relación de tensión con normas internas de la empresa, se traslada de forma casi simultánea la responsabilidad penal surgida del individuo al ente colectivo o moral como consecuencia de la relación entre ambas personas y no por el rompimiento o verificación de criterios de organización (defectuosos) que tornaron a la persona jurídica lejana o contraria a los fines lícitos para los cuáles fueron diseñados jurídicamente. Esto se colige de cierto grado de inspiración que proviene de España, tanto en la legislación de 2015, como de la política de interpretación penal de 2016 que permearon en algún modo la LRPPJ⁶⁷, en tal sentido la doctrina promulgada por el boletín español dice: “mediante la actuación delictiva de una persona física se transmite la responsabilidad penal a la persona jurídica, siempre que exista un hecho de conexión”⁶⁸

⁶⁵ En el habla castellana en 2004 Mir Puig vaticinaba el advenimiento del principio de derecho penal “*societas delinquere potest, sed puniri potest*” al decir: “*Es evidente que una persona jurídica y más aún una empresa carente de personalidad jurídica, no puede realizar propiamente ninguno de los elementos que exige la dogmática de la teoría del delito, tal como ha sido elaborada en los países de tradición continental europea, puesto que esta teoría del delito empieza por ver en el delito una conducta humana y la persona jurídica no puede efectuar ninguna conducta humana. Ni siquiera puede actuar por sí misma, por lo que no sólo es incapaz de aportar los elementos subjetivos y personales del delito (desde la voluntariedad del comportamiento hasta la imputabilidad del sujeto, pasando por el dolo), sino que tampoco puede incidir efectivamente en el mundo exterior influyendo en los procesos causales de la lesión del bien jurídico típico. Sin embargo, la teoría del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. No hay un concepto ontológico de delito. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto de delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto de delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible. Pero plantea importantes problemas político-criminales*”. Cfr. Santiago Mir Puig, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 06-01 (2004): 8. <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>

⁶⁶ Artaza Varela critica el modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica desde la óptica de los principios del derecho penal clásico al decir: “*en el que se da una transferencia de responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica, puede tener validez siempre que sea la propia empresa la que dote de esta potestad a la persona física y le permita actuar en nombre de la persona jurídica*” Cfr. Osvaldo Artaza Varela, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal* (Madrid: Marcial Pons, 2013), p.93. Mientras que el modelo de autorregulación o autorresponsabilidad lo define Zugaldía Espinar como aquel que “*basa en un tipo de imputación en la que se le atribuye de manera directa a la persona jurídica el hecho delictual, por esto la persona jurídica debe responder por su propia acción y su propia culpabilidad*” Cfr. Zugaldía Espinar, José Miguel “La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones” (España: Tirant lo Blanch, 2008), p.142. Este modelo de autorregulación muestra el concepto de culpabilidad por defecto de organización de Tiedemann, sintéticamente definido por Mena Villegas como aquel que “*surge en un momento anterior al hecho de la persona física, la culpabilidad surge en el momento en que la ausencia de mecanismos de control organizacional posibilitó el comportamiento lesivo o peligroso de la persona natural*” Cfr. MENA VILLEGAS, Oscar. “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. 2019. p. 60.

⁶⁷ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO DE ESPAÑA. *Doctrina de la Fiscalía General del Estado mediante “Circular 1/2016, de 22 de enero sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.”* Documento con referencia número FIS-C-2016-00001 del 22 de enero de 2016, recuperado en la liga en línea: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf

⁶⁸ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO DE ESPAÑA op cit.p.5 Antes de ello desde 2001 Bacigalupo Sagesse trataba el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica al decir: “*lo que existía como consecuencia de delitos para las personas jurídicas eran aquellas derivadas simplemente de responsabilidad objetiva y de strict liability, en los primeros casos de responsabilidad penal empresarial no existía imputación jurídico-penal ni subjetiva ni personal de ningún tipo,*

Por su parte, el artículo 4 de la LRPPJ marca realmente una dependencia condicional entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y la acción jurídico penal de la persona física, esto deja en evidencia el sistema vicarial porque contradice completamente lo dicho en el artículo primero, el artículo cuarto literalmente indica que la responsabilidad de la persona jurídica depende exclusivamente de que el hecho de conexión sea realizado en provecho de la persona jurídica y no así en provecho del mismo agente que lo realiza o de un tercero⁶⁹. Es una traslación de la responsabilidad de la persona física individual hacia la persona jurídica, no por el criterio de la organización propia del giro comercial o actividad económica de la entidad jurídica, pues sujeta la imputación en la medida que la persona individual con sus actos delictivos beneficie a la persona jurídica, siendo esto *conditio sine qua non* de imputación a la entidad jurídica, de forma objetiva sin consideraciones de atribución sobre criterios propios para la persona jurídica. *Contrario sensu* si los actos regulados por la LRPPJ no lo son en provecho (económico) de la persona jurídica, no existe competencia jurisdiccional para sancionar penalmente, exclusivamente las responsabilidades administrativas que puedan imponerse, si las hay, al ente jurídico y las responsabilidades penales individuales del agente persona física.

El modelo de imputación de responsabilidad a la persona jurídica tiene importantísimas consecuencias, pues posibilita o restringe completamente las posibilidades de aplicación de la mencionada figura del “*compliance*” vía el concepto de “defecto de organización” (Tiedemann) en el giro de la actividad empresarial. En este caso, el modelo vicarial escogido le resta la potencial importancia a la figura del “*compliance*”, como se ha venido sugiriendo.

3.3 Relevancia de los programas de cumplimiento

Como se mencionó en apartados anteriores, el concepto de “*compliance*”, juega un rol trascendente en la actividad empresarial, pues la organización para prevenir, mitigar y manejar el hecho delictivo, preservar el giro comercial y la empresa misma sobre los actos individuales de personas de la empresa son prácticas valiosas⁷⁰. Tradicionalmente el derecho mercantil se deja inspirar por la realidad de sus costumbres, en constante cambio buscando eficiencia y productividad, incluso el Código de Comercio costarricense establece la costumbre mercantil como fuente de Derecho (artículo 2).

El giro comercial actual de las empresas y corporaciones impone medidas de autorregulación, esto no por razones meramente penales, sino que estas prácticas dictan una pauta de responsabilidad social empresarial ya necesaria para competir *per se* en los mercados internacionales. Por supuesto que no sólo para que el giro comercial de la empresa obtenga legitimidad frente a los destinatarios finales de sus bienes y servicios, sino

sino que se trataba, en definitiva, de meras infracciones objetivas” Cfr. BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2001, pp.147-148.

⁶⁹ “ARTÍCULO 4- (...) Las personas jurídicas no serán responsables penalmente en los casos en que las personas físicas indicadas en los incisos anteriores hubieran cometido el delito en ventaja propia o a favor de un tercero, o si la representación invocada por el agente fuera falsa, sin perjuicio de la responsabilidad civil o administrativa en que pudieran incurrir.

La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad individual de la persona física, sean estos directores o empleados o de cualquier otra persona que participe de la comisión de las conductas citadas en este artículo y que se determinará por lo dispuesto en otras leyes”

⁷⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal Económico*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2012 p. 42.

para que sean competitivas y resilientes a lo externo e interno de la empresa, en especial con proyección de crecimiento y expansión de mercados. Dicho en pocas palabras: es un hecho que muchas personas jurídicas siguen programas de cumplimiento no por razones penales sino porque así cumplen con requisitos de realidad material para competir en el mercado internacional. La oportunidad de incentivar estas prácticas desde lo normativo y la institucionalidad pública, usando incluso el objeto de las sanciones (ver apartado II.4) fue desaprovechada al dejar dichos programas de cumplimiento como un ejercicio facultativo que ni en la ley, ni en el reglamento incluye algún incentivo más allá de la posible atenuación de la sanción, sin posibilidad de exculpar y se entiende es propio de la libertad de los mercados y la libre organización de la empresa, pero, no sólo ello, sino que los programas de cumplimiento desde esa óptica se ven desdibujados desde el mismo marco legislativo, cuando no sólo no alcanza la exclusión de la sanción, o algún incentivo fiscal o de puntuación en posibles concursos de contratación administrativo, sino que el incumplimiento a estos programas son contemplados exclusivamente como atenuantes hasta si acaso un cuarenta por ciento de la posible multa, así como quedó expresado por el artículo 12 de la LRPPJ⁷¹.

Ya en el medio local costarricense (y no de reciente data) se escucha el término “*compliance*”⁷². Es parte de la realidad de las firmas de abogados corporativas, de compañías privadas de auditoría externa, financiero contable y otros especialistas desde la óptica

⁷¹ “ARTÍCULO 12- Circunstancias atenuantes de responsabilidad El juez podrá rebajar hasta en un cuarenta por ciento (40%) la pena a imponer en los delitos referidos en el artículo 1 de la presente ley, a la persona jurídica cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- a) Denunciar, por parte de sus propietarios, directivos, integrantes de órganos de administración, representantes, apoderados o encargados de supervisión, la posible infracción ante las autoridades competentes, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella.
- b) Colaborar, por parte de sus propietarios, directivos, integrantes de órganos de administración, representantes, apoderados o encargados de supervisión, con la investigación del hecho, aportando, en cualquier momento del proceso, pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales derivadas de los hechos investigados.
- c) Adoptar, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
- d) Si el delito fuera cometido por alguna de las personas indicadas en los incisos a) o c) del artículo 4 de la presente ley:
 - i) Se demostrara que el órgano de administración ha adoptado e implementado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, prevención de delitos, gestión y control que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para evitar delitos de la misma naturaleza o para reducir, de forma significativa, el riesgo de su comisión.
 - ii) Se verificara que el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención de delitos implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
 - iii) Se comprobara que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención de delitos.
 - iv) Se acreditara que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere el subinciso ii) del inciso d) de este apartado.
- e) Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en el inciso b) del artículo 4 de la presente ley, si se demostrara que, antes de la comisión del delito, la persona jurídica ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización, prevención de delitos, gestión y control que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.”

⁷² CASTELLON VARGAS, Gonzalo. “El principio *societas delinquere non potest* y el sistema de *compliance*” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No 145, enero-abril, 2018.

de la ética empresarial, transparencia y buenas prácticas, esa búsqueda de asesoría y establecimiento de normas autorregulativas, no es ajena y es propia de la cercanía con las actividades empresariales que en muchos casos es de origen estadounidense y sus inversiones en el país. Pero, se echa de menos posibilidades de exculpación a buenas prácticas empresariales desde la perspectiva de la autorregulación para evitar el complicado problema de una responsabilidad penal casi de índole objetiva.

3.3 La eficacia y estructura de los programas de cumplimiento

Como consecuencia de las anteriores reflexiones se colige que la eficacia de los programas de cumplimiento es solo relativa porque apenas alcanza a disminuir el reproche, pero no a exculpar totalmente a las personas jurídicas. Y esto obedece a las siguientes razones:

- a) El Decreto ejecutivo N° 42399-MEIC-MJP denominado "Reglamento al título II de la Ley N° 9699 Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos denominado "Modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control" padece de una deficiente redacción, es ayuno en su reglamentación sobre funciones, atribuciones, deberes y derechos de los partícipes, conforme a las necesidades de una atractiva práctica como lo son los programas de cumplimiento que ni siquiera requería de una reglamentación para ponerse en práctica, pero la oportunidad de haberla reglamentado de forma aún más potenciadora fue desaprovechada.
- b) La participación estatal conforme al título II de la LRPPJ y el reglamento N° 42399-MEIC-MJP es casi limitada al establecimiento normativo de la ley y de su reglamento, mas no tiene un marco regulatorio de aprobación, homologación o certificación de programas de cumplimiento con incentivos desde algún ente público, ni informes, dejando exclusivamente en el ámbito privado el deber de realizar auditorías, denunciar, dar seguimiento de buenas prácticas y debida diligencia, pero tampoco regula de algún modo la posibilidad de certificación en organismos de índole privado.

Si bien la regulación de los programas facultativos de cumplimiento en la LRPPJ se concentra en el articulado de los numerales 6 a 10, se hubiese esperado un mayor detalle en el reglamento N° 42399-MEIC-MJP de la presidencia de la República junto con los ministerios de ramo en las carteras de Economía Industria y Comercio y de Justicia y Paz, sin embargo, este reglamento en sus 33 artículos, se limita a una labor más que de pauta, a una de descripción y precisión conceptual, casi definiciones y no necesariamente de forma precisa, no aporta en el sentido de atribuciones a oficiales de cumplimiento, de certificación ante autoridades estatales sobre los modelos de programas de cumplimiento o un programa de fomento e incentivos. Cuando se habla del oficial de vigilancia en el artículo 11 del Reglamento, la descripción vaga e imprecisa de sus funciones, potestades y obligaciones se refleja, por ejemplo, cuando utiliza fórmulas como "con probabilidad de comisión de un delito" para normar el deber de denunciar ante las autoridades de control penal.⁷³

⁷³ En especial cuando la LRPPJ (artículo 7) y su reglamento 42.399 regulan la figura del "oficial de vigilancia" ("*compliance officer*") como una agente que requiere de autonomía sin ninguna dependencia de los dueños, juntas directivas o ejecutivos, accionistas y puestos gerenciales de las empresas, siendo esto un nicho de mercado profesional para firmas de abogados, de auditorías privadas externas y otros profesionales, puesto que su función autónoma e independiente estriba en velar por el cumplimiento del programa de cumplimiento.

Aspectos tales como un gobierno corporativo fortalecido, pero también códigos de ética y medidas de cumplimiento normativo con cálculo de riesgos, deberían entenderse como requisitos mínimos del modelo, de conformidad con el artículo 8 de la LRPPJ. Es evidente que un modelo normativo funcional depende no sólo de un cálculo de riesgos estimativo sino también de herramientas de mitigación y control de riesgos, que puedan servir como medidas preventivas de los delitos de interés para la LRPPJ. Las repercusiones del artículo 12 LRPPJ, en cuanto a la atenuación de la responsabilidad, también deberían valer para las empresas públicas, en la medida que la rebaja del 40% de la pena a imponer por los delitos del catálogo del artículo 1 LRPPJ, surgirá de la constatación judicial, entre otros factores, de la idoneidad del modelo de cumplimiento normativo para prevenir las conductas delictivas, así como asegurar la capacidad de denuncia, la colaboración con las autoridades del control penal, así como la capacidad para la toma de decisiones de los órganos de dirección de las empresas públicas e instituciones autónomas en aquellos aspectos donde resulten indispensables ajustes al Programa de Cumplimiento puesto en práctica. Por supuesto, se pondrá especial interés en la valoración de si se han omitido actividades de control y prevención por parte del órgano encargado del programa, órgano que debe ser designado en cada empresa pública e institución autónoma.

En cuanto a experiencias de supervisión administrativa de programas de cumplimiento esto es un tema a investigar en Costa Rica, es novedoso y requiere que la realidad empiece a poner en práctico las posibilidades que ha abierto la ley 9899. Si bien la ley data de junio de 2019 y su reglamento de junio de 2020, habiendo ya transcurrido más de dos años. Lo cierto es que las circunstancias pandémicas de las que recién se empieza a recuperar Costa Rica y el mundo empresarial mundial fueron un factor que ha impedido poder verificar alguna fuente fidedigna de información y esto se presenta como una mera elucubración o una hipótesis débil sin sustrato empírico verificado. Lo que se puede constatar con cierta facilidad es que las firmas de abogados corporativas, de asesorías empresariales y de auditorías privadas se encuentran publicitando temas de “*compliance*” y de programas de cumplimiento, cuyos ejemplos no interesa mostrar en este trabajo, pero la puesta en práctica que pueda evidenciar las deficiencias propias de los marcos normativos, evaluar qué tanto se ha dejado despotenciado el valor de estos programas, en especial desde el sector público, puede que sea una mejor hipótesis para recopilar futura información de la eficiencia de estos programas, la falta de incentivo público lo deja en su esencia de “autorregulación”, siempre bajo la amenaza penal de un sistema mixto con mayor tendencia hacia el modelo vicarial.

3.4 Breve descripción sobre las sanciones previstas

El artículo 11 de la LRPPJ establece las sanciones penales, las regula bajo la nomenclatura de “penas”, establece como principales 6 y una posible pena accesoria, las primeras son:

- Multa establecida bajo *quantum* de mil a diez mil “salarios bases” (elemento normativo que varía de acuerdo a decretos ejecutivos sobre salarios),
- Pérdida de beneficios o subsidios estatales por un plazo de 3 a 10 años,
- Con una dudosa técnica de redacción legislativa se estipuló como sanción la pérdida de “subvenciones o ayudas” para contratar con el Estado (esto por cuanto la contratación administrativa, sus licitaciones y concursos deberían de partir bajo principios de igualdad,

transparencia e imparcialidad, no con ayudas o subvenciones a alguno de sus oferentes⁷⁴) de igual modo por plazo de 3 a 10 años,

- Pérdida de beneficios fiscales o de seguridad social de 3 a 10 años,
- La cancelación del permiso de operación de la actividad obtenida por el delito, salvo cuando sea de interés público continuar con la operación y
- La disolución de la persona jurídica cuando esta fue creada especialmente para la comisión del delito.

La sanción accesoria estriba en la publicación de la parte dispositiva de la sentencia condenatoria en firme, en un medio de comunicación con circulación nacional y cuyos costos deben correr por cuenta de la parte condenada.

4. ASPECTOS PROCESALES

No deja de ser un aspecto llamativo que una legislación de esta naturaleza, con tantas peculiaridades normativas y un acendrado interés por establecer una específica imputación de hechos de corrupción a un ente colectivo, no haya sido acompañada de una regulación procesal más detallada que permitiera resolver las complejidades que de seguro surgirán al darle a un ente colectivo el trato de un imputado penal en un proceso.

Tal y como ha sucedido en todos los ordenamientos jurídicos donde se ha asumido la responsabilidad penal de personas jurídicas, en Costa Rica adquieren los entes colectivos el carácter de verdaderos titulares de derechos procesales.

La cuestión no deja de ser compleja en su interpretación desde la perspectiva del ordenamiento jurídico costarricense, desde que la LRPPJ no incluyó una reforma procesal que pudiera compatibilizar los derechos de defensa e intervención en el proceso penal de la persona física a la persona jurídica, lo que sin duda provocará, en no pocos casos, algunas dificultades para el ejercicio de sus derechos. Es probable que los jueces encuentren lagunas legislativas a la hora de extender los beneficios procesales a las personas jurídicas.

El artículo 15 de la LRPPJ claramente apunta al reconocimiento de derechos de participación procesal a la persona jurídica, con una afirmación amplia de las garantías que integran el debido proceso y el derecho de defensa⁷⁵ a las personas jurídicas.

Al respecto de los derechos procesales, queda fuera de toda discusión el derecho a una representación legal adecuada, la que sin duda debería de ser atendida por un defensor diferente a quien pudiera representar los intereses de la persona física que haya sido sindicada de la realización de la conducta criminal. De igual manera, tendrá derecho a no autoincriminarse o hacer declaraciones en contra de sí misma, ni a confesarse culpable.

4.1 La posibilidad de acuerdos procesales

Resulta libre de toda discusión que las personas jurídicas intentarán, en lo posible, llegar a acuerdos pre-sentencia, por ejemplo, con la Procuraduría General de la República⁷⁶, con el

⁷⁴ Así establecidos por la Ley de Contratación Administrativa de 7494 del 2 de mayo de 1995 en sus artículos 4, 5 y 6 cuando mencionan que la Contratación Administrativa se inspira en principios de eficacia, eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad.

⁷⁵ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su famoso fallo 1739-92 precisó la extensión de la garantía al debido proceso y al derecho de defensa en Costa Rica.

objetivo de mantener sus actividades y evitar daños colaterales producto de la persecución penal y de las eventuales consecuencias económicas que pudieran derivarse⁷⁷. Ciertamente es que estas consecuencias, una vez establecidas en sentencia, tendrán que ser atendidas con el patrimonio de la persona jurídica, eventualmente podrían servir, antes del dictado del fallo, para establecer el tipo de garantías que el ente colectivo tendría que ofrecer para evitar que se le impida su adecuado funcionamiento y con ello una situación en que pudiera dejar su actividad principal.

En casos por delitos de corrupción sería esperable, por ejemplo, que se impida a la persona jurídica participar en licitaciones y contrataciones públicas, en virtud de la sospecha de que pudiera continuar con su actividad criminal, como recién se mencionó en el apartado II.4. También sería posible esperar daños reputacionales a la persona jurídica producto, tan solo, de la imputación jurídico penal, aun sin sentencia, que pudiera afectarle en sus relaciones con clientes, proveedores y eventualmente con otros gobiernos, en el caso de actividad internacional en obra pública.

Muchos de esos daños colaterales pueden producirse antes de la sentencia penal, pues el daño reputacional comienza recién con la difusión pública del caso, las eventuales filtraciones a la prensa de los detalles de la eventual conducta o conductas penales atribuidas y, por supuesto, todo lo que acontece a los representantes de la persona jurídica en la medida en que se les endilgue alguna responsabilidad en los hechos investigados, máxime que un juez está facultado a condenar a la publicación de la parte dispositiva de la sentencia en medio de difusión nacional si así lo estima (art. 11 LRPPJ).

⁷⁶ La Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública y el representante legal del Estado en materia de su competencia. En especial, la Procuraduría representa los intereses pecuniarios estatales en los procesos penales en la acción civil resarcitoria por los daños materiales y sociales irrogados por los hechos delictivos que puedan ser atribuidos a un justiciable. El artículo 37 del Código Procesal Penal indica:

“Artículo 37. Ejercicio

La acción civil para restituir el objeto material del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, podrá ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable.”

⁷⁷ En este tipo de procesos suele agregarse junto al daño material, el daño social. Al respecto de este último ha dicho nuestra jurisprudencia lo siguiente: *“Hechos como los que han sido demostrados en este proceso indudablemente constituyen delitos de corrupción en la función pública, lo que representa un gran problema en nuestra sociedad en tanto se concreta un deterioro de los valores éticos que a su vez tiene consecuencias directas en la eficacia del Estado que debe hacerle frente a esta carga sobre el sistema económico. Cuando un país se ve sometido a actos corruptos de sus funcionarios que tienen repercusión en el exterior, indudablemente eso genera un desprestigio que trae como consecuencia una disminución en la inversión, se disminuye la calidad de los servicios y se fomenta la dádiva como política a seguir para alcanzar la eficiencia. De acuerdo a estudios que se han hecho sobre el impacto en las naciones de la corrupción, se ha establecido que en aquellos lugares donde la corrupción es alta, la inversión desciende hasta un cinco por ciento como mínimo, de manera tal que la tasa de crecimiento económico se reduce en medio punto porcentual, produce el despilfarro debilitándose la economía y la confianza del público en las instituciones, socavándose las instituciones y redistribuyéndose la riqueza y el poder en forma injusta, poniéndose en marcha procesos de aprendizaje que van creando una cultura corrupta, de manera tal que se viene a distorsionar la realidad y se ven como legítimas conductas que no lo son. El artículo 38 del Código Procesal Penal otorga a la Procuraduría General de República la potestad exclusiva de intervenir en el proceso penal para ejercer la acción civil por daño social, para ello puede reclamar el resarcimiento respectivo por hechos punibles que afecten los intereses colectivos y difusos como en éste caso. (...) Ciertamente, existe la posibilidad de que los hechos que hoy se juzgan pudieran dar lugar al surgimiento de un daño social en virtud del desprestigio internacional que pudo haber sufrido nuestro país a raíz de las conductas llevadas a cabo por parte de funcionarios.”* Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Sentencia No. 341-2004.

Una eventual imposibilidad de continuar la actividad económica afectaría también a los empleados de la empresa, que podrían ser despedidos al no poder atender las obligaciones laborales por el cierre de las actividades (*core business*).

Todos estos efectos son posibles y bien vale la pena pensarlos en el marco de un proceso penal por responsabilidad de estos entes colectivos.

El sistema legal costarricense no contempla decisiones previas a la sentencia (aunque la cooperación pueda ser motivo de atenuación de la sanción) como los acostumbrados en el sistema estadounidense con las *DPA's* (*Deferred Prosecution Agreements*) y los *NPA's* (*Non Prosecution Agreements*)⁷⁸. Es en estos últimos, donde la fiscalía omite perseguir a la persona jurídica a cambio de que acepte los cargos y una serie de “mandates” que pueden consistir en pagar multas, colaborar en la investigación de alguna manera, hacer reformas estructurales, etc. y solo en caso de incumplimiento de estos “mandates”, se procede a acusar a la persona jurídica y el proceso penal formalmente se inicia. En los *DPA's*, ocurre casi lo mismo, pero con la diferencia que la fiscalía formula cargos desde el inicio, pero sujeta el proceso a un periodo de prueba (*probation*) por un plazo específico y si el ente colectivo cumple lo acordado, la fiscalía retira los cargos. En caso de incumplimiento, el proceso penal se reabre⁷⁹. La finalidad de estos acuerdos es mantener la actividad principal de la persona jurídica y disminuir los daños colaterales del proceso penal.

De acuerdo con la normativa vigente, concretamente el artículo 23⁸⁰, hay previsto un permiso judicial para proceder a la transformación, fusión, absorción, adquisición o escisión de la persona jurídica. Según el tenor literal de esta previsión, el objetivo de una decisión de esta naturaleza sería asegurar la efectividad de la declaratoria de responsabilidad penal a imponer, o asegurar la que ya haya sido impuesta. Una decisión de este calado se dictaría ya desde el inicio del proceso penal. Lo anterior no deja de tener sus complejidades, pues es claro, una vez iniciado el procedimiento penal, habría aun incerteza sobre la imputación definitiva. Esto último, no sólo porque habría etapas de ponderación probatoria aun en curso, como porque es posible que no se haya terminado de recopilar todo el acervo probatorio (verbigracia: valoraciones periciales, prueba económica de la empresa, testimonios que aún están siendo recopilados, información electrónica bajo procedimientos de obtención o de recuperación, etc.).

⁷⁸ Cfr. [TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro, “¿Oportunidad Procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a partir de la práctica de los NPA's y DPA's en Estados Unidos”, en: *InDret* 2.2020, pp. 508-557.](#)

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 511-512.

⁸⁰ “ARTÍCULO 23- Autorización judicial

Con el propósito de asegurar la efectividad de la posible responsabilidad penal a imponer o ya impuesta, iniciado el proceso penal en contra de una persona jurídica y hasta la sentencia penal en firme o el cumplimiento de la pena impuesta será necesaria la autorización de la autoridad jurisdiccional, según sea la etapa en la que se encuentre el proceso, para la transformación, fusión, absorción, adquisición o escisión de aquella.

La persona jurídica deberá solicitar la respectiva autorización ante la autoridad jurisdiccional, la cual dará audiencia por diez días hábiles a todas las partes.

Durante ese plazo, el Ministerio Público y el querellante o actor civil, podrán solicitar la medida cautelar prevista en el artículo 24 de la presente ley, o bien, podrán requerir una garantía de caución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 de la Ley N.º 7594, Código Procesal Penal, de 10 de abril de 1996.

En los diez días hábiles posteriores, la autoridad jurisdiccional deberá resolver lo que corresponda.

Podrá concederse esa autorización cuando, a pesar de haberse solicitado la inmovilización, la persona jurídica dé garantías suficientes de este cumplimiento o de la sanción eventualmente imponible.

Para adoptar esta decisión, la autoridad jurisdiccional deberá atender a la eventual afectación en la continuidad de la actividad de la persona jurídica o a la afectación de un servicio o interés público.

El artículo 24 de la LRPPJ contiene, además, una medida cautelar de amplio espectro que es la inmovilización de la persona jurídica. No es, por supuesto, un acuerdo al que se llega con la persona jurídica bajo procedimiento y el Ministerio Público, sino que es un sometimiento de la persona jurídica a la imposibilidad de transformarse, fusionarse, adquirirse, escindirse, sin autorización judicial previa.

Existe la posibilidad que la persona jurídica garantice suficientemente el cumplimiento de la reparación civil o de la sanción eventualmente a disponer y en tal carácter se le permita esa movilidad (artículo 24 LRPPJ, párrafo quinto) y para resolver sobre ello se valorará la eventual afectación provocada por la interrupción de la actividad de la persona jurídica o la afectación a un servicio o al interés público.

Otro orden de acuerdos procesales son los referidos a la eventual aplicación de soluciones alternativas al conflicto, o permitirle a la persona jurídica someterse a un procedimiento especial abreviado, según el tenor literal del artículo 21 de la LRPPJ. Las soluciones alternas aquí indicadas son tres: la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación y la reparación integral del daño. De aplicarse alguno de estos tres supuestos, el proceso penal no continuaría hasta la imposición de una pena. La suspensión del proceso a prueba, además, permitiría que la persona jurídica realice un plan reparador y cumpla específicas condiciones que el Ministerio Público podría definir como indispensables para permitir esta salida procesal⁸¹.

No pueden aplicarse criterios de oportunidad a la persona jurídica, tal y como lo indica el artículo 15 LRPPJ. Así las cosas, aspectos tales como la pena natural, el principio de insignificancia o la eventual utilización de un acuerdo para utilizar un testimonio como “testigo de la corona”, quedará fuera de toda discusión en procesos penales donde figure una persona jurídica⁸².

⁸¹ En delitos funcionales, especialmente, el Ministerio Público ha dictado específicas instrucciones que han de tener en cuenta en la decisión de acordar la aplicación de salidas alternas. Cfr. <https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/images/phocadownload/CircularesAdministrativas/2019/10-ADM-2019.pdf>

⁸² El artículo 22 del Código Procesal Penal vigente regula los criterios de oportunidad de la siguiente manera: “Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:

a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o que se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrellado, no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente.

c) El imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.

4.2 Las investigaciones internas y la colaboración como circunstancia atenuante

En relación con las investigaciones internas hay que decir que es un mecanismo reconocido de “*compliance*”. Su papel es tanto preventivo, en la medida que puede contribuir a una constante auditoría⁸³ del modelo de cumplimiento con el objetivo de revisar su efectividad y validez, como también reactivo, pues las investigaciones internas pueden operar como un medio para determinar si se ha producido una conducta punible y las circunstancias de su comisión.

En tal carácter, las investigaciones internas en el seno de la persona jurídica y en el marco general de un programa de cumplimiento sólido, van en clara dirección a comprometer a la persona jurídica con los intereses de la averiguación jurídico penal, pues el paralelismo es evidente. Cuando la persona jurídica despliega a través de su organización interna una investigación sobre posibles conductas lesivas al ordenamiento jurídico, verifica hechos, recoge evidencias, realiza un procedimiento interno de averiguación, que luego es sometido a los órganos de dirección que tomarán, de seguro, una decisión que será trascendental para el investigado y para la propia persona jurídica. En ello es muy difícil no encontrar vinculación con las propias aspiraciones del proceso penal estatal y sus fines⁸⁴.

No obstante, a pesar de los paralelismos, no se puede olvidar que la investigación interna nace en el seno de la persona jurídica y tiene su punto de desarrollo a partir de los intereses internos de averiguación. El artículo 13, inciso h) del Reglamento RRPJ apunta a una serie de resultados de una investigación interna, la cual bien puede fundamentar decisiones de la alta dirección de la empresa, que pueden abarcar la formulación de denuncias penales, sanciones administrativas para los responsables, medidas de mitigación, pero también para realizar tareas conducentes al aprendizaje organizacional:

“...h) Conclusión de la gestión de la denuncia: debe contemplar un mecanismo para la conclusión de las investigaciones y la formulación de recomendaciones y decisiones basadas en los resultados de la etapa de atención. Los resultados pueden ser utilizados para reporte

d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia, en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

La solicitud deberá formularse ante el tribunal que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 1° "Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal", Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010)

(Así reformado por el artículo 16 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, N° 8720 de 4 de marzo de 2009)

⁸³ Cfr. LEON ALAPONT, José. “Retos Jurídicos en el marco de las investigaciones corporativas: a propósito de los compliances”, en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 22-04 (2020), p. 4, disponible: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-04.pdf>

⁸⁴ MONTIEL, Juan Pablo. “Sentido y alcance de las investigaciones internas de empresa”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, Valparaíso, Chile, Primer Semestre, 2013, p. 253, disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n40/a08.pdf>

a la alta dirección, denuncias penales, aprendizaje organizacional y desarrollo de medidas de mitigación a nivel de la persona jurídica. Estos puede involucrar:

- *Finalizar la investigación, incluyendo la documentación de hallazgos y recomendaciones.*
- *Toma de acciones como respuesta a las recomendaciones de la investigación.*
- *Recomendar sanciones administrativas contra las personas responsables.*
- *Recomendar el archivo de la denuncia en los casos en que la misma resulte improcedente. Esta recomendación debe ser debidamente motivada y contar con los documentos que respalden la decisión.*
- *Comunicar a la persona denunciante la finalización de la gestión y las acciones realizadas.*
- *Valorar la continuación o suspensión de las medidas de protección de la persona denunciante y testigos.*
- *Si en las conclusiones de la investigación se determinan presuntas responsabilidades de tipo penal, la persona encargada del Modelo tomará las acciones pertinentes e inmediatas para el traslado del informe a la alta dirección, quien valorará el traslado de la denuncia al Ministerio Público”.*

El artículo 14 del Reglamento contiene medidas de protección a la persona denunciante y a los testigos, con el fin de garantizar las averiguaciones del procedimiento interno. Entre otras, se debe establecer un mecanismo de recepción de denuncias, así como un régimen de responsabilidades si hay intentos por identificar a la persona denunciante o asuma represalias en contra de ella.

Si la persona denunciante labora en la empresa, deberán tutelarse sus condiciones laborales, sin discriminación y sin consecuencias disciplinarias, suspensiones, despidos, reubicaciones o remociones de su puesto.

Estas disposiciones del Reglamento, leídas de manera armónica con el artículo 12 de la RRPPJ, permiten entender el papel esencial de la colaboración de la empresa jurídica en la denuncia de los hechos eventualmente punibles antes del inicio de cualquier procedimiento penal en contra de la persona jurídica. Por lo menos los primeros tres incisos apuntan a una investigación interna exitosa y rodeada de garantías para el denunciante y los testigos, para producir prueba de calidad que pueda ser utilizada después en las averiguaciones penales. De esta manera, podrá el juez valorar como atenuantes de responsabilidad, tanto el proveer pruebas en la forma de colaboración con la justicia (art. 12, inciso a), que sean decisivas para esclarecer la participación criminal de los denunciados (art. 12, inciso b), la adopción de mecanismos eficientes para prevenir y descubrir la comisión de hechos punibles (art. 12, inciso c).

En Costa Rica, la regulación va en el sentido de proveer una atenuante a la responsabilidad de la persona jurídica, en la medida en que esta se involucre en una investigación interna de acciones presumiblemente punibles. Esta investigación podría tener también la connotación de una información que respaldará una denuncia contra funcionarios del propio ente jurídico. Esta posibilidad vendría tanto de la regulación directa de las atenuantes, como del deber establecido de tener un sistema funcional de cumplimiento que, entre otros requerimientos establecidos por el Reglamento, contiene el deber de contener mecanismos de prevención de conductas punibles, investigar hechos sospechosos y formular denuncias a través del oficial de cumplimiento.

El mismo deber puede sustentarse de la exigencia de tener medidas eficaces para que el órgano de administración adopte e implemente, antes de la comisión del delito, medidas de

vigilancia y control idóneas para reducir de manera significativa el riesgo de comisión. Sin duda, se trata de un ámbito donde las investigaciones internas que deberían desarrollarse en el contexto costarricense deben basarse en una ponderación de riesgos y en mecanismos para atenuarlos y atenderlos, la posibilidad mixta entre lo vicarial y la autorregulación cobra especial importancia dentro de estas consideraciones de índole procesal.

Las investigaciones internas también podrían tener como objeto el análisis de las conductas realizadas por el órgano de administración, así como también de sus omisiones, en la medida en que hayan contribuido a la no investigación de un hecho sospechoso o presumiblemente punible o que su actuación haya contribuido a ocultar o dificultar su efectiva averiguación. Lo anterior permite calificar las investigaciones internas que pueden desarrollarse de conformidad con la LRPPJ tanto de carácter preventivo como reactivo.

4.3 La prueba de la eficacia de los programas de cumplimiento: admisión de peritos, carga de la prueba y valoración de la participación activa de la persona jurídica en la averiguación de la verdad real

Como ya lo hemos postulado supra, al analizar la situación de la *opinio juris* previa sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, procesalmente, es claro que la carga de la prueba de que el programa de cumplimiento es insuficiente o su implementación defectuosa es del Ministerio Público y, eventualmente de la Procuraduría General de la República, en lo que respecta al nexo de causalidad en las pretensiones de carácter civil del Estado. Y sobre ello no ha habido aun una expresión de política de persecución por parte del Ministerio Público o de la Procuraduría que nos permita aquilatar la forma en que se hará esa demostración. Sería útil que el Ministerio Público dictara alguna regla orientadora de los fiscales que les sea útil a la hora de establecer el marco probatorio del cumplimiento de un programa de “*compliance*”. Aspectos tales como la demostración que el programa puede ser individualizable y es apropiado a la naturaleza de las actividades de la persona jurídica y basado en un apropiado examen de riesgos de acaecimiento de conductas potenciales de afectación a los deberes de la función pública, deberían de ser de primera e indispensable constatación en una política de persecución en esta materia. De igual manera, el Ministerio Público debería interesarse por detalles fundamentales que revelan la política de la empresa, consistente y coherente con un programa normativo anticorrupción, como lo sería la revisión periódica de su contenido, la contratación de observadores y examinadores externos del programa de cumplimiento para que den su criterio sobre la capacidad del programa para prevenir y evitar estos hechos delictivos, así como otras buenas prácticas ya normalizadas en otros ordenamientos jurídicos, como lo sería la de obtener certificaciones o la adquisición de estándares ISO en materia de “*compliance*”.

Debe estimarse central, al efecto, que el Ministerio Público tenga acceso a la documentación del programa de cumplimiento y cuente con suficiente información de su implementación práctica, donde el trabajo y la colaboración del oficial de cumplimiento resulta de trascendencia. Muy especialmente en cuanto a la evaluación de riesgos que se haya realizado previamente a la puesta en ejecución del programa de “*compliance*”, así como la eficacia de los procedimientos y controles internos, la emisión de reportes y denuncias, así como también los canales para establecer responsabilidades disciplinarias para los empleados y directivos que no cumplen con los requerimientos del plan.

La carga de la prueba que puede corresponder a la propia persona jurídica, teniendo en cuenta también sus derechos de defensa independientes de la persona física, es sobre la demostración de la validez del programa de cumplimiento normativo y su efectiva integración a la actividad cotidiana de la empresa como código de ética y de autocontención ante eventuales conductas antijurídicas.

Es comprensible que las medidas que pueden tomarse en el entorno de una empresa jurídica que ha sido ligada a eventuales delitos de corrupción tenga un eminente carácter preventivo, lo que deriva no sólo del tipo de sanciones a imponer, como de los acuerdos que permiten su funcionamiento aun ante la eventualidad de imputaciones penales, tal y como fue revisado en el acápite de acuerdos procesales.

El aseguramiento de las consecuencias económicas del actuar criminal tiene notable incidencia pues es claro que el representante de los intereses civiles del Estado querrá asegurarse que haya medios para cubrir el daño material y social que pueda establecerse en el juicio, por lo que las medidas a ese respecto incidirán en la forma en que estas medidas son proveídas.

En todo caso, la estrategia de defensa de la persona jurídica debe ser muy sólida en la consolidación de una plataforma demostrativa de la validez del programa de cumplimiento normativo, su implementación y de los éxitos en las tareas de prevención y denuncia de hechos de corrupción. Al respecto y este no es un problema menor, los problemas que se derivarán desde el principio "*nemo tenetur*" y la participación activa de la empresa en la revelación de detalles sobre el comportamiento ilícito de sus trabajadores o representantes que eventualmente impliquen una exposición de debilidades del programa de cumplimiento que acarrearían, eventualmente, una no atenuación de su responsabilidad penal. En otras palabras, la colaboración efectiva en la investigación de los delitos cometidos por las personas físicas, mediante el aporte de pruebas que sean decisivas para demostrar la participación criminal de estas, podría convertir a la propia persona jurídica en un "testigo de la corona" para la demostración de ese injusto y su imputación a las personas físicas y, al mismo tiempo, la revelación de prueba que demuestre debilidades en la implementación del programa de cumplimiento normativo que hubiera sido adoptado.

No puede dejarse de lado, tampoco, la colaboración efectiva entendida como forma de reparar los daños ocasionados o de reducir las consecuencias nocivas del comportamiento antijurídico como un comportamiento de la persona jurídica que pudiera tener un efecto específico en la pena a imponer.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- i) El presente estudio es una prognosis del posible comportamiento de la interpretación judicial sobre los temas candentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en especial, del modelo mixto de responsabilidad asumido, a medio camino entre el sistema vicarial y de autorresponsabilidad.
- ii) Las observaciones que se hacen del ordenamiento jurídico costarricense, tanto de la Ley No. 9899 y de su Reglamento, así como también de las disposiciones vigentes del Código Procesal Penal, permiten construir un primer acercamiento a complejas preguntas dogmáticas, especialmente al modelo escogido del legislador en materia de nexo conexión, así como de los posibles problemas de interpretación que ofrecerán a nivel judicial los programas de cumplimiento normativo, el papel del oficial de cumplimiento, los deberes y

obligaciones de los órganos de administración, así como de las investigaciones internas y los acuerdos a los que puede llegarse en el derecho costarricense con las empresas. Esto último, en especial, abre un importante ámbito de reflexión de cómo serán observados los escenarios en que la persecución de personas jurídicas podría afectar servicios públicos de importancia, como lo será, el tema de la obra pública (carreteras, puentes, mantenimiento de vías), por el tipo y naturaleza de los casos en que se aplicará en un primer momento la LRPPJ.

iii) Es evidente que uno de los problemas más importantes que se presentarán a la hora de la judicialización de casos por responsabilidad penal en Costa Rica tendrán que ver, directamente, con la eventual consideración de una responsabilidad penal “objetiva” derivable de la responsabilidad de los entes jurídicos, pues no hay un verdadero nexo de conexión con el hecho de la persona física que realizó el hecho, como tampoco un específico papel para el “defecto de organización” desde la perspectiva de la incorporación eficiente de un programa de cumplimiento normativo, tanto en empresas públicas, instituciones autónomas como en empresas privadas.

iv) No existe al momento del presente estudio, ningún fallo jurisprudencial o criterio o directriz del Ministerio Público acerca de cómo se considerará el acceso a la información proveída por las personas jurídicas en su defensa, tanto en la forma de prueba del seguimiento puntilloso del programa de cumplimiento normativo, como de las investigaciones internas y de la producción de prueba útil para las investigaciones penales. Esto abre un inmenso panorama para el desarrollo de posiciones doctrinales y eventualmente de decisiones del Ministerio Público que atiendan a esta delicada cuestión que está vinculada a la eventual atenuación de las sanciones y a los criterios para la medición de la pena.

v) Es posible pronosticar que muchos de los problemas del sistema de imputación de personas jurídicas, como el de la eventual consideración de responsabilidad objetiva de la participación criminal del ente jurídico, serán objeto de discusión en la Sala Constitucional, donde pervive un convencimiento de un derecho penal de culpabilidad acendrado, establecido a partir de un derecho penal clásico construido a partir de la responsabilidad de la persona humana.

vi) Un objetivo importante de este estudio lo fue, sin duda, analizar si el modelo costarricense y su propuesta mixta, podría ser utilizado como base para la construcción de un moderno, eficiente y sobre todo adecuado, sistema de imputación de responsabilidad a personas jurídicas en contextos sociales, económicos y tecnológicos complejos. Sin duda, esta cuestión es fundamental, pues es observable que el grado de regulación que contiene el régimen costarricense no es suficiente para atender todas las cuestiones que han sido planteadas en otras latitudes y por la abundante literatura ya disponible en materia de “*compliance*”.

vii) Los complejos problemas dogmáticos, así como la implementación de las medidas procesales, tampoco han sido atendidos de manera concluyente, especialmente los problemas que se observan en materia del proceso penal. Sobre todo, el ejercicio de derechos procesales de intervención, de protección al derecho de defensa, así como a la posibilidad de alcanzar acuerdos procesales de acuerdo con el principio de oportunidad, aún no han sido suficientemente tematizados, máxime en problemas de “*nemo tenetur*” y la figura proscrita del “testigo de la Corona” en estos temas.

viii) La normativa costarricense vigente demuestra que la separación entre lo que puede denominarse la “actuación” de la persona jurídica y los “procesos de decisión” de la persona jurídica, es un problema principalmente definitorio, pero también, esencialmente práctico, que no será resuelto exclusivamente con decisiones normativas.

ix) Es muy difícil construir un modelo normativo que incluya y considere todo tipo de organizaciones complejas, simples, globalizadas, con diversos niveles de tercerización de servicios y con incontables peculiaridades de procesos de organización y de toma de decisiones. Si esto es cierto para un conjunto de empresas pequeñas y medianas como las que presenta el horizonte de proyección costarricense, habría que imaginarse los enormes obstáculos que se presentan para los legisladores en otros contextos sociales y culturales más complejos.

x) El papel del oficial de cumplimiento y las diversas tareas que este órgano debe satisfacer a lo interno de una persona jurídica, son apenas consideraciones teóricas en el ámbito judicial costarricense. La práctica permitirá observar de qué manera será analizada su intervención, de qué manera se interpretará el cumplimiento de sus deberes de seguimiento, de implementación, de denuncia e investigación. Se trata, por supuesto, de un problema de gran importancia en la práctica del funcionamiento de este régimen jurídico de responsabilidad penal en Costa Rica.

Bibliografía

- AZOFEIFA CESPEDES, Arturo. “Blanqueo de activos: la experiencia costarricense”, en: *Revista Espiga de la Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica*, vol. 16, número 33, 2017, disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/4678/467853456007/467853456007.pdf>
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2001
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal Económico*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2012
- BANCO MUNDIAL, “Costa Rica: Panorama General”, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/costarica/overview>
- CASTELLON VARGAS, Gonzalo. “El principio *societas delinquere non potest* y el sistema de compliance” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No 145, enero-abril, 2018.
- CASTILLO GONZALEZ, Francisco. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008
- CORTES RAMOS, Alberto. ALPIZAR, Felipe y CASCANTE, María José (Coordinadores). *Estado, Empresas Públicas y Desarrollo*, San José, Costa Rica, Editorial CIEP/UCR/TNI, 2016
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO DE ESPAÑA. *Doctrina de la Fiscalía General del Estado mediante “Circular 1/2016, de 22 de enero sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.”* Documento con referencia número FIS-C-2016-00001 del 22 de enero de 2016, recuperado en la liga en línea: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf

- GARCIA CHAVES, Alberto. *Defensa Penal de la Persona Jurídica en Costa Rica*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2022
- GOENA VIVES, Vives, Beatriz. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, en: *Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología*, (2021), disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-22.pdf>
- HERNANDEZ GAMBOA, Diana. “Responsabilidad de las Empresas Estatales a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 9699”, en: *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, San José, Costa Rica, Vol. XVII, Julio-Diciembre, 2021
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES ECONOMICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA. *Análisis de la Economía para el Tercer Trimestre del 2022*, disponible en: <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2022/09/13/el-iice-ucr-estima-un-crecimiento-del-348--en-la-economia-nacional-para-el-2022.html>
- LEON, Jorge. *Historia Económica de Costa Rica en el siglo XX. La Economía Rural, Tomo II*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2012.
- LEON ALAPONT, José. “Retos Jurídicos en el marco de las investigaciones corporativas: a propósito de los compliances”, en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 22-04 (2020), disponible: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-04.pdf>
- MENA VILLEGAS, Oscar. *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. 2019.
- MOLINA RUIZ, Warner. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas consideraciones sobre su aplicación en Costa Rica, en: <https://olgercalvo.com/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-algunas-consideraciones-sobre-su-aplicacion-en-costa-rica-por-warner-molina-ruiz/>
- MONTIEL, Juan Pablo. “Sentido y alcance de las investigaciones internas de empresa”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, Valparaíso, Chile, Primer Semestre, 2013, disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n40/a08.pdf>
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO, *Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas*, París, Edición 2015, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>
- PARADA GOMEZ, Álvaro. ARIAS RAMIREZ, Rafael y BENAVIDES VINDAS, Shirley. “Síntesis de la historia económica de Costa Rica: ¿Cuáles son los patrones de desarrollo económico?”, en: *Apuntes*, No. 3, 2019, San José, Costa Rica, Friedrich Ebert Stiftung, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/338052126_sintesis_de_la_historia_economica_de_Costa_Rica_Cuales_son_los_patrones_de_desarrollo_economico
- PERIN, Andrea (Editora) y ACKERMANN HORMAZABAL, Ignacio E. (Coordinador), *Imputación Penal y Culpabilidad, Valencia*, Universidad Andrés Bello y Tirant Lo Blanch, 2020
- RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás (Director). ONTIVEROS ALONSO, Miguel. ORSI, Omar Gabriel y RODRIGUEZ LOPEZ, Fernando (Coordinadores). *Tratado Angloiberoamericano sobre compliance penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021

- ROJAS SALAS, Manuel. "Ley 9699 sobre Responsabilidad de las Personas Jurídicas, ¿Modernidad o retroceso?", pp. 3-4 , en: *Revista Digital De Ciencias Penales De Costa Rica*, 1(32)(13). Recuperado a partir de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/49506>
- TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Primera Edición (Traducción a la Segunda Edición Alemana por Hernández, Héctor et al.), 2010.
- TREJOS PARIS, María Eugenia y MURILLO RODRIGUEZ, Carlos. "Las Empresas Públicas en el Proceso de Acumulación de capital en Costa Rica", en: <https://repositorio.una.ac.cr/handle/11056/19622>
- UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA DEL INSTITUTO COSTARRICENSE SOBRE DROGAS, *Evaluación Nacional de Riesgos/Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo*, Costa Rica, disponible en: https://www.icd.go.cr/portalicd/images/docs/uif/ENR_CR_VERSIN_PBLICA.pdf
- TURIENZO FERNANDEZ, Alejandro, "¿Oportunidad Procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a partir de la práctica de los NPA's y DPA's en Estados Unidos", en: *InDret* 2.2020
- VILLALOBOS, Adelina. "Los Códigos de Conducta en sociedades no cotizadas y no supervisadas: un análisis del entorno costarricense", en *Revista Judicial*, Costa Rica, No. 109, septiembre de 2013
- ZAMORA GALLO, Karen Susana. "Compliance Programs": Herramienta de Lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la ética. Ámbito actual de aplicación en Costa Rica, en: *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, San José, Costa Rica, Vol. XVII, Julio-Diciembre, 2021, disponible en: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/17/revista-derecho-17.pdf>
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada", en: *Problemas Actuales de la Política Criminal, Anuario de Derecho Penal*, 2015-2016, disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_08.pdf
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 18050-2019.
- SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 292-97
- Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Sentencia No. 341-2004.