

**LEY 9996 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS.
¿MODERNIDAD O RETROCESO?**

**LAW 9996 ON CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS. MODERNITY OR
REGRESSION?**

Manuel Rojas Salas¹

RESUMEN: La ley que establece y determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad en nuestro país desde junio de 2019. A pesar de su importancia, por las consecuencias que indudablemente conllevará para un sistema de Justicia Penal que se ha visto afectado por el fenómeno del inflacionismo de los últimos tiempos, no se ha hecho un mayor análisis sobre el instrumento legislativo, que parece haber contado con un beneplácito unánime a nivel de la corriente legislativa y gubernamental, aunque quizá, las consecuencias a mediano y largo plazo, en relación con los procesos a los que afecte, estén aún por verse.

Palabras claves: Responsabilidad penal- persona jurídica- ley-acción jurídico penal-culpabilidad-imputabilidad-sanción penal-pena.

INTRODUCCIÓN

Soy de la opinión de que nos encontramos asistiendo a una serie de procesos en nuestras sociedades occidentales, en donde la aplicación irrestricta e indiscriminada del recurso de acudir al Ius Puniendi Estatal, no parece sorprendernos en lo más mínimo.

Quizá eso podría deberse-entre otras cosas- a que a tal vez a un nivel inconsciente, hemos llegado a creer que toda intervención estatal que conlleve normas que establezcan sanciones de contenido penal, vienen a ser absolutamente necesarias e indispensables para la convivencia social, porque necesariamente van a incidir de modo favorable en el bienestar.

¹ Juez Jubilado del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

En este proceso en el que la proliferación continua y constante de normas penales, parece ser parte de una especie de “normalización”, se puede llegar a extremos que resultarían impensables para quienes hace algunas décadas nos dedicábamos a profundizar nuestros conocimientos sobre el Derecho Penal.

De esta forma hemos sido testigos de que con el “acompañamiento” de parte de medios de comunicación colectiva, que celebran la promulgación de los instrumentos legislativos con bombos y platillos, como la solución a los conflictos, se han promulgado normas penales en los que difícilmente podría visualizarse cuál es el objeto real de protección².

En medio de este desalentador panorama, en junio de 2019 se anunció la promulgación de la Ley 9699 que vino a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien no hemos sido el primer país en contar con tal posibilidad, estimo que corresponde realizar un análisis detallado del instrumento legislativo, con miras a evaluar su contenido a la luz de los principios legitimantes del Derecho Penal e igualmente vislumbrar su viabilidad, en momentos en que es un hecho notorio que los procesos penales, salvo los tramitados bajo el procedimiento expedito de Flagrancia, no se resuelven en un período de tiempo que pueda estimarse como “razonable”³.

1. La promulgación de la Ley y compromisos asumidos por el Estado Costarricense.

Se ha señalado en principio, que siempre en un clima en donde parece predominar una ideología de corte neoliberal, con abierto desmedro del Estado Social de Derecho, que los aspectos de índole económico son los esenciales y los que captan la atención gubernamental, por encima de los restantes.

² Podríamos citar, entre otros, la reforma que se introdujo mediante Ley 9458 de 11 de junio de 2017, publicada en Alcance 152 de La Gaceta el 26 de junio de 2017, que tipificó actos relativos al denominado Maltrato animal, o bien la Ley 9177 del primero de noviembre de 2013, publicado el 29 de noviembre de 2013 que tipificó denominada “pornografía virtual y pseudo pornografía”.

³ En este sentido conviene recordar que la razonabilidad del plazo va a depender de un análisis casuístico más que del establecimiento de un “quantum” determinado.

Esta podría ser la explicación adecuada para que se hiciera referencia a que la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económico requería de la promulgación de una ley como la mencionada 9699⁴; a pesar de ello, la realidad es muy diferente a todo aquello que se haya expresado en medios de comunicación colectiva.

Si revisamos con cuidado el numeral 2 de la Convención **PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES**, lo que ahí se indica como mandato para los países firmantes, es:” 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”

Vemos entonces que si bien es cierto, Costa Rica como Estado ratificante de la mencionada Convención, asumió un compromiso, ello no implicaba nunca de modo expreso, que se asumiera la obligación de penalizar a las personas jurídicas.

Me permito destacar esto porque en múltiples ocasiones se suele señalar que el hecho de ratificar un Tratado Internacional parece que “condiciona” al ordenamiento interno a ceñirse al pie de la letra a los postulados del Convenio. En el caso que nos ocupa, la situación es radicalmente distinta, ya que el instrumento internacional, **establece la obligación del Estado signatario de determinar a nivel de su ordenamiento interno, la responsabilidad de las personas jurídicas,**

Sin embargo, en ningún momento se establece que tales responsabilidades tengan que ser necesariamente de índole penal. Es claro que cuando se habla de “responsabilidad”, la Convención deja a la libertad de cada uno de los Estados signatarios para que realicen lo correspondiente a nivel interno, en cuanto al ámbito en el que tendrá lugar el establecimiento de las responsabilidades de las personas jurídicas. Esta determinación de

⁴Así se hizo mención en <https://delfino.cr/2020/03/costa-rica-esta-a-un-si-de-ingresar-a-la-ocde-aprobo-examen-sobre-cohecho-internacional>, consultado el día 9 de agosto de 2020. En el mismo sentido cfr. <https://www.larepublica.net/noticia/costa-rica-y-la-ocde-beneficios-anticipados>, consultado el día 9 de agosto de 2020.

responsabilidad bien podría ser en el ámbito civil o administrativo, opción que se vislumbraría como más lógica, pero no necesariamente penal.

Mueve a extrañeza que se destaque que la implementación de la responsabilidad penal en las personas jurídicas obedece a la aprobación de la Convención supra citada, o bien a algún condicionamiento que se haya impuesto de manera expresa a nuestro país, para efectos de algún tipo de beneficio a nivel internacional, ya que ello sería una absoluta falacia, tal y conforme se ha establecido.

Más bien puede señalarse que la promulgación de la Ley 9699 obedece de modo puro y simple, a una iniciativa enteramente legislativa, en donde han sido las personas que integran la Asamblea Legislativa, quienes en el ejercicio de las facultades que les otorga el ordenamiento jurídico, y expresamente al amparo de la potestad de legislar, contemplada en el numeral 121 de nuestra Carta Magna, tomaron per se, la decisión de emitir el instrumento legislativo que nos ocupa. Con ello han asumido ante la sociedad civil y ante el resto de las instituciones, su entera y exclusiva responsabilidad por lo acontecido⁵.

Conviene destacar en este punto que no se ignora que en la sociedad moderna, al amparo de la globalización y de la internacionalización de los fenómenos criminales, se acude al uso de personas jurídicas, como una mampara detrás de las que los infractores procuran escudarse⁶ y en donde los hechos realizados en un modo colectivo que pueden producir mayores perjuicios⁷ que si se realizan de forma individual. Sin pretender con esto desviar el punto central de estas líneas, tal realidad, ante la que el ordenamiento jurídico no

⁵ Lamentablemente nuestro país no tiene establecido en el ordenamiento jurídico un procedimiento idóneo y expedito para determinar la responsabilidad de legisladores y legisladoras por los hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Aunque el contar con un instrumento en tal sentido, sería un logro y posiblemente lograría la determinación de una Política Criminal ejercida en forma seria, el hecho de que su posible emisión sea responsabilidad e quienes se van a ver directamente afectados con su aplicación, no vaticina que se cuente con ello en un futuro próximo.

⁶ Se señala que las empresas de carácter mercantil juegan un papel preponderante en la vida económica y social, lo que hace que tenga lugar un creciente número de hechos, aprovechando su cobertura. Cfr. SERRANO-PIEDECASAS FERNANDEZ, José Ramón. “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Revista Themis 35, 1997, P. 129.

⁷ En este punto, se indica que el Derecho Penal se ha quedado atrás en cuanto al tratamiento de ciertos fenómenos económicos, aspecto que podría ser cierto en parte, pero se pasa por alto que el Ius Puniendi Estatal solo puede utilizarse para los ataques más graves a bienes jurídicos. Sobre esta situación se pronuncia, CALERO GARCIA, Juan Ramón. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, pp. 44-45.

puede cerrar los ojos y mirar para otro lado⁸, esa circunstancia no viene a constituirse en una motivación suficiente para optar por el rompimiento de paradigmas fundamentales de una disciplina como la Ciencia Penal.

Tampoco estimo que constituya un sustento adecuado para la promulgación del instrumento legislativo, que se acuda al trillado argumento de que los instrumentos denominados “tradicionales” de imputación, no garantizan una respuesta eficaz y eficiente. La ineficiencia o ineficacia de un proceso penal no tiene por qué ser medida en función del dictado de una sentencia condenatoria, y si los operadores del sistema no resultan ser capaces de lograr que se dicte un fallo favorable a la acusación, ello es un problema más de carácter operativo que de otra índole.

2. La ley 9699 y su contenido:

La ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contiene poco más de cuarenta artículos que establecen distintas disposiciones en lo tocante a su aplicación. De su lectura se entremezclan además reformas a leyes de fondo y a normas de carácter procesal⁹.

Seguidamente se procurará realizar un análisis de algunos de los puntos más relevantes, y que a su vez pueden acarrear una serie de dificultades de carácter práctico en su aplicación, todo evidentemente de conformidad con el criterio del autor de estas líneas.

Con la promulgación de la Ley 9699, desde el mes de junio de 2019, Costa Rica se enmarca entonces dentro de los países que han ido ampliando el espectro de la aplicación del Ius Puniendi Estatal¹⁰.

⁸ Se señala que existen fórmulas que pueden permitir, pese al empleo de personas jurídicas para situaciones propias de la criminalidad económica o criminalidad organizada, lograr desentrañar e identificar a quienes hayan tratado de escudarse tras una persona jurídica, como por ejemplo el caso de la llamada doctrina del levantamiento del velo, como una forma de frenar los abusos que se han cometido, citada por SANCHEZ BERNAL, Javier, en Crónica Tributaria 4, 2012, p 135.

⁹ En el artículo 38 se realiza una reforma tanto al numeral 7 del Código Penal, como a diversos artículos que regulan lo relativo a figuras como el cohecho, sin que respecto de las figuras típicas aceptadas, se aprecie la necesidad de algún cambio significativo, en tanto que en el artículo 41 se establece de modo expreso la reforma al artículo 31 del Código Procesal Penal, determinándose que la prescripción de hechos que conlleven responsabilidad para personas jurídicas tendrá lugar en diez años,.

¹⁰ Entre otros España, que de alguna forma ha sido una especie de pionero desde el año 2010, ya que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante Ley Orgánica 6/2020 del 5 de junio de

Sin embargo, hay que señalar que a pesar de que el Derecho Penal no puede considerarse una disciplina de carácter estático, y que indudablemente en estos momentos se han identificado bienes jurídicos que anteriormente no tenían la misma importancia que tienen en la actualidad, esto no implica que el estudioso del Derecho pueda aceptar de manera simple y sencilla, lo que en principio supone un auténtico cambio de paradigma en una materia como el Derecho Penal.

Justamente por ello es que me permitiré establecer tres aspectos en los que se aprecian dificultades serias para dilucidar la forma de responsabilidad que se establece en la ley citada, sin que se abogue por la prevalencia absoluta del principio “societas delinquere non potest”, ya que no tendría mayor sentido la mención a dicho principio, sin especificar desde el punto de vista de la Dogmática Jurídica, los motivos que llevan al rechazo de la posibilidad de aplicar el Ius Puniendi a creaciones mismas del ordenamiento.

Conviene recordar ante todo que existen diferencias tanto materiales como formales entre la persona física y la persona jurídica, como un punto de partida básico y esencial. Me permito asumir como definición válida de persona jurídica la que indica que es aquella realidad a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de actuar en el tráfico jurídico¹¹.

Conforme se indica, se trata de un reconocimiento que concede cada Estado de conformidad con su legislación interna, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, en donde se les reconoce como tales, por aspectos de dignidad mínima-salvo situaciones excepcionales y lamentables-desde el momento de su nacimiento¹². Es entonces un aspecto fundamental la mencionada distinción, porque se requiere un acto de reconocimiento del Estado, para que la persona jurídica tenga capacidad jurídica.

dicho año, aunque cabe señalar que con anterioridad existía establecida la responsabilidad de las personas jurídicas, pero a nivel administrativo. También aceptan la posibilidad de responsabilizar a personas jurídicas, los países del denominado COMMON LAW, Portugal y Holanda entre otros. En América resultaba admisible en Canadá y Estados Unidos, originalmente.

¹¹ SANCHEZ BERNAL, JAVIER. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Crónica Tributaria, No. 4, 2012, p. 124.

¹² Entre otros el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el día 10 de diciembre de 1948.

Vemos que la persona jurídica no existe por sí sola, sino en virtud del cumplimiento de requisitos que cada Estado, de tal forma que se trata de una auténtica “ficción jurídica”, en donde es el ordenamiento jurídico el que determina lo relativo a su existencia e igualmente a su extinción, con independencia de cualquier regla de índole física o biológica y con total independencia de fenómenos de estos mismos tipos que no pueden afectarles. Las personas jurídicas dependen en todo de las acciones y omisiones que ejecuten las personas físicas respecto de quienes se encuentren relacionadas.

i) La acción jurídico-penal: En armonía con esto, y en vista de que se instaura la responsabilidad penal, se debe recordar que la acción, como un primer estamento de la teoría del delito, es ante todo una acción humana que conlleva una voluntad exteriorizada que se dirige o encamina hacia un determinado fin. Ciertamente que hay algunos estudiosos que en definitiva soslayan la importancia de la acción como un estamento aparte, por confundirlo con el de la tipicidad, nadie niega la necesidad de que debe tener lugar una acción desde la perspectiva jurídico-penal, asociada a una voluntad humana que la dirige hacia una finalidad determinada¹³.

De ahí que un primer escollo para establecer la posible responsabilidad penal de una persona jurídica, venga a constituirse en la imposibilidad de que la persona jurídica actúe mediante una voluntad “propia” y además independiente de quienes la componen o bien ejercen su representación frente a terceros¹⁴.

No se desconoce en lo más mínimo que cuando la persona jurídica tiene un cuerpo director que funciona como un órgano colegiado, para los efectos de determinar la contribución del directivo correspondiente a la toma de una decisión que en sí misma podría ser constitutiva de un tipo penal, debe analizarse si se trató de una contribución positiva a la decisión que se cuestiona¹⁵. Pero incluso en estos casos, el análisis de posible responsabilidad se va a centrar en comportamientos de índole estrictamente individual, a

¹³ Así se pronuncia MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, 1998, p. 228

¹⁴ Cfr. CALERO GARCIA, Juan Ramón. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, 1998, p. 37.

¹⁵ Hay quienes hablan de criminalidad de empresa y criminalidad en la empresa como conceptos separables y distintos.

efecto de concluir si resultaba exigible una acción que conllevara un voto de índole negativo.

No hay duda de que las decisiones que se adopten en un órgano colegiado vienen a presentar un panorama difícil de desentrañar para el estudioso del Derecho e igualmente para el investigador, pero precisamente porque corresponde la determinación de las acciones jurídico-penales llevadas a cabo por todos y cada uno de los integrantes del cuerpo colegiado con miras a establecer, si es del caso, su responsabilidad.

Conviene aclarar entonces, que con independencia de las dificultades que se presenten¹⁶ e incluso, de la necesidad de realizar una variación de las estructuras tradicionales de imputación, pasándose de las más frecuentes, a otras a las que usualmente no se acude¹⁷, lo cierto es que las acciones que van a resultar de interés para el Derecho Penal, son aquellas que puedan de alguna manera resultar ligadas o vinculadas a seres humanos de carne y hueso, que en el caso de una entidad jurídica, poseen un cargo que han asumido y que por ende, les exige determinadas responsabilidades frente a terceros.

Estimo que un tema aparte lo constituye el hecho de que las actuaciones sean realizadas en el contexto de las funciones encomendadas y que conlleven una afectación para con la persona jurídica que se representa, porque siempre se estaría hablando de responsabilidades de corte estrictamente individuales, con independencia de los compromisos y efectos para con las personas jurídicas representadas, que pueden acarrear responsabilidades desde el punto de vista civil y administrativo.

Conforme se indica, no hay duda de que las actuaciones que sean realizadas dentro de lo que es un ámbito empresarial, conllevan una dificultad para el investigador,

¹⁶ Así VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Política Criminal, volumen 5, No. 9, julio 2010, p. 120.

¹⁷ Tal sería el caso de la responsabilidad de los directivos en una comisión por omisión, de conformidad con el contenido del artículo 18 del Código Penal. Aunque no es el objetivo del presente estudio lo referente a la también denominada omisión impropia, que tiene diversos cuestionamientos y hasta detractores por estimar que se trata de una figura que posee roces constitucionales con aspectos relativos a la responsabilidad personalísima, lo cierto es que dicha figura, presente a nivel de la legislación represiva e igualmente estudiada por parte de la Dogmática Penal, no parece ser muy bien entendida y mucho menos aplicada por una buena parte de los operadores del sistema, a pesar de tratarse de una herramienta legítima que ha sido establecida por parte del legislador.

precisamente porque la división de labores e igualmente la multiplicidad de intervinientes en determinados procesos, diluyen las posibles responsabilidades de carácter estrictamente individual.

Sin embargo tal dificultad, que ciertamente es de orden práctico, no viene a dar un sustento real a la necesidad de establecer una responsabilidad de carácter penal, en cuanto a las personas jurídicas, que por carecer de una voluntad “propia” y de una capacidad decisoria, no pueden realizar acciones jurídico penales por sí solas, sino que requieren, de modo necesario, de la presencia e intervención de seres humanos.

Esto constituye, desde mi punto de vista, un primer escollo de difícil (por no decir imposible) superación desde la perspectiva del estudioso de la Dogmática Penal. Conforme se indicó, la acción como base de las conductas, es el punto de partida base para el establecimiento de responsabilidades penales¹⁸.

Se podría argumentar aquí, o mejor dicho, contraargumentar que en el mundo anglosajón, la responsabilidad individual ha perdido importancia, al ser suplantada por la responsabilidad colectiva¹⁹. Sin embargo, estimo que esa situación y el hecho de que cada vez con mayor frecuencia nos podamos encontrar con situaciones de índole penal que sean realizadas por parte de órganos colegiados o por parte de grupos concertados para la realización de comportamientos que resultan ser jurídicamente desaprobados, no puede ser bajo ningún concepto, una pretendida “justificante” en relación con la disposición legal que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ante lo que cabría hacer referencia al viejo adagio de que el fin no justifica los medios.

Tampoco vendría a serlo la ineficiencia de los sistemas penales en la determinación de responsabilidad penal individual, porque pareciera que entonces se ha acudido a lo que podría denominarse un recurso fácil siempre en función de la búsqueda de sentar algún grado de responsabilidad a cualquier costo. Esto es así, porque en definitiva el hecho de

¹⁸ En el mismo sentido VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), p. 121

¹⁹ Así se pronuncia MARTINEZ PARDO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Revista Internauta de Práctica Jurídica, NO. 26.2011, p.64.

que la “amenaza” penal y la simple “pena de banquillo” viene a constituirse en una coacción para cualquier ser humano que se por cualquier eventualidad, pueda verse involucrado en una denuncia que se interponga.

Estimo conveniente recordar aquí que el Derecho Penal no puede imponer ni líneas de pensamiento a los administrados, ni tampoco convertirse en la forma de solucionar las ineficiencias del sistema jurídico, porque tal razonamiento sería absolutamente espúreo y conllevaría que por cada situación de infracción, deba haber un tipo penal que la sancione, lo que en definitiva riñe con los principios legitimantes del Derecho Penal.

El hecho de que el concepto de acción jurídico-penal venga a resultar irreconciliable con las actuaciones que puedan ser generadas por parte de las personas jurídicas, hace que exista, desde mi punto de vista, un obstáculo que devine en insalvable, para poder establecer su responsabilidad penal.

ii) La imputabilidad: Es entendida por muchos como la capacidad de culpabilidad, o lo que sería lo mismo, una serie de requisitos necesarios para que se pueda decretar la culpabilidad de alguien²⁰.

La imputabilidad, que curiosamente no se encuentra expresamente definida en el ordenamiento jurídico nacional, conlleva necesariamente determinados requisitos de carácter físico, como por ejemplo el hecho de que se debe haber cumplido dieciocho años al momento del hecho.

En el caso de las personas jurídicas, no se tiene tal limitación, precisamente porque se carece de una edad física, y desde el mismo momento de su “nacimiento” o de su “reconocimiento” por parte del ordenamiento jurídico, tienen plena capacidad para obligarse desde el punto de vista jurídico. De la misma manera, desde su inscripción en el Registro respectivo, las personas jurídicas tienen la posibilidad de ser demandadas ante un Tribunal de Justicia para que se determine su responsabilidad desde el punto de vista civil o bien administrativo.

²⁰ Así MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN. Derecho Penal, Parte General, 1998. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, . 379.

Otra situación que complica igualmente la determinación de la imputabilidad radica en las capacidades psíquicas y la ausencia de enfermedades²¹ mentales. Es un hecho que la persona imputable debe tener la posibilidad de entender lo que el ordenamiento espera que haga, e igualmente qué se espera que no haga. De alguna forma, la imputabilidad viene a ser la capacidad de discernir lo “bueno”, de lo “malo”.

Aunque la conceptualización de lo que es bueno y lo que es malo viene a estar teñido de relatividad, la parte importante de todo este asunto radica en que la imputabilidad conlleva el que el sujeto pueda entender e internalizar las expectativas del ordenamiento jurídico respecto de su comportamiento, tanto activo como omisivo. Es claro que la imputabilidad es una presunción que se establece el ordenamiento jurídico respecto de las personas que tienen más de 18 años y que prima facie, no tienen ninguna condición mental que imposibilite que comprendan el carácter de sus actos y en principio en el tanto personas físicas, la imputabilidad es la regla y la inimputabilidad vendría a ser la excepción.

La misma definición de la imputabilidad, como la capacidad para que se establezca la responsabilidad penal, encuentra serias dificultades para ser “adaptada” a la realidad misma de las personas jurídicas. Se señala esto en tanto que la imputabilidad requiere capacidades y características “propias”, por llamarlo de una forma y que además resultan ser individualizantes.

Es por eso que existen individuos que son imputables y la gran mayoría lo son, y por eso precisamente el ordenamiento jurídico no puede desconocer la existencia de sujetos que carezcan de la capacidad de culpabilidad o que a pesar de ella no les resulta posible actuar de conformidad con esa plena capacidad. Esos son los llamados dos niveles de la imputabilidad.

²¹ Por un principio básico ni las personas menores de edad ni las personas enfermas mentales pueden ser responsabilizados penalmente.

Si bien es cierto la imputabilidad²² es un aspecto que se presume, por cuanto es una realidad que la mayor parte de sujetos al momento de la realización de la acción, resultan estar en pleno uso de sus capacidades tanto físicas como mentales, hay excepciones a la regla y que deben ser constatadas y verificadas, a partir precisamente de aspectos individualizantes, es claro que esta regla no puede aplicarse a lo que en definitiva no es sino, una creación del mismo ordenamiento.

La imputabilidad y su contrapartida, la inimputabilidad y su postura “intermedia”, la denominada imputabilidad disminuida son exclusivamente cualidades propias de los seres humanos y que no es posible trasladar por imperativo legal, a las personas jurídicas, cuya “vida” depende de modo exclusivo de la actividad humana. Y eso sin contar con que la única capacidad que se les concede, es por mera disposición del ordenamiento jurídico, para determinados actos.

Desde mi perspectiva, esta “carencia” adquiere una particular relevancia sobre todo si se toma en cuenta que el artículo primero de la Ley 9699 establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tendrá lugar solamente en casos de hechos cometidos en perjuicio de los deberes de la función pública.

A modo de ejemplo, uno de los tipos penales contemplados en el numeral citado es el de Peculado, que establece como conducta típica la sustracción o distracción de bienes sometidos a la percepción, administración o custodia del autor. La persona jurídica para poder ser “autora” deberá tener la capacidad de saber que los bienes propiedad de la Administración, o que estén percibidos o administrados por ella, no pueden ser sustraídos o distraídos, lo que puede conducir a resultados francamente risibles.

En relación con el citado artículo primero, conviene destacar que habría sido conveniente conocer qué entendió el legislador por “responsabilidad penal” habida cuenta de que en ningún apartado de la ley se hace referencia al contenido de tal expresión,

²² Hay que resaltar que en el Código Penal de Costa Rica, no se cuenta con una definición expresa de imputabilidad, por lo que hay que acudir primeramente a la definición de inimputabilidad, para poder realizar una definición a contrario sensu, e igualmente a lo que ha definido la Dogmática sobre el particular. Confrontar el numeral 43 del Código Penal.

máxime si se toma en cuenta que el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa emitió un dictamen negativo en relación con la posible promulgación de la ley²³.

En un sentido similar se pronunció la Corte mediante el oficio SP 66-19 de fecha 18 de abril de 2019, que estableció que la aprobación del proyecto iba a conllevar una afectación al funcionamiento del Poder Judicial, porque implicaba un incremento en las funciones de los distintos órganos, tanto la Fiscalía como la Defensa Pública, y eventualmente a futuro se podrían enfrentar problemas de carácter presupuestario²⁴.

A pesar de estas prudentes y muy atinadas advertencias que se hicieron a quienes integraban en el Poder Legislativo para el año 2019, se hizo caso omiso de ellas, denotándose que existía en la corriente legislativa un interés especial en la promulgación de la ley a pesar de los inconvenientes que se señalaron y que evidentemente, siguen encontrándose presentes en un instrumento legislativo de alcance general.

En este punto corresponde cuestionarse cuál fue la opinión de los Diputados y Diputadas que decidieron apartarse de las consideraciones y criterios de parte de las personas que debían de emitir un criterio de índole técnica, sin que hasta ahora se conozcan razones válidas para ello, quedando la impresión de que las opiniones fueron ignoradas de modo deliberado, simplemente porque encerraban una negativa.

²³ Así Dictamen AL-DEST- IJU -100- 2019 elaborado por el Departamento de Estudios, Referencias y Servicios técnicos de la Asamblea Legislativa, de fecha 13 de mayo de 2019. Si bien es cierto no se trataron los temas que aquí se desarrollan, se llamó la atención en el sentido de que el proyecto de entonces, hoy convertido en Ley de la República, establecía una especie de responsabilidad objetiva, que resulta inconstitucional en un sistema de corte republicano y democrático, en donde priva la demostración de la responsabilidad en relación con hechos propios.

²⁴ Solamente la Fiscalía consideró que contaba con los recursos para hacer frente a la implementación de la ley, aunque no hubo mayor pronunciamiento en cuanto a la posible conveniencia o bien procedencia del establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, en tanto que la Defensa Pública se manifestó expresamente en contra, precisamente en razón del incremento en las funciones que iba a recaer sobre sus funcionarios y funcionarias, habida cuenta de que la Ley 9699 efectivamente estipula la necesidad de que la persona jurídica investigada cuente con defensa pública para los efectos de su representación en la causa penal respectiva.

Me permito destacar este aspecto puesto que resulta más que sorprendente que un dictamen emitido a partir de consideraciones de carácter jurídico respecto de la promulgación de un instrumento que indudablemente iba a conllevar impacto en la tramitación de causas penales, fuera simplemente obviado o pasado por alto, pese a que del estudio supra citado, se destacan aspectos sumamente delicados que al menos debieron dar una clarísima voz de alerta²⁵ respecto de las implicaciones de la promulgación de la ley.

Lo relativo a la imputabilidad o la atribuibilidad como es denominada por algunos, no pareció tampoco llamar la atención del cuerpo legislativo, por lo que en este aspecto, ante la falta de definición expresa, no queda más recurso que acudir a la Dogmática, sin que resulte posible encontrar una adecuada respuesta a la forma de adaptar este concepto a personas jurídicas, quedando entonces desde mi perspectiva, un vacío de importancia en lo tocante a este punto.

Se trata en síntesis de un aspecto de índole estrictamente subjetivo²⁶, que resulta imposible de que se le vincule al proceder de una persona jurídica, ya que la imputabilidad podría ser claramente derivada del contenido del numeral 39 de la Constitución Política, pues por tratarse de un presupuesto esencial para la imposición eventual de una sanción, debe estar presente en quien figure como imputado.

iii) El fin de la pena: A diferencia de la concepción “popular” o “populista” en relación con el papel de la sanción penal, que es considerada como una especie de solución a la totalidad de los conflictos existentes en una sociedad, de conformidad con el numeral 51 del Código Penal, debe cumplir una función rehabilitadora, con miras a que de alguna manera, tenga lugar todo un proceso de reflexión e introspección en quien se ha visto como merecedor de la imposición de una pena.

Esta postura legal debería ser entendida como una especie de exigencia en relación con la legitimidad de un Tribunal para los efectos de la imposición de una sanción. Un

²⁵ Entre otros aspectos, lo relativo a la vulneración a la presunción de inocencia, que se estimó como un punto vulnerado.

²⁶ Así PALIERI, Carlo Enrico. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_05.pdf sin número de página, consultado el día 5 de noviembre de 2020.

Tribunal de derecho debe ante todo aplicar el principio antes aludido para sustentar un eventual fallo condenatorio. Es evidente que la postura preventivo especial positiva pasa desapercibida para una parte del conglomerado de costarricenses, en parte porque se trata de un tema de índole político, en donde ciertamente hay intereses de este tipo que generalmente cada cuatro años, en medio de las campañas presidenciales previas a las votaciones, hacen su agosto con una labor de propaganda en pro de incrementar las penas de prisión.

Hay que destacar que la posición de la Sala Constitucional en cuanto a este punto, se ha revestido de bastante timidez ya que hace casi dos décadas, cuando se cuestionó ante dicho órgano, lo relativo al incremento de la sanción máxima de prisión, que pasó de 25 a 50 años de prisión, lo que se señaló en el voto de mayoría fue: “La Sala advierte que resulta un sofisma (error en el razonamiento que conduce a error) achacarle los problemas propios de la subcultura carcelaria y deplorables condiciones de nuestras cárceles (como lo son el hacinamiento, sobrepoblación, calidad de vida, falta de privacidad, limitaciones alimentarias, ruido, reducción de la comunicación con el exterior, la restricción de los derechos, como el de la educación, salud, recreación, trabajo, sexo, etc.) al alargamiento de la pena privativa de libertad. Difícilmente la pena puede cumplir con los objetivos de prevención, reeducación y resocializador del reo, dado que por su esencia la pena no puede sostener los propósitos readaptadores y resocializadores; en sí mismo constituye una contradicción. Por ello, resulta mucho más propio que sea el tratamiento o sistema penitenciario el que cumpla con estos propósitos,²⁷”

²⁷ Cfr. Sala Constitucional, Resolución 10503-2001 de las 14,56 horas del 17 de octubre de 2001. Existió un voto salvado emitido por el desaparecido ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, Luis Paulino Mora Mora, que señaló: “Al respecto, debe señalarse que no existe ningún fundamento sociológico ni psicológico de que las penas altas disminuyan la criminalidad y desde ese punto de vista, la función de prevención general, intimidación o disuasión no resulta efectiva, además de que deviene en inconstitucional, pues trata al ser humano como medio, cuando en realidad debe tenerse como un fin. Ciertamente es que también existe una gran discusión respecto de si la prisión pueda tener algún efecto resocializador en el privado de libertad. Efectivamente, en sí misma, la prisión no resocializa, no readapta, ni transforma a nadie: es un contrasentido que se pretenda “resocializar” a alguien, coartándole la libertad, resocializarlo sacándole del medio social en que se desenvuelve. La cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad. No obstante, los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica, según se señaló, le confieren a la pena una finalidad de “reforma” y “readaptación social”. La doctrina dominante entiende –tesis que es compartida por el suscrito- que esa finalidad reformadora de la pena, debe interpretarse como la obligación que tiene el

A pesar de lo decidido en aquel momento por la Sala Constitucional, que prácticamente eludió el análisis del tema, la estipulación legal sigue presente y tiene plena vigencia, a pesar de la actitud asumida.

Correspondería preguntarse habida cuenta de que la Ley 9699 es altamente omisa sobre este último punto, ¿cómo podemos entender que una persona jurídica se haga “merecedora” de una sanción? Lo anterior sin contar que desde la perspectiva estrictamente práctica, el hablar de penas en sentido de la Dogmática Penal, solo puede hacerse en un sentido figurado²⁸. Es imposible pensar entonces en una finalidad preventivo especial positiva²⁹.

La posible respuesta a esta interrogante definitivamente va a quedarse en el aire, aunque las penas que se establecen son multa, inhabilitación, cancelación y hasta la disolución.³⁰ Por más que por un asunto de lógica mínima, se excluyó la pena de prisión, las sanciones establecidas no parecen resultar convincentes desde la perspectiva resocializadora, quedando más bien en aplicación de las teorías negativas de la pena, como una especie de “castigo”, rompiéndose con la línea que establece el Código Penal³¹. Al final de cuentas las sanciones que se establecen en la ley, desde mi perspectiva se encuentran carentes de legitimidad.

Y es que en definitiva, por la propia naturaleza que ostentan las personas jurídicas hace que no resulte posible armonizar los principios legitimantes de la sanción con el contenido de la ley 9699 tantas veces citada. Ciertamente, desde entendiéndose como consecuencia, como sería por ejemplo en lo relativo al no pago de una deuda o el incumplimiento de ciertos requisitos.

Estado de brindar al privado de libertad, las posibilidades y recursos necesarios para una eventual y voluntaria reincorporación o reinserción a la sociedad.”

²⁸ Lo apoya sin rodeos, VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Política criminal. Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), p. 116.

²⁹ Así lo señala CALERO GARCIA, Juan Ramón. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, 1998, p. 39.

³⁰ Artículo 11 de la Ley 9699.

³¹ Otra inconsistencia es que se incluyen las sanciones de inhabilitación y se cancelación parcial o total del servicio como pena principal, en abierta contradicción con la clasificación que de las sanciones realiza el Código Penal, texto que es el que contiene aspectos que resultan aplicables a la totalidad de leyes especiales que contengan tipos penales.

En definitiva, se trataría de respuestas desde el orden de lo administrativo, que serían claramente procedentes, precisamente por el carácter de ficción jurídica que tienen las personas jurídicas. Resulta extraño que en ningún momento se ideara algún mecanismo expedito a nivel legal, que permitiera establecer esta responsabilidad, con sus respectivas consecuencias, puesto que lo esperable habría sido que se intentase al menos la búsqueda de una alternativa distinta.

Debe destacarse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería expresión de una mayor complejidad social—concretamente en el ámbito empresarial y de los negocios—, y del consiguiente cambio en la estructura de expectativas cuya vigencia el derecho penal está llamado a garantizar³². Lo anterior, señalado por la dogmática, es cierto, pero nuevamente se destaca, el hecho de que el Derecho Penal no pueda permanecer ocioso, no implica que se pueda justificar la regulación legislativa citada.

3. Otros aspectos relevantes de la ley

Al tratarse de un instrumento legislativo que no solamente establece la responsabilidad penal, sino que además formula normas de carácter instrumental, es importante lanzar una llamada de atención respecto de algunas particularidades que se insertan.

Aunque se señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica, va a ser investigada de manera conjunta con la de las personas físicas, se establece que la responsabilidad de la persona jurídica podría ser determinada incluso si no se identifica adecuadamente a la persona física o si la persona física resulta desvinculada del proceso penal, por ejemplo en el caso de un sobreseimiento³³, o en caso en donde no se haya podido dirigir el proceso en contra del individuo, regulación que en definitiva puede conducir a situaciones francamente problemáticas, como el caso de una causa compleja en donde el único imputado haya fallecido—en cuyo caso procedería el sobreseimiento— pero no se

³² Así se pronuncia VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Política Criminal, volumen 5, No. 9, julio 2010, p.119.

³³ Artículo 5 inciso b)

produciría el cierre del proceso, sino que habría que celebrar la totalidad de un debate oral y público.

Hay un detalle que pareciera que se pasó por alto cuando se estipuló la independencia de las “responsabilidades” y es que la práctica nos ha enseñado que en los hechos que se señalan en el numeral primero, por tratarse de situaciones de carácter funcional, generalmente demoran mucho tiempo en su tramitación y eventual juzgamiento³⁴, pues existen factores que se combinan para ello.

Sin ánimo de insertar una dosis de pesimismo, la realidad es que la intervención de otra figura, en condición de “imputado” (si es que tal término cabe) en causas en donde solo excepcionalmente se cuenta con un único imputado (ya que los hechos de carácter funcional muchas veces se vinculan a situaciones propias de la delincuencia organizada) se va a constituir en un aspecto adicional que va a incidir en la demora en la tramitación de los procesos, que conforme se dijo anteriormente, por regla general sufren demoras.

Otra situación que desde mi forma de ver viene a constituirse en una especie de contradicción es que se establece en el numeral 17 de que existe la posibilidad -e incluso la obligación-de que el Estado a través de la Defensa Pública, le facilite una persona que represente sus intereses y ejerza la defensa técnica.

La contradicción radicaría en que se trata de una ley que de alguna forma pretende acabar con la “impunidad” de utilizar empresas como fachada o como medios de comisión para la realización de delitos, que generalmente originan fuertes ingresos, imponga igualmente la obligación a una dependencia del Poder Judicial de que lleve adelante su representación y defensa, cuando hasta ahora, tal oficina solamente se ha ocupado de representar a personas físicas en determinados asuntos.

³⁴ Como una muestra de lo que se señala aquí, se destaca que ocho años después y en fecha reciente, fue que se determinó la apertura a juicio en el denominado caso de “La Trocha”. Con independencia de la complejidad de los hechos, y de la cantidad de acusados que figuraban, la realidad es que el plazo de ocho años se considera excesivo. Se informe de la emisión del auto de apertura a juicio en <https://www.crhoy.com/nacionales/8-anos-despues-caso-trocha-ira-a-juicio-pero-solo-con-mitad-de-imputado> s. En sentido similar <https://www.crhoy.com/nacionales/caso-trocha-fiscalia-acusa-por-mas-de-122-delitos-a-exfuncionarios-de-co-navi/>

No hay duda de lo extremadamente difícil que va a resultar para la persona designada como defensor o defensora, ejercer adecuadamente su papel, ya que un problema primario y esencial sería el de la comunicación que debe ser mantenida con quien se representa, aspecto fundamental en una labor de defensa técnica. Esta situación evidentemente va a conllevar un tropiezo bastante fuerte para el profesional o la profesional que sea designado para ejercer la defensa pública de la persona jurídica. Indudablemente la desventaja será tal para quienes sean designados por la Defensa Pública, ya que si se trata de alguien designado por algún representante de la persona jurídica, podrá, en vista de esa circunstancia, contar con información necesaria para el ejercicio de la defensa técnica.

La disposición citada, indudablemente conllevará una mayor carga de trabajo para la Defensa Pública, y esto fue expresamente advertido en su oportunidad cuando se consultó el proyecto a las oficinas del Poder Judicial³⁵, pero no hubo ninguna iniciativa tendiente a destinar alguna partida presupuestaria para paliar el impacto que conllevaría la aprobación de la ley en las cargas laborales del personal de la Defensa Pública.

Esto adquiere dimensiones de importancia, sobre todo si se toma en cuenta que los debates en el tipo de asuntos contemplados en la Ley 9699 suelen prolongarse por largo tiempo y esto implica que la persona designada tendrá que destinar buena parte de su tiempo para la atención del contradictorio. La Defensa Pública deberá entonces redistribuir los recursos con los que cuenta para dar abasto con los requerimientos³⁶, cuando esto pudo ser solventado con un mínimo de visión legislativa, cuando lo óptimo hubiera sido que se tomase en cuenta la opinión que fuera expuesta de modo oportuno.

CONCLUSIÓN

³⁵ Ver oficio SP 66-19 del 8 de abril de 2019, dirigido a la Comisión Legislativa encargada de analizar el respectivo Proyecto de ley.

³⁶ En el artículo 17 párrafo segundo se establece que la designación de la Defensa Pública tendrá lugar cuando se haya declarado la rebeldía de la persona jurídica. Esto implica que si bien es cierto la rebeldía en el caso de personas físicas acusadas, conlleva la paralización del proceso, por no poder continuar ante la ausencia del acusado, en el caso de las personas jurídicas, pese al decreto de rebeldía, la actividad de la defensa técnica va a continuar a lo largo del resto del proceso, según exigencia del párrafo final del numeral 17, y con el problema de ausencia de comunicación al que ya se hizo referencia.

En este momento, la ley 9699 tiene poco más de un año de haber sido promulgada y estimo de falta tiempo para que podamos apreciar sus efectos en relación con los procesos penales, que de antemano considero que serán absolutamente negativos, tanto desde el punto de vista del desarrollo de las distintas etapas procesales, como desde el cumplimiento de los principios constitucionales de justicia pronta y cumplida.

A riesgo de parecer “políticamente incorrecto”, a diferencia de lo que podría apreciarse como una muestra de “avance” en lo tocante al incremento del alcance del sistema penal, no cabe duda de que la implementación de la “responsabilidad” de personas jurídicas, traerá una serie de consecuencias que lejos de implicar una mayor celeridad en los procesos, por el simple hecho de incluir un “imputado” adicional, de características muy particulares en procesos de por sí complejos y que suelen retrasarse y demorarse en su solución, más allá de lo que por regla general se demora en resolverse un proceso de los que podríamos denominar, de carácter ordinario.

De manera contraria a lo que se ha pretendido hacer, al menos como parte del discurso oficial, en el sentido de que constituye una especie de “arma” (como si se estuviera en una especie de guerra), por el contrario y aunque sea tachado de pesimista, la herramienta enfrenta serios problemas desde el punto de vista de la Dogmática, de la legalidad y de la legitimidad. De ahí la preocupación del autor de estas líneas en lo tocante al futuro del Derecho Penal.

Si lo que se ha pretendido por parte del legislador es incrementar los programas de prevención de fraudes y hechos ilícitos en el seno de la empresa y evitar la utilización de la persona jurídica para la comisión de delitos, debió establecerse un adecuado plan de implementación del denominado “compliance” o formas de prevención.

En ese sentido la autorregulación y el autocontrol a lo interno de las entidades, llegarían a producir mejores resultados, siempre que se asigne su seguimiento a un órgano estatal, al que se le dote de los recursos necesarios para ello, en lugar de hacer lo que se hizo, todo con miras a solventar los denominados defectos de organización que pueden presentarse en las distintas organizaciones empresariales.

BIBLIOGRAFIA

CALERO GARCIA, Juan Ramón. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” , en Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales, volumen 1, número 1, Vigo, España, pp. 33-72

MARTINEZ PARDO, Vicente José “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Revista Internauta de Práctica Jurídica, NO. 26.2011, pp. 61-78.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN/Mercedes. Derecho Penal, Parte General, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

SANCHEZ BERNAL, Javier. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Crónica Tributaria 2012, número 4, pp. 121-156.

SERRANO-PIEDECASAS FERNANDEZ, José Ramón. “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Revista Themis 35, 1997, pp. 127-136.

VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Política Criminal, volumen 5, No. 9, julio 2010, pp.114-142.

Artículos electrónicos:

PALIERI, Carlo Enrico. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano, en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_05.pdf sin número de página.

<https://www.crhoy.com/nacionales/caso-trocha-fiscalia-acusa-por-mas-de-122-delitos-a-exfuncionarios-de-conavi/>

<https://delfino.cr/2020/03/costa-rica-esta-a-un-si-de-ingresar-a-la-ocde-aprobo-examen-sobre-cohecho-internacional>,

Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 1 (32) (13). Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. Año 1. ISSN **pendiente**. RDCP-UCR. 2021.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>

Dictamen AL-DEST- IJU -100- 2019 elaborado por el Departamento de Estudios, Referencias y Servicios técnicos de la Asamblea Legislativa, de fecha 13 de mayo de 2019.