



MEMORANDUM NO. 01-2011

DE: PROBIDAD, TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCION
PARA: FISCALAS Y FISCALES, PERSONAL DE APOYO.
FECHA: 16 de agosto de 2011.

ASUNTO: DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS JUDICIALES QUE SE TRAMITAN DESDE LA ETAPA PREPARATORIA EN PROBIDAD, TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCIÓN

La Fiscalía General de la República, mediante circular 03-PPP-2010 emitió las políticas de gestión funcional del Ministerio Público, donde se incluye la creación de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, la que a partir del 1 de enero de 2011 asume la especialidad a que se refiere la Ley N° 8221 de 8 de marzo de 2002, Ley de Creación de la Fiscalía Especializada que conoce de los hechos ilícitos cuya competencia corresponde a la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública.

La Fiscalía especializada en estos delitos - además de conocer de todos los delitos funcionales a partir de la etapa intermedia¹- es competente para conocer de los delitos funcionales cometidos por cualquier funcionario público de acuerdo a los criterios:

1.- Subjetivo (concerniente al autor): se trate de un imputado de cuello blanco, que por su posición de privilegiada, pueda tener

¹ Ver Reglas Prácticas para la Aplicación de la Ley de Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública (N° 8275 del 6 de mayo de 2002) Acuerdo X de Corte Plena en sesión N° 1803 del 12 de mayo de 2004. Vt. Circular 19-2004 FG de 9 de agosto de 2004.

ventajas para quedar fuera del alcance de los medios de persecución.

2.- Objetivo (concerniente al hecho): que la comisión del delito involucre cierto grado de organización o complejidad y el delito se verifique dentro del ejercicio de autoridad pública.

3.- Efectos: cuando el hecho ilícito cause daño general o generalizable al patrimonio, intereses o derechos de la colectividad o de un número significativo de personas, de manera que cause alarma social o ponga en peligro la institucionalidad o estabilidad del país.²

La Circular **03-PPP-2010** de la Fiscalía General de la República, en su punto 7.7. establece como funciones de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción: *“Investigar y llevar a juicio las causas penales de delitos de corrupción donde figure como imputado un funcionario del Ministerio Público o cualquier otro*

² Ley 8221 del 8 de marzo de 2002, Ley de Creación de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 62 del 4 de abril de 2002 y Memorandum 07-2004 de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios.

auxiliar de la persecución penal; oficiales del Organismo de Investigación Judicial, Jueces o Juezas de la República...". Por ello, es relevante precisar en primer lugar un **concepto de corrupción** que nos permita identificar cuales son los **delitos de corrupción** cometidos por un Funcionario Judicial que va a investigar la Fiscalía Especializada desde la etapa preparatoria

Recordemos que el término corrupción proviene del latín *corrumpere*, que significa alterar, destruir, depravar, sobornar. Según el Diccionario de la Real Academia Española el término corrupción se refiere a la "...acción y efecto de corromper", siendo que a su vez el término de corromper en su tercera acepción significa: "...sobornar a alguien con dádivas o de otra manera..."³

El concepto de corrupción se ha perfilado de acuerdo a las siguientes dimensiones que trata la doctrina: política, económica y jurídica-positivista.

a) Corrupción Política.

Esta forma de corrupción abarca un amplio espectro de delitos y actos ilícitos cometidos por líderes políticos antes, durante o después de abandonar la función. Su principal característica es que los sujetos activos son líderes políticos o funcionarios electos que han sido investidos de autoridad pública y que tienen la responsabilidad de representar el interés público.⁴ Es decir, son

³ Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, tomo I, 21 a. edición, 1992. También este diccionario la define como "un vicio o abuso introducido en las cosas no materiales.", lo que en palabras de Vercher determina que "...toda corrupción es una forma de vicio o abuso y es evidente también que la corrupción consiste en una actitud, una disposición o una manera de hacer las cosas, pero no una cosa determinada..." Vercher Noguera, Antonio, en Caparrós, Eduardo A. Fabián., *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos*. Ed. Aranjó, Salamanca, España. 2000. p. 13.

⁴ En las democracias establecidas, la pérdida de fe en la política y la ausencia de confianza en políticos y partidos desafían a los valores democráticos, una tendencia que se ha profundizado con la exposición de la corrupción en la última década. En los Estados en

políticos que se sirven de sus cargos públicos o de elección popular para cometer actos corruptos.⁵

Para Donatella Della Porta la corrupción política puede considerarse como una forma a través de la cual el dinero influye en la política.⁶

Ahora bien, la corrupción política suele empezar con el financiamiento político, ya sea financiamiento de las campañas o de los partidos políticos.⁷ De ahí que sus

transición y desarrollo, la corrupción política amenaza la efectiva viabilidad de la democracia y vuelve vulnerables a las recientes instituciones democráticas. Transparencia Internacional. Informe Global de La Corrupción 2004. Tema Especial: Corrupción Política. 1 a. ed. Buenos Aires, Prometeo libros, 2004. p. 25.

⁵ Chinchilla Sandí, Carlos, Comentarios a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, *El Foro*, N° 54, agosto 2005. p. 54. Desde una perspectiva del individualismo metodológico:" la corrupción política es considerada como el resultado de un cálculo racional de costes y beneficios. Esta aproximación coincide con diversos estudios que comparten la idea de que la corrupción procede de un cálculo por parte de los individuos. Estos, son considerados como seres calculadores que tratan de asegurar sus propios intereses en un mundo de escasos recursos. Más concretamente se cree que a los políticos y a los burócratas les interesa tanto el dinero como el poder y por eso tratan de lograr un punto de equilibrio entre los comportamientos adecuados para obtener dinero para ellos, y los necesarios para ser reelegidos o para conservar sus puestos de trabajo. Partiendo de un comportamiento individual dominado por intereses materiales privados, estos estudios han descubierto algunas variables (de modo deductivo en la mayoría de los casos) que pueden influir en los cálculos individuales de si es o no ventajoso participar en una transacción corrupta". Della Porta, Donatella, *Los actores de la corrupción: políticos de negocios en Italia* (word) www.unesco.com, En <http://www.unesco.org/issj/rics149/dellaporta149.htm> (05/05/2006)

⁶ Donatella della Porta, *Partidos Políticos y Corrupción, Reflexiones sobre el caso italiano*, *Nueva Sociedad*, 145, Setiembre octubre, 1996. p.92

⁷ "...Samuel Huntington vinculó de manera específica el desarrollo de la corrupción a la debilidad de los partidos durante la fase de expansión de la participación política. Según él, la corrupción se difundiría en ciertos avatares de la modernización,

miembros deben ser absolutamente probos y el propio partido debe depurar sus prácticas internas.

b) Corrupción Económica.

En cualquier sistema económico se producen intervenciones del Estado sobre la actividad económica. Así, participa por motivos de eficacia y de equidad en el estímulo, desincentivación o provisión de mercancías que los mercados no proporcionan de forma adecuada. Los Estados controlan la distribución de beneficios valiosos y la imposición de costes onerosos.

Ahora bien, generalmente el control de esta actividad esta en manos de funcionarios públicos que poseen un poder discrecional. Es por ello que, las personas y las empresas privadas que desean un trato favorable pueden estar dispuestas a pagar para obtenerlo. En este orden de ideas, los pagos son corruptos si se hacen ilegalmente a funcionarios públicos con la finalidad de obtener un beneficio o de evitar un coste. Aquí la corrupción es un síntoma de que algo no funciona bien en la gestión del Estado.⁸

Por otra parte, en una economía cada vez más globalizada, sería absurdo relegar el

específicamente cuando el crecimiento normal de la participación ciudadana en la distintas opciones políticas no va de inmediato acompañado de un fortalecimiento de las instituciones que, como los partidos, deberían filtrar y canalizar las demandas colectivas: «mientras más débiles y menos aceptados sean los partidos, mayores serán las probabilidades de corrupción». En aparente contradicción con esta hipótesis se encuentra la convicción difundida de que, por lo menos en Italia, la corrupción se vio favorecida, en cambio, por la omnipotencia y omnipresencia de los partidos políticos, maquinarias fuertes y bien organizadas, capaces de controlar la sociedad civil y el sistema económico. Recientemente en la prensa y el debate político se retomó un concepto proveniente de la literatura politológica, el de «partidocracia» para estigmatizar los males de la «primera república». Donatella della Porta, Partidos Políticos y Corrupción. Op.Cit. pp. 92 y 93.

⁸ Rose-Ackerman, Susan, La Corrupción y los Gobiernos, España, Siglo veintiuno de España Editores, primera edición, 2001.p.11.

grueso de la corrupción al ámbito interno de cada país, ya que, en muchos casos existen intereses subyacentes externos en numerosos contratos o concesiones públicas, o la modalidad de ejercicio de ciertas actividades comerciales, de forma tal que, el *pactum sceleris* involucra capitales foráneos muy poderosos⁹.

Entonces, la economía es un aspecto esencial en los supuestos de la corrupción, ya que la mayoría de los delitos cometidos que pueden ser calificados como formas de corrupción tienen una base económica, directa o indirectamente.

c) Corrupción Jurídica-positivista.

Desde una perspectiva positivista, la corrupción es una forma de delincuencia que incorpora un importante número de figuras penales, tanto tradicionales como de reciente creación relacionadas con ciertos elementos comunes que ejercen como medios aglutinadores.¹⁰

La definición jurídica tiene la ventaja de la seguridad y de la certeza: es corrupción lo que el código penal define como tal, o lo que prohíben los códigos de deontología profesional.

En este sentido, la ley al fijar lo permitido y lo prohibido traza en principio unas fronteras claras que permiten al hombre público o privado, al ciudadano y al funcionario, determinar sin demasiadas dudas ni vacilaciones la línea de conducta debida. A falta de ética individual o colectiva, se impone la regla como árbitro de las decisiones.

Desde esta perspectiva en diferentes instrumentos internacionales y en nuestro derecho interno encontramos definiciones de lo que es corrupción.

En este orden de ideas en *La Convención Interamericana contra la*

⁹ Caparrós. Op. Cit. p.61.

¹⁰ Vercher Noguera, Antonio, citado en Caparrós. Op. Cit. P.13

Corrupción se define los actos de corrupción. Así, en el artículo VI se indica:

“1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier

otro acto de corrupción no contemplado en ella.”¹¹

También el artículo 8 de la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* encontramos referencia a lo que los Estados partes deben de penalizar como corrupción. En este sentido indica el artículo citado:

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

¹¹ Convención Interamericana contra la Corrupción. (Word) www.oas.org, En <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> (22/04/07). Nótese que en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción no encontramos una definición de la corrupción como en la Convención Interamericana, lo que refleja que se utiliza un concepto diferente del meramente jurídico o positivo. Ello queda evidenciado en varias normas de la Convención. Así por ejemplo en el artículo 8 se establece que cada Estado Parte, con el objeto de combatir la corrupción, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios. Se establece además, que se deben aplicar códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.”¹²

Por su parte el nuestro **Código Penal** al agravar los cohechos propio e impropio tácitamente refiere a que su contenido normativo son considerados corrupción.

De esta manera, nos encontramos en los artículos 340 y 341 la regulación de los cohechos. En este sentido indican estas normas:

Corrupción de Funcionarios

Cohecho impropio

ARTÍCULO 340.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones.

Cohecho propio

ARTÍCULO 341.- Será reprimido, con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una

retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones.

Pero es en el numeral 342 en el cual se hace referencia a la corrupción agravando las conductas de los artículos que se refieren a los cohechos. En este sentido indica dicho numeral:

Corrupción agravada

ARTÍCULO 342.- Si los hechos a que se refieren los dos artículos anteriores tuvieren como fin el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o la celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, la pena de prisión será:

- 1) En el caso del artículo 340, de uno a cinco años;
- 2) En el caso del artículo 341, de tres a diez años.

Además en el artículo 345 del Código Penal se regula la figura de la corrupción activa al regular la **penalidad del corruptor**. Así indica el artículo: “Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida”.

Desde la óptica jurídica-positivista, los delitos de corrupción a investigar desde la etapa preparatoria de los Funcionarios Judiciales por parte de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción serían únicamente los señalados supra. Empero, tomando en consideración los conceptos de corrupción anteriormente desarrollados y el hecho que las prácticas corruptas rara vez se limitan al campo definido por el Código Penal como corrupción es importante incorporar

¹² Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional(Word) www1.umn.edu En <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Sorganizedcrime.html> (22/04/07)

otros delitos en conexión que están segmentados en otras calificaciones jurídicas y que se encuentran comprendidos en Convención Interamericana contra la Corrupción .

En este sentido se investigaran en FAPTA desde la etapa preparatoria los hechos cometidos por funcionarios judiciales que se adecuen a los delitos contemplados en:

a) Sección II Corrupción de Funcionarios del Título XV del Código Penal.

Artículo	Delito
340	Cohecho impropio
341	Cohecho propio
342	Corrupción Agravada
343	Aceptación de dádiva por un acto cumplido
344	Corrupción de Jueces
345, 49	Penalidad del Corruptor
345 bis	Supuestos para aplicar penas
346	Enriquecimiento Ilícito
347	Negociaciones Incompatibles

b) Sección III Concusión y exacción del Título XV del Código Penal.

Artículo	Delito
348	Concusión
349	Exacción Ilegal

c) Sección V Peculado y malversación del Título XV del Código Penal

Artículo	Delito
354	Peculado
356	Malversación de fondos públicos

d) Delitos contemplados en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

45	Enriquecimiento Ilícito
46	Falsedad en la declaración jurada
47	Receptación, legalización o encubrimiento de bienes.
48	Legalización o Administración en provecho propio.
49	Sobrepago Irregular
51	Pago Irregular de Contratos Administrativos
52	Trafico de Influencias
55	Soborno trasnacional
57	Influencia en contra de la Hacienda Pública

Estas disposiciones deberán de ser aplicadas por las y los Fiscales coordinadores al momento de asignar los casos para investigación a las y los fiscales auxiliares a su cargo.

**MSC. JUAN CARLOS CUBILLO MIRANDA
FISCAL ADJUNTO
PROBIDAD, TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCION
MINISTERIO PUBLICO**