

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518

Correo electrónico: revista.juridica@cgr.go.cr

Semestral ISSN-221-3624

Consejo Editorial

**Revista de Derecho de la
Hacienda Pública**

Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

Karla Madriz Martínez

Kattia Valerio Jiménez

Erick Solano Coto

Roberto Rodríguez Araica

Luis Diego Ramírez González

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

Revisión Filológica:

Olga Patricia Arce Cascante, artículo:

- "Compliance programs": herramienta de lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la ética. Ámbito actual de aplicación en Costa Rica.

Índice

Estudios de Colaboradores Nacionales 9

Compliance programs: herramienta de lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la ética.	
Ámbito actual de aplicación en Costa Rica	11
Propuesta de un mecanismo de gestión de pagos públicos mediante cadena de bloques (blockchain) .	22
Responsabilidad de las Empresas Estatales a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 9699	41

Criterios y jurisprudencia 62

I. Potestad Consultiva 63

1.1 Solo los titulares, directores y subdirectores de departamentos de proveeduría pueden recibir pago de prohibición por ejercicio liberal de la profesión	64
1.2 Fiscalización de presupuestos de órganos desconcentrados corresponde a auditorías internas.	64
1.3 ¿Quién debe custodiar el expediente de concurso público del Auditor Interno?	64
1.4 Sobre el acceso a información de los Concejos Municipales de Distrito por parte de las Municipalidades a las que son adscritos	64
1.5 Improcedencia del pago de dedicación exclusiva a los intendentes y viceintendentes de los Concejos Municipales de Distrito	65
1.6 Confidencialidad de las personas denunciadas durante investigación preliminar	65
1.7 Pago de prohibición debe ser revisado dentro de cada Administración	65
1.8 Asignación de placas oficiales a vehículos adquiridos por fideicomisos en los cuales el fiduciario es un banco estatal.	65
1.9 Posibilidad de reconocer kilometraje a los directores de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional.....	66
1.10 Sobre la ejecución del presupuesto institucional y presupuestos de fideicomisos	66
1.11 Sobre la transferencia de los recursos otorgados por la Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico.....	66
1.12 Consecuencias de no renovar garantía de cumplimiento, nombramiento de órgano director en procedimiento administrativo y plazo para dictar acto final	66

II. Criterios Contratación Administrativa 69

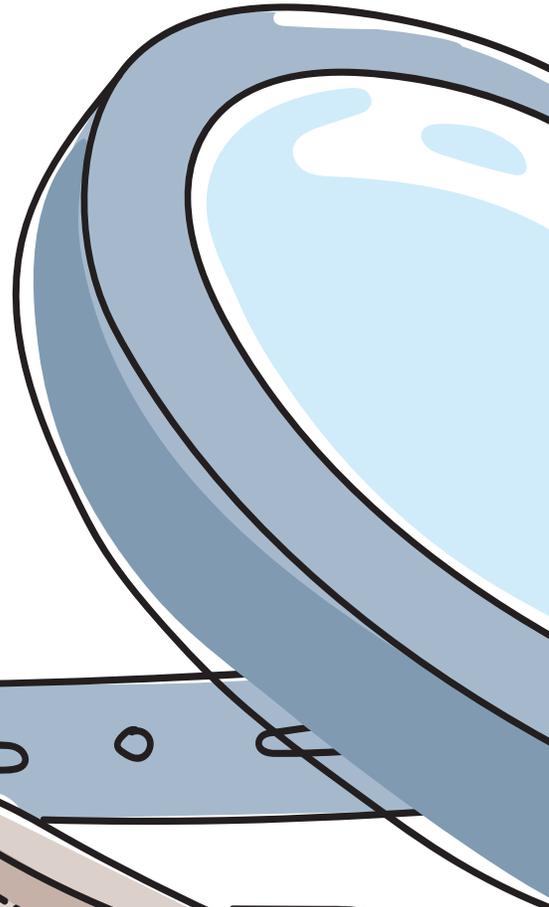
2.1 No es posible interponer recursos en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP)	70
2.2 Limitaciones impuestas para participar en carteles promovidos por sujetos regidos por principios deben justificarse.....	70
2.3 CGR tiene competencia para conocer recursos de apelación en concursos promovidos por el INCOFER	70
2.4 Ampliación de la adjudicación	70
2.5 Estudio de mercado	70

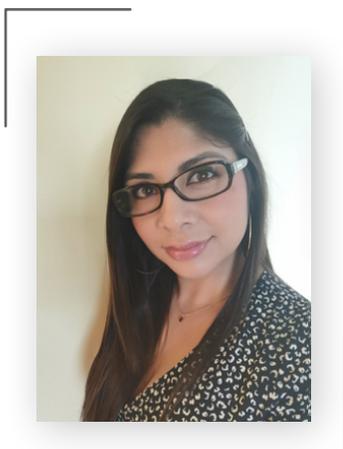
III. Jurisprudencia Relevante72

3.1 Tribunal Contencioso Administrativo confirma legalidad y validez de sanciones impuestas en procedimiento administrativo73

3.2 Se declaró inconstitucional ley moratoria que suspendía por dos años los desalojos y demoliciones en territorios del patrimonio natural del Estado, zona marítimo terrestre y zonas fronterizas.....73

Estudios de
Colaboradores
Nacionales





Licda. Karen Susana Zamora Gallo¹

“Compliance programs”: herramienta de lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la ética. **Ámbito actual de aplicación en Costa Rica**

Sumario

1. Introducción
2. Corrupción: problema general.
3. “Compliance Programs” y fortalecimiento de la ética.
4. Programas de cumplimiento en el sector público y en la empresa privada.
5. “Compliance programs” en la Ley No. 9699 Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos
6. Conclusión
7. Referencias

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Posee una Especialidad en Derecho Notarial por la Universidad de Costa Rica, Especialidad en Gobernabilidad, Derechos Humanos y Cultura de Paz por la Universidad Castilla de la Mancha, Diplomado sobre Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca y Nivelación y Especialidad de Juez Penal 3 de la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica.



Resumen: El dinamismo en el que se desenvuelven las relaciones comerciales del sector público y privado en el siglo XXI ha generado que temas como la criminalidad de empresa, delitos económicos, las personas jurídicas y su eventual responsabilidad penal, la corrupción, la ética y la evolución de los tipos penales reconocidos tanto el ámbito nacional como internacional, vayan de la mano con la evolución de los sistemas jurídicos estatales, la lucha contra la corrupción y su prevención por parte de los Estados y de organizaciones u organismos internacionales que buscan incrementar la ética de particulares y funcionarios públicos. Ante este fenómeno y con las nuevas formas de criminalidad, con el transcurso del tiempo, surgen distintas teorías de abordaje para mitigar y luchar contra el impacto que puede ocasionar la corrupción dentro de los aparatos estatales y sus relaciones con el mercado. Justo allí se comienzan a regular las responsabilidades penales de las personas jurídicas y se habla de los denominados programas de cumplimiento o “compliance programs”, los cuales desempeñarían un papel relevante en la atribución de responsabilidades a las empresas.

Palabras claves: Corrupción, “compliance programs”, ética, empresa privada, sector público.

1. Introducción

Frente a un mundo cada día más cambiante, donde la globalización se extiende más allá de las fronteras políticas o geográficas de los países, reaparecen con mayor fuerza algunos sujetos comerciales, como por ejemplo las personas jurídicas. Es justo allí donde surge la necesidad de replantearse la posibilidad de que, en el caso de la corrupción, también estos sujetos puedan tener un papel activo, no solo en la comisión de faltas administrativas, por ejemplo, a la hora de contratar con el Estado, sino también en la comisión de ilícitos penales.

Costa Rica también se replantea el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el 10 de junio de 2019 se aprobó la Ley No. 9699, que incorpora una serie de elementos relevantes, dentro de los cuales se destacan los facultativos programas

de cumplimiento. Se espera que las empresas privadas los implementen y puedan constituir un atenuante a su responsabilidad penal de comprobarse que ya se encontraban implementados antes de la comisión de los hechos delictivos. De una u otra manera, estas acciones buscan luchar contra la corrupción y fortalecer la ética de los colaboradores de las empresas privadas, para mitigar que se delinca dentro de la organización.

En el presente artículo se pretenden exponer los alcances de la figura de los programas de cumplimiento, su relación con la lucha contra la corrupción y el reforzamiento de la ética. Además, en el ámbito nacional, se considera la relación de estos alcances con el actual sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico.

2. Corrupción: problema general

Para llegar al análisis de la figura de los “compliance programs” y de cómo estos pueden relacionarse con el tema de la ética, es necesario analizar su relación con el amplio tema de la corrupción.

Los países han ido incursionando en la lucha contra la corrupción para enfrentar las formas de criminalidades emergentes, como la criminalidad de empresa, delitos económicos e informáticos, los cuales son producto de los constantes cambios de las economías, del ir y venir de las formas de hacer negocios, no solo de las empresas privadas, sino de estas con las distintas instituciones y organizaciones estatales.

Actualmente muchos organismos promueven la normativa supranacional que se enfoca en la lucha contra la corrupción, con el propósito de frenarla, prevenirla o bien controlarla. Muchos de los efectos negativos que trae la corrupción para los países dependen de las políticas que cada país ha determinado como prioridad para mitigarla. Sin embargo, lo cierto es que esta socava el buen gobierno y el desarrollo económico de los países que la padecen.

En el ámbito internacional, regulaciones como la contenida en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones

Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) se direccionan en gran medida a la lucha contra la corrupción. Dicha Convención establece normas jurídicamente vinculantes que tipifican y penalizan el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Además, el Convenio Anticohecho OCDE contempla un mecanismo de control y seguimiento inter pares de duración indeterminada encaminado a garantizar que los países miembros apliquen y cumplan las normas del este Convenio (OCDE, 2018).

Ahora bien, hay un amplio espectro de convenciones, tratados, acuerdos y estándares o lineamientos dictados por estos organismos internacionales que se enfocan más en el sector gubernamental que en el sector privado, dado que se busca minimizar la corrupción a lo interno de sus instituciones y de sus funcionarios como primer bloque de lucha contra la corrupción. Esto es una base para posteriormente analizar la buena práctica de los "compliance programs" desde el punto de vista de implementación en el sector público y el reforzamiento de la ética de los funcionarios públicos.

Siempre sobre las regulaciones más relevantes relacionadas con el tema de la corrupción en el ámbito internacional, también se hace referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción. Estas constituyen importantes instrumentos jurídicos de carácter supranacional donde se regulan aspectos de prevención o represión de actos irregulares que puedan ser cometidos por funcionarios públicos. Evidentemente, la forma como dichos marcos normativos se apliquen y se lleven a la realidad nacional de cada país depende del ordenamiento jurídico propio y de la voluntad de los legisladores.

En este tema de la corrupción resulta acertado indicar lo siguiente:

(...) el actuar corrupto es un actuar inapropiado, pervertido de su legítimo interés, del manejo adecuado de la iniciativa personal o de la solicitud de terceros. No obstante, existe una mayor posibilidad de cometer actos corruptos cuando se cuenta con posiciones de decisión y poder,

como también cuando se cuenta con niveles de instrucción suficientes para ofrecer, recibir, solicitar, dar, autorizar, interferir en las acciones y omisiones de otros, con fines de soborno, malversación, extorsión, uso inadecuado de la información o decisión, tráfico de influencias, enriquecimiento injustificado, fraude a los recursos públicos, entre otros. El tradicional esquema que situaba la proclividad a la corrupción en la existencia de precariedad económica, falta de recursos, salarios bajos, escasez de estudios, deficientes niveles de escolaridad, y que por tanto, la ubica al interior de clases menos favorecidas e instruidas, con el pasar de los años, se sitúa en un factor multicausal, asociado a la ausencia de controles efectivos, a la cultura de dinero fácil, al asocio de la criminalidad con servidores del Estado, a la falta de eficacia de la norma, y a un control desmedido por la consecución del poder, entre otros. (Ramírez, 2012, p.364).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de "Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p.50) hace referencia a los alcances y magnitud como se pueden presentar las distintas modalidades del fenómeno de la corrupción, tal y como se cita:

...las definiciones tradicionales sobre corrupción y su caracterización describen fundamentalmente la escala y los actores involucrados, centrándose en formas de corrupción individual y aislada y, solo extraordinariamente, en formas masivas que corresponden a estructuras criminales. Sobre esta base se analizan las características de la corrupción, de los agentes que intervienen y las medidas que deben adoptarse. Al pensar la corrupción bajo esta lógica, la tendencia general es pensarla en clave de derecho penal. Esta mirada tradicional, también tiende a distinguir entre formas de corrupción que se dan a nivel nacional e internacional. De hecho, las convenciones internacionales sobre corrupción se estructuran sobre la base de esta distinción. Por su parte, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su informe del año 2015, puso el énfasis en las

consecuencias de la corrupción, estableciendo una clasificación que contemplaba tres niveles: a) afectación directa e indirecta; b) afectación a grupos específicos; c) afectación a toda la sociedad (a nivel de las naciones e internacional)/ La distinción tradicionalmente usada es la elaborada por Transparencia Internacional (TI) que distingue entre “corrupción menor” y “gran corrupción”. La primera, *corrupción menor*, es aquella que se da en la relación directa entre el funcionario público y la ciudadanía; corresponde a las formas más comunes de pago para evitar una infracción, pago por una atención de salud, por un cupo en el sistema educativo, entre muchas otras. Esta forma de corrupción está ampliamente extendida en la región y afecta de una manera desproporcionada a los sectores afectados por situaciones de desigualdad socioeconómica o pobreza y pobreza extrema de la sociedad, que se ven obligados a pagar por servicios del Estado, o para no ser violentados por sus agentes y en la gran mayoría, al no poder hacerlo, ven aumentada su situación de exclusión./ Por su parte, la gran corrupción, según la categorización de TI, corresponde a aquella que se presenta en las altas esferas de poder y que involucra cuantiosos recursos. Esta forma de corrupción también está presente en la región. Aquí es donde se dan con mayor fuerza las figuras de soborno nacional e internacional, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencia, conflictos de interés, entre otras...

Adicionalmente, esta Comisión señala los alcances y embates de la corrupción para los Estados de derecho y la afectación general a los derechos humanos de sus ciudadanos de la siguiente manera:

La corrupción afecta al sistema democrático, al Estado de Derecho y a la vigencia y disfrute de los derechos humanos (...). En una sociedad democrática y sujeta al Estado de Derecho, la corrupción política corrompe el principio de igualdad y afecta las garantías y vigencia de los derechos humanos. Los actos de corrupción, desvían las decisiones desde el bien común hacia beneficios privados, al fragmentar las bases de la convivencia democrática, generando privilegios

tanto en el acceso a la toma de decisiones como en el destino final de los recursos y beneficios. De este modo se ven alterados los equilibrios de poder, el funcionamiento de las instituciones públicas y por tanto el Estado de Derecho... (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p.146).

Desde esta perspectiva, en la que se evidencia el gran impacto que produce la corrupción y cómo permea la legitimidad estatal, se confirma la directa afectación de los derechos humanos de sus ciudadanos, la repercusión en el desarrollo de infraestructura, en la calidad de la sanidad pública, en la educación, en la protección efectiva del medio ambiente, en la buena gobernanza, entre otros aspectos. A partir de este contexto, a continuación se presenta el análisis de la figura de los “compliance programs” y cómo estos se han convertido en una herramienta que pretende luchar contra esa corrupción en vista del fortalecimiento de la ética en el sector público.

3. “Compliance Programs” y fortalecimiento de la ética

En relación con la corrupción y las formas de luchar contra ella, los programas de cumplimiento han ido surgiendo como una herramienta útil para lograr dicho cometido. Intrínsecamente suponen como fin principal reforzar el tema de la ética, tanto en el sector público como el privado.

En este sentido, resulta relevante referirse brevemente al concepto básico de ética. El Diccionario de la Real Academia Española la define como: “*Recto, conforme a la moral (...)/ Conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida. Ética profesional, cívica, deportiva (...)/ Parte de la filosofía que trata del bien y del fundamento de sus valores*”. (Real Academia Española, 2020).

Los “compliance programs” en las empresas privadas surgen por la necesidad de involucrar a socios y a altos directivos en la prevención de comportamientos delictivos dentro de la empresa. Se propone que así como se adoptan políticas para alcanzar objetivos económicos y de mercado, adopten las medidas

de "management" necesarias para la obtención y cumplimiento de objetivos legales. La idea principal es motivar a la empresa para que se autorregule y que los denominados códigos de conducta, compliance programs, se conviertan en verdaderos instrumentos para prevenir la comisión de delitos en el seno de la empresa (Arangüena, 2014, p.85).

Una de las legislaciones que ha optado por implementar este tipo de programas de cumplimientos es la española. La doctora Nieves Sanz Mulas considera que el modelo penal ha cambiado hacia la autorresponsabilidad de la persona jurídica. En ese sentido manifiesta:

En definitiva, mientras con la LO 5/2010 se optaba por un sistema de imputación societaria claramente cimentado en el modelo de transferencia de responsabilidad, y a tenor del cual se imputaba a la persona jurídica por el hecho injusto cometido por sus representantes, administradores o empleados –o lo que es lo mismo, el tipo objetivo y subjetivo, la antijuricidad y la graduación del injusto genérico en ellos concurrentes–, con la última reforma del CP se da un giro hacia la autorresponsabilidad... (Sanz, 2016, p.348)

Lo anterior supone que la reforma al Código Penal en España ha generado un gran aporte en el tanto esa autorregulación de las personas jurídicas toma expresamente una gran relevancia, ya que la norma contempla la exención de responsabilidad penal de dichas personas si, antes de la comisión del delito, la persona jurídica ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión (que serían los "compliance programs" que venimos mencionando en este apartado). Se espera que este modelo resulte adecuado para prevenir y reducir el riesgo de la comisión del delito por el cual se le esté responsabilizando. Se trata de un sistema de responsabilidad autónoma y directa de la persona jurídica, con miras a la prevención de delitos (Sanz, 2016, p. 348-350).

Ahora bien, los programas de cumplimiento tienen referentes teóricos que los fundamentan, para que sean programas de cumplimiento efectivos y que permitan interiorizar el concepto de ética a lo interno de las organizaciones. Por ejemplo, en el caso español,

puede indicarse la norma UNE-ISO 19600:2015 sobre Sistemas de Gestión de Compliance. Directrices (cuyo título en inglés es "Compliance management systems. Guidelines"). Esta norma fue emitida el 15 de abril de 2015 por el Comité Técnico de Normalización (CTN) de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) y a la fecha se encuentra aún vigente. Esta norma describe el Compliance como "...el resultado de que una organización cumpla con todas sus obligaciones y se hace sostenible introduciéndola en la cultura de la organización y en el comportamiento y la actitud de las personas que trabajan en ella...".

Nieto (2013, p.23-26) señala otras fuentes que fundamentan la teoría de los "compliance programs", las cuales se mencionan a continuación:

- a. La legislación en ámbitos como la prevención de riesgos laborales, blanqueamiento de capitales, el mercado de valores, entre otros. Este tipo de normativa impone a las empresas la obligación de instaurar controles internos con el fin de prevenir ciertas infracciones normativas y aunque puede ser muy diversa, por lo general supone nombrar, en el nivel de la persona jurídica, un responsable para la administración del riesgo, sistemas de documentación, análisis de riesgos y normas de conducta.
- b. El gobierno corporativo, que en países como Italia o Chile, el legislador exige un órgano independiente que supervise el buen funcionamiento de los modelos de organización. Se parte de la idea de que el cumplimiento de la normativa requiere de las políticas de un buen gobierno, en donde se pueden contemplar criterios de eficiencia y transparencia, entre otros.
- c. Los códigos éticos, que por lo general existen en las grandes empresas y en donde se plasma y recoge un compromiso de lucha contra la corrupción, la condena de prácticas restrictivas de la competencia, y la protección de datos, entre otros. Se consideran una especie de "soft law" y los más recientes tienen carácter obligatorio para los empleados, lo que conlleva sanciones disciplinarias para quienes los infrinjan a lo interno de la organización.

d. La auditoría interna, como parte del ambiente de control (auditorías de cuentas, de riesgos laborales, medio ambientales).

e. La certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, DIN, entre otros) contribuyen a instaurar la cultura de la revisión externa dentro de las empresas, lo cual es determinante para los sistemas de cumplimiento. Este tipo de regulación aporta una definición de responsabilidades, tareas y funciones dentro de la empresa, con el fin de cumplir con distintos y muy variados objetivos y estándares. En este punto, el Nieto (2013) indica que:

Las normas ISO han contribuido a aclarar notablemente el sistema de delegación de funciones dentro de la empresa estableciendo responsabilidades precisas, a implantar sistemas documentales que demuestran que el sistema funciona o que dejan constancias de los problemas existentes («partes de no conformidad») y de su corrección, a crear flujos de comunicación, deberes de supervisión, a destacar la importancia de la formación y la necesidad de implicar a empleados y muy especialmente a directivos (tone from the top), etc... (p.26)

f. La apertura de canales efectivos para denuncias.

En síntesis, se trata de fomentar o instaurar una cultura de la legalidad en la empresa y acompañarlo de los procedimientos internos y normas de control oportunas. Para ello es necesario que los sistemas de cumplimiento funcionen, tengan efectividad y generen un reforzamiento del campo ético de sus colaboradores.

En este sentido, "compliance" equivale a vigilancia, cumplimiento, regulación, cultura de la legalidad en un marco ético, transparente y de integridad corporativa. Las empresas deben desarrollar buenas prácticas de cumplimiento regulatorio, como parte integrante de su objeto funcional y su compromiso social, corporativo (Ramírez & Hernández, 2019)

Sin embargo, para que un sistema de "compliance"

funcione adecuadamente, es imprescindible que se integre en toda la organización, desde sus máximos jerarcas hasta el resto de sus empleados. Si bien los "compliance programs" no garantizarán la eliminación de los delitos empresariales, lo cierto del caso es que bien estructurados y ejecutados al menos minimizarán a lo interno la realización de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, un sistema de prevención o contingencia.

4. Programas de cumplimiento en el sector público y en la empresa privada

Hasta el momento se ha hecho énfasis en los programas de cumplimiento dirigidos a las empresas privadas y el cómo estos pueden permear de manera favorable a la organización para evitar futuras responsabilidades por acciones ilícitas o corruptas y en aras de reforzar la ética de sus colaboradores y la rectitud necesaria en sus actuaciones. Sin embargo, nada impide que los "compliance programs" sean implementados en el ámbito administrativo, no tanto por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino porque se direccionaría a fortalecer la ética de los funcionarios o servidores públicos. De esta manera se reforzaría el aparato estatal en la lucha contra la corrupción desde adentro de sus organizaciones. Cuanto más blindado esté el sistema institucional, menos factible es el riesgo de que la corrupción se filtre en sus actuaciones y afecte la satisfacción del interés público al que se orienta y se debe en todo momento.

De acuerdo con Ramírez y Hernández (2019), conviene tener presente lo siguiente.

La prevención de la criminalidad corporativa, corrupción pública y privada, implica adoptar estrategias que garanticen la existencia de procesos y medidas para prevenir y detectar conductas criminales en todos los sectores de la vida económica, regulatoria e institucional de los países. La observancia permanente de los deberes en el marco del debido control y la rendición de cuentas, así como la activación de procesos de investigación temprana ante comportamientos que afecten la legalidad. (p.370)

En consecuencia, resulta viable y válido como una sana práctica, que las instituciones públicas también intenten llevar a cabo la implementación de programas de cumplimiento altamente efectivos. Se espera que elementos como una robusta e independiente auditoría interna, canales amplios y confiables de denuncias que resguarden la confidencialidad del denunciante de forma segura y real (de conformidad incluso con la obligación legal que ya contempla nuestro propio ordenamiento jurídico al respecto), la implementación de códigos de ética y conducta, valoración de riesgos (incluido el riesgo ético de sus colaboradores) en sus procesos, certificación en normas ISO y capacitaciones direccionadas a la mejora de la cultura de integridad y transparencia, puedan contribuir a fomentar la ética de lo público y crear una cultura arraigada en la organización y sus funcionarios, no solo de lucha contra la corrupción, sino también de denuncia y rendición de cuentas de sus actuaciones en el nivel institucional.

Al respecto, Ramírez y Hernández (2019) señalan que en la ética de lo público, "compliance significa cultura del cumplimiento, del actuar de acuerdo con el deber ser, respetando la legalidad, los principios de la función pública y los fines del Estado de derecho, sin que ello suponga cuestión diferente de actuar correctamente..." (p. 370)

Ahora bien, la implementación de estos programas de cumplimiento depende de la iniciativa institucional y de sus máximos jerarcas, pero su puesta en práctica deberá abarcar y contemplar a todos sus funcionarios para su efectividad y cumplimiento real.

Se debe tomar en cuenta que cuanto más se protege una organización a lo interno con respecto a temas éticos, menor será el riesgo de que factores externos puedan incidir o corromper el actuar normal de la Administración, con miras siempre a la satisfacción del interés público, en donde el cumplimiento de la legalidad y la transparencia son pilares fundamentales de las administraciones públicas que garantizan los fines de la función estatal al servicio del bien común.

5. "Compliance programs" en la Ley No. 9699 Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos

Antes de analizar los programas de cumplimiento regulados recientemente en nuestro ordenamiento jurídico -propiamente sobre responsabilidad penal de la persona jurídica, es importante aclarar que este artículo no tiene la finalidad de analizar las figuras penales que regula la Ley No. 9699 aprobada el 10 de junio de 2019, ni tampoco efectuar un estudio legal y constitucional de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Estas son variables muy amplias que podrían servir de tema de discusión para otro análisis.

En este momento, sí resulta oportuno reiterar la vinculación general que se ha dado a estos "compliance programs" y la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este moderno planteamiento dentro de los ordenamientos jurídicos refiere que una correcta organización interna de la empresa con el fin de prevenir y detectar hechos delictivos, son políticas que pueden exonerar de la sanción o servir para una reducción considerable de la misma. En algunos sistemas como el de Estados Unidos, Italia, Chile, Australia y Reino Unido se regulan los diversos puntos que deben tener los sistemas de cumplimiento penales. En el caso de España, el legislador habla genéricamente del debido control y medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos y, en sentido similar, se encuentra Austria (Nieto, 2013, p.25-26).

Ahora bien, con esta nueva ley, los programas de cumplimiento comenzarán a jugar un papel relevante en el ámbito nacional, toda vez que resulta novedoso desde todo punto de vista que la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y otros Delitos, que sigue la tendencia mundial de vincular la responsabilidad penal de la persona jurídica con un tema de prevención del ilícito, incorpora en su articulado el tema de los "compliance programs" de la forma que a continuación se presenta:

- La mencionada ley, en su título II denominado

“Modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control” define varios aspectos relevantes de este modelo; en primer lugar, indica que será facultativo, que se insta a las personas jurídicas a adoptar, mas no así obligatorio.

- En segundo lugar, el artículo 6 involucra para la definición de este “modelo” no solo a las personas jurídicas costarricenses, o bien, las domiciliadas en Costa Rica, sino también a una serie de instituciones estatales para promover la instauración del modelo de organización, así como la adopción de programas de transparencia y ética empresarial y de mecanismos internos anticorrupción y de control interno por parte de las personas jurídicas. Entre estas instituciones, se encuentran Ministerio de Economía, Industria y Comercio y Ministerio de Justicia y Paz.
- Además, se dispone en el artículo 7 que toda persona jurídica que adopte este modelo facultativo deberá contar con un encargado de supervisar el funcionamiento y cumplimiento de dicho modelo. Para ello, este encargado deberá contar con autonomía respecto de la administración de la persona jurídica, de sus dueños, sus socios, sus accionistas o sus administradores y podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.
- Ya propiamente en el contenido del modelo de organización, prevención de delitos, gestión y control, se establece que debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la persona jurídica y que deberá contener, como mínimo², elementos como códigos de ética o de conducta, modelos de gestión de los recursos financieros, análisis periódico de riesgos y de verificación del modelo, acordar un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas que prescribe el modelo, fijar procedimientos que prevengan ilícitos en el área de administración, auditoría de los recursos financieros en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público, entre otros.
- Además, la ley establece, en su artículo 9, regulaciones especiales para las empresas públicas estatales y no estatales, así como las autónomas. Indica que deberán incorporar los requerimientos mínimos que define el artículo 8 mencionado anteriormente.
- Por otra parte, para las Pymes se hace un tratamiento diferenciado y ligeramente menos estricto. Toma en consideración el poder económico de estas e incluso de la disposición de personal que deben tener para poder llevar a cabo el seguimiento y cumplimiento del modelo (Art. 10, Ley No. 9699 sobre Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos).
- Además, un tema que guarda coherencia con la doctrina internacional que analiza la implementación y aplicación de los “compliance programs” y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es que si, eventualmente, se haya responsable penalmente a la persona jurídica, pero se comprueba que contaba con estos programas de cumplimiento y de su efectiva implementación, ejecución y seguimiento por parte de la empresa, esto puede servir de atenuante para la pena que se vaya a imponer.
- Dentro de las atenuantes de las penas, en su artículo 12, se indica que el juez podrá rebajarle a la persona jurídica hasta en un 40% la pena por imponer en los delitos referidos en el artículo 1 de la ley, cuando concurren una o más de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal. Por ejemplo, esto ocurriría si se demuestra 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. También si se lograra verificar que el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención de delitos implementado 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, entre otros.

² Véase el artículo 8 de la Ley No. 9699.

Lo anterior evidencia que la acreditación o no de contar con un modelo de prevención del delito, efectivo, vigente, con supervisión independiente y básicamente bajo los parámetros establecidos en el artículo 8 de la Ley, podría estar atenuando la pena que se le impondría a una persona jurídica hasta en un 40%. Esto es considerable si se toma en cuenta que el artículo 11 de dicho texto normativo, en su inciso a) contempla que en todos los delitos aplicables a esta ley siempre se impondrá una sanción de multa de mil hasta diez mil salarios base, con excepción de las empresas contempladas en el artículo 10 (Pymes), a las cuales se les impondrá una sanción de multa de treinta a doscientos salarios base.

Es así como nuestro legislador y ordenamiento jurídico han decidido incluir los programas de cumplimiento facultativos como un elemento relevante de las relaciones comerciales de las empresas privadas y la prevención del delito. No obstante, es el momento para que las empresas efectivamente se replanteen su implementación con miras a un futuro donde cabe la posibilidad de responsabilizarlas penalmente por determinados delitos.

6. Conclusión

A partir de las consideraciones plasmadas previamente, se presentan las siguientes precisiones.

a. Los *"compliance programs"* comienzan a constituir herramientas importantes de lucha o mitigación de la corrupción a lo interno de las empresas, donde se pretende permear y fortalecer temas éticos de relevancia en sus colaboradores, a fin de una mejor gestión empresarial y comercial.

b. Como una buena práctica, en general las administraciones públicas pueden replantearse la necesidad y conveniencia de adaptar en el ámbito administrativo de sus funciones, este tipo de programas de cumplimiento con el objetivo de fomentar la prevención de actuaciones ilícitas o corruptas que puedan afectar su gestión y deber

de satisfacción de intereses públicos. También se puede fomentar la utilización de estos *"compliance programs"* en las empresas privadas que de una u otra manera tienen relaciones comerciales con las instituciones estatales. Así, se podría reconocer la acreditación que hagan las personas jurídicas sobre la existencia real y puesta en práctica de dichos programas o modelos de prevención y detección de actuaciones ilícitas en temas de contratación, como parte de la evaluación -no excluyente- pero sí adicional.

c. Estos programas de cumplimiento tienden a fortalecer figuras de gran relevancia como las auditorías internas, la rendición de cuentas, temas éticos y de transparencia, canales de denuncias abiertos y reales, que independientemente de si se trata de empresas privadas o instituciones públicas, siguen siendo parte de la columna vertebral de toda buena gestión pública o privada.

d. En el ámbito nacional, se ha dado importantes avances en relación con los programas de cumplimiento, ya que han sido incorporados a la Ley n.º 9699 que contempla la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas. A partir de junio del 2019, efectivamente las empresas privadas deberán plantearse si desean acogerse a estos modelos facultativos de organización, prevención de delitos, gestión y control, no solo ante eventuales penas, en caso de determinarse su participación criminal, sino también para contar con atenuantes a esa pena en aquellos casos donde se logre acreditar que con antelación se contaba con *"compliance programs"* de alcance real en su administración y organización. No obstante, eso supone un nuevo replanteamiento de las propias empresas, disposición incluso de recursos y el direccionamiento de sus objetivos alineados a la lucha contra la corrupción y fortalecimiento de temas éticos dentro de toda su organización, frente a las regulaciones establecidas.

7. Referencias

Arangüena, C. (2014). Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales. *Revista de Derecho Empresarial* 2, 83-115.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Corrupción y Derechos Humanos: estándares interamericanos*. (OEA, Editor) <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

Nieto, A. (2013). *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. Marcial Pons.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. (2018). *La lucha contra el soborno transnacional en América Latina y el Caribe*. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Brochure-Latin-America-Caribbean-Anti-Corruption-Initiative-ESP.pdf>

Ramírez, P. A. (2012). *La corrupción pública y privada. Sus efectos en el ámbito de la seguridad ciudadana: una aproximación a la problemática*. Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del Derecho Penal Contemporáneo: Corrupción y seguridad ciudadana. Vol. 24. Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, P. A., & Hernández, F. (2019). *Corrupción pública y privada: La importancia de "compliance"*. Su relación con la ética de lo público. En L. H. Olivé, *Nuevas Fronteras del Derecho Penal Global* (361-380). Temis Obras Jurídicas.

Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/%C3%A9tico#H3y8ljj>

Sanz, N. (2016). *Criminalidad transnacional y responsabilidad penal de las personas jurídicas. La necesaria armonización en el marco de la UE*.

“Propuesta de un mecanismo de gestión de pagos públicos mediante cadena de bloques (blockchain)”



Juan Alejandro Herrera López¹

Sumario

1. Introducción
2. Antecedentes sobre blockchain
3. Elementos técnicos para el diseño de una blockchain
4. Aspectos jurídicos
5. Experiencias internacionales sobre uso de blockchain en el sector público
6. Blockchain e inteligencia artificial, kit de herramientas contra la corrupción
7. Propuesta de solución
8. Conclusiones
9. Bibliografía y fuentes

¹ Abogado, Asesor Jurídico de la CGR. LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/alejandro-herreracr/>



Resumen: Nuestros gobiernos democráticos deben optar por el uso de tecnologías que fortalezcan la transparencia y el acceso ciudadano a la cosa pública, en especial acceso a información relativa al adecuado uso de los fondos públicos, como un mecanismo de lucha efectiva contra la corrupción. Es en esta línea que el presente trabajo propone el uso de blockchain como un mecanismo efectivo y eficiente para dar trazabilidad a los pagos que realice el gobierno; visualizando en todo momento, el uso de esta tecnología como la base transaccional necesaria para la unificación de trámites en el sector público, y que se constituya en una base para el uso de inteligencia artificial dirigida a generar alertas tempranas de comportamientos irregulares en el esquema de pagos públicos. En el presente estudio se hace una comparativa de las principales experiencias en la implementación de esta tecnología a nivel mundial, de los cambios que ha traído en el esquema contable su uso y, por último, se propone una solución para implementar en la realidad pública de la República de Costa Rica.

1. Introducción

Cuando se ha tenido la experiencia de poder transar con cualquiera de las principales criptomonedas, y el usuario tiene la opción de explorar de una forma fácil y gratuita las transacciones contenidas en cada bloque de la cadena, revisando todas las transacciones realizadas en esa criptomoneda, con detalles de cada una, incluyendo las direcciones de origen y destino, monto y fecha de la misma, surge la siguiente pregunta: por qué si existe tal tecnología, que en este momento se está aplicando para un aspecto importante en la vida de individuos, los Estados, al menos los democráticos, no aplican esa misma tecnología sobre algo que afecta a toda la sociedad, como lo es el buen uso de los recursos públicos, y por este medio brindar a la ciudadanía la posibilidad de dar trazabilidad sobre los dineros públicos, haciendo fácilmente visibles los gastos e inversiones gubernamentales.

Como respuesta a la interrogante anterior surge el presente trabajo, el cual versa sobre la aplicabilidad técnica del uso de la tecnología blockchain para generar trazabilidad en el esquema de pagos públicos

del gobierno de Costa Rica, en lo concerniente a los pagos realizados en materia de contratación pública, salarios y transferencias de fondos públicos.

El trabajo está estructurado de la siguiente forma: contiene, en primera instancia, un comparativo de las diferentes tonalidades de cadena de bloques existentes en el mercado. En segundo lugar, se presentan las referencias de experiencias conocidas a nivel internacional. En tercer lugar, una lista de recomendaciones de los principales elementos de diseño que debería contemplar un proyecto público sobre esta materia; y finalmente, un boceto de propuesta de una solución de blockchain aplicable a la realidad presupuestaria de Costa Rica.

A lo largo de este trabajo, se reiterará una forma sobre la habilitación a la ciudadanía de acceso abierto, actualizado y útil, sobre los datos de pagos realizados con dinero público. Al respecto, la tecnología de blockchain se está posicionando en dos campos, especialmente: la trazabilidad de cosas sobre transacciones de varios actores; y además, la posibilidad de acceso controlado a datos personales. Ambos temas son pilares para el desarrollo de una solución relacionada con la trazabilidad de pagos.

2. Antecedentes sobre blockchain

Cuando se hace referencia al término blockchain, se tiende a confundirlo con criptomonedas, en especial con respecto al bitcoin o ether. Aunque resulten conceptos que se encuentran interrelacionados, son muy distintos entre sí, no siendo necesaria una criptomoneda para implementar una solución blockchain.

Sobre el tema, Prusty (2018) señala que el concepto de blockchain consiste básicamente en una estructura de datos, implementada sobre un registro descentralizado entre varios nodos, constituyendo una cadena de bloques, en la cual cada bloque contiene transacciones y metadatos propios para comprender el mismo.

Por otra parte, para aclarar el concepto de criptomoneda es conveniente repasar lo que es una moneda; concepto sometido a una evolución histórica en la humanidad, pasando del trueque al uso de metales preciosos, hasta el estado actual del denominado dinero fiat. Sobre el tema, Shubik (1971) indica que el dinero fiat es un tipo de papel o símbolo con el cual cualquier individuo puede adquirir cosas amparado a un marco legal. Este dinero no tiene en sí mismo un valor intrínseco, sino asume un valor dado en parte por su escasez.

En contraposición a este concepto de dinero fiat, una criptomoneda es un registro ligado a un conjunto de transacciones digitales en un sistema, cuyo objetivo principal, según lo expuso el mismo Nakamoto (2008), es desarrollar un esquema en el cual se da resolución a un problema para evitar el doble gasto, inmerso en una interrelación punto a punto, sin la participación de un tercero de confianza que controle la concordancia de las transacciones.

Si bien, en la línea de evolución de distintas criptomonedas, han existido variaciones sobre la resolución del problema anteriormente planteado, al igual que el dinero fiduciario, el valor de las criptomonedas no es intrínseco, sino se basa en una parte por la confianza depositada por un subgrupo de la sociedad; y por otra parte, en su escasez, derivada de la dificultad de obtenerlas.

Se puede concluir que los conceptos de blockchain y criptomonedas son complementarios, aunque no necesarios. Puesto que una criptomoneda -con algunas excepciones- requiere de una blockchain para su existencia, pero lo contrario no es correcto; dando lugar a la existencia de blockchains no ligadas a una criptomoneda, sino con propósitos completamente distintos.

2.1 Análisis de los tipos de blockchains (privadas, públicas o federadas)

Clasificadas desde el punto de vista de la forma como se encuentran organizadas; esto en cuanto a los mecanismos, cómo los distintos nodos de una red de blockchain pueden incorporarse, las blockchain se agrupan en públicas, privadas y más recientemente, bajo el esquema de federadas o consorciadas.

Para Vega Maza (2019), esta clasificación se establece con la relación "*privacidad/apertura*"; donde se ubican las blockchains públicas -denominadas también por su concepto en inglés como "*permissionless*"- en contraposición con las blockchains privadas -denominadas "*permissioned*"- derivadas de la decisiones de diseño en cuanto a la existencia o no de una o varias autoridades responsables de autorizar el ingreso de nodos a la gestión o validación de la cadena. Lo anterior tiene un impacto sobre el mecanismo de consenso adoptado, ya que ese consenso es consecuencia de los nodos autorizados a ingresar a la cadena.

Ahora bien, tal como se verá en este trabajo, se debe tener claro que la relación "*privacidad/apertura*" se refiere, en este caso, únicamente al esquema de participación de los nodos y no corresponde necesariamente al nivel de acceso a los datos transaccionales. Lo anterior resulta relevante de aclarar puesto que, en la solución, existe un interés de separar ambos conceptos, participación y acceso a los datos de las transacciones.

Para mayor facilidad, se puede observar un comparativo de los atributos de cada tipo de blockchain, detallados en la siguiente tabla:



	Públicos Bitcoin, Ethereum, Litecoin	Privados Hyperledger, Corda, Quorum	Federados Hyperledger, Corda, Quorum	Blockchain as a Service IBM, Microsoft Amazon
Cualquiera puede participar	✓	✗	✗	NA
Los participantes actúan en general, como nodos	✓	✗	✗	NA
Transparencia	✓	≈	≈	NA
Hay un único administrador	✗	✓	✗	NA
Hay más de un administrador	✗	✗	✓	NA
No hay administradores	✓	✗	✗	NA
Ningún participante tiene más derechos que los demás	✓	✗	✗	NA
Se pueden implementar <i>Smart Contracts</i>	✓	✓	✓	NA
Existe recompensa por minado de bloques	≈	✗	✗	NA
Soluciona problema de falta de confianza	✓	✗	≈	NA
Seguridad basada en protocolos de consenso	✓	✗	≈	NA
Seguridad basada en funciones hash	✓	≈	≈	NA
Provee servicios en la nube	NA	NA	NA	✓

Sí
 No
 A veces
 NA No Aplica

Tabla 2.1: Comparativo de tipo de blockchains.

Fuente: <https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/tipos-de-blockchain/>

Ahora, entrando en un mayor detalle en cada uno de los tipos de blockchains de la tabla expuesta, se señala lo siguiente.

Blockchains públicas: Su mayor representante es la blockchain más reconocida, el Bitcoin, y devienen de una intención de apertura completa de participación, lo que conlleva la inexistencia de cualquier Autoridad Central (AC) generadora de restricciones de acceso a nuevos actores en la cadena o de decisiones discrecionales o arbitrarias en la red. La intención del creador de Bitcoin derivó de una reacción de desconfianza al sistema financiero tradicional, en especial a los bancos centrales y la forma como toman decisiones basadas en intenciones humanas. La ausencia de una AC se suple mediante reglas claras de gestión, participación y consenso contenidas en los algoritmos; mismas que los participantes deben acatar en procura de un incentivo económico; y a la vez, existen castigos económicos para aquellos nodos que no siguen las reglas del juego.

Los principales ejemplos de blockchains públicas los tenemos en el mundo de las criptomonedas, ya que la mayoría de estas ingresan en esta categoría. Entre ellas se ubica Ethereum, el cual tiene como fin convertirse en un enorme computador virtual distribuido en internet.

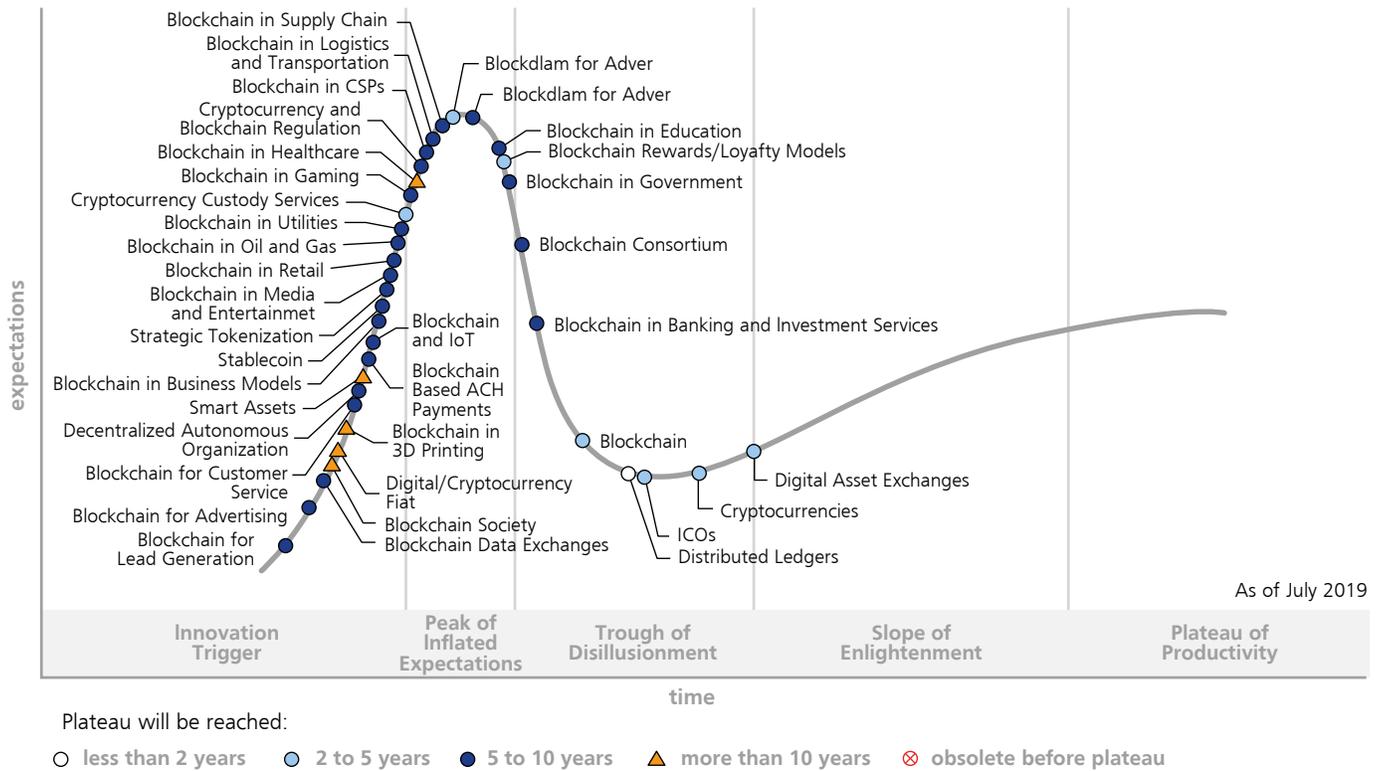
Blockchains privadas: Este tipo de blockchains surgen de la necesidad del ámbito empresarial de regular y determinar cuáles actores tienen acceso a la red y a las transacciones registradas en la cadena. Esto se logra mediante la creación de algún tipo de AC única, que da las autorizaciones de ingreso y de participación a la red. En esta arquitectura, los nodos incorporados pueden asumir distintos roles tales como líderes, verificadores, validadores o notarios de las transacciones. Ejemplos principales de este tipo de blockchains se pueden enlistar en Hyperledger Fabric, Corda o Quorum, mismas de las que se hará mayor detalle posteriormente.

Blockchains federadas o consensuadas: Este tipo de blockchains son una evolución de las redes privadas, con la diferencia que en vez de estar a cargo de una única AC encargada de permisionar la incorporación de actores, son varias las autoridades con poder para brindar los permisos de incorporación de nodos a la red, formando una especie de federación de subredes con nodos que interactúan entre sí.

2.2 Estado actual de la tecnología blockchain

La tecnología de blockchain es relativamente novedosa, su mayor implementación apenas si supera el decenio; por lo que se debe ser precavido y ubicar adecuadamente cada tipo de implementación dentro de su ciclo de expectativa, tal como de seguido se presenta:

Hype Cycle for Blockchain Business, 2019



Source: Gartner
 ID: 390391

Ilustración 2.1 Ciclo de expectativas de blockchain.

Fuente: <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2019-09-12-gartner-2019-hype-cycle-for-blockchain-business-shows>

Al menos a julio de 2019, Gartner ubicaba dentro del ciclo de expectativa tecnológica a las blockchains consorciadas en la etapa de desilusión; y aún más atrás, apenas saliendo de una etapa de expectativa, a las blockchains gubernamentales, con una expectativa de estabilidad en un plazo de 5 a 10 años. Lo anterior significa, guiándose por las proyecciones de esta firma, que es necesario por parte de esta tecnología traspasar todo un período riesgoso de fracasos y desilusiones en su uso y desarrollo, antes de alcanzar su estabilidad.

Ante tal incertidumbre, una adecuada estrategia es ubicar y analizar aquellas versiones de blockchain sobre las cuales grandes empresas tecnológicas o financieras estén apostando hoy, ya sea apoyando su desarrollo o incorporándolas en sus productos finales, puesto que tal condición brinda al menos cierto margen de seguridad de mayor soporte de la industria y expectativa de vida útil.

3. Elementos técnicos para el diseño de una blockchain

Entre los principales componentes técnicos que deben ser valorados y contemplados en la implementación de una solución de blockchain, se señalan los siguientes:

3.1 Algoritmo de consenso

Sin lugar a duda, el campo del desarrollo e investigación de los algoritmos de consenso es parte del “core” de cualquier tecnología blockchain y de las arquitecturas de computación distribuida en general, pues se traduce en los mecanismos mediante los cuales la red armoniza una serie de nodos independientes para poder llevar adelante, de forma exitosa, una transacción.

El norte principal de estos algoritmos de consenso es solucionar el problema del denominado “*problema del consenso bizantino*”, el cual se puede simplificar en solucionar un problema para lograr que los nodos honestos de una red lleguen a un acuerdo, y logren burlar comportamientos de nodos deshonestos.

Sobre este tema, Gramoli (2020) señala que todo algoritmo resolutor del problema de consenso, debe cumplir con tres características principales:

- a. **Aceptación:** Dos procesos correctos, no deben seleccionar bloques distintos.
- b. **Terminación:** Todos los procesos correctos deben eventualmente decidir un bloque.
- c. **Validación:** El bloque seleccionado es un bloque válido por algunos procesos.

El análisis realizado por este autor resulta interesante, ya que conlleva una crítica por cierto nivel de inseguridad del algoritmo de prueba de trabajo (PoW por sus siglas en inglés), el cual puede ubicar como el algoritmo de consenso clásico de blockchains públicas. Por la importancia de este tema, vale la pena detallar de seguido, tanto en la explicación de las características de cualquier algoritmo de consenso, como en los riesgos mencionados por parte del PoW.

Para lograr el primer cometido anterior, vale ejemplificar la situación en el caso de la red Bitcoin, de la siguiente manera: la regla de oro establecida por Nakamoto en el consenso de la red, es que siempre la cadena correcta, es la cadena más larga. Esto significa en el caso de dos mineros ubicados en extremos distintos del planeta, que propongan dos bloques transaccionales distintos con un hash correcto, los nodos más cercanos a cada uno validará cada bloque y lo incorporarán, por separado en su cadena, creando de forma temporal un “fork” o bifurcación de la blockchain, ambos bajo un hash correcto.

Estas dos cadenas temporales se irán propagando por toda la red. Sin embargo, en un momento dado, los mineros recibirán ambas cadenas y deberán seleccionar aquella que sea más larga y descartarán la más corta, esto por cuanto la cadena más larga contiene en sí misma más poder computacional, logrando de esta forma la eliminación de la bifurcación; en la mayoría de los casos en un tiempo computacionalmente no muy largo y que la red regrese a tener sólo una cadena.

En el ejemplo anterior, se visualiza la aplicación de las tres características mencionadas por Gramoli; ante la existencia de posibilidad de varias cadenas, la opción correcta por parte de los nodos honestos sólo podrá ser a favor de la cadena más larga. Sobre la característica de terminación en el algoritmo de consenso, cuando los nodos reciben dos cadenas, deberán seleccionar como válida solamente una de las dos y la validación implica, en el caso del Bitcoin, que cuando una mayoría de nodos acepten una cadena -mayoría alcanzada con un 51% de del poder computacional de la red- está se tendrá como la cadena válida y se da fin a la bifurcación generada. Este último aspecto mencionado, es un elemento que genera cierto cuestionamiento de riesgo en la seguridad, en relación con aquellas blockchains públicas basadas en algún tipo de algoritmo de consenso PoW, similar al de Bitcoin.

Al respecto, tal como indican Sayeed y Marco-Gisbert (2019), el ataque del 51% sucede cuando nodos deshonestos controlan una mayoría del poder de hash de una red, y permiten acciones como el doble gasto. Tal situación no se visualiza como un escenario teórico, sino como una situación con potencial de ocurrencia bastante cierto, sumado con la debilidad de inexistencia actual de componentes de detección incorporados en la blockchain.

El anterior riesgo, se reitera, es un argumento bastante fuerte para sopesar sobre el no uso de blockchains públicas con algoritmo PoW, en componentes empresariales o gubernamentales críticos. Ahora bien, una forma relativamente sencilla de obviar este problema es tender, por el contrario, a favorecer en estos escenarios el uso de blockchains privadas; salvo cuando existan razones de peso que ameriten tomar la opción pública. Con esta decisión de diseño se elimina de entrada la necesidad de uso algoritmos PoW en la solución.

3.2 Desarrollo de un token presupuestario

El norte de este trabajo, tal como se ha descrito, se enfoca en un objetivo muy específico: brindar una herramienta de trazabilidad a la ciudadanía en general, sobre aquellos pagos realizados con fondos públicos, usando como plataforma una blockchain que no conlleve el desarrollo de una criptomoneda.

A partir del horizonte anterior, surge la duda sobre cómo lograr el desarrollo de un eventual token que permita facilitar esa trazabilidad y proceso de pago dentro de la blockchain, que funcione como un documento presupuestario; y alejarlo a su vez todo lo posible del concepto de criptomoneda.

La duda anterior se resuelve básicamente agregando dos características al token, que lo diferencias de cualquier criptomoneda:

1. Tiene incorporado una fecha de caducidad:

ningún token de la solución puede ser usado en transacciones después de cumplida esa fecha programada y tal fecha debe ser definida y ligada al período presupuestario. Lo anterior significa que, en ninguna circunstancia, un token puede superar el período definido con respecto al presupuesto anual en el cual fue creado.

2. Restricciones a la circulación:

En principio, todas las transacciones son limitadas entre direcciones. Esto significa que una dirección sólo puede enviar tokens a una y sólo una dirección autorizada; quedando exceptuadas únicamente aquellas direcciones relacionadas con nodos de autoridades dentro de la blockchain. Tal condición elimina cualquier posibilidad de creación de un mercado secundario o de intenciones de especulación con los tokens generados.

Con la incorporación de estas dos características, se asegura que el token siga teniendo una naturaleza exclusiva como documento presupuestario y no sufra de desviaciones de uso que lo asimilen a una criptomoneda.

3.3 Contabilidad de triple entrada. Una herramienta de transparencia

Derivado del desarrollo de la tecnología blockchain, se ha propuesto una modificación del mecanismo contable que se puede llevar a través de ella. En el año 2005, se expuso la idea denominada contabilidad de triple entrada, la cual se basa en una intención de facilitar la auditoría de las transacciones y consolidar la lucha contra el fraude y la corrupción, tal como lo exponen Simoyama y Grigg (2017).

La idea de la *"triple entry accounting"*, por su nombre en inglés, en español denominada contabilidad de triple entrada o contabilidad triangular, es un concepto relativamente sencillo pero poderoso. Para explicarlo, se facilita remontarse a la raíz del mecanismo contable tradicional cuyo origen se ubica hace aproximadamente 600 años, cuando un fraile llamado Luca Pacioli, traducción al inglés Pacioli (2020) y lo reseñan Rodríguez *et al.* (2019), estableció la teoría tradicional contable, el "debe" y el "haber" clásico, sobre el cual se registran los asientos contables de todas nuestras empresas y gobiernos actuales. Partiendo de un enfoque normalizado, donde cada registro de ingreso y gasto es llevado por cada actor, a través de libros contables independientes.

Sin embargo, mediante el uso de la blockchain, es factible llevar no sólo el registro estático de gastos, sino además un registro compartido de flujos entre actores vinculados; por lo que un espectador puede visualizar no sólo cada registro de manera individual, por cada uno de los intervinientes de las transacciones, sino además el flujo de transacciones entre ellos.

Para comprender la fortaleza y alcance de este cambio de paradigma, el cual será una pieza clave para garantizar la transparencia transacciones futuras, se puede exponer un ejemplo simplificado referido a una transacción en el sector público costarricense, que no se diferencia mucho de la mayoría de los estados occidentales, existiendo en cada caso más o menos tramitología de por medio.

En el caso de Costa Rica, cualquier proveedor brinda un bien o servicio a uno de los Poderes del Estado, y posteriormente remite la factura respectiva. La institución que recibió ese bien y servicio registra la factura y la remite, en este caso, al Ministerio de Hacienda de Costa Rica, específicamente a la Tesorería Nacional, para realizar el respectivo pago por medio de una transferencia bancaria, a la cuenta dispuesta por el proveedor.

Toda esta cantidad de pasos a seguir para realizar un pago no sólo implica burocracia y tramitología, sino dificultad para que cualquier ciudadano -suponiendo que tenga acceso a los datos- pueda dar trazabilidad a los pagos realizados a un mismo proveedor. Este tema se convierte en un reto exponencial, si ese ciudadano desea un detalle de la razón por la cual se le han girado al proveedor todos y cada uno de esos pagos y más allá, se convierte prácticamente en una maniobra imposible si un ciudadano promedio desea darle trazabilidad con detalle, no sólo sobre los pagos realizados por la Tesorería Nacional, sino con respecto a cualquier institución gubernamental.

Ahora bien, bajo un paradigma de blockchain, todas y cada una de las transacciones de pago quedarán registradas en la cadena propiamente. Cada institución debe transar con el proveedor los tokens correspondientes al pago del bien y servicio recibido, adicionando como información de la transacción, las razones por las cuales recibe dicho pago, además de la partida y subpartida presupuestaria sustentado de este. Lo anterior habilita una trazabilidad permanente de cada transacción de forma separada, y de todas las transacciones conjuntas con respecto a un proveedor en cualquier parte del aparato estatal.

Aplicando el concepto de triple entrada, la ciudadanía tendría acceso no sólo a los registros contables de cada interviniente; sino, más importante, al flujo transaccional con información.

Las criptomonedas de generaciones más recientes, tales como Zcash, reseñada por Kappos *et al.* (2018) o Monero, reseñada por Li *et al.* (2020), tienen como objetivo incorporar mecanismos para dificultar la identificación de las partes de una transacción e inclusive ofuscar los datos propios de la misma.

Por el contrario, el uso de blockchain en el contexto público busca identificar plenamente todas y cada una de las partes en cada transacción de la cadena; y más aún, que esta información sea de fácil acceso a la ciudadanía.

Para llevar adelante tal esfuerzo, el desarrollo de mecanismos de identificación del mundo físico con respecto al digital resulta una pieza clave para el éxito de la propuesta. Afortunadamente, en el caso de Costa Rica, existen condiciones legales y técnicas que posibilitan la debida identificación de los actores transaccionales, mediante una plataforma legal y tecnológica robusta, cuya raíz es la Ley 8454, “*Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos*” y su respectivo reglamento; y además, la existencia de una infraestructura de llave pública (PKI) para identificación de personas físicas o jurídicas.

Tal plataforma se ha incorporado bajo un uso masivo en ciertos sistemas transaccionales públicos estratégicos, entre ellos el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), en el cual es necesario contar con firma digital para poder ofertar bienes y servicios al Estado costarricense.

La posibilidad de conjuntar ambas tecnologías, blockchain y una plataforma de identificación nacional, habilitan tanto la identificación de las transacciones a lo largo de los bloques, además de la incorporación de un mecanismo no repudiable, tanto técnica como legalmente, en cuanto a las partes involucradas en cada transacción.

Ahora bien, en cuanto a cómo entrelazar ambas tecnologías, una forma relativamente sencilla de alcanzar este objetivo es ligar a cada dirección otorgada en la red un certificado público previamente otorgado por el árbol de confianza oficial. Este ejercicio facilita incluso la identificación de los nodos de la blockchain, puesto que cada nodo permissionado se relaciona con una persona jurídica con certificado emitido por las autoridades oficiales costarricenses, habilitando la identificación de personas físicas o jurídicas intervinientes en cada transacción y potenciando una plataforma de identificación oficial ya existente.

4. Aspectos jurídicos

Entre los principales componentes jurídicos valorados y contemplados en la implementación de una solución de blockchain, se pueden ubicar los siguientes:

4.1 Naturaleza de los datos personales en la blockchain

Sin duda la gestión de los datos personales en el mundo digital es un tema mayúsculo, y más en el caso de blockchain; esto tomando en cuenta las condiciones de perennidad e inmutabilidad de la información contenida en cada bloque, y sumando el objetivo del presente trabajo, de buscar la publicidad de las transacciones.

Lo anterior, hace necesario la valoración de la naturaleza pública o no de los datos incorporados en cada bloque de la cadena, por cuanto a futuro resultaría difícil o eventualmente imposible un borrado de un dato o una modificación de éste, por aplicación, por ejemplo, del “derecho al olvido”.

Tomando en consideración lo anterior, es necesario, a grandes rasgos, analizar el tipo de datos por incorporar a los bloques de la solución propuesta, los cuales en principio se pueden clasificar en datos generados sobre tres tipos básicos de transacciones:

1. Salarios: Los salarios del personal público y las deducciones legales al mismo, en el caso de Costa Rica, son considerados datos públicos por sentencias del Tribunal Constitucional; quedando fuera de esta consideración, las deducciones de naturaleza privada de cada persona o aquellas ocasionadas por órdenes judiciales singulares. Siendo estos últimos datos de naturaleza íntima, a los cuales se les debe generar un tratamiento fuera de la blockchain, tal como se propondrá más adelante.

2. Pagos de bienes y servicios: Los montos girados por adjudicaciones del Estado en bienes y servicios, son datos de naturaleza pública, al igual que las deducciones legales que por causas impositivas se vean sometidas.

3. Transferencias: Este rubro se puede subdividir en dos tipos, giros a personas jurídicas o a personas físicas. En el caso de personas jurídicas, resulta clara la publicidad de la información; sin embargo, en el supuesto de personas físicas, es un tema todavía en discusión, sobre el cual probablemente se tenga una definición del Tribunal Constitucional costarricense en un corto plazo, puesto que se ha sometido a su valoración el caso a raíz de las ayudas estatales giradas a personas afectadas por la situación de pandemia.

La información personal que es considerada pública y que en términos de la legislación costarricense se clasifique de acceso irrestricto, y que tenga relevancia en la identificación de cada transacción, debe ser incluida dentro de los bloques transaccionales. Sin embargo, aquella información de naturaleza restringida o que carezca de interés público, pero que resulta necesaria para realizar transacciones de pago, se debe manejar de una forma paralela y distribuida junto a la blockchain, con elementos de referencia y de acceso en la propia cadena; tal como existen iniciativas para manejo de este tipo en blockchain que gestionan datos personales, como la propuesta que desarrollan Grabis, Stankovski y Zarins (2020).

4.2 Trazabilidad de pagos públicos, de un derecho de acceso a un deber de exposición.

Existe un concepto que resulta diferenciador para los estados democráticos, la denominada "accountability" social; concepto explicado por Espina (2004), y consiste en un mecanismo de "control vertical", mediante el cual la ciudadanía en general y grupos civiles organizados, monitorean el actuar del funcionariado público, con el fin de denunciar actuaciones ilegales o activar mecanismos de control ante irregularidades.

Una base fundamental para el adecuado desarrollo de este tipo de mecanismos de control social es la coexistencia del "open government" (gobierno abierto) y "open data" (datos abiertos). Sin embargo, en la realidad, desgraciadamente estos términos se han usado indiscriminadamente y muchas veces de forma

que no llegan a cumplir su verdadero objetivo; más bien se encuentran viciados por ciertos mitos sobre su uso, según enlistan Janssen, Charalabidis y Zuidervijk, (2012). Uno de estos mitos de gobierno abierto surge en aquellas situaciones donde existe una manipulación de los datos de una autoridad, de previo a su presentación a la ciudadanía. Otro mito es simplemente disponer al público una serie de datos, sin control de calidad y metadatos deficitarios; es decir, una enorme cantidad de datos, pero con muy mala calidad. En ambas situaciones descritas previamente no existe un acceso real y efectivo a la data pública, a pesar de parecer herramientas de gobierno abierto.

Como respuesta a lo anterior, el uso de blockchain como parte de la infraestructura de servicios públicos cumple a la perfección con los requerimientos de un verdadero gobierno abierto y de datos abiertos, al habilitar el acceso de la ciudadanía de forma directa y clara, sobre las transacciones realizadas por sus gobernantes; y a partir de la estructuración de cada bloque, permitir ubicar con facilidad los datos que se requieran para convertirlos en información útil.

En general, los estados democráticos han desarrollado normativa referente al derecho de la ciudadanía sobre requerimientos de información a los gobiernos; y a la vez han dispuesto obligaciones de publicitar ciertas áreas específicas de datos estatales, como compras públicas, salarios y subvenciones, entre otros. El problema real es que, en una mayoría de casos, estos datos constituyen data dispersa, generada por distintos procesos gubernamentales y difícilmente se ubica en ella un nivel de detalle suficiente; más bien en una mayoría de veces son datos desactualizados que las instituciones los publican a un nivel agregado.

Sobre este tema, la región latinoamericana no es precisamente una zona que se encuentre bien ubicada en términos de acceso a información pública², y el caso de Costa Rica es aún más complicado, porque no es un país que se considere con una plataforma jurídica suficiente sobre el resguardo del acceso ciudadano a la información pública.

² <https://www.rti-rating.org/rating/>

Es bajo esta carencia, que la aplicación de tecnologías de blockchain en los gobiernos va en un sentido evolutivo; no sólo de respetar un derecho de acceso, sino más aun, de cumplir con una obligación de exposición de datos hacia la ciudadanía, con el fin de generar verdadero valor público en favor de la transparencia y la rendición de cuentas.

5. Experiencias internacionales sobre uso de blockchain en el sector público

Sobre el uso de blockchain en el sector público, Alketbi, Nasir y Talib (2018) reseñan los siguientes casos de uso:

Para gestión de identidades y manejo de registros públicos: En este apartado se ubica en Estonia la solución de *e-Resident*. Básicamente consiste en una solución habilitante para que aquellos no residentes físicos en el país puedan ser considerados residentes digitales y tener acceso a ciertos servicios de esa nación, principalmente en el área comercial. Todo lo anterior mediante un identificador digital, cuyo servicio de autenticación se realiza utilizando blockchain, conforme explican Sullivan y Burger (2017).

Para registro de bienes: En este campo se tiene la experiencia desarrollada en Honduras, reseñada por Eder (2019): experiencia que contó con el auspicio del Banco Mundial y se basó en la tecnología de blockchain de Bitcoin, con el fin de digitalizar la tenencia de tierra en ese país.

Para sistemas de votación: Se ha propuesto el uso de blockchain para transparentar el proceso de votación popular, idea expuesta por Shah, Kanchwala y Mi (2016), además de Khan, Arshad y Khan (2018); ubicándose varias propuestas interesantes de investigadores en todo el mundo, como Friðrik P. Hjálmarsson (2018) en Islandia o Bulut *et al.* (2019) en Turquía. Sin embargo, no se logró ubicar un caso de uso relevante en producción hoy en día.

Para prestación de servicios de salud: El uso de blockchain en el sector de la prestación de servicios de salud podría ser un elemento importante que logre equilibrar la protección de datos personales sensibles con la necesidad del personal médico de un acceso a información médica de forma rápida y eficiente para poder salvar vidas. Se tiene en este sentido la solución descrita por Yoon (2019). Además, se ubicaron experiencias, al menos en Taiwán³ y en los Estados Unidos de América⁴.

Para el IoT en ciudades inteligentes: La combinación de blockchain e IoT es sin duda un potenciador importante para el desarrollo de ciudades inteligentes. Países como Dubai tienen toda una estrategia de desarrollo sobre este tema⁵, con el fin de propiciar un esquema público-privado en su implementación. Se visualiza que la combinación de ambos componentes tecnológicos constituye un *“backbone”* para nuestras futuras ciudades inteligentes, como señalan Sun, Yan y Zhang (2016).

Se buscó un caso de uso sobre pagos públicos, similar al desarrollado en este trabajo, y se ubicó un caso en producción similar en la plataforma de LACCHAIN; la cual es una plataforma de desarrollo de blockchain auspiciada por el Banco Interamericano de Desarrollo, construida por Perú-Compras⁶, proyecto que consiste en dejar evidencias en una cadena de bloques sobre las órdenes de compra de bienes y servicios. Sin embargo, de la información disponible, no se logra visualizar que se use la cadena como un mecanismo transaccional en sí misma, sino simplemente como un mecanismo de registro de datos.

De la investigación realizada, amerita espacio aparte el análisis del proyecto de blockchain desarrollado por España denominado *“Alastria”*. Este país se está posicionando con una iniciativa modelo, bajo un esquema público-privado, el cual servirá de base para un ecosistema de aplicaciones y servicios de diversa naturaleza. Al buscar cubrir un primer espacio esencial para la prestación de servicios, la validación de la

3 <https://phros.io/#home>

4 <https://hashedhealth.com/about/>

5 <https://u.ae/en/about-the-uae/strategies-initiatives-and-awards/local-governments-strategies-and-plans/dubai-internet-of-things-strategy>

6 Casos de uso en <https://www.lacchain.net/>

identidad digital por medio de nodos de la cadena permitirá la creación de todo un ecosistema mediante la “tokenización” de los más diversos activos.

Sin duda es una experiencia innovadora, que facilitará incorporar la tecnología de blockchain en la vida social, e incentivará el desarrollo de una multitud de servicios sobre ella.

6. Blockchain e inteligencia artificial, kit de herramientas contra la corrupción

En línea con las experiencias citadas, la incorporación de tecnología de blockchain en infraestructura pública conllevará su constitución como una herramienta vital en la lucha contra la corrupción; lucha constante en todas las democracias, y sobre todo, en la región latinoamericana, región en la cual, salvo los admirables casos de Uruguay y Chile, la mayoría de los países se ubican entre los rangos medios y altos en la percepción ciudadana sobre corrupción⁷.

Al respecto, una parte de estas herramientas contra la corrupción deben venir del desarrollo de gobierno digital, tal como se reseñó anteriormente, como una forma en la cual la ciudadanía pueden darle trazabilidad a las actuaciones de la administración; además del seguimiento de los flujos financieros para ubicar dineros mal habidos o irregularidades, conforme propone Rocha Menocal (2015) y de acuerdo con el concepto de “accountability” social mencionado.

Actualmente esa trazabilidad de dineros públicos es sumamente complicada, y esa dificultad se acrecienta cuando se cuenta, como punto de partida, un archipiélago de instituciones que realizan pagos al sector privado, sin un detalle público de las razones por la cuales históricamente se han girado dineros a un determinado proveedor, tal como se ha descrito.

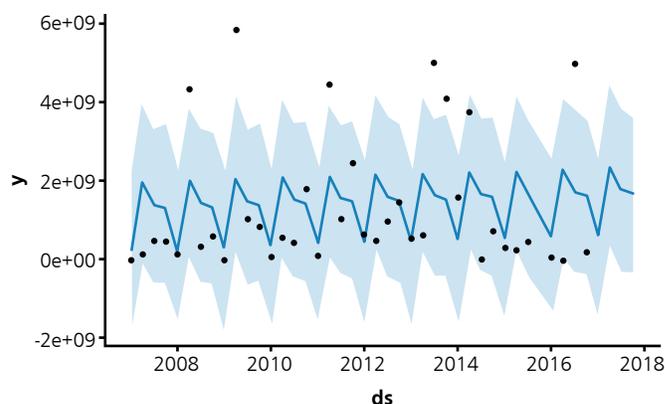
Bajo este escenario, el rastreo de pagos públicos y reconstrucción de transacciones de manera efectiva es ilusoria cuando se consideran los cientos o miles de pagos diarios que puede tener cualquier Estado moderno.

⁷ <https://www.transparency.org/en/cpi#>

En la situación anterior, las herramientas a ser incorporadas para asumir el reto de lucha efectiva contra la corrupción en cada gobierno pasan necesariamente por la combinación de una tecnología como blockchain: adicionando sobre ella una capa de inteligencia artificial que habilite la detección temprana de aquellos comportamientos atípicos o sospechosos en materia de pagos.

Para dar mayor detalle de la idea anterior, se hace una referencia de un caso real, sobre cómo se podrían combinar ambas tecnologías, en búsqueda de la transparencia en el uso de los fondos públicos.

En un análisis sobre datos reales de compras realizadas mediante procedimientos de compras directas de una institución pública costarricense relacionada con la construcción y mantenimiento de infraestructura, al correr modelos de series de tiempo basados en la data de varios años, se ubicaron adjudicaciones que se salen de la predicción generada por el modelo (ver modelo 3.1). Al hacer una revisión pormenorizada de las adjudicaciones, se determina un eventual patrón cuatrienal en esos “outliers”, coincidentes con los años preelectorales, generando indicios de la existencia de un ciclo en este tipo de procedimientos. Con esa información de base, se generaría un salto exponencial en la fiscalización y control, el poder determinar, de forma sencilla, a cuáles proveedores se han dado los pagos de esas adjudicaciones, ubicando fácilmente las empresas que intervienen en esas transacciones y el concepto de tales pagos.



Modelo 3.1: Serie de tiempo sobre adjudicaciones cuatrimestrales de institución
Fuente: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6667610406271361024/> (Página 21).

Los escenarios de lucha contra la corrupción que genera la combinación del uso de blockchain, adicionando "machine learning" o "deep learning", posibilitaría el desarrollo de controles en tiempo real, con alertas tempranas a los órganos de control y a la sociedad civil, sobre aquellos comportamientos "extraños" en los pagos públicos y abriría una nueva evolución hacia la garantía del uso correcto de los dineros ciudadanos.

7. Propuesta de solución

Actualmente se pueden ubicar a nivel presupuestario y bajo una óptica simplificada, dos grandes bloques relacionados con la aprobación presupuestaria en el sector público costarricense. A un nivel de gobierno central, la aprobación se otorga mediante Ley de Presupuesto de la República por parte de la Asamblea Legislativa. En otro nivel, se ubican los entes descentralizados, cuyo presupuesto es aprobado por la Contraloría General de la República. Para el 2019, un 39% del presupuesto fue aprobado por ley y un 61% lo fue por la Contraloría General de la República.⁸ El presupuesto del sector público costarricense para el 2019 fue preliminarmente de 27.494.235 millones de colones.

Si bien es cierto se han realizado esfuerzos importantes a nivel país para transparentar la información presupuestaria, por ejemplo, el Sistema de Información sobre Planes y Presupuestos⁹, desarrollado por la Contraloría General de la República, lo cierto del caso es que la data disponible y pública se encuentra a un alto nivel, con grandes totales de egresos por clasificador del gasto.

Aunado a lo anterior, para brindar una idea de la posible cantidad de transacciones que genera la ejecución del presupuesto como el del 2019, se realiza la siguiente estimación:

Tabla 4 1 Estimado de transacciones sobre el presupuesto 2019

Descripción procesos	Total	Transacciones de pago supuestas
Adjudicaciones bienes y servicios por partida (SICOP)	64620	64620
Planilla sector público costarricense	324.299	648598
Bonos formalizados sólo para vivienda	12844	12844
Estimado transacciones de pago en el 2019 con supuestos limitados ¹⁰		726062

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de, SICOP <https://www.sicop.go.cr/index.jsp>. Planilla estimada: nota periodística "Planilla del Estado aumentó en 1.500 personas en este gobierno", periódico "La Nación". Costa Rica, 22 de febrero 2019. Bonos de vivienda: <https://www.banhvi.fi.cr/publicaciones/estadisticas.aspx>

De los datos preliminares en la tabla anterior surge una interrogante, cómo podría un ciudadano promedio, indagar si un servidor gubernamental recibe, por ejemplo, además de los pagos por salarios u otros ingresos por concepto de adjudicaciones; o que un proveedor del Estado recibe beneficios por transferencias adicionales. Con las condiciones actuales de disposición de datos, el ejercicio anterior implica a cualquier interesado, incluyendo a un órgano de fiscalización como la Contraloría General de la República, una reconstrucción histórica de transacciones de pago registradas en distintos sistemas, con diferentes metadatos y un disímil nivel de detalle; siendo en la práctica sumamente complicado tener una trazabilidad fiable de pagos a lo largo del sector público.

Es ante tal necesidad de trazabilidad, que la opción de uso de la blockchain deviene como una elección natural para resolver dicho reto, tal como de seguido se detallan en más aspectos de la solución.

⁸ <https://drive.google.com/file/d/1rqOCLHw94KkUmg3B9IEkZSQli5MGPxKN/view?usp=sharing> / página 30.

⁹ <https://cgrweb.cgr.go.cr/apex/f?p=150210:1::NO::>

¹⁰ Supuestos limitados: Sólo se toman adjudicaciones de SICOP bajo el supuesto de un pago por adjudicación. Sólo se contabilizan bonos de vivienda para transferencias.

7.1 Correspondencia del mundo físico presupuestario al mundo blockchain

Simplificando el mundo físico, se visualiza la participación de varios actores dentro del ciclo presupuestario de la siguiente forma: unos pocos actores son los que dan el banderazo inicial sobre el presupuesto aplicable para el siguiente período anual. Una vez que se otorga ese banderazo inicial, hay dos versiones; la primera, en cuanto al presupuesto de los Poderes, sobre el cual el Ministerio de Hacienda sigue manteniendo la gestión de los pagos, conforme cada Administración remite un plan de cuotas sobre pagos por realizar, sean planillas o pagos a proveedores, siendo la Tesorería Nacional la que realiza los pagos finales mediante transferencias bancarias.

En la segunda versión, las instituciones descentralizadas, una vez aprobado su presupuesto, gestionan sus pagos de una forma más o menos autónoma, y lo que se presenta a la Contraloría General de la República es una liquidación de esos gastos, dando lugar a la existencia de distintos sistemas de pago y fuentes de información dispersas.

Si se refleja esta realidad al mundo del blockchain, se detectan dos tipos de nodos; aquellos que autorizan el presupuesto y las modificaciones a éste, y los nodos que de alguna manera gestionan los pagos finales. En un último nivel, se tendría a las personas físicas o jurídicas receptoras de una "proporción" de ese presupuesto, a raíz de relaciones comerciales, laborales o sociales con el Estado. Por último, se tiene el sistema bancario costarricense, que "resguarda" esa proporción de presupuesto girado a cada persona.

A nivel de boceto, se tendría algo similar a la siguiente imagen:

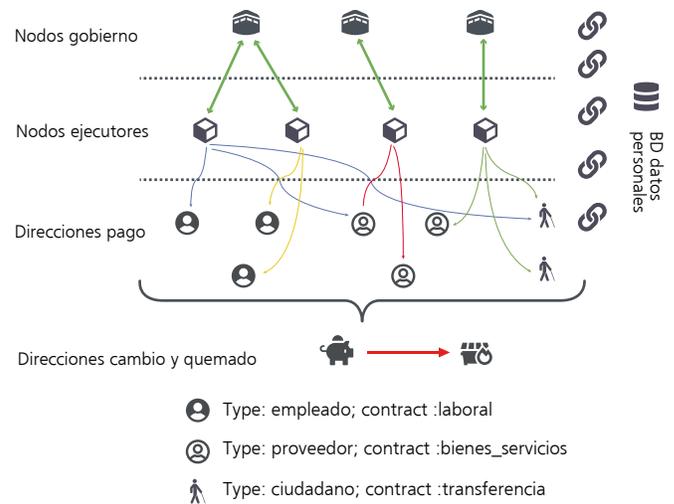


Ilustración 4. 1: Boceto inicial de la solución de una blockchain de pagos públicos.

7.2 Valor público de la solución

Este punto se refiere a una pregunta básica en cualquier inversión tecnológica, ¿qué obtendrá el país al realizar una inversión de este tipo? La respuesta a esta pregunta parte de una comparativa entre el costo total de la propiedad de la solución (TCO, por sus siglas en inglés), en proporción con las ventajas y eficiencias esperadas.

Resulta difícil realizar un ejercicio de un costo total de propiedad con una tecnología que es relativamente reciente y muy parametrizable; sin embargo, la firma Ernst and Young (2019) ha dispuesto un ejercicio interesante para estimar el costo de propiedad de una solución de blockchain, tomando en cuenta cuatro insumos básicos: 1.) Volumen transaccional diario, 2.) Tamaño de la transacción, 3.) Forma de alojamiento del nodo y 4.) Algoritmo de consenso utilizado.

En el caso de la solución propuesta, se cuentan con los siguientes valores estimados:

Tabla 4.2 Parámetros estimados de la solución

Concepto	Valor
Volumen transaccional diario	40730
Tamaño transacción estimada	Mediana (>250 bytes)
Forma de alojamiento	Data center de empresa pública
Algoritmo de consenso	No PoW, ni PoS

Fuente: Propia. Información transaccional estimada sobre cantidad de pagos masivos del Gobierno en el sistema SINPE en 2019, según información <https://www.bccr.fi.cr/en/payments-system/DocStatistics/Costa-Rica-Sistemas-de-Pago-2019.xlsx>

En el estudio de firma auditora se ubican cuatro escenarios para el uso de blockchains privadas con el modelo de costos propuestos. Dentro de esos escenarios hay dos sobre los cuales se ajusta la solución; el primero basado en algoritmos de prueba de autoridad, y el segundo bajo el algoritmo bizantino a prueba de fallos.

En todos los escenarios propuestos por esa firma sobre los casos de blockchains privadas y estimando un ciclo de vida de 5 años, el costo de implementación de la solución calculada ronda el millón de dólares norteamericanos; monto bastante razonable para las dimensiones del proyecto y al que se deben contraponer los beneficios que de seguido se detallan.

Derivado de los anterior, se pueden enumerar toda una variedad de beneficios sociales y tecnológicos sobre la implementación de una solución de este tipo. Sin embargo, se hará énfasis en los siguientes:

1. Inmediatez ciudadana, en tiempo real, sobre los pagos generados por la Administración.
2. Construcción de una herramienta para la unificación, estandarización y simplificación del proceso de pago, al hacer el mismo independiente de las autoridades que aprueban el presupuesto o que generan el pago.
3. Generación de una plataforma que habilita una mayor gobernanza al proceso de ejecución presupuestaria, abonando en este sentido a la recomendación emitida por la Contraloría General de la República de Costa Rica (2019, p.26), la cual señaló que:

“Se recomienda por lo tanto en segunda instancia a la Asamblea Legislativa en el control de la ejecución del presupuesto, la solicitud al Poder Ejecutivo de una estadística periódica y precisa sobre la liquidez disponible en el Sector Público, así como los costos asociados a esta, de tal forma que se pueda monitorear su evolución a nivel institucional para efecto de la toma de decisiones sobre el uso óptimo de los recursos en una coyuntura fiscal restrictiva como la que experimenta actualmente el país.”

4. Construcción de una base fundamental para consolidar la implementación de una capa de negocio basada en la analítica y el uso de inteligencia artificial en la detección de ineficiencias o irregularidades en el uso de los fondos públicos y generar alertas tempranas sobre tales comportamientos.

Como se observa, estos beneficios y muchos otros que no se enumeran, justifican con creces la inversión en la construcción de una plataforma como la propuesta. Pero, sobre todo existe un beneficio mayor e invaluable; el preparar y generar experiencia a nivel país en el manejo de una tecnología que se visualiza de un impacto similar al desarrollo de internet en un futuro próximo. Al final de cuenta, el mayor beneficio es generar conocimiento nacional sobre blockchain.

8. Conclusiones

Con respecto a las consideraciones de diseño analizadas, sobre una solución de prestación de servicios transaccionales referidas a componentes gubernamentales, resultan necesarias las siguientes decisiones de diseño:

- El uso de blockchain privadas o permissionadas por los riesgos que conllevan las blockchains públicas: riesgos de seguridad con el PoW, posibilidad de concentración de la gobernanza de la red en pocas manos, altos costos de transacción, ineficiencia en la resolución de bifurcaciones en algoritmos PoW en comparación con los algoritmos PoA.

- En una blockchain gubernamental sólo debe resguardarse la información personal mínima necesaria de carácter público para ejecutar la transacción. Se debe contar con un mecanismo de resguardo paralelo que preserve datos personales no públicos que sean necesarios para procesar parte de alguna de las transacciones.
- Se deben aplicar medidas que eviten o corrijan cualquier tendencia a utilizar el token como una especie de criptomoneda y generen un mercado secundario o prácticas especulativas.
- El verdadero sentido de la blockchain es servir como cadena de almacenamiento de valor y los datos deben estar ligados a la generación de ese valor; no tiene sentido utilizar la cadena como un mecanismo de almacenamiento de datos únicamente, puesto que hay mecanismos más eficientes y seguros para lograr ese objetivo.
- Resulta un derecho para cualquier ciudadano el tener un acceso inmediato y libre a la forma como sus gobernantes invierten los dineros públicos, de una manera similar a las posibilidades que tiene cualquier inversor promedio en criptomonedas de poder revisar todas las transacciones en ese mercado; y a partir de ahí, convertir esos datos en información con valor público.

Por otra parte, se clasifica como recomendable lo siguiente:

- Apostar por soluciones que se están implementado por parte de empresas reconocidas, preferiblemente tanto en el campo tecnológico como financiero.
- Aplicar estándares para la generación de componentes como el algoritmo de consenso o los tokens para reutilizar elementos compatibles con otro tipo de blockchain, como por ejemplo, Ethereum.
- Realizar un ejercicio de confrontación entre el TCO de una solución y los beneficios esperados de la misma, con el fin de justificar la inversión por realizar.

9. Bibliografía y fuentes

Alketbi, A., Nasir, Q. y Talib, M. A. (2018) 'Blockchain for government services-Use cases, security benefits and challenges', *2018 15th Learning and Technology Conference, L and T 2018*, pp. 112–119. doi: 10.1109/LT.2018.8368494.

Bulut, R. et al. (2019) 'Blockchain-Based Electronic Voting System for Elections in Turkey', *UBMK 2019 - Proceedings, 4th International Conference on Computer Science and Engineering*, pp. 183–188. doi: 10.1109/UBMK.2019.8907102.

Contraloría General de la República de Costa Rica (2019) 'La caja única del Estado y el manejo eficiente de la liquidez'.

Dowd, K. (2019) 'Bitcoin Will Still Bite the Dust', *CoinDesk*, p. 1. Available at: <https://www.coindesk.com/bitcoin-will-still-bite-the-dust>.

Eder, G. (2019) 'Digital Transformation: Blockchain and Land Titles', *2019 OECD Global anti-corruption & Integrity forum*, p. 12. Available at: http://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Georg Eder- Blockchain - Ghana_verified.pdf.

Espina, A. F. (2004) 'El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública.'. doi: 10.1017/CBO9781107415324.004.

Ernst & Young (2019) 'Total cost of ownership for blockchain solutions', [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions/\\$File/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions/$File/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions.pdf), (April), p. 16. Available at: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions/\\$File/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions/$File/ey-total-cost-of-ownership-for-blockchain-solutions.pdf).

Friðrik P. Hjálmarsson, G. K. H. (2018) 'Blockchain-Based E-Voting System', *2018 International Conference on Innovations in Science, Engineering and Technology, ICISSET 2018*, pp. 351–354. doi: 10.1109/ICISSET.2018.8745613.

- Grabis, J., Stankovski, V. y Zarins, R. (2020) 'Blockchain enabled distributed storage and sharing of personal data assets', *Proceedings - 2020 IEEE 36th International Conference on Data Engineering Workshops, ICDEW 2020*, pp. 11–17. doi: 10.1109/ICDEW49219.2020.00-13.
- Gramoli, V. (2020) 'From blockchain consensus back to Byzantine consensus', *Future Generation Computer Systems*, 107(i), pp. 760–769. doi: 10.1016/j.future.2017.09.023.
- Janssen, M., Charalabidis, Y. y Zuiderwijk, A. (2012) 'Benefits, Adoption Barriers and Myths of Open Data and Open Government', *Information Systems Management*, 29(4), pp. 258–268. doi: 10.1080/10580530.2012.716740.
- Kappos, G. et al. (2018) 'An empirical analysis of anonymity in Zcash', *Proceedings of the 27th USENIX Security Symposium*, 2017(September), pp. 463–477.
- Khan, K. M., Arshad, J. y Khan, M. M. (2018) 'Secure digital voting system based on blockchain technology', *International Journal of Electronic Government Research*, 14(1), pp. 53–62. doi: 10.4018/IJEGR.2018010103.
- Li, Y. et al. (2020) 'Traceable Monero: Anonymous Cryptocurrency with Enhanced Accountability', *IEEE Transactions on Dependable and Secure Computing*. IEEE, PP(c), pp. 1–1. doi: 10.1109/tdsc.2019.2910058.
- Nakamoto, S. (2008) 'Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System', pp. 1–9. doi: 10.2139/ssrn.3440802.
- Pacioli, L. (2020) 'Su[m]ma de arithmetica geometria proportioni [et] proportionalita', *Su[m]ma de arithmetica geometria proportioni [et] proportionalita*, pp. 1–5. doi: 10.5479/sil.440357.39088007406663.
- Prusty, N. (2018) 'Blockchain for Enterprise', *Packt Publishing Limited*.2018
- Rocha Menocal, A. (2015) 'Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them', *UK Department for International Development*, (January), pp. 1–111. doi: 10.1017/CBO9781107415324.004.
- Rodríguez - López, M., Piñeiro-Sánchez, C. y de Llano-Monelos, P. (2019) 'La tecnología Blockchain y su aplicabilidad en la Contabilidad. De la partida doble al sistema de triple entrada (Blockchain Technology and Its Applicability in Accounting. From Double to Triple Entry)', *SSRN Electronic Journal*, (1), pp. 1–14. doi: 10.2139/ssrn.3494196.
- Sayeed, S. y Marco-Gisbert, H. (2019) 'Assessing blockchain consensus and security mechanisms against the 51% attack', *Applied Sciences (Switzerland)*, 9(9). doi: 10.3390/app9091788.
- Shah, S., Kanchwala, Q. y Mi, H. (2016) 'Block Chain Voting System', p. 19. Available at: <https://www.economist.com/sites/default/files/northeastern.pdf>.
- Shubik, M. (1971) 'A theory of money and financial institutions: Fiat money and noncooperative equilibrium in a closed economy', *International Journal of Game Theory*, 1(1), pp. 243–268. doi: 10.1007/BF01753448.
- Simoyama, F. D. O. y Grigg, I. (2017) 'Triple entry ledgers with blockchain for auditing'. *Int. J. Auditing Technology*, Vol. 3, No. 3, 2017 3(3), pp. 163–183.
- Sullivan, C. y Burger, E. (2017) 'E-residency and blockchain', *Computer Law and Security Review*. Elsevier Ltd, 33(4), pp. 470–481. doi: 10.1016/j.clsr.2017.03.016.
- Sun, J., Yan, J. y Zhang, K. Z. K. (2016) 'Blockchain-based sharing services: What blockchain technology can contribute to smart cities', *Financial Innovation*. Financial Innovation, 2(1). doi: 10.1186/s40854-016-0040-y.
- Taylor, M. B. (2017) 'The evolution of bitcoin hardware', *Computer*, 50(9), pp. 58–66. doi: 10.1109/MC.2017.3571056.
- Vega Maza, M. (2019) 'El auge de blockchain y sus posibilidades reales de aplicación en los registros de las administraciones públicas', *IDP Revista de Internet Derecho y Política*, 28(28), pp. 109–126. doi: 10.7238/idp.v0i28.3154.

Vilaca, A. et al. (2017) 'Distributed ledger technical research in Central Bank of Brazil', (August), p. 32. Available at: https://www.bcb.gov.br/htms/public/microcredito/Distributed_ledger_technical_research_in_Central_Bank_of_Brazil.pdf.

Ye, C. et al. (2018) 'Analysis of security in blockchain: Case study in 51%-attack detecting', *Proceedings - 2018 5th International Conference on Dependable Systems and Their Applications, DSA 2018*. IEEE, pp. 15-24. doi: 10.1109/DSA.2018.00015.

Yoon, H. J. (2019) 'Blockchain technology and healthcare', *Healthcare Informatics Research*, 25(2), pp. 59-60. doi: 10.4258/hir.2019.25.2.59.

Zeng, L. et al. (2019) 'Seele's New Anti-ASIC Consensus Algorithm with Emphasis on Matrix Computation', pp. 2-5. Available at: <http://arxiv.org/abs/1905.04565>.

Páginas web referenciadas en orden de cita:

<https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/tipos-de-blockchain/>

<https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2019-09-12-gartner-2019-hype-cycle-for-blockchain-business-shows>

https://akeo.tech/blog/blockchain-and-dlt/enterprise-blockchains-hyperledger-fabric-corda-quorum/?utm_source=Medium&utm_medium=Neetablog&utm_campaign=blogpost

<https://www.ibm.com/blockchain/hyperledger>

<https://azure.microsoft.com/es-es/services/blockchain-service/#features>

<https://www.jpmorgan.com/global/technology/blockchain>

https://medium.com/@mateo_ventures/heres-who-s-building-on-quorum-see-the-list-b18d65aa0a2c
<https://whitepaper.ledgerium.io/>

<https://whitepaper.ledgerium.io/>

<https://9thgear.com/blog/12/11/2018/why-quorum-on-ethereum>

<https://alastria.io/en/la-red/>

<https://www.rti-rating.org/rating/>

<https://phros.io/#home>

<https://hashedhealth.com/about/>

<https://u.ae/en/about-the-uae/strategies-initiatives-and-awards/local-governments-strategies-and-plans/dubai-internet-of-things-strategy>

<https://www.lacchain.net/>

<https://www.transparency.org/en/cpi#>

<https://drive.google.com/file/d/1rqOCLHw94KkUmg3B9IEkZSqli5MGPxKN/view?usp=sharing> página 30.

<https://cgrweb.cgr.go.cr/apex/f?p=150210:1:::NO::>

“Responsabilidad de las Empresas Estatales a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 9699”



Diana Hernández Gamboa¹

Sumario

1. Introducción
2. Régimen de responsabilidad de personas jurídicas
3. Requisitos para aplicar una sanción penal a las empresas estatales
4. Compatibilidad de esta nueva responsabilidad de las empresas estatales con el principio democrático
5. Recomendaciones
6. Conclusiones
7. Referencias bibliográficas
8. Bibliografía

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Fidélitas. Máster en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Centroamérica. Fiscal del Ministerio Público desde 2008, con experiencia en delincuencia económica, organizada, electoral y de corrupción.



Palabras clave: Responsabilidad del estado, personas jurídicas, capacidad jurídica, independencia patrimonial, empresas estatales, clasificación de empresas estatales, corrupción, delitos funcionales, organización para la cooperación y el desarrollo económicos, convención anticohecho, requisitos para aplicar una sanción penal, posición de garante, sistema de *compliance*, principio democrático, principio de igualdad, fin público.

1. Introducción

La responsabilidad del Estado, como bien sabemos, ha evolucionado históricamente hasta alcanzar características y reglas propias de un estado democrático de derecho, que desembocan en el respeto de los derechos fundamentales como límite para la actuación de aquel. Esa exigencia se ha impuesto a todas las áreas de la función pública, incluyendo tanto a las instituciones en sí mismas, como a las personas que laboran en éstas.

Al organizarse algunas actividades estatales y servicios públicos en la forma de empresas, en principio, para tratar de solventar una necesidad común en la sociedad, resulta imperioso verificar cómo aplicar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas a las empresas estatales. Así, en el primer capítulo se examinará ese régimen, iniciando por la capacidad y personalidad jurídicas que ostentan, su independencia patrimonial con respecto a sus socios, y la limitación de la responsabilidad de sus actos por tal motivo. Seguidamente, se verá el concepto de empresa pública, con sus características diferenciadoras y una clasificación de las existentes en Costa Rica. Se finalizará con el alcance de la Ley No. 9699 sobre Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y otros Delitos, como una nueva forma de contraer obligaciones por parte del Estado, y que se aprobó como parte de las obligaciones internacionales de Costa Rica al ser parte de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE).

En el segundo capítulo, se detallarán los requisitos para aplicar una sanción penal a las empresas estatales, ya que la Ley No. 9699 estableció algunas reglas distintas para éstas. Así, se verá por cuáles delitos funcionales responde y la conveniencia de tal excepción, para de seguido analizar la importancia del modelo de organización, prevención de delitos, gestión y control, conocido en doctrina como *compliance*, junto con el contenido que debería tener tal modelo en las personas jurídicas estatales; y las directrices de OCDE al respecto. Se analizarán asimismo las sanciones a las que se enfrentarían estas sociedades, y los supuestos de atenuación de la pena a imponer.

En el tercer y último capítulo se verificará la compatibilidad de esta nueva responsabilidad con el principio democrático, para efectos de su aplicación a las sociedades del Estado. Para ello, se analizará brevemente dicho principio rector, como guía de las actuaciones estatales, y en especial del *ius puniendi*. A continuación, se verá la dicotomía entre la responsabilidad penal concebida tradicionalmente como personalísima, versus la capacidad de una persona jurídica para cometer un delito. Se analizará, por último, si se trata de una responsabilidad objetiva, y cómo se aplican las penas a las empresas estatales, con independencia de las sanciones a sus integrantes.

Finalmente, se procederá con las conclusiones de la investigación realizada, incluyendo algunas propuestas de reforma de la ley No. 9699, y la viabilidad de esta nueva responsabilidad para las empresas estatales, con vista en los compromisos internacionales adquiridos sobre el tema.

2. Régimen de responsabilidad de personas jurídicas

El Código Civil costarricense determina en su articulado, que existen tanto personas físicas como jurídicas, las cuales cuentan con distintos derechos y atribuciones, así como deberes. Como es conocido, la persona física o natural es todo ser humano, sin importar sus condiciones socioeconómicas, de etnia, religión, orientación sexual o cualquier otro aspecto de su individualidad, pues tendrá ante la ley los mismos derechos y protección estatal.

Por su lado, las personas jurídicas –o morales como se les suele conocer en doctrina– deben “nacer” a la vida jurídica de alguna manera más formal, por lo que el numeral 33 del cuerpo normativo referido determina que su existencia debe provenir de la ley o de un convenio conforme a la ley, que entenderíamos como un contrato. Así, tanto este Código, y en especial su homólogo de Comercio, establecen una serie de formas asociativas en que se puede organizar una persona jurídica, con requisitos específicos para cada figura, como, por ejemplo, los institutos tradicionales de una sociedad anónima, en comandita, fundaciones, entre otras; pero también las nuevas figuras comerciales, como el *holding*. Conforme al canon 34, además, las personas jurídicas se consideran extintas cuando dejan de existir conforme a la ley, como sucede, por ejemplo, por cumplimiento del plazo por el cual fueron constituidas, o bien, por fusión o absorción con otra empresa.

En doctrina nacional, se ha entendido que la persona jurídica cuenta con personalidad jurídica reconocida por ley, para que las personas allí reunidas puedan actuar válidamente, conforme al fin que persiguen (que suele ser de lucro, aunque no necesariamente). Sobre el tema de la capacidad, el Código Civil es claro al indicar lo siguiente:

Artículo 36.- La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal; en las personas jurídicas, por la ley que las regula.

Como bien lo indican Avendaño Vargas, L.D. y Sánchez Bertarioni, A.L. en su tesis con respecto a esta personalidad jurídica:

(...) la capacidad jurídica es el principal atributo de la personalidad jurídica, debido a que le permite no solo atribuirse derechos y deberes, sino que le brinda intrínsecamente la posibilidad de hacerse con la capacidad de actuar, en otras palabras, es la que le permite ejercer actividades por medio de sus representantes y que las mismas sean imputables enteramente a esta. Sobre la forma

en que se exterioriza la voluntad de la persona jurídica, la misma es ejercida por el ente jurídico a través de alguno o algunos de sus miembros, el cual realiza todos los actos, a nombre y cuenta de la persona jurídica. (Avendaño Vargas, L.D. y Sánchez Bertarioni, A.L., 2015, p.13)

De ello se desprende que las restricciones a la capacidad jurídica y de actuar de las personas jurídicas es propia e independiente. De ahí que son centro de imputación de derechos y deberes, y pueden adquirir y poseer bienes de toda clase y ejercitar esos derechos. Empero, al igual que las personas físicas, cuentan con limitaciones de índole patrimonial y moral, e inclusive condicionadas al tiempo, para poder realizar transacciones económicas, según lo ordena el ordinal 43 del Código Civil, que estipula lo siguiente:

Artículo 34. Las personas jurídicas por tiempo ilimitado y las que aunque por tiempo limitado no tienen por objeto el lucro no podrán adquirir bienes inmuebles a título oneroso; y los que adquieran a título gratuito serán convertidos en valores muebles dentro de un año contado desde la adquisición. Si no se hiciera la conversión en ese tiempo, el Estado podrá hacerlos rematar judicialmente, entregando a la respectiva entidad el producto líquido de la venta.

Esta prohibición no comprende al Estado, sus instituciones, Municipalidades y las Asociaciones Cooperativas, ni a los bienes inmuebles que fueren indispensables para el cumplimiento de los fines de las personas jurídicas mencionadas en este artículo.

Como parte de los requisitos de ley que se examinan, se exige que las personas jurídicas cuenten con un domicilio, que será, siguiendo el artículo 61 del Código de rito, el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo que sus estatutos o leyes especiales indicaran un lugar distinto. Asimismo, en cuanto a la existencia de agencias o sucursales permanentes en lugares diversos al de su dirección o administración, se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia, respecto a los actos o contratos que ejecuten o celebren allí.

Es de resaltar que dichos negocios jurídicos vinculan a la persona moral como tal, y no así, en tesis de principio, a sus socios. Ello pues cuentan con independencia patrimonial, lo que a su vez implica una limitación de la responsabilidad de sus actos. El patrimonio de la persona jurídica es propio, y se encuentra separado del patrimonio individual de cada uno de los miembros. Así, cada uno de los bienes que se aportan a la persona jurídica, pertenecen sólo a ésta, e inclusive sus miembros podrían afectar a aquélla si pretenden confundir ese patrimonio con el propio, como ocurre con el delito de la administración fraudulenta (artículo 222 del Código Penal). Allí, aunque la persona sea el dueño de todo o parte del capital social de una persona jurídica, si realiza una acción que la perjudica, sea alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores, o empleándolos abusiva o indebidamente, cometerá el delito en contra de esa persona jurídica.

No será válido entonces que, aunque sus socios hayan aportado originalmente los bienes de la persona jurídica, decidan disponer con los bienes de ésta, si es sólo para satisfacer intereses o fines propios, pues podrían perjudicarla con ello, y responderán penal y civilmente por ello. Asimismo, conforme se adelantó, el principio de limitación de la responsabilidad implica que la persona jurídica responde por sus actuaciones a título de tal, sin que el patrimonio personal de los socios o miembros deba enfrentarse para responder por las obligaciones que contraiga la persona jurídica con terceros, pues constituiría casi una responsabilidad objetiva, que denominaremos ampliada, y que trasciende a esta entidad jurídica como tal, para convertirla en una especie de generadora de responsabilidad para sus miembros –personas físicas– por actuaciones que no realizaron a título personal.

Este tema es de especial trascendencia para los efectos de este trabajo, pues, en similar tono, se ha malentendido, a nuestro parecer, que la responsabilidad penal de personas jurídicas busca la encarcelación de sus representantes legales, por actuaciones imputables a las primeras; cuando en realidad la sanción a la persona moral es independiente de la sanción a la física, como se verá más adelante.

Estamos en un mundo de sociedades, pues son éstas las que contratan, tienen derechos y adquieren obligaciones. Sin embargo, el término sociedad es ambivalente, pues puede hacer referencia a la persona jurídica, como resultado de la inscripción en el registro correspondiente, o también al acto jurídico en donde nace a la vida contractual esta agrupación de personas. Siguiendo la posición del Dr. Gastón Certad, la sociedad es un contrato, al igual que lo son las compraventas y fianzas, por ejemplo. Es entonces un negocio jurídico, pero ese hecho no significa que son iguales, sino que participan de las características generales del negocio jurídico: cuentan con voluntad, objeto, causa, y motivo. El artículo 17 del Código de Comercio establece cuáles son sociedades mercantiles con independencia de su objeto, que sería la actividad que realiza, aunque dice “fin”. Para dicho jurista, todo contrato societario tiene tres elementos esenciales, en los que concurren sus participantes, a saber:

a) de medios (...) es necesario además que cada aporte ingrese en un fondo común perteneciente a todos los socios y dotado de una más o menos amplia autonomía patrimonial (...); b) de poderes (...) la voluntad determinativa de la actividad misma debe envolver a todos los participantes del pacto societario; y c) de utilidades; en el sentido que los resultados positivos de la actividad social deben recaer sobre todos los participantes del ente. (Certad Maroto, 1999, pp. 53-54)

Lo anterior nos permite concluir que existe una estrecha relación de los participantes de la sociedad -entendida en sentido amplio- pues persiguen un fin común, y por ende, en atención al artículo 41 constitucional, debe ser responsable, como persona jurídica, de los daños y perjuicios que ocasionen con su actuar, tenga éste o no un fin de lucro.

En el caso de las empresas estatales, objeto de este trabajo, cumplen precisamente con todas las características recién apuntadas, con la particularidad de que su titular es una administración pública, que la administra y maneja, para actuar de una forma activa en la economía, en razón de un interés público en esa incursión. En palabras del jurista español García de Enterría, las empresas públicas se pueden entender de la siguiente manera:

(...) empresas organizadas y gestionadas por la Administración con las cuales actúa directamente en el mundo económico de la producción y de los servicios, fenómeno desconocido por el Derecho Administrativo clásico, que más bien sancionaba la incapacidad económica de la Administración y de sus organizaciones por la reserva expresa de dicho mundo a la sociedad. (García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T., 1996, p.402).

La jurisprudencia nacional las ha reconocido como parte de la organización del Estado, con características diferenciadoras que justifican su existencia jurídica. Al respecto, el autor Eduardo Ortiz Ortiz, citado por la Sala Segunda, ha reconocido el siguiente concepto de empresa pública:

(...) son entidades legalmente destinadas a autofinanciarse, con prescindencia de subvenciones, dotaciones o tributos especiales, a través de su actividad de competencia en un libre mercado. Esta su presunta parificación con el competidor privado dentro del mercado libre obliga a sujetar su organización y/o funcionamiento al derecho mercantil o, excepcionalmente, al civil, en bien de la rapidez, de la competitividad, y, sobre todo, de la libertad de maniobra. (...) (Justicia Administrativa Costarricense: cuatro estudios: San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1990, páginas 119 y 120). (Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda, 1997, sentencia 97-292).

La otra característica diferenciadora de las empresas estatales, con respecto a sus homólogas privadas, es que además del fin de lucro que persiguen, también deben tener como mira satisfacer un fin o interés público, como se indicó. Ello implica que están sometidas a dos regímenes: de derecho público por utilizar fondos públicos para alcanzar sus fines, lo que significa que deben cumplir con el principio de legalidad; al tiempo que su actividad empresarial se rige por las normas del derecho común. En palabras de nuestra Sala Constitucional:

(...) todos aquellos aspectos relacionados a la organización y el ejercicio de ciertas potestades o competencias eminentemente administrativas, se

rigen por el Derecho administrativo y en lo relativo a la actividad empresarial por el Derecho privado. Sobre este particular, el artículo 3º, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública establece que "El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario", por su parte, el párrafo 2º dispone que "El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro pueden estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes". Se trata, como se ve, de supuestos en que los entes públicos ejercitan una capacidad de Derecho público y otra de Derecho privado (artículo 1º de la Ley General de la Administración Pública). (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 2019, sentencia 18050-2019. En similar sentido sobre el doble régimen jurídico, ver sentencia 9226-2019 de esa misma Sala).

En nuestro país, contamos con varios tipos de empresas públicas, que comparten las características indicadas. Siguiendo la clasificación Jinesta Lobo, E. (2002, pp. 112-121), primeramente se cuenta con las empresas públicas como entes de derecho público, en donde el modelo de organización empleado ha sido el de institución autónoma. Este tipo de empresas se rigen, en cuanto a la organización y el ejercicio de ciertas potestades o competencias eminentemente administrativas, por el Derecho Administrativo; y en lo relativo a la actividad empresarial, por el Derecho Privado. Ejemplos de ello se encuentran en el Instituto Costarricense de Electricidad, Radiográfica Costarricense, S.A. y el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico.

También contamos con la empresa pública –órgano público, en donde el ente público no tiene como misión principal la actividad empresarial, que pasa a tener un carácter secundario, para lo cual se crea un órgano específico con una competencia exclusiva y un grado relevante de independencia administrativa. Se ejemplifica con claridad con la Fábrica Nacional de Licores, que es un órgano de desconcentración máxima del Consejo Nacional de Producción.

Finalmente, se encuentra en Costa Rica la empresa pública – ente de derecho privado, en donde las Administraciones Públicas acuden a la figura de la sociedad anónima, propia del derecho civil, para realizar una actividad industrial, o comercial o agropecuaria, en la que se involucra algún fin o interés público; tal y como ocurre con la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. y Correos de Costa Rica, S.A.

Ahora bien, a raíz de la aprobación de la Ley No. 9699, sobre Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y otros Delitos, el régimen de responsabilidad de las personas morales se vio parcialmente ampliado, incluyendo a las empresas estatales. Indicamos que es parcial, ya que el artículo primero de esa Ley No. 9699 se limita únicamente respecto de la comisión de delitos contra los deberes de la función pública, tanto los contenidos en la ley especial de la materia, como la mayoría de las figuras típicas del título XV del Código Penal; no a la generalidad de tipos penales de nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

Artículo 1.- La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos contemplados en la Ley N.º 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.º 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.

Si bien se comprende la urgencia del legislador de aprobar esta ley en los términos indicados –como otra herramienta más para combatir la corrupción– en

realidad se quedó corto al excluir otras delincuencias en las que han venido participando activamente empresas y sociedades para causar el resultado no querido por el ordenamiento, como los delitos ambientales y los tributarios, por ejemplo, en los cuales es bien conocido que participan de lleno las estructuras societarias para obtener algún tipo de beneficio, como lo sería uno de carácter fiscal u obtener una contratación pública.

En que respecta al alcance de esta normativa, el artículo 2 estipula que sus disposiciones son aplicables a las siguientes personas:

a) Las personas jurídicas de derecho privado costarricense o extranjero, domiciliado, residente o con operaciones en el país.

b) Las empresas públicas estatales y no estatales y las instituciones autónomas, que estén vinculadas con relaciones comerciales internacionales y cometan el delito de soborno transnacional, así como los delitos de receptación, legalización o encubrimiento de bienes, producto del soborno transnacional.

En sus siguientes párrafos, este numeral 2 estipula cómo se debe comprender el término persona jurídica, y lo amplía inclusive a figuras societarias de hecho. En su último acápite, se establece una posición de garante a las sociedades, al imponerles un deber legal de evitar el resultado dañino de la comisión de delitos de corrupción, a saber:

Las personas jurídicas descritas en los párrafos anteriores tienen el deber legal de evitar la comisión de los delitos descritos en el artículo 1 de esta Ley. En caso de no hacerlo, serán responsables penalmente según lo establecido en el artículo 18 de la Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970.

Es de especial importancia este artículo, ya que genera una posición de garante a las personas jurídicas, incluidas las empresas estatales, de evitar que se produzca el resultado dañino generador de responsabilidad, con lo que se consuma la acción con la sola inercia de la Administración. Como bien lo indica la doctrina:

La posición de garante es la obligación especial que les corresponde a ciertas personas, de evitar que se produzca un determinado resultado. El sujeto activo de los delitos de comisión por omisión, no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino solo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo. Son conocidos por esta razón como delitos especiales. (Sánchez Romero, C. y Rojas Chacón, J.A., 2009, p. 66)

Esto se podría considerar prácticamente una responsabilidad reforzada, pues la empresa responderá no sólo por sus acciones, sino también –y especialmente– por sus omisiones, lo cual resulta más acorde con el principio democrático de responsabilidad del Estado, como se verá *infra* en este trabajo.

Es de destacarse que, en Costa Rica, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en actos de corrupción surgió a raíz del proceso de incorporación del país a la OCDE, la cual exige como parte de los requisitos para formar parte de la organización, adherirse a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (conocida como Convención Anticohecho) y contar con legislación anticohecho, que incluya responsabilizar a personas jurídicas por participar en ciertos delitos funcionales, como el soborno trasnacional.

En América Latina, los siguientes países son los que cuentan con legislación al respecto, algunos de los cuales, como Chile, la promovieron al igual que Costa Rica, por exigencia de la OCDE: Belice, Ley para la Prevención de la Corrupción de 2007; Chile, Ley sobre la Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas; Colombia, Ley 1474 de 2011 Código de Procedimiento Penal; El Salvador, Código Penal; Guatemala, Código Penal; Jamaica, Ley de Prevención de la Corrupción; México, Código Penal Federal y Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas; Nicaragua, Código Penal; Panamá, Código Penal; Perú, Código Penal; y República Dominicana, Ley 448-06, Soborno en el Comercio y la Inversión.

Empero, a pesar de aprobarse la Ley No. 9699 que nos ocupa, en la evaluación de fase II de implementación de la Convención referida surgieron críticas y recomendaciones para reformar esa normativa, algunas en razón de que se brinda un tratamiento diferenciado a las empresas estatales para responsabilizarlas por participar en delitos de corrupción, como se verá en el siguiente capítulo.

Es de resaltar que OCDE es un organismo internacional en donde los gobiernos de sus países miembros trabajan conjuntamente para nivelar sus respuestas ante los desafíos económicos, sociales y de gobernanza relacionados con la productividad, la estabilidad macroeconómica y el desarrollo igualitario. Busca soluciones globales a problemas comunes, pero sin brindar financiamiento a los países, ya que busca las mejores prácticas en los temas de su interés, incluyendo la lucha contra la corrupción. La integración de Costa Rica a la OCDE implicó una revisión de todo su ordenamiento jurídico, con la aprobación de reformas estructurales en temas claves para la gobernabilidad del país y lo que se espera que sea un exitoso desarrollo económico, al estar dentro de este “club de países ricos”, como se le suele llamar. La pertenencia como miembro asegura a los inversionistas que el país cumple con los altos estándares de calidad de OCDE, por lo que resulta de suma importancia adecuarse a las recomendaciones que sus órganos y grupos de trabajo emiten, para evitar además las sanciones que prevén los instrumentos internacionales que surgen de su seno.

3. Requisitos para aplicar una sanción penal a las empresas estatales

Como se indicó, la Convención Anticohecho de OCDE exige que los países responsabilicen a las personas jurídicas por participar en el delito de soborno trasnacional, así como el lavado de bienes producto de ese hecho. Un estudio de 2016 realizado por la División Anticorrupción de la OCDE determinó que, para ese momento, todos los países miembros de su Convención (Costa Rica la firmó hasta 2017) aplicaban sanciones penales sin discusión a empresas privadas, pero sólo el 83% de ellas lo aplicaban a las empresas estatales;

mientras que en al menos 4 países no quedaba clara su legislación de si realmente se podía responsabilizarlas también, como ocurre con Portugal, Eslovaquia, Suráfrica y Turquía (OCDE, 2016a).

Ante esa exigencia, en nuestro país se optó porque esa responsabilidad fuera de carácter penal –aunque podría haber sido administrativa–, aplicable tanto a compañías privadas como públicas; e igualmente que aplicara no sólo al cohecho trasnacional, pero también para figuras de corrupción domésticas. En el caso de las empresas estatales, sin embargo, se utilizan algunas reglas distintas que serán analizadas en este capítulo.

En primer lugar, según el artículo 2, inciso b) ya transcrito *supra*, las empresas públicas estatales y no estatales, así como las instituciones autónomas, tendrán responsabilidad penal en el tanto participen de los delitos específicamente allí establecidos, no de todos los ilícitos funcionales, sino solamente para el soborno trasnacional y la receptación, legalización o encubrimiento de bienes, producto de ese delito. Como se nota, a diferencia de las sociedades de origen privado, que responden por todo el catálogo de tipos penales indicados en el artículo 1 de la Ley, las públicas sólo lo hacen en esos dos supuestos. Al respecto, cuando el país fue evaluado en la fase 2 de implementación de la Convención, los examinadores y el Grupo de Trabajo Anticohecho de OCDE resaltaron la necesidad de que las empresas estatales respondieran también por falsificación de registros contables, por ser un delito conexo al soborno trasnacional, para así asegurar que la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de esa actividad sean eficaces. (OCDE, 2020, recomendación 15).

Empero, se considera que es una distinción innecesaria creada por ley, y que deberían responder también por su participación en la comisión de ilícitos de corrupción domésticos, no sólo aquellas conductas vinculadas con el soborno trasnacional. Si realmente las empresas estatales entran a competir en el mercado en condiciones de igualdad, en caso de incumplir sus deberes de vigilancia y prevención del delito, debe dárseles el mismo tratamiento que a las empresas privadas. De lo contrario, *prima facie* cuentan con una ventaja competitiva, pues sus faltas

son sancionadas de manera diversa, y no deben invertir en su modelo corporativo como sí lo hacen las personas jurídicas particulares.

Precisamente sobre este tema, en segundo lugar, otra diferencia palpable en cuanto a la aplicación de sanciones penales a las empresas estatales la encontramos en el modelo de organización, prevención de delitos, gestión y control, conocido como *compliance* o gobierno corporativo. El Título II de la Ley 9699 establece ese modelo como facultativo y no obligatorio; aunque, en realidad, dadas las consecuencias que surgen para las personas jurídicas por no contar con aquel, indirectamente sí termina siendo forzoso y de necesaria implementación para eludir una responsabilidad penal en la comisión de delitos de corrupción.

En términos muy amplios es que se expresa la Ley 9699, pues sólo dispone que los requisitos mínimos de este modelo deben incorporarse en el sistema de control interno de las empresas públicas estatales y no estatales, y las instituciones autónomas públicas; en lugar de exigirlo como un gobierno corporativo fortalecido y de estricta aplicación en las compañías estatales. Así lo indica el siguiente numeral de la Ley del tema:

ARTÍCULO 9- Empresas públicas estatales y no estatales, y las instituciones autónomas. El Sistema de Control Interno de las empresas públicas estatales y no estatales, y las instituciones autónomas públicas, regulado en la Ley N.º 8292, Ley General de Control Interno, de 27 de agosto de 2002, deberá incorporar los requerimientos mínimos del modelo de organización, prevención de delitos, gestión y control que regula el artículo 8 de la presente ley.

Este sistema de *compliance* de índole pública busca ser un sistema para prevenir la corrupción, que incluya no sólo los tradicionales controles impuestos por Ley, sino un verdadero modelo que organice a las empresas públicas, su gestión y control de riesgos, para evitar la comisión de delitos. Y es que la corrupción pública no implica sólo el quebrantamiento de reglas éticas y legales, y el beneficio de los funcionarios que actúan, sino, más allá de eso, una afectación para toda la

colectividad, que incluso podría perder la confianza en la función pública a raíz de esos hechos, cuando se percibe como una corrupción sistémica, permanente en el tiempo.

El contenido concreto de tal modelo de prevención y detección del delito variará según las particularidades de cada empresa estatal, aunque sí deberá incluir los requerimientos del ordinal 8 de la Ley 9699; y siempre requerirá de un análisis del giro de la empresa, y determinar de previo quién será el encargado de supervisar su cumplimiento. También debe tomar en cuenta normativa general, como la relativa a prevención de conflictos de interés y códigos de conducta, pero ello implica un estudio, para que sea un modelo efectivo y no sólo de papel. Como bien lo resume Estepa Domínguez (2012), se realiza de la siguiente manera:

En primer lugar procederá una fase de análisis o auditora que nos servirá para conocer a partir del análisis de las actividades de la empresa y el organigrama de la misma, los procesos de la misma susceptibles de generar ilícitos penales. En base a la información obtenida se realizará el correspondiente Plan de Control o Prevención (...) Una vez redactado e implantado el correspondiente programa específico corresponderá bien a los directivos de la empresa bien al órgano creado ad hoc al efecto la labor de vigilar por el cumplimiento del programa y su constante actualización (...) (Estepa Domínguez, 2012, p. 30)

Este modelo de *compliance* es esencial al momento de verificar la responsabilidad de la persona jurídica, incluyendo a las empresas estatales, ya que, realizando una interpretación *a contrario sensu* del artículo 12, inciso d) de la Ley 9699, si no cuentan con un modelo de prevención del delito, siempre responden por el ilícito, y únicamente podrían acceder a una atenuación de la pena a imponer, hasta en un 40%, cuando demuestren que ocurrió alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Que el modelo de *compliance* sí existía y que fue adoptado e implementado con eficacia, antes de la comisión del delito.
- b. Que aquel fue 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.

c. Que el delito fue cometido eludiendo fraudulentamente el modelo.

d. Que no se produjo una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano a cargo del programa de *compliance*.

La normativa vigente entonces, parte siempre de la existencia de este modelo de prevención y control de riesgos, dentro de cualquier empresa, incluidas las estatales, y, en caso de no contar con aquel, se sujeta a las sanciones que se verán. Inclusive contando con este modelo, una persona jurídica pública podría enfrentarse a una pena reducida cuando se dan las circunstancias dichas, no a una exoneración, pues siempre deberá responder por la comisión de los delitos indicados en el inciso b) del artículo 2 de la Ley 9699.

En lo atinente al modelo de *compliance* en empresas estatales, la OCDE emitió directrices para que los países garanticen que éstas operen de manera eficiente, transparente y responsable, en siete áreas de interés que deben regir la gestión de toda compañía de esa índole, para evitar conflictos de interés y prevenir la comisión de delitos; a saber:

1. Razones que justifican la propiedad pública: se ejerce en interés de los ciudadanos, con rendición de cuentas públicas.
2. El papel del Estado como propietario: debe procurar la transparencia, responsabilidad, profesionalidad y eficacia en la gestión de esas personas morales, con Consejos de Administración que promuevan las acciones de *compliance* a lo interno de éstas.
3. Las empresas públicas en el mercado deben actuar en igualdad de condiciones y bajo competencia leal.
4. Tratamiento equitativo de los accionistas y otros inversores no estatales.
5. Relaciones con los actores interesados y responsabilidad empresarial: resaltan el papel de los Consejos de Administración de las empresas públicas, pues deben adoptar, aplicar, supervisar y

difundir sus métodos de control interno, códigos éticos y programas de cumplimiento para prevenir el fraude y la corrupción.

6. Publicidad y transparencia en su gestión contable y financiera.

7. Responsabilidades de los consejos de administración de empresas públicas, que deben ser íntegros y transparentes. (OCDE, 2016b, pp. 19-30).

Por otro lado, como se ha podido denotar, la Ley No. 9699 determinó las penas propias para las personas jurídicas –no para sus integrantes– en caso de demostrarse que participaron criminalmente. Estas sanciones están descritas en el numeral 11 de dicha normativa, que estipula las siguientes penas principales y accesorias a aplicar, con algunas reglas diferenciadoras para las empresas estatales, según se destaca de seguido:

Principales:

a) *En todos los delitos aplicables a la presente ley siempre se impondrá una sanción de multa de mil hasta diez mil salarios base, con excepción de las empresas contempladas en el artículo 10 de la presente ley a las cuales se les impondrá una sanción de multa de treinta a doscientos salarios base. Si el delito está relacionado 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 y, además, inhabilitación para participar en procedimientos de contratación pública por diez años.*

La determinación del monto de la multa a imponer a las empresas públicas estatales y no estatales, y las instituciones autónomas, deberá considerar la eventual afectación a la prestación de los servicios públicos que pudiera ocasionar la carga económica.

b) *Pérdida o suspensión de los beneficios o subsidios estatales de los que goce, por un plazo de tres a diez años.*

c) *Inhabilitación para obtener subvenciones y*

ayudas públicas para contratar o participar en concursos o licitaciones públicas o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, por un plazo de tres a diez años. La inhabilitación se extenderá a las personas jurídicas controladas por la persona jurídica directamente responsable, a sus matrices y a sus subordinadas.

d) *Inhabilitación para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social, por un plazo de tres a diez años. La inhabilitación se extenderá a las personas jurídicas controladas por la persona jurídica directamente responsable, a sus matrices y a sus subordinadas.*

e) *Cancelación total o parcial del permiso de operación o funcionamiento, las concesiones o contrataciones obtenidas producto del delito. Esta pena no se aplicará en el caso de que pueda causar graves consecuencias sociales o daños serios al interés público, como resultado de su aplicación.*

f) *Disolución de la persona jurídica. Esta sanción solo podrá aplicarse si la persona jurídica hubiera sido creada al solo efecto de la comisión del delito o si la comisión de delitos constituye su principal actividad. **Esta pena no se aplicará a las empresas públicas estatales o no estatales ni a las instituciones autónomas (...)***

La aplicación de las penas previstas en la presente ley no excluye las eventuales penas por conductas en que hayan incurrido los funcionarios públicos o los particulares; tampoco excluye la posibilidad de exigir la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

Accesorias: Publicación en el diario oficial u otro de circulación nacional de un extracto de la sentencia que contenga la parte dispositiva del fallo condenatorio firme. La persona jurídica correrá con los costos de la publicación. (Los resaltados son propios).

Véase que todas estas sanciones inciden en la persona jurídica como tal, y no en sus representantes, ni en la

imposición de una pena privativa de libertad a éstos. De ahí que incluso, de forma muy coherente con el artículo 39 constitucional, se aclara que estas penas no impiden imponer sanciones a las personas físicas que participen del delito, con lo que entendemos que el legislador en efecto comprendió la diferencia entre una imputación objetiva pura y simple, y lo que sería atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas que participen activamente de un delito, con dominio del hecho en su comisión.

También debe llamarse la atención sobre el último párrafo referido a las penas principales, pues aplicar cualesquiera de esas sanciones no impide condenar también a las personas físicas, sean éstas funcionarios públicos o particulares. La concurrencia de ambas responsabilidades, en efecto, es el modo de operar usual, ya que las sociedades en sí mismas requieren forzosamente de actuaciones de los individuos, sin que unas y otros se eximan de responder por la conducta delictiva. Por eso:

(...) es necesario introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues en gran medida las conductas descritas como delitos y que afectan en gran medida a la corrupción son realizadas a partir de la empresa o para favorecer la actividad comercial de una empresa. (Bacigalupo, S. y Lizcano, J., 2013, p. 60)

Dado que las empresas estatales también participan en contrataciones, y en general, en una actividad productiva que implica negociaciones comerciales, no están exentas de ser parte de hechos delictivos, pero su responsabilidad debe adaptarse a su realidad, sea, que forman parte del aparato estatal, y por ello, en principio, velan o persiguen algún interés público. Así, un tercer aspecto diferenciador está en la aplicación de las sanciones, dado que, en el caso de la multa como sanción principal e ineludible, el segundo párrafo establece una regla para determinar ese monto de la multa para las personas jurídicas estatales, que es "considerar la eventual afectación a la prestación de los servicios públicos que pudiera ocasionar la carga económica", pues finalmente esos recursos podrían ser públicos, lo cual generaría una afectación todavía mayor a la sociedad. Este aspecto fue criticado en la

evaluación de la fase 2 de la Convención Anticohecho de OCDE, pues señalaron que esos ítems no podían ser tomados en cuenta al momento de imponer una sanción, por prohibirlo así su numeral 5. El reporte publicado en junio de 2020 indicó lo siguiente:

Estas disposiciones podrían aplicarse de manera incompatible con el artículo 5 de la Convención. El artículo 5 prohíbe la consideración de los factores de interés económico nacional, los posibles efectos en las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas físicas o jurídicas involucradas en los casos de soborno transnacional. Los términos "daños graves al interés público" y "graves consecuencias sociales" no están definidos. (...) Los evaluadores recomiendan que Costa Rica modifique la Ley 9699 para garantizar que los factores prohibidos por el artículo 5 de la Convención no influyan en las sanciones contra personas jurídicas (...) (OCDE, 2020, párrafo 287).

No se comparte esta posición brindada por el equipo evaluador de OCDE sobre las supuestas restricciones o factores a tomar en cuenta para aplicar sanciones a las personas jurídicas en general, y en lo que interesa, a las empresas estatales en particular. El ordinal 5 de la Convención lo que prohíbe es que el interés económico nacional influya en esa aplicación, y en el caso de las instituciones estatales a las que se les aplica la Ley 9699, no es posible imponerles una pena sin valorar primero que no se vaya a causar un mayor daño con ésta del ya causado con el delito cometido; sin que ello esté ligado a ese interés económico nacional prohibido por la Convención. Siempre deberá ponderarse si la multa ocasionará daños graves al Estado o a la prestación de un servicio público, pues ello afecta toda la colectividad, no sólo a empresa multada. Esta diferenciación es necesaria en un país como el nuestro en el que todavía muchos servicios públicos son brindados por empresas estatales e instituciones autónomas. La manera de financiar esa pena pecuniaria deberá ser calculada con sumo cuidado por la persona jurídica sancionada, al igual que sucede cuando es condenada en la sede contencioso administrativa, pues en ambos supuestos debe buscar contenido presupuestario suficiente para hacer frente a la condena, e igualmente asegurar la continuidad y eficiencia del servicio público que prestan.

Adicionalmente, en cuanto a la pena de disolución de la persona jurídica, no es posible aplicarla a las empresas públicas estatales o no estatales ni a las instituciones autónomas, precisamente porque se parte de que fueron creadas para satisfacer una necesidad de mercado que es de interés público, como la generación y distribución de energía eléctrica, o la gestión portuaria. De ahí que su eliminación debe responder a un análisis concienzudo y fundamentado por parte de la Administración de si es conveniente y oportuno mantener el funcionamiento de determinada empresa estatal, con las consecuencias jurídicas y sociales que eso conlleva, lo cual es un estudio que no podrá realizar un juez penal en sentencia al imponer una condena a una persona jurídica.

Concordamos con la posición doctrinal de que el Derecho Penal debe ser la última *ratio* para resolver los conflictos jurídicos, pues recurrir a la penalización del derecho administrativo (también ligada con la administrativización del derecho penal, por la confluencia de ambos en la política represiva estatal), podría implicar consecuencias nefastas para el debido proceso, ya que no todo actuar dañino debe encontrar reparación con la rama más restrictiva del derecho. No obstante, un Estado democrático y responsable, que rinde cuentas sobre sus actuaciones, no podría legítimamente excluir a las empresas estatales de las sanciones penales sólo por formar parte del Estado, puesto que aquellas, en efecto, actúan como cualquier otra persona jurídica: contrayendo obligaciones, adquiriendo bienes y proporcionando servicios, buscando generar riqueza, como toda sociedad lo hace, con lo que podrían también cometer ilícitos de corrupción, sea buscando esa finalidad, o bien, por fallos en su modelo de *compliance* y prevención del delito, como se vio. Por ello, a continuación, se examinará la compatibilidad de este tipo de responsabilidad criminal de las empresas estatales con el principio democrático que rige las relaciones públicas y privadas en nuestro país.

4. Compatibilidad de esta nueva responsabilidad de las empresas estatales con el principio democrático

El principio democrático es la base esencial de nuestro sistema jurídico y Estado social de Derecho. La responsabilidad de la Administración y del funcionario en el ejercicio de la función pública son expresión del principio democrático, según se desprende de los artículos 9 y 11 de la Constitución Política. Si bien históricamente ese no fue el caso, desde la aceptación de la división de poderes como forma de gobierno, resultó claro que los agentes gubernamentales deben responder por sus actos, y resarcir los daños que ocasionen, para así legitimar las actuaciones estatales.

Numerosos votos de la Sala Constitucional se han referido al respecto, destacando la importancia de este principio democrático, para aseverar que vivimos en un Estado respetuoso de los Derechos Humanos, que asegura a los ciudadanos transparencia en sus actuaciones y rendición de cuentas, que podría llevar a una responsabilidad del primero. En este sentido lo indicó recientemente en el voto 11750-2020, al indicar que:

La visibilidad del poder vino así, a ser uno de los atributos esenciales de la democracia frente a otras formas de gobierno. (...) Gobernar en público supone hacer que el poder sea controlable por la mirada de los ciudadanos. La publicidad transporta una concepción de la democracia que excluye el secreto como principio de actuación en el ámbito de la cosa pública. (...) Uno de los conceptos íntimamente vinculados con la transparencia es la rendición de cuentas en tanto la transparencia es una condición necesaria para que los gobiernos sean imputados por sus acciones, es decir, que la responsabilidad pública les pueda ser atribuida. La entendemos como un sistema que obliga, por una parte, al servidor público a reportar detalladamente sus actos y los resultados de los mismos, y por otra parte, dota a la ciudadanía de mecanismos para monitorear el desempeño del servidor público. (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 2020).

Ese principio permea también todas las actuaciones del derecho penal, por ser la forma más gravosa del poder punitivo del Estado. Para que un proceso criminal sea acorde con un gobierno democrático, debe ser respetuoso de los derechos de las partes, en especial de las garantías del debido proceso, incluyendo aquellos de las personas jurídicas, que también se les debe respetar su derecho de defensa y de acceso a la justicia.

Ahora bien, en doctrina tradicional, se ha entendido que la responsabilidad penal es personalísima, y que debe responder a un nexo de causalidad entre una acción humana y un resultado considerado lesivo por el ordenamiento jurídico, por vulnerar un bien jurídico tutelado; excluyendo la responsabilidad criminal de personas jurídicas, por ser de orden subjetivo. En este sentido se ha pronunciado, entre otros, Bertazza (2010), al sostener que:

Aparece aquí el conocido principio de 'societas delinquere non potest' o la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir, que nos lleva a que el que actúa (EXTRANEUS) por cuenta de otro (INTRANEUS), por imperativo de ley, se convierte en INTRANEUS, aunque no concurren en él, las condiciones, cualidades y relaciones que requiere la figura del delito. (Bertazza, 2010, p. 253).

Se cuestiona la capacidad de una persona jurídica para cometer un delito, como si ésta no actuara con voluntad y conocimiento de cometer un delito de corrupción, por supuesto, actuando por medio de personas físicas, pero que no actúan por sí mismos únicamente, sino en nombre y por cuenta de la persona jurídica como un todo. Esos individuos podrían tener asimismo responsabilidad personal, pero, a diferencia por lo indicado por varios autores, sí es posible que una persona jurídica participe en un delito, especialmente si es uno que le causará un beneficio directo, como lo es obtener una contratación, sea con individuos o incluso con empresas extranjeras, cuando se participa en una licitación internacional.

La evolución de la criminalidad de cuello blanco ha llevado a que las empresas participen con voluntad y conocimiento en los ilícitos penales, ya no como simples facilitadores de determinada condición para

su consumación, sino como verdaderos autores del hecho punible, sea, actuando con el dominio funcional requerido para que configuren todos los elementos objetivos del tipo penal, y alcanzar con ello el resultado dañoso. Así es compartido por Vidal Albarracín, H. (2010) al sostener lo siguiente:

Si bien entendemos que no bastaría la mera invocación de conveniencia o practicidad, pues no sería funcional la validez de tantas políticas criminales como leyes especiales existan, consideramos que, sobre la realidad que se da en el campo penal económico, la persona que comete un delito y se beneficia de su resultado merece ser castigada. Si se fijan ciertas condiciones, cabe adaptar la imputación penal y el concepto de culpabilidad a la responsabilidad de las personas jurídicas. (Vidal Albarracín, H., 2010, p. 499).

Este autor argentino parte de que existe la postura tradicional, la defensora a ultranza del adagio "societas delinquere non potest", y por otro lado quienes comprenden que es una postura que debe ser adaptada a las nuevas formas de delincuencia, especialmente de índole económica. La Sala Constitucional ya había apoyado la primera postura, en varios de sus votos de inicios de la década de los noventa, cuando claramente nos encontrábamos en un estadio distinto de la criminalidad no convencional, e indicó al respecto lo siguiente:

(...) debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo, porque de acuerdo al texto constitucional del artículo 39 no es posible automáticamente tener como culpable a quien no se le ha demostrado esa culpabilidad. Nuestro sistema penal está basado en la imputabilidad personal o subjetiva, por ello, no resulta posible la sanción penal de las personas jurídicas, ello, independientemente de la responsabilidad civil solidaria de la persona jurídica por las consecuencias derivadas del ilícito penal. No se puede en consecuencia, responsabilizar penalmente a los representantes o gerentes por la comisión de ilícitos penales si a éstos no se les puede imputar

en forma personal, como actos suyos (ver sentencia 2063-91). (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, 1993. En similar sentido se pronunció esa Sala en la sentencia 6133-1998).

No obstante lo anterior, véase que se trata de supuestos distintos a los delitos económicos y de corrupción, pues, como se analizará, la Ley No. 9699 realmente no establece una imputación objetiva en los términos que es rechazado por nuestro Alto Tribunal Constitucional, sino que se trata de una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, independiente de aquella de la persona física que participe en el delito.

Por otro lado, parte de la doctrina rechaza la posibilidad de que las personas jurídicas estatales puedan ser sancionadas del todo, sea administrativa ni penalmente, porque considera que el Estado no puede sancionarse a sí mismo (vid Bertazza, 2010, pp. 283-287). En este sentido lo veía también el Código Penal español, el cual expresamente prohibía endilgar responsabilidad penal al Estado, pero luego, ante la evaluación del cumplimiento de la Convención Anticohecho de OCDE, ya referida, mediante una reforma de julio de 2015 sobre el tema, sí admitieron una responsabilidad disminuida de las empresas públicas, con ciertos requisitos, a saber:

Artículo 31 quinquies.

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser imputadas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. (El subrayado es propio).

Así, como se aprecia en el segundo párrafo, las empresas estatales españolas, en el tanto estén conformadas como sociedades mercantiles, sí podrían ser objeto de un enjuiciamiento penal, y únicamente tienen una limitación en el tipo de penas a imponer, que serían de multa y de intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Algo similar ocurre en nuestro país, pues, como se apuntó *supra*, algunas sanciones –como la disolución de la persona jurídica– no son aplicables a las empresas estatales, mientras que otras se atemperan para tratar de resguardar el interés público, como la multa, en la que se debe tomar en cuenta la eventual afectación a la prestación de los servicios públicos que pudiera ocasionar aquella.

Resulta claro que la imputación por delitos corresponde, primariamente, a las personas físicas. Sin embargo, como se indicó, conforme a la realidad actual (y de los últimos 20 años) el aumento en la comisión de delitos económicos en sentido amplio, en los que se incluyen los funcionarios, por la afectación que generan para el erario público, y la profesionalización de quienes lo cometen, implica acudir a intrincadas estructuras societarias, en el que ya no basta responsabilizar a un individuo, sino también a la persona jurídica como un todo. Como bien lo señala el autor alemán Danneker:

(...) las experiencias existentes hasta ahora en el campo del Derecho sancionador administrativo de la competencia muestran que las sanciones administrativas pecuniarias de cuantías millonarias no despliegan ningún resultado de prevención general. Por ello, en la introducción de sanciones penales contra las empresas resulta decisivo que sólo a través de éstas pueda expresarse que los delitos cometidos por las personas jurídicas constituyen una grave infracción del ordenamiento. (Dannecker, 2001, p.42).

Esto por supuesto plantea retos en cuanto a la imputación del hecho delictivo, siendo posible perseguir penalmente tanto a las personas físicas como las jurídicas. Eso sí, como recién se acotó, debe entenderse que no se trata de una responsabilidad objetiva por sí misma, pues las tendencias actuales, siguiendo el modelo propuesto por OCDE, no es de encarcelar a los

representantes o personeros de las personas jurídicas, sino de sancionar a éstas por sí mismas, sea, con sanciones que la afectan como el ente jurídico que es. Como bien lo señala Vidal Albarracín, H. (2010):

En un primer estadio, la imputación pasa, seguramente, por la responsabilidad penal de personas físicas (v. gr., la responsabilidad de los superiores jerárquicos por los actos de sus subordinados o, en otra medida, la responsabilidad de los representantes de la persona jurídica), pero no puede ser combatida únicamente a través de la responsabilidad de sus integrantes. (Vidal Albarracín, H., 2010, p. 492).

Un sector de la doctrina nacional expresa, de forma muy coherente y ordenada, que se necesita entonces un nuevo criterio de imputación, pero ahora tomando en cuenta su forma de organización corporativa y su capacidad para prevenir la comisión de delitos de corrupción. Así, Molina Ruiz, W. (2019) considera que, bajo esta nueva perspectiva de imputación de la responsabilidad penal, los requisitos para considerar a una persona jurídica como responsable son los siguientes:

- a. "Ofrece motivación para la comisión delictiva al incentivar la obtención de resultados.
- b. Brinda los medios que dotan de mayor eficacia y repercusión a la acción del individuo.
- c. Otorga protección en un entorno grupal y facilita el anonimato.
- d. Dificulta la obtención de información por el secretismo proyectado sobre sus prácticas y actos.
- e. Del aumento del peligro de comisión delictiva generado por la confluencia de todos estos factores, deriva un correlativo 'deber de cuidado organizacional en neutralizar el riesgo. (Molina Ruiz, W., 2019).

En este sentido precisamente fue que se aprobó la Ley No. 9699 analizada, con las penas propias para las personas jurídicas –no para sus integrantes– en caso de demostrarse que participaron criminalmente, ya fuera buscando la consumación del ilícito, o bien, evitando su deber como garantes por medio de su modelo de *compliance* de evitar esa comisión. Esto es plenamente

aplicable para empresas estatales e instituciones autónomas que participen en la comisión de los ilícitos allí especificados, pues responderán, de momento, cuando estén vinculadas con relaciones comerciales internacionales, por los delitos de soborno trasnacional y el lavado de bienes producto de ese soborno, si se logra comprobar que su gobierno corporativo fue omiso en la prevención del delito lo cual, a su vez, tenía que estar previsto en su sistema de control interno. En ese caso, se sancionará a la empresa estatal como tal, con independencia de la responsabilidad penal, civil y disciplinaria a la que se enfrenten sus miembros, con las salvedades ya apuntadas respecto de cuáles sanciones se les pueden imponer.

Esto se desprende del último párrafo del artículo 11, referido a las penas principales, pues aplicar cualesquiera de esas sanciones no impide condenar también a las personas físicas que actuaron por cuenta y en nombre de la empresa estatal, sean éstas funcionarios públicos o particulares. La concurrencia de ambas responsabilidades, en efecto, es el modo de operar usual, pues las sociedades en sí mismas requieren forzosamente de actuaciones de los individuos, sin que unos y otros se eximan de responder por la conducta delictiva.

Ello refuerza la tesis propuesta de que en realidad no se busca una imputación objetiva como tal, sino una verdadera responsabilidad penal para cada sujeto dicho, incluyendo a las empresas estatales. En idéntico sentido es que se expresa el numeral 5 de la ley 9699 en análisis, al estipular que inclusive podría subsistir la responsabilidad de la persona jurídica en varios supuestos que, si se tratara de una auténtica responsabilidad de carácter objetivo, excluirían la sanción a las empresas. Veamos:

Artículo 5- Independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será independiente de la responsabilidad penal de las personas físicas y subsistirá aun cuando, concurriendo los requisitos previstos en esta legislación, se presente alguna de las siguientes situaciones:

- a. La persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el proceso en contra del posible responsable individual.

b. Cuando en el proceso penal seguido en contra de la persona física aludida se decreta el sobreseimiento definitivo o provisional conforme a la legislación procesal penal, o alguna causa de extinción de la acción penal para la persona física.

c. Cuando no haya sido posible establecer la participación del responsable o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrara fehacientemente que el delito se cometió dentro del ámbito de las funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso a) del artículo 4 de la presente ley.

El inciso a) se refiere a la falta de individualización de una persona física, es decir, cuando de la investigación penal se desprende con claridad que el hecho fue cometido, evidentemente, por sujetos vinculados a la empresa del Estado, sin poder precisar con características únicas – como nombre y apellidos– quiénes fueron. Pero, si se logra obtener la prueba y la certeza de que participó una persona jurídica que incumplió el modelo de organización, prevención de delitos, gestión y control que exige la ley, ese modelo de *compliance* ya analizado en el capítulo anterior, podría sancionarse únicamente a la empresa.

Aplicar esa responsabilidad penal a empresas estatales se constituye en otra herramienta para combatir la corrupción, que debe ser erradicada desde lo interno del propio Estado. Como bien lo indican autores internacionales:

En cuanto a las posibles soluciones para el problema de la corrupción, aunque no hay recetas mágicas, parece claro que un objetivo fundamental a alcanzar en cada país es la existencia de un sistema jurídico avanzado, que haga posible la prevención, por una parte, la detección por otra, y la penalización de la corrupción, en todos sus niveles. Además de eso, es importante la existencia de un sistema judicial que posibilite el control y el necesario cumplimiento de las normas jurídicas. (Bacigalupo, S. y Lizcano, J., 2013, p. 17).

Todas estas aristas generan la confianza de la sociedad en que se brindará un trato igualitario a las personas jurídicas que cometan los delitos previstos en la Ley No. 9699, aunque sean de capital estatal. En una economía como la nuestra, donde aún muchos servicios se brindan de manera exclusiva o bien con poca competencia por el Estado, se debe asegurar que se rendirán cuentas sobre la gestión realizada por cualesquiera de las empresas estatales costarricenses; y que, en caso de detectarse esas faltas al sistema de control y prevención de delitos, responderán conforme a la normativa, no sólo las personas físicas que actuaron en nombre y por cuenta de aquellas, sino la empresa como tal, para que continúe brindando la actividad de una manera transparente y libre de corrupción.

5. Recomendaciones

Actualmente el inciso b) del artículo 2 de la Ley No. 9699 sólo exige la responsabilidad penal de empresas estatales (e instituciones autónomas) cuando cometan los delitos de soborno transnacional y lavado producto de éste, pero en realidad debería aplicarse para todos los delitos funcionales, para no violentar el principio de igualdad. Como se indicó, implica un privilegio innecesario e injustificado a favor del Estado, pues si se supone que compite en condiciones de competencia leal con respecto a las demás compañías, no se justifica que sólo respondan por dos delitos, cuando podrían entonces cometer las demás conductas, pero serán sancionados de manera menos gravosa, sin la imposición de las amplias y variadas penas del numeral 11 de la Ley de comentario. El bien jurídico tutelado en estos delitos, sea, los deberes de la función pública, reviste de tal importancia que afecta a toda la ciudadanía, su confianza en el Estado, y la manera en que se desenvuelven con éste, por lo que limitarlo a sólo dos tipos penales no resulta congruente con el modelo de Estado que tenemos.

Más aún, se considera que debe realizarse una reforma a la nueva ley 9699, para que abarque en general todos los tipos de delitos, pero de especial

importancia los tributarios (por la afectación que implican al erario público), ambientales (previstos en las leyes especiales), electorales (tanto del Código Electoral como las estafas ligadas con éstos) y de crimen organizado (tales como narcotráfico y homicidios), en donde es bien conocido que participan activamente y se benefician las empresas en sentido amplio, sin importar su conformación orgánica. Como se ha demostrado en este trabajo, las empresas estatales, en efecto, podrían cometer los delitos funcionales y participar activamente de éstos, procurándose beneficios económicos, como la obtención de contrataciones de gran calibre, especialmente en un mercado como el costarricense, en el cual muchas sociedades del Estado tienen poca o nula competencia. Pero también podrían participar en otras delincuencias, por lo que su responsabilidad no debería verse limitada por el tipo de bien jurídico que se tutela, sino más bien por el sujeto activo, dado que, en efecto, pueden cometer esos ilícitos funcionales, teniendo el deber de evitarlo.

Finalmente, aunque el Título II de la Ley 9699 establece como facultativo el adoptar un modelo de *compliance*, debería ser obligatorio, pues indirectamente, por las consecuencias que surgen para las personas jurídicas por no contar con un modelo de organización y prevención del delito, se instituye como necesario, para eventualmente someterse a una reducción de la pena. Sin embargo, resultaría mucho más práctico que se regulara de manera expresa que debe implementarse ese modelo dentro de la organización empresarial, y que incluso sea incluido en el Código de Comercio, para que sea parte de los requisitos de la estructura societaria contar con ese modelo de *compliance*, sin el cual entonces no podría inscribirse la persona jurídica en el Registro; cuyo efecto secundario deseable también sería una disminución de las sociedades llamadas de papel o fachada. Con esto, además, se evitarían a futuro discusiones de defensa sobre la falta de claridad de la ley; y con ello, tratar de eludir una responsabilidad penal en la comisión de delitos de corrupción.

6. Conclusiones

En su gran mayoría, los delitos funcionales que producen un mayor impacto en la sociedad son cometidos a través de empresas, para tratar de diluir la responsabilidad de las personas físicas que los cometen. Desde el punto de vista pragmático entonces, debemos superar aforismos latinos que respondían a una realidad criminal muy distinta a la actual. Identificando los elementos objetivos de los tipos penales de corrupción desde el estudio puramente dogmático, y desde un enfoque tradicional de imputación subjetiva, no actualizado, pareciera que resulta imposible que una persona jurídica pudiera cometer estos delitos; cuando en realidad, como se desarrolló *supra*, las nuevas formas de participación criminal han implicado una participación activa de éstas. Las sociedades actuales forman intrincados y complejos sistemas organizacionales para procurar evadir sus responsabilidades; máxime al estar conscientes de que la legislación y el pensamiento académico suelen ir un paso atrás de las actuaciones delictivas.

La corrupción siempre genera efectos económicos y desigualdad en la sociedad. El sobreprecio que se cancela por obras y servicios públicos, o incluso la mala calidad que se acepta en éstos por darse en un ámbito anómalo, fuera de la legalidad esperada para aquellos, se traduce en un costo para la ciudadanía, que no obtendrá el producto esperado, sino el que los individuos y las empresas darán, conforme a sus propios intereses, sin importarles el bien común.

Como se explicó, esta nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas surgió por una exigencia de la Convención Anticohecho de OCDE, lo cual forzosamente incluye a las empresas estatales. Desde el Grupo de Trabajo Anticohecho que surge de esa Convención como el ente encargado de interpretar ese instrumento internacional, se ha mejorado la legislación actual y se han fortalecido lazos con otros países a través de las redes de fiscales anticorrupción, lo que ha facilitado la obtención de prueba en el extranjero e igualmente aportarla a los países que la necesitan. Un país con altos índices de corrupción y una baja recaudación fiscal está destinado a continuar en el subdesarrollo, por lo que se espera la incorporación a OCDE sea un impulso para procurar alejar a Costa Rica de las malas prácticas en tales temas que se han dado las últimas décadas.

Empero, ese Grupo de Trabajo no está exento de errores en su interpretación del marco normativo nacional, y por ello sus recomendaciones pueden ser cuestionadas. De ahí que en el caso de las empresas estatales a las que se les aplica la Ley 9699, sólo se puede sancionarlas ponderando primero cuál es el daño que se causará con ésta, y si sobrepasa el ya causado con el delito cometido. Ello no contraviene el artículo 5 de la Convención, que prohíbe que el interés económico nacional influya en la aplicación de sanciones. Un Estado responsable de sus actos, respetuoso del principio democrático y que busque satisfacer el interés general, necesariamente debe ser sancionado cuando cometa actos ilícitos especialmente si se trata de delitos que atentan contra los deberes de la función pública, pues ello incide en la transparencia de su gestión, pero principalmente en la confianza que el público debería tener en su Gobierno. Por ello, al igual que ocurre en los procesos de responsabilidad del Estado, conocidos en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la sanción no puede ser automática, sino que debe responder al daño ocasionado y cómo éste debe ser reparado. Las penas que se impongan a las empresas estatales por la comisión de un delito funcional deben ser valoradas asimismo con esos parámetros, más allá de un interés económico, sino más bien uno de civismo y de protección al interés común.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no debe verse como una ampliación de la punibilidad, sino más bien como otra garantía más para los administrados de que toda conducta que lesione un bien jurídico será investigada y sancionada, siempre en respeto de las garantías del debido proceso, pero que no será sólo tolerada por el Estado por respetar posiciones dogmáticas de responsabilidad subjetiva ya superadas. No se trata de una imputación objetiva *per se*, sino de una verdadera responsabilidad penal para las personas jurídicas, incluyendo a las empresas estatales, con independencia de cómo respondan las personas físicas, dado que se les imponen sanciones a las empresas como tales, por fallar en su modelo de *compliance* y no prevenir la comisión de delitos. No es imponerle prisión a un individuo por las acciones que cometió en nombre y por cuenta de una persona

jurídica, como se pensó hace varias décadas, sino en darle total capacidad jurídica a ésta, incluyendo cómo será sancionada por infringir el ordenamiento jurídico-penal.

No se busca penalizar toda conducta lesiva, pero si es una conducta que afecta un bien jurídico tutelado de importancia tal que legitima la puesta en marcha del aparato penal, no resulta viable diferenciar la sanción a imponer sólo por quien comete la acción. Las penas propuestas en la ley 9699 de reciente aprobación serían aplicables a la persona jurídica en sí misma, lo cual las visibiliza como los entes jurídicos que son, con derechos, pero también con obligaciones. Con esto se garantizará al país que si las sociedades estatales realizan la misma actividad empresarial que sus homólogas privadas, no se les dará un tratamiento diferenciado, y responderán siempre que cometan un acto de corrupción punible.

7. Referencias bibliográficas

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (15 de junio del 1970). Código Penal. [Ley No. 4573]. La Gaceta (257).

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (11 de junio del 2019). Ley de Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos. [Ley No. 9699]. La Gaceta (130).

Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica (08 de noviembre de 1949). Constitución Política.

Avendaño Vargas, L.D. y Sánchez Bertarioni, A.L. (2015). La responsabilidad del accionista (cuotista) en materia fiscal de acuerdo con el posible ingreso de Costa Rica a la OCDE. (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Bacigalupo, S. y Lizcano, J. (2013). Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Madrid: Eurosocial.

Bertazza, H. (2010). La cuestión tributaria. Buenos Aires: La Ley.

Certad Maroto, G. (1999). Las más complejas formas de colaboración orgánica: las relaciones asociativas (criterios de distinción a la luz de la jurisprudencia italiana y nacional). 3ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

Código Penal de España. Recuperado el 23, mayo, 2020, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (01 de diciembre de 1993) Sentencia 6361-1993.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (01 de setiembre de 1998) Sentencia 6133-1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (22 de mayo de 2019) Sentencia 9226-2019.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (24 de setiembre de 2019) Sentencia 18050-2019.

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (26 de junio de 2020). Sentencia 2020-011750.

Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. (19 de noviembre de 1997) Sentencia 97-292.

Dan-Necker, G. (2001). Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Penal*, (7), 40-54.

Estepa Domínguez, F. (2012). La responsabilidad penal en la persona jurídica. (Proyecto final III experto en Derecho Societario). Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, España.

García De Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (1996). *Curso de derecho administrativo*, tomo I. 7ª ed. Madrid: Editorial Civitas.

Garro, J. (2019). Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos. Recuperado de <http://lexincorp.com/responsabilidad-de-las-personas-juridicas-sobre-cohechos-domesticos-soborno-transnacional-y-otros-delitos/> consultado el 22 de mayo de 2020.

Gómez Bastar, S. (2012). *Metodología de la investigación*. México: Red Tercer Milenio S.C.

Molina Ruiz, W. (2019, Junio 5). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas consideraciones sobre su aplicación en Costa Rica. [Entrada de blog] Recuperado de <https://olgercalvo.com/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-algunas-consideraciones-sobre-su-aplicacion-en-costa-rica-por-warner-molina-ruiz/>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016a). *The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report*. París: Éditions OECD.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016b), *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, Edición 2015, París: Éditions OECD.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Grupo de Trabajo Anticohecho en Transacciones Comerciales Internacionales (2020). *Implementando la Convención Anticohecho: Reporte de Fase 2 Costa Rica*. París: Éditions OECD.

Sánchez Romero, C. y Rojas Chacón, J.A., (2009). *Teoría del delito aspectos teóricos y prácticos*, tomo I. San José: Unidad de Capacitación y Supervisión.

Torrealba Navas, F. (2011). *Responsabilidad civil*. San José: Editorial Juricentro.

Vidal Albarracin, H. (2010). *Delitos Aduaneros*. 3º ed. Corrientes, Argentina: MAVE Editora.

Bibliografía

Academia de Centroamérica (2018). El proceso de ingreso de Costa Rica a la OCDE. Recuperado de: <https://www.academica.or.cr/wp-content/uploads/2019/01/PV-04-18-El-proceso-de-ingreso-de-Costa-Rica-a-la-OCDE.pdf>

Arias Law (2019). CR: Nueva ley impone responsabilidad penal a las personas jurídicas - Prensa. Recuperado de <http://ariaslaw.com/es/prensa/cr-nueva-ley-impone-responsabilidad-penal-a-las-pe>

Castillo González, F. (2008). Derecho penal parte general, tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Cordero Quinzacara, E. (2012, Diciembre). El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista De Derecho Valdivia*, XXV(2), 131–157. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>

Gamboa Calvo, F. (1997). Violaciones al debido proceso en los procedimientos para la aplicación de sanciones administrativas por parte de la Dirección General de la Tributación Directa. *Revista Iustitia*, (130-131), 40–44.

García De Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (1996). Curso de derecho administrativo, tomo II. 7ª ed. Madrid: Editorial Civitas.

Gimeno Ribes, M. (2015). Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades. Contribución al estudio de la fusión apalancada. Buenos Aires: Ediciones jurídicas y sociales S.A.

Gutiérrez Pérez, E. Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales. *Polít. crim.* vol. 13 no. 25 Santiago jul. 2018. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000100104

Jinesta Lobo, E. (2002). Tratado de Derecho Administrativo, tomo I. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

López, J. (2018, Febrero 21), La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la Hacienda Pública. Recuperado de: <https://ibeconomia.com/actualidad-legal/la-responsabilidad-penal-las-personas-juridicas-los-delitos-la-hacienda-publica/> Consultado el 18 de agosto de 2019.

Morales, T. (2018). Responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas. [Entrada de blog] Recuperado de: <https://www.asesoriapenalcorporativa.es/responsabilidad-penal-de-las-sociedades-mercantiles-publicas/>

Nieto Martín, A. (2018), LEAL, De la ética pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas, 17-42. En: Á. J. (2018). El poder punitivo del Estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (20), 18.

Perelli, C., Picado, S. y Zovatto, D. (1995). Partidos y clase política en América Latina en los 90. San José, Costa Rica: IIDH.

Pérez Vargas, V. (1994). Derecho Privado. 3ª ed. San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL S.A.

Criterios y jurisprudencia



I. Potestad
Consultiva

1.1 Solo los titulares, directores y subdirectores de departamentos de proveeduría pueden recibir pago de prohibición por ejercicio liberal de la profesión

La prohibición al ejercicio liberal de la profesión es una restricción impuesta por distintas leyes para quienes ocupen determinados cargos públicos, a cambio de un reconocimiento económico, siempre y cuando se cumpla simultáneamente con tres requisitos: ocupar un cargo público sujeto legalmente a prohibición (requisito funcional), poseer un grado académico que lo acredite como profesional afectado (requisito académico) y estar incorporado al colegio profesional respectivo, siempre y cuando este exista y lo exija por imperativo legal para ejercer como profesional (requisito profesional).

En cuanto al cargo público de Profesional 3 desempeñado en un Departamento de Proveeduría, el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública hace referencia a "directores y subdirectores y los titulares de proveeduría del Sector Público" y su alcance fue precisado por el numeral 27 de Reglamento a la Ley N° 8422 en el sentido de que la misma se refiere exclusivamente "(...) a la persona o personas que ocupen un puesto de jefatura en las proveedurías del sector público (...)", es decir, para quienes puedan ostentar el cargo de jefe, director o encargado de la Proveeduría o, si lo hubiera, a quien se desempeñe en la misma un cargo de subdirector, subjefe o subproveedor.

Oficio n° 205-2021 (DJ-0024) del 08 de enero de 2021. División Jurídica, Contraloría General de la República.

1.2 Fiscalización de presupuestos de órganos desconcentrados corresponde a auditorías internas.

La Ley para el Fortalecimiento del Control Presupuestario de los Órganos Desconcentrados del Gobierno Central, n° 9524, modifica la competencia de aprobación externa de los presupuestos de los órganos desconcentrados a cargo de la CGR, al incorporarlos al proceso de aprobación del presupuesto de la República. En dicha normativa no se suprime la personalidad jurídica instrumental a los órganos desconcentrados, ni lo releva de su responsabilidad en el proceso de formulación de su presupuesto.

La Ley n° 9524 no genera conflictos de competencia sobre el ámbito de acción de las auditorías internas ni vacíos normativos respecto a las disposiciones establecidas en la Ley General de Control Interno, n° 8292. Por lo que, el

control, la gestión y la administración de los ingresos y de los gastos de los órganos desconcentrados no han sufrido cambio alguno en cuanto al ámbito de fiscalización de sus auditorías internas.

Oficio n° 20142-2020 (DFOE-ST-0171) del 17 de diciembre de 2020. Área de Secretaría Técnica, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Contraloría General de la República.

1.3 ¿Quién debe custodiar el expediente de concurso público del Auditor Interno?

La Ley General de Control Interno n° 8292 y los Lineamientos sobre Gestiones que involucran a la Auditoría Interna, establecen la obligación de la Administración, de formar un expediente debidamente foliado y en estricto orden cronológico, en el cual se mantenga toda la información relativa al proceso de nombramiento del auditor interno, información que deberá permanecer bajo custodia de la propia institución promotora del concurso, incluso después de formalizado el nombramiento.

La institución, como responsable del control interno institucional, es la encargada de definir sobre la custodia del expediente administrativo del concurso para el nombramiento de auditor o subauditor interno garantizando el acceso de la información contenida en el mismo con los resguardos y límites establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Oficio n° 18892-2020 (DFOE-DL-2295) del 2 de diciembre de 2020. Área de Fiscalización de Desarrollo Local, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Contraloría General de la República.

1.4 Sobre el acceso a información de los Concejos Municipales de Distrito por parte de las Municipalidades a las que son adscritos

Los Concejos Municipales de Distrito son órganos adscritos a la municipalidad del cantón respectivo, ostentan una personería jurídica instrumental y tienen el propósito de favorecer los intereses del distrito, por lo que es de obligación aplicar el principio de coordinación para atender y satisfacer el interés público.

Deben respetarse los límites y ligámenes que se hayan establecido entre la municipalidad y los concejos municipales de distrito, ya que ellos determinan las materias y los controles que se reservan los concejos municipales, sin demérito del deber de rendir a la municipalidad del cantón los informes y las copias de los documentos que

se les soliciten. Se recuerda que la auditoría interna tiene acceso de manera directa a la información que considere pertinente para realizar su labor, según la potestad concedida por la Ley General de Control Interno.

Oficio n° 19304-2020 (DFOE-DL-2361) del 7 de diciembre de 2020. Área de Fiscalización de Desarrollo Local, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Contraloría General de la República.

1.5 Improcedencia del pago de dedicación exclusiva a los intendentes y viceintendentes de los Concejos Municipales de Distrito

Después de un análisis de los requisitos para la procedencia del pago de la dedicación exclusiva, la CGR concluyó que resulta improcedente para los puestos de intendentes y viceintendentes de los Concejos Municipales de Distrito, pero que de igual manera están llamados a actuar de conformidad con el deber de probidad.

Oficio n° 19749-2020 (DJ-1818) del 14 de diciembre de 2020. División Jurídica. Contraloría General de la República

1.6 Confidencialidad de las personas denunciadas durante investigación preliminar

El artículo 6 de la Ley General de Control Interno y el artículo 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, disponen expresamente confidencialidad de la identidad del denunciante en el marco de las diversas fases de investigación de eventuales responsabilidades, asignando también tal condición a la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones respectivas.

A partir del análisis de estas normas, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido abundante jurisprudencia, donde califica asimismo con carácter confidencial, la identidad de las personas denunciadas o eventualmente responsables dentro de la investigación preliminar, en resguardo de sus derechos fundamentales.

En aquellos casos en que el resultado de estas investigaciones preliminares sea remitido por las auditorías internas a instancias externas, tal confidencialidad se verá regida además por lo que al respecto disponga la normativa de dichas instancias.

Oficio n° 04023-2021 (DJ-0378) del 16 de marzo del 2021. División Jurídica. Contraloría General de la República

1.7 Pago de prohibición debe ser revisado dentro de cada Administración

La Unión Nacional de Gobiernos Locales y las Federaciones Municipales son entes de derecho público, con personalidad jurídica propia y con las características de tener una base asociativa, ser de segundo grado, de régimen local, institucionales, no territoriales. De acuerdo con los supuestos contemplados por los artículos 14 de la "Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública" n° 8422 y 27 de su reglamento sobre la prohibición al ejercicio liberal de la profesión en puestos de dirección o subdirección administrativa, uno de los casos es el de los directores y subdirectores de las áreas, unidades, departamentos o dependencias administrativas de la Administración Pública, según la nomenclatura interna que corresponda. En su condición de Administración Pública, se considera que, tanto la Unión Nacional de Gobiernos Locales como las federaciones municipales, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de ambas normas. Por la variedad existente en los estatutos que regulan estas figuras, depende de cada administración revisar que en su organización tenga cargos que estén sujetos a dicha restricción.

Oficio n° 04027-2021 (DJ-0379) del 16 de marzo del 2021. División Jurídica. Contraloría General de la República.

1.8 Asignación de placas oficiales a vehículos adquiridos por fideicomiso en los cuales el fiduciario es un banco estatal.

De acuerdo con los artículos 633 y 636 del Código de Comercio, los bienes transmitidos al fiduciario se convierten en fideicometidos, de manera que forman un patrimonio autónomo, separado de los haberes que pertenecen a los sujetos que suscriben el contrato de fideicomiso. Por lo tanto, bienes como los vehículos deben quedar inscritos a nombre del fiduciario, en calidad de tal, sin que por ello pasen a integrar parte del patrimonio ordinario del fiduciario y deben portar un distintivo que los identifique ante terceros como bienes propiedad del fideicomiso que corresponda, ya que no procede otorgarle placas oficiales en los términos de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial.

Oficio n° 1958-2021 (DJ-0185) del 09 de febrero de 2021. División Jurídica. Contraloría General de la República.

1.9 Posibilidad de reconocer kilometraje a los directores de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional

El artículo 6 del Reglamento de kilometraje para los vehículos propiedad de los trabajadores de JUPEMA prohíbe de manera clara y expresa el reconocimiento de kilometraje a quienes ocupen -entre otros- el cargo de directivos; restricción que no puede ser desaplicada ni interpretada en sentido contrario, asimismo, la prohibición reglamentaria interna vigente, resulta conteste con lo que establece el numeral 139 inciso l) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, de conformidad con el cual el arrendamiento opera en relación con los vehículos de los funcionarios de la Administración, categoría dentro de la cual no podrían considerarse comprendidos -válidamente- los directivos de JUPEMA. Que la normativa citada y las consideraciones formuladas en este pronunciamiento vinculante del órgano contralor deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de la norma interna vigente en JUPEMA, así como en una eventual reforma reglamentaria que pueda llegar a plantearse.

Oficio n° 3176-2021 (DJ-0305) del 02 de marzo de 2021. División Jurídica. Contraloría General de la República.

1.10 Sobre la ejecución del presupuesto institucional y presupuestos de fideicomisos

Según el principio de universalidad e integralidad presupuestaria, corresponde al Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP) efectuar las consignaciones a nivel presupuestario en el subsistema de presupuesto, conforme con la normativa técnica que le atañe y vincula. Por consiguiente, lo referente a ingresos o gastos relacionados con recursos que se transfieren a fideicomisos o eventuales ingresos provenientes de esos contratos, deben ser reflejados en las cuentas institucionales respectivas, de acuerdo con los clasificadores de gasto e ingresos correspondientes. En lo referente a las consignaciones presupuestarias propias de los fideicomisos conformados con fondos públicos, deben ajustarse también al cumplimiento de la normativa presupuestaria que regule todo el ciclo de ese proceso, con independencia de la forma en que ha sido constituido, su base normativa y del órgano que apruebe su presupuesto de acuerdo con lo que aplique en cada caso.

Oficio n° 04196-2021 (DFOE-IFR-0128) del 19 de marzo de 2021. Área de Fiscalización de Infraestructura, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Contraloría General de la República.

1.11 Sobre la transferencia de los recursos otorgados por la Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico

El impuesto por movilización de carga portuaria de los puertos de Puntarenas y Esparza tiene que ser pagado a la Municipalidad de Puntarenas, la cual se constituye en administración tributaria encargada de gestionar y fiscalizar el impuesto de referencia. La Municipalidad de Puntarenas está obligada a presupuestar tales ingresos y transferirlos al Parque Marino del Pacífico, para el cumplimiento de su destino específico, sea el mantenimiento y la construcción de infraestructura y gastos de operación de dicho Parque. Le compete al Parque Marino del Pacífico, como órgano con desconcentración máxima del MINAE, con personalidad jurídica instrumental para el manejo y la administración de sus bienes y recursos, presupuestar los recursos generados del impuesto por movilización de carga portuaria, para su inclusión en el presupuesto nacional, según lo definido por su Consejo Directivo Interinstitucional, así como apegarse a la normativa de control y fiscalización emitidas por la CGR.

Oficio n° 01688-2021 (DFOE-DL-0136) del 3 de febrero de 2021. Área de Fiscalización de Desarrollo Local, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Contraloría General de la República.

1.12 Consecuencias de no renovar garantía de cumplimiento, nombramiento de órgano director en procedimiento administrativo y plazo para dictar acto final

La CGR atendió una consulta de la Municipalidad de Golfito sobre si el no mantener vigente la garantía de cumplimiento en un procedimiento de contratación administrativa pendiente de ejecución podría ser una causal para declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de la contratación, así como la competencia para nombramiento de órgano director en procedimiento administrativo y plazo para dictado de acto final. Al respecto se concluyó que la obligación de mantener vigente la garantía de cumplimiento es un aspecto propio de la ejecución contractual, que no afecta los elementos constitutivos de la contratación administrativa y por lo tanto no es motivo para declarar una nulidad absoluta, manifiesta y evidente de la contratación por el

procedimiento dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En relación con la competencia para nombramiento de órgano director en el procedimiento administrativo relacionado con la contratación, se señaló que corresponde a cada municipalidad regular la adquisición de bienes y servicios y la competencia para estos efectos, de conformidad con lo establecido en el Código Municipal y que el plazo ordenatorio establecido para el dictado del acto final de un procedimiento administrativo ordinario es de dos meses, pero podría configurarse la caducidad del procedimiento administrativo ante una inactividad atribuible a la persona interesada o a la propia Administración, por un periodo igual o mayor a seis meses, que sea alegada antes del dictado del acto final.

Oficio 1634-2021 (DJ-0142) del 2 de febrero de 2021.
División Jurídica. Contraloría General de la República.

II. Criterios

Contratación Administrativa

2.1 No es posible interponer recursos en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP)

Dado que el Ministerio de Hacienda no ha habilitado a la CGR la solución tecnológica para la atención de los recursos en SICOP, es imposible que puedan ser interpuestos en dicho sistema.

Así, a fin de no afectar el derecho que tiene un tercero a recurrir por un hecho ajeno, puede acudir directamente ante el Órgano Contralor, a través del medio electrónico dispuesto.

Resolución n° R-DCA-01199-2020 de las catorce horas dieciocho minutos del diez de noviembre del dos mil veinte. División de Contratación Administrativa, Contraloría General de la República.

2.2 Limitaciones impuestas para participar en carteles promovidos por sujetos regidos por principios deben justificarse

Las limitaciones para participar en un concurso deben estar debidamente justificadas por parte de quien promueve la contratación; circunstancia que no cambia cuando se trata de sujetos regidos por principios. Ciertamente los sujetos pueden valerse de cláusulas que administren riesgos durante la ejecución y potenciales incumplimientos, pero es importante que cualquier construcción que limite la participación se realice de forma motivada como exigen los principios de libre concurrencia y eficiencia.

Resolución n° R-DCA-01260-2020 de las trece horas dieciséis minutos del veinticinco de noviembre del dos mil veinte. División de Contratación Administrativa, Contraloría General de la República.

2.3 CGR tiene competencia para conocer recursos de apelación en concursos promovidos por el INCOFER

Dado que el Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER) cuenta con un régimen especial de contratación administrativa (Ley n° 8660), para efectos de la impugnación de actos finales, procederá el recurso de apelación ante la CGR cuando se trate únicamente de licitaciones públicas o de procesos de cuantía inestimable.

Resolución n° R-DCA-00052-2021 de las ocho horas cincuenta y dos minutos del quince de enero de dos mil veintiuno. División de Contratación Administrativa, Contraloría General de la República.

2.4 Ampliación de la adjudicación

Dentro de las reglas del procedimiento es posible adjudicar una mayor cantidad de bienes en caso de que el precio menor lo permita y de que exista una necesidad que lo justifique. Esto significa que la mejor atención del fin público perseguido habilita para una mayor adjudicación, siempre y cuando esté motivado en una necesidad existente.

Resolución n° R-DCA-00329-2021 catorce horas cuarenta y seis minutos del dieciocho de marzo de dos mil veintiuno. División de Contratación Administrativa, Contraloría General de la República.

2.5 Estudio de mercado

La Administración puede explorar el mercado, llevando a cabo una invitación pública a eventuales interesados en brindar los servicios a contratar en la fecha convocada, lo cual deberá quedar documentado. Con lo anterior, se tiene por cumplido el requisito del estudio de mercado que requiere la norma correspondiente y sobre esta base, se considera atendido el requerimiento, siendo este el criterio prevaleciente a partir de este momento, ello, en el sentido que la invitación pública realizada y la documentación levantada con ocasión de la participación de los interesados en la fecha convocada, resulta para la CGR elemento suficiente para tener por satisfecho el requisito del estudio de mercado que se indica.

Oficio n° 03683-2021 (DCA-1010) del 09 de marzo de 2021. División de Contratación Administrativa, Contraloría General de la República.

III. Jurisprudencia

Relevante

3.1 Tribunal Contencioso Administrativo confirma legalidad y validez de sanciones impuestas en procedimiento administrativo

El Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) en un caso donde se reclamaba la nulidad de las resoluciones de la CGR, referentes a las sanciones administrativas por la aplicación irregular del artículo 32 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, en cuanto al pago anticipado de cuotas de arrendamiento, no encontró violación alguna a los principios del debido proceso. Consideró que es suficiente que en el acto de apertura se hayan intimado las normas sustantivas que regulan las conductas reprochadas y su consecuencia correctiva (sanción), pues es respecto de esas referencias legales que se ejerce, objetivamente, el derecho de defensa y el contradictorio. También indicó el TCA que la potestad excepcional de modificación contractual unilateral que tiene la Administración debe ajustarse a las reglas que el ordenamiento jurídico dispone, en el caso concreto, justificando y acreditando las razones para ejercerla. En el supuesto contrario, el ejercicio de esa potestad deviene en irregular y es motivo para establecer responsabilidad.

Además, apuntó que las responsabilidades de naturaleza penal, civil y administrativa pueden coexistir sin considerarse que se está sancionando dos veces por las mismas conductas. Reiteró el Tribunal que, para analizar y disponer la lesión a las normas de tutela de la Hacienda Pública, no es menester ejercer el control de validez de las conductas investigadas cuando el procedimiento tiene por objeto analizarlas desde el punto de vista de la responsabilidad y no de su validez.

Resolución n° 006-2021-VI de las 9:40 horas del 27 de enero de 2021, Sección VI, Tribunal Contencioso Administrativo.

3.2 Se declaró inconstitucional ley moratoria que suspendía por dos años los desalojos y demoliciones en territorios del patrimonio natural del Estado, zona marítimo terrestre y zonas fronterizas

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró con efectos retroactivos, la inconstitucionalidad total de la Ley de Protección a los Ocupantes de Zonas Clasificadas como Especiales (n° 9073) popularmente conocida como ley moratoria. Por medio de esa ley se estableció una suspensión por un plazo de dos años de todos los desalojos y demoliciones

en los territorios que forman parte del patrimonio natural del Estado, la zona marítima terrestre y las franjas fronterizas. La CGR fungió en condición de coadyuvante en el proceso, que culminó con la anulación de dicha ley. El Tribunal Constitucional consideró que las disposiciones de dicha ley, en su totalidad, resultan inconstitucionales en tanto se estimaron vulnerados el numeral 50 de la Constitución Política que consagra el derecho a un ambiente sano, así como varios principios en materia de protección a los bienes que conforman el dominio público, sobre los cuales la Sala desarrolla en su sentencia los siguientes: tutela efectiva de los bienes demaniales y la potestad reivindicatoria del Estado para lograr su protección, principio in dubio pro natura, principio de no regresión en materia ambiental, principio de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la necesidad de contar con estudios técnicos que justifiquen las medidas tendientes a establecer un periodo de moratoria en el desarrollo de las competencias de los entes públicos competentes para la protección de los bienes del dominio público, principio de igualdad respecto del desarrollo humano sostenible, entre otros.

Resolución n° 12746 de las 12:11 horas del 10 de julio de 2019, Sala Constitucional.

