

“Los derechos de Autor de la presente Obra son en su totalidad del Ministerio Público de la República de Costa Rica, queda totalmente prohibida su reproducción total o parcial. Esta y las demás obras publicadas en el sitio Web Oficial son proyectadas en aras de fomentar la transparencia de la institución y colaborar en ampliar el conocimiento de los usuarios interesados en la rama del derecho penal, quedando bajo su responsabilidad hacer uso de las mismas solo para fines didácticos”.

San José Costa Rica
Unidad de Capacitación y Supervisión
Fiscalía Adjunta de Control y Gestión

**DELITOS FUNCIONALES:
GUÍA DE INVESTIGACIÓN**

Warner Molina Ruiz

345

M722m

Molina Ruiz, Warner

Delitos funcionales: guía de investigación/
Warner Molina Ruiz. – 1ª. ed. – San José,
C.R.: Corte Suprema de Justicia. Escuela
Judicial, 2009.

406 p. ; 28 x 21 cm.

ISBN 978-9968-757-58-4

1. Delitos – Manuales. 2. Derecho penal.
I. Título.

Validadores y validadoras:

Licda. Patricia Cordero Vargas

Lic. Carlos Meléndez Sequeira

Lic. Francisco Fonseca Ramos

Lic. Celso Gamboa Sánchez

Lic. Alfredo Araya Vega

Licda. Maribel Bustillo Piedra

Lic. Ronald Segura Mena

Lic. José Pablo Alvarado Cascante

Lic. Eliécer Leiva Quesada

Licda. Marianella Salas Castro

Licda. Tatiana García Araya

Coordinadora:

Licda. Yadira Brizuela Guadamuz

A mi esposa, Silvia Carmona
con todo mi amor y gratitud,

a todos mis compañeros y compañeras del Ministerio Público,
quienes me honran con su amistad,

entre ellos, al compañero y amigo Carlos Meléndez,
por su visión y compromiso institucional

ÍNDICE
TÍTULO ÚNICO
DELITOS FUNCIONALES:
GUÍA DE INVESTIGACIÓN

Presentación.....	xxv
Introducción.....	xxvii

UNIDAD I
LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Conceptos de “administración pública”, “funcionario público” y “función pública”	1
1.1. Administración Pública	1
1.2. Funcionario público.....	2
1.3. Función pública.....	3
2. Deberes de la función pública	4
2.1. Diferencia entre “bien jurídico y objeto de la acción típica”	4
2.2. Deber de probidad	5
3. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública.....	7
3.1. Ley N° 8275	7
3.2. Reglas prácticas	7

UNIDAD II
ABUSO DE AUTORIDAD

1. Bien jurídico.....	9
2. Objeto de la acción típica	9
3. Conducta típica.....	10
4. Tipo subjetivo.....	11
5. Autoría	11
6. La obediencia debida	12
7. Consumación y tentativa	12
8. Aspectos procesales	13
8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	13
8.2. Elementos probatorios y de investigación	14
9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	16
9.1. Análisis de votos	16

9.1.1.	Cumplimiento del deber dentro del marco constitucional y legal	16
9.1.2.	Figura genérica y subsidiaria de otros tipos penales	17
9.1.3.	Concurso con otras figuras penales.....	18
9.1.4.	No impedir el abuso de autoridad equivale a cometerlo	19
9.1.5.	Cumplimiento del deber	20

UNIDAD III INCUMPLIMIENTO DE DEBERES

1.	Bien jurídico.....	23
2.	Objeto de la acción típica	23
3.	Conducta típica.....	23
4.	Tipo subjetivo.....	29
5.	Autoría	29
6.	Consumación y tentativa	30
7.	Aspectos procesales	30
7.1.	Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	30
7.2.	Elementos probatorios y de investigación	31
8.	Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	32
8.1.	Análisis de los votos	32
8.1.1	Delito omisivo, requiere dolo directo	32
8.1.2.	Atípico si lo requerido no está dentro de la competencia de la persona funcionaria pública.....	33

UNIDAD IV DENEGACIÓN DE AUXILIO

1.	Bien jurídico.....	35
2.	Objeto de la acción típica	35
3.	Conducta típica.....	35
4.	Tipo subjetivo.....	37
5.	Autoría	37
6.	Consumación y tentativa	37
7.	Aspectos procesales	37
7.1	Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	37
7.2.	Elementos probatorios y de investigación	38
8.	Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	39

**UNIDAD V
REQUERIMIENTO DE FUERZA CONTRA ACTOS LEGÍTIMOS**

1. Bien jurídico.....	41
2. Objeto de la acción típica	41
3. Conducta típica.....	41
4. Tipo subjetivo.....	42
5. Autoría	4
6. Consumación y tentativa	42
7. Aspectos procesales	42
7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	42
7.2. Elementos probatorios y de investigación	43
8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	44

**UNIDAD VI
NOMBRAMIENTOS ILEGALES**

1. Bien jurídico.....	45
2. El objeto de la acción típica.....	45
3. Conducta típica.....	45
4. Autoría	47
5. Tipo subjetivo.....	47
6. Consumación y tentativa	47
7. Aspectos procesales	48
7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	48
7.2. Elementos probatorios y de investigación.....	48
8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	49
8.1. Análisis de votos.....	49
8.1.1 Ley debe precisar los requisitos del puesto	49
8.1.2 Se trata de un tipo penal abierto	50

**UNIDAD VII
VIOLACIÓN DE FUEROS**

1. Bien jurídico.....	53
2. Objeto de la acción.....	53
3. Conducta típica.....	54
4. “Inmunidad”, “irresponsabilidad” y “fuero constitucional”.....	55
5. Tipo subjetivo.....	57
6. Autoría	57

7. Aspectos procesales	58
7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	58
7.2. Elementos probatorios y de investigación	59
8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	59
8.1. Análisis de votos	59
8.1.1. Manifestaciones cuyo propósito era agraviar y no ejercitar el control político.....	59
8.1.2. El fuero o privilegio constitucional establecido para proteger el normal desarrollo de la función legislativa	60

UNIDAD VIII DIVULGACIÓN DE SECRETOS

1. Bien jurídico	63
2. Objeto de la acción típica	63
3. Conducta típica.....	63
4. Tipo subjetivo.....	65
5. Autoría	65
6. Consumación.....	65
7. Aspectos procesales	65
7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	65
7.2. Elementos probatorios y de investigación	66
8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	67

UNIDAD IX LOS DELITOS DE COHECHO

1. Bien jurídico	69
2. Objeto de la acción típica	69
3. Delitos de convergencia	70
4. Las conductas descritas por la ley	71
5. La dádiva o cualquier otra ventaja indebida	72
6. La proporcionalidad de la dádiva.....	75
7. La persona interpuesta.....	75
8. Los hechos a realizar	78
9. La competencia del autor	80
10. El tipo subjetivo	80
11. Autoría	80
12. Consumación y tentativa	81
13. Confluencia de figuras	81

14. Aspectos procesales	82
14.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	82
14.2. Elementos probatorios y de investigación.....	83
15. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	84
15.1. Análisis de votos	84
15.1.1. Distinción entre el cohecho impropio, cohecho propio y corrupción de jueces	85
15.1.2. Existencia del pacto corruptor	86
15.1.3. Relación de las normas del cohecho propio con la corrupción de jueces.....	87
15.1.4. Naturaleza del bien jurídico protegido en el delito cohecho	88
15.1.5. Lo ínfimo de la dádiva no hace insignificante el hecho	88

**UNIDAD X
CORRUPCIÓN AGRAVADA**

1. Bien jurídico.....	91
2. Objeto de la acción típica	91
3. El otorgamiento de puestos públicos.....	92
4. Jubilaciones y pensiones.....	93
5. Celebración de contratos.....	94
6. Aspectos procesales	95
6.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	95
6.2. Elementos probatorios y de investigación	96
7. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	98

**UNIDAD XI
ACEPTACIÓN DE DÁDIVAS POR UN ACTO CUMPLIDO**

1. Bien jurídico.....	100
2. El objeto de la acción típica.....	100
3. Figura diferente de los cohechos	101
4. Conducta típica.....	101
5. Tipo subjetivo.....	103
6. Autoría	104
7. Consumación.....	104
8. Aspectos procesales	104
8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	104
8.2. Elementos probatorios y de investigación	105
9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	107

UNIDAD XII OFRECIMIENTO U OTORGAMIENTO DE DÁDIVA O RETRIBUCIÓN

1.	Comentario	109
2.	Derogatoria expresa	110
3.	Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	110

UNIDAD XIII CORRUPCIÓN DE JUECES

1.	Bien jurídico	111
2.	El objeto de la acción típica	111
3.	Tipo agravado o tipo autónomo	113
4.	Conducta típica	113
5.	Observaciones	114
6.	Tipo subjetivo	115
7.	Autoría	115
8.	Relación con otros tipos penales	116
9.	Aspectos procesales	116
9.1.	Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	116
9.2.	Elementos probatorios y de investigación	117
10.	Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	119
10.1.	Análisis de votos	119
10.1.1.	Relación de las normas del cohecho propio con la corrupción de jueces	119

UNIDAD XIV PENALIDAD DEL CORRUPTOR

1.	Bien jurídico	123
2.	Objeto de la acción típica	123
3.	Penalidad del corruptor: relación con cohechos, corrupción agravada, aceptación de dádivas por un acto cumplido, corrupción de jueces	124
4.	Conducta típica	125
5.	Tipo subjetivo	125
6.	Autoría	126
7.	Consumación	126
8.	Aspectos procesales	127
8.1.	Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	127
8.2.	Elementos probatorios y de investigación	128

9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	129
--	-----

**UNIDAD XV
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

1. Comentario previo	131
2. Bien jurídico	133
3. El enriquecimiento ilícito del artículo 346 del Código Penal.....	133
3.1. Conducta típica del inciso 1) del artículo 346	133
3.2. Conducta típica del inciso 2) del artículo 346	134
3.3. Conducta típica del inciso 3) del artículo 346	136
3.4. El inciso 4) del artículo 346.....	137
4. Artículo 26 de la derogada Ley N° 6872 sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, de 17 de junio de 1983	137
5. Artículo 45 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública	139
5.1. Objeto de la acción típica	139
5.2. Conducta típica	139
5.3. Autoría	140
5.4. Participación	140
5.5. Confluencia de figuras	140
6. Aspectos procesales	141
6.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	141
6.2. Elementos probatorios y de investigación	142
7. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	143
7.1. Reseña de votos	143
7.1.1. Reseña: Guarda de colegio que vende exámenes a estudiantes. Configuración.....	143
7.1.2. Reseña: Diferencia con respecto al peculado y la concusión	144

**UNIDAD XVI
NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES**

1. Bien jurídico	145
2. Objeto de la acción típica	145
3. Conducta típica.....	147
4. Carácter de interés privado	147
5. Contratos u operaciones	148
6. Tipo subjetivo.....	149
7. Autoría y participación	150

8. Consumación y tentativa	150
9. Sujetos equiparados	150
10. El negociador comercial	154
10.1. Objeto de la acción típica	154
10.2. Conducta típica	154
10.3. Autor	155
10.4. Causa de justificación	155
11. Aspectos procesales	156
11.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	156
11.2. Elementos probatorios y de investigación	157
12. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	159
12.1. Reseña de votos	159

UNIDAD XVII CONCUSIÓN

1. Bien jurídico	161
2. Objeto de la acción típica	161
3. Conducta típica	162
4. Carácter indebido	163
5. Abuso del cargo	163
6. Bien o beneficio patrimonial	164
7. El tipo subjetivo	164
8. Autoría y participación delictiva	164
9. Víctima u ofendido	165
10. Consumación y tentativa	165
11. Diferencia con la exacción ilegal y peculado	165
12. Aspectos procesales	165
12.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	165
12.2. Elementos probatorios y de investigación	166
13. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	169
13.1. Análisis de votos	169
13.1.1. Innecesario que el “cobro indebido” sea un acto funcional propio	169
13.1.2. Ausencia de coacción o amenaza y, o temor en el ofendido, no elimina la tipicidad	170
13.2. Reseña de votos	171
13.2.1. Reseña: Diferencia funcional entre agente encubierto y agente provocador	171
13.2.2. Reseña: Acuerdos entre el funcionario y el particular no excluyen el ilícito	

13.2.3. Reseña: La conducta de “inducir” la entrega del bien o beneficio patrimonial	
13.2.4. Reseña: Diferencia con el delito de Cohecho propio	171
13.2.5. Reseña: Bien jurídico tutelado. Configuración	171
13.2.6. Reseña: Distinción entre cohecho y concusión	172
13.2.7. Reseña: Diferencia con la exacción ilegal	172
13.2.8. Reseña: Comprende dos conductas típicas: obligar e inducir	172
13.2.9. Reseña: Sobre la conducta de “inducir” la entrega del bien o beneficio patrimonial	172
13.2.10. Reseña: Consideraciones sobre el tipo penal. Falta de configuración	172
13.2.11. Reseña: Sanción administrativa y penal (prisión e inhabilitación)	172

UNIDAD XVIII EXACCIÓN ILEGAL

1. Bien jurídico	173
2. Objeto de la acción típica	173
3. Conducta típica	174
4. Carácter indebido	174
5. Abuso del cargo	174
6. Contribuciones o derechos	174
7. El tipo subjetivo	175
8. Autoría y participación delictiva	175
9. Víctima u ofendido	175
10. Consumación y tentativa	176
11. Diferencia con la concusión y el peculado	176
12. Aspectos procesales	176
12.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	176
12.2. Elementos probatorios y de investigación	177
13. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	178
13.1. Reseña de votos. Diferencia con la concusión	178

UNIDAD XIX PREVARICATO

1. Bien jurídico	179
2. Objeto de la acción típica	179
3. Conducta típica	180

3.1. Prevaricato de derecho.....	181
3.2. Prevaricato de hecho.....	183
4. Agravante. Sentencia condenatoria en causa criminal	184
5. Autoría	184
6. Prevaricato de personas equiparadas.....	185
7. Tipo subjetivo.....	186
8. Consumación.....	186
9. Aspectos procesales	187
9.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	187
9.2. Elementos probatorios y de investigación	188
10. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	189
10.1. Análisis de votos	189
10.1.1. Conducta atípica cuando al resolver con interpretación errónea las pretensiones de las partes	189
10.1.2. La corrupción de jueces desplaza por especialidad al prevaricato.....	191
10.1.3. Prevaricato. Naturaleza dolosa. Interpretación restrictiva del tipo penal, como garantía de independencia del juez o jueza	192
10.1.4. En el prevaricato, el elemento normativo “contrario a la ley”, está referido en sentido formal y no material.....	192
10.1.5. No es prevaricato, interpretar en forma contraria a la jurisprudencia de la Sala Tercera	193
10.1.6. El prevaricato sanciona la infidelidad dolosa del juez.....	194
10.1.7. Alcance del elemento normativo “resoluciones” en el prevaricato cometido en el ámbito administrativo	196
10.2. Reseña de votos.....	198
10.2.1. Reseña: El prevaricato se concibe, en la actualidad, como un delito contra la función jurisdiccional como función pública, en su más amplio sentido.....	198
10.2.2. Reseña: No se configura el prevaricato en supuestos en que la administración municipal concede un permiso o da una autorización, porque se atiende únicamente a la petición –aún no controvertida- de un particular	198
10.2.3. Reseña: Modernamente se concibe el prevaricato como un delito que lesiona la función pública, en su sentido más amplio –incluida la función jurisdiccional- de cara a los administrados	198
10.2.4. Reseña: Concepto de resolución. Ámbito administrativo.....	198
10.2.5. Reseña: Bien jurídico tutelado	199

10.2.6. Reseña: Resolución administrativa. Diferencia entre ilegalidad administrativa e ilícito penal	199
10.2.7. Reseña: Desestimación de denuncia interpuesta contra el Ministro de Seguridad Pública en relación con un desahucio administrativo	199

**UNIDAD XX
PATROCINIO INFIEL**

1. Bien jurídico	201
2. Objeto de la acción típica	201
3. La conducta típica	202
4. Autoría	203
5. Tipo subjetivo.....	203
6. Consumación.....	203
7. Aspectos procesales	204
7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	204
7.2. Elementos probatorios y de investigación	205
8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	205

**UNIDAD XXI
DOBLE REPRESENTACIÓN**

1. Bien jurídico	207
2. Objeto de la acción típica	207
3. Conducta típica.....	208
4. Autoría	208
5. Tipo subjetivo.....	209
6. Consumación.....	209
7. El consentimiento de parte	209
8. Aspectos procesales	210
8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	210
8.2. Elementos probatorios y de investigación	211
9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	211

**UNIDAD XXII
SUJETOS EQUIPARADOS**

1. Bien jurídico	213
------------------------	-----

2. Objeto de la acción típica	213
3. Conducta típica.....	213
4. Autoría	214
5. Aspectos procesales	215
5.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	215
5.2. Elementos probatorios y de investigación	216
6. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	217

UNIDAD XXIII PECULADO

1. Bien jurídico.....	219
2. Peculado de dineros o bienes públicos	219
2.1. Objeto de la acción típica	219
2.2. Conducta típica.....	219
2.3. Dineros o bienes públicos	222
2.4. Administración, percepción y custodia	222
2.5. Tipo subjetivo.....	223
3. Peculado de trabajos y servicios	223
3.1. Conducta típica	223
3.2. El pago por la administración pública	223
3.3. Tipo subjetivo	223
3.4. Consumación y tentativa	224
4. Peculado de uso.....	224
5. Autoría común a todas las clases de peculado	224
6. Aspectos procesales	225
6.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	225
6.2. Elementos probatorios y de investigación	226
7. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	229
7.1. Análisis de votos	229
7.1.1. Improcedencia de la obediencia debida, si el imputado actuaba dentro de un plan común con otros imputados	230
7.1.2. Comunicabilidad de las circunstancias en el delito de peculado.....	230
7.1.3. Comete peculado el tercero que dispone de dineros públicos, con la complacencia de quienes tienen su administración y custodia	232
7.2. Reseña de votos	233
7.2.1. Reseña de peculado de bienes y dineros	233
7.2.1.1. Reseña: El objeto de protección esencial es la probidad en el ejercicio de las funciones públicas	233

7.2.1.2.	Reseña: Procedencia de los bienes. Configuración	233
7.2.1.3.	Reseña: Para que se configure el delito se requiere que al agente activo, además de ostentar la condición de funcionario público, se le debe haber encomendado, como parte de las atribuciones o funciones asignadas a su puesto, la administración, custodia o percepción de dinero o bienes	233
7.2.1.4.	Reseña: Concurso ideal entre peculado y falsedad ideológica. Diferencia con el concurso aparente de normas. Análisis de los delitos de pasaje	233
7.2.1.5.	Reseña: Cabe la tentativa en este tipo de delitos que no pueden ser conceptuados como “formales”	233
7.2.1.6.	Reseña: El delito de peculado, en su modalidad de sustracción y distracción de dineros o bienes públicos, no exige necesariamente, ya sea como elemento subjetivo del injusto o bien como elemento objetivo del tipo, el “aprovechamiento” propio o a favor de terceros ...	233
7.2.1.7.	Reseña: Diferencias con el delito de malversación ...	234
7.2.1.8.	Reseña: Consideraciones sobre el concepto de funcionario público a los efectos de catalogar bajo ese concepto a los particulares que administran fondos públicos	234
7.2.1.9.	Reseña: Defraudación entre particulares y funcionarios que constituyeron empresas y suscribieron cuentas corrientes para hacer sobregiros	234
7.2.1.10.	Reseña: El beneficio patrimonial para el funcionario no es elemento del tipo. Diferencia con el delito de peculado	234
7.2.1.11.	Reseña: Complicidad. La calidad de funcionario público del autor se le comunica al cómplice que no la posee si este último tiene conocimiento de la condición de funcionario público de aquel	234
7.2.1.12.	Reseña: Complicidad. Necesidad de acreditar el conocimiento de las irregularidades del uso de los fondos públicos y la voluntad de colaborar en la distracción de tales fondos.....	234

7.2.1.13.	Reseña: Los cheques pueden enlistarse dentro de la categoría de “dinero” o “de bienes”	234
7.2.1.14.	Reseña: Faltante cierto y determinado debido a los manejos irregulares que efectuó el sentenciado ..	234
7.2.1.15.	Reseña: Configuración. Bien jurídico tutelado. La lesión efectiva del patrimonio no es un elemento objetivo configurativo del tipo	234
7.2.1.16.	Reseña: Tipicidad	234
7.2.1.17.	Reseña: Común y peculado de fondos privados. Diferencias	235
7.2.1.18.	Reseña: Diferencia entre peculado y malversación	235
7.2.1.19.	Reseña: Funcionario público. Concepto objetivo amplio. Es la naturaleza de la actividad y no el ligamen con la administración lo que entre otros aspectos, caracteriza, al funcionario público	235
7.2.1.20.	Reseña: Atipicidad. Sobre el bien jurídico tutelado	235
7.2.2.	Reseña de peculado de servicios	235

UNIDAD XXIV FACILITACIÓN CULPOSA DE SUBSTRACCIONES

1.	Bien jurídico	237
2.	El objeto de la acción típica	237
3.	Conducta típica	237
4.	Tipo subjetivo	238
5.	Consumación y tentativa	239
6.	Autoría	239
7.	Aspectos procesales	239
7.1.	Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	239
7.2.	Elementos probatorios y de investigación	240
8.	Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	243

UNIDAD XXV MALVERSACIÓN

1.	Bien jurídico	245
2.	El objeto de la acción típica	245

3. La conducta típica	246
4. Caudales, bienes, servicios o fondos públicos.....	246
5. Administración por el autor.....	246
6. El destino de los caudales, bienes, servicios o fondos públicos	247
7. Autoría	247
8. Tipo subjetivo.....	248
9. Consumación.....	248
10. El daño o entorpecimiento (malversación agravada)	248
11. Aspectos procesales	249
11.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	249
11.2. Elementos probatorios y de investigación	250
12. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	252
12.1. Reseña de votos	252
12.1.1. Reseña: Diferencia con el peculado.....	252
12.1.2. Reseña: De caudales. Diferencia con el peculado.....	252

UNIDAD XXVI
PECULADO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS PRIVADOS

1. Bien jurídico.....	253
2. Objeto de la acción típica	253
3. Conducta típica.....	254
4. Embargo de bienes públicos	254
5. Tipo subjetivo.....	255
6. Consumación y tentativa	255
7. Autoría	256
8. Aspectos procesales	256
8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	256
8.2. Elementos probatorios y de investigación	257
9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	259

UNIDAD XXVII
DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGOS

1. Bien jurídico.....	261
2. Objeto de la acción típica	261
3. Conducta típica.....	262
4. Tipo subjetivo.....	263
5. Consumación y tentativa	263
6. Autoría	263

7. Aspectos procesales	264
7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	264
7.2. Elementos probatorios y de investigación	264
8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	265

UNIDAD XXVIII TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. Consideraciones previas	267
2. Bien jurídico	269
3. Objeto de la acción típica	269
4. Conducta típica.....	269
5. Situación de prevalencia, real o simulada	270
6. Finalidad de la influencia.....	272
7. Tipo subjetivo.....	273
8. Consumación.....	273
9. Agravante	273
10. Aspectos procesales	274
10.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	274
10.2. Elementos probatorios y de investigación	275
11. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	276

UNIDAD XXIX SOBORNO TRANSNACIONAL

1. Consideraciones previas	277
2. Bien jurídico	278
3. Objeto de la acción típica	278
4. La conducta típica	279
5. Tipo subjetivo.....	280
6. Consumación.....	280
7. Autoría	281
8. Aspectos procesales	281
8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	281
8.2. Elementos probatorios y de investigación	282
9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	283

**UNIDAD XXX
FALSEDAD EN LA DECLARACIÓN JURADA**

1. Bien jurídico.....	285
2. Objeto de la acción típica	285
3. Conducta típica.....	285
4. Autoría	287
5. Tipo subjetivo.....	292
6. Consumación.....	293
7. Aspectos procesales	293
7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	293
7.2. Elementos probatorios y de investigación	294
8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	295

**UNIDAD XXXI
RECEPTACIÓN, LEGALIZACIÓN O ENCUBRIMIENTO DE BIENES**

1. Bien jurídico.....	297
2. Objeto de la acción típica	297
3. Conducta típica.....	299
4. Procedimiento del lavado de bienes o derechos.....	301
5. Autoría	302
6. Tipo subjetivo.....	303
7. Consumación.....	303
8. Confluencia de figuras delictivas	304
9. Aspectos procesales	305
9.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública	305
9.2. Elementos probatorios y de investigación	306
10. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense	308

BIBLIOGRAFÍA.....	309
--------------------------	------------

ANEXO 1

Convención interamericana Contra la Corrupción.....	313
---	-----

ANEXO 2

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción	325
--	-----

PRESENTACIÓN

Vivimos una crisis económica mundial provocada por la constante alza del precio del petróleo, causado por el mayor consumo energético en oriente y el inevitable choque con el techo de producción del crudo; el auge de la violencia en todas sus formas y la incapacidad de los Estados para enfrentarla; la escasez alimentaria y mil cosas más.

Pero, la gota que derramó el vaso, fueron los efectos de las gravísimas decisiones del Presidente de los Estados Unidos de América, George W. Bush (2.001-2.008). Suprimió las regulaciones legales del mercado, lo que trajo la conversión del libre mercado –tan buscado por todos– en un capitalismo salvaje e irresponsable, cuya primera manifestación de desastre fue la burbuja inmobiliaria, causa de la caída de todas las economías y de la quiebra técnica de muchos bancos alrededor del planeta. Se suma al sombrío panorama la inútil idea de utilizar la guerra como acelerador de la economía, para lo cual el Presidente George W. Bush invadió ilegalmente Irak, logrando con ello el mayor déficit fiscal de la historia de los Estados Unidos de América.

Esto hizo que al final de su gobierno y al inicio de la administración del Presidente Barak Obama (2.008-2.011), se tomaran medidas de intervención del mercado, como fue inyectar capital de Estado a los bancos y a la industria, a contrapelo del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica, que tardara seis años para ser ratificado por Costa Rica.

Esta crisis económica, cuyas consecuencias apenas comenzamos a experimentar, significará un cierre de las posibilidades de movilidad social para los sectores más bajos de la sociedad, así como el riesgo o la caída de grandes inversiones. Frente a esto, las organizaciones criminales, cuyo auge atípico en Costa Rica se han convertido en una amenaza para el sistema, serán las que ofrezcan las oportunidades de ascenso social y de apalancamiento a las grandes empresas. La acumulación de capital de origen ilícito por los cárteles que nos invaden, implica la urgente misión de legitimarlo o de blanquearlo, lo que implica corrupción de funcionarios, desmejora de los servicios públicos y deterioro de la sociedad.

Esta corrupción debe ser combatida implacablemente, para lo cual debemos prepararnos con los mejores conocimientos. Por eso hoy, la obra del Fiscal Adjunto Warner Molina nos brinda valiosas respuestas para enfrentar la corrupción en la función pública que, de no encontrar contención, pondrá en jaque la institucionalidad entera.

El aporte de don Warner Molina es obra de consulta indispensable, para todos los operadores del sistema penal, de lo que deben estar orgullosos, tanto él como su esposa Silvia quien, no lo dudo, debió privarse en mucho de la compañía de su cónyuge para que esta obra pudiera culminar.

Francisco Dall'Anese Ruiz
Fiscal General de la República

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo fue realizado al amparo del Proyecto de Fortalecimiento del Ministerio Público de Costa Rica, Contrato de Préstamo N° 1377/OC-CR, entre la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo Segunda Etapa del Programa de Modernización de la Administración de Justicia, Ley N° 8273, por lo que, en primer término agradezco al señor Francisco Dall’Anese Ruiz, fiscal general de la República, por haber autorizado este proyecto y en segundo, a la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público, por la confianza y el apoyo que se sirvieron brindarme para llevar a cabo esta investigación.

Inicialmente, se pensó en denominar este trabajo como “protocolo” o “manual” de investigación de delitos de “corrupción”; pero, dos aspectos motivaron a cambiar de idea o de nombre. En primer lugar, el protocolo tiende a uniformar o normar pasos por seguir ante una determinada situación, y no era ese precisamente el propósito de este trabajo, más centrado en auxiliar en el entendimiento básico de las figuras delictivas funcionales. Luego, se pensó que fuera un “manual”, pero los manuales son una especie de recopila-

ciones y síntesis de referencias doctrinarias que se insertan en el documento de manera comentada, tal vez con menos profundidad teórica que los tratados, pero que, igualmente guardan cierto rigor dogmático; tampoco, era ese el propósito de este trabajo, en particular por la cantidad de delitos funcionales por tratar, en comparación con el tiempo concedido para la elaboración del documento.

Partiendo del hecho de que, en nuestra labor diaria como fiscales, debemos analizar, algunas veces en situaciones de urgencia, el alcance de las figuras penales para dar una solución “jurídica” a los casos, estimé más práctico y conveniente elaborar un documento que se asemejara a una “guía”, esto es, un documento con un contenido básico, que explicara, lejos de toda controversia teórica, los elementos esenciales de los distintos delitos imputables a personas que ostentan la calidad de “funcionarias públicas” recogidos en el Título XV del Código Penal bajo la denominación “Delitos contra los Deberes de la Función Pública”, así como otros delitos (no todos) tipificados en la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública.

Para cumplir el propósito anterior, consultamos la doctrina extranjera que mejor se ajusta a la descripción de los tipos penales de nuestro Código Penal vigente. Acudimos en primer lugar a la doctrina argentina, siendo de enorme utilidad la doctrina clásica de Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez, Daniel P. Carrera y Carlos Creus; también consultamos autores argentinos más modernos que dan continuidad y desarrollo al pensamiento de los primeros, cuya doctrina resulta igualmente cercana a nuestros tipos penales, entre ellos, Edgardo Donna, Jorge E. Buompadre y Jorge Luis Rimondi. Fue consultada la doctrina italiana, concretamente al autor Giuseppe Maggiore, pues en este punto es importante indicar que algunos tipos penales se explican mejor con la lectura de su texto y una parte de sus planteamientos han sido asumidos por la línea jurisprudencial de nuestros tribunales, tal es el caso, por ejemplo, del delito de concusión, por mencionar uno de ellos. En menor medida consultamos la doctrina española, la cual guarda diferencias importantes respecto de nuestra legislación penal; entre los autores consultados están: Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, Enrique Bacigalupo y en especial, María José Rodríguez Puerta. En lo que respecta a la doctrina nacional, impensable dejar de consultar al doctor Francisco Castillo González, en particular, su obra sobre el peculado. Igualmente, fueron objeto de consulta los libros procesales del doctor Javier Llobet Rodríguez, sin dejar de mencionar los trabajos ya publicados y otros en proceso de edición, elaborados por los compañeros y las compañeras del Ministerio Público, entre los que cabe mencionar el manual de delitos económicos del

licenciado Carlos Meléndez Sequeira; el abordaje de la investigación del licenciado Osvaldo Henderson García; el manual de actuaciones del fiscal del licenciado Jorge Chavarría Guzmán; el documento elaborado por la licenciada Maribel Bustillo Piedra para el “Taller de validación del manual de robo de vehículos” y por supuesto, el documento y los materiales de respaldo sobre la teoría general del delito, de los autores licenciada Cecilia Sánchez y licenciado José Alberto Rojas.

Aunque usualmente hablar de delitos cometidos por personas que ocupan puestos en la función pública equivale a hablar de corrupción pública, se ha querido dejar de lado este tema en el presente trabajo. No porque la corrupción, como fenómeno sociológico, económico, político, cultural o ético, no resulte importante; todo lo contrario, lo consideramos como la mayoría de los costarricenses de primer orden en la agenda de los temas nacionales. Sino, porque desde el punto de vista técnico, a la compañera o al compañero fiscal que debe analizar el caso concreto, de poca utilidad le resulta saber que la corrupción es “el mal que corrompe las estructuras del Estado y frena el desarrollo de los pueblos”; ese tipo de discursos está bien para quienes quieren sacar provecho “político” de la lucha contra la corrupción.

Para los fiscales y las fiscalas del Ministerio Público, el combate a la corrupción se debe dar en el campo técnico; con la más absoluta objetividad, ajeno de lo que se sirvan “editorializar” los medios de comunicación colectiva, en especial en “sonados casos” de corrupción pública. Después de todo, si bien en algunos ca-

Los medios de prensa han servido para motorizar las investigaciones y se ha convertido en aliada de los mecanismos de control, también ha resultado cierto que, en otras ocasiones ha guardado el más sospechoso silencio (“espiral del silencio”) o ha realizado publicaciones o reportajes tendenciosos, respondiendo a intereses muy particulares. De ahí que, se insista en que los fiscales y fiscalas deben actuar objetiva y profesionalmente, al margen de lo que publiquen o dejen de publicar los medios de comunicación colectiva.¹

Una segunda razón, que motivó a dejar de lado el tema de la “corrupción”, como discurso justificante de este trabajo, es el que no toda conducta que tipifique un delito contra los deberes de la función pública coincide necesariamente con lo que el común de las gentes denomina o entiende por “corrupción”. Como se verá, hay figuras delictivas en las que ni siquiera está presente el dolo de la persona funcionaria pública y lejos está de significar la obtención de beneficios patrimoniales para sí o para otros. De ahí que, por esta segunda razón, estimé conveniente cambiar el título con el cual originalmente se iba a identificar este trabajo (protocolo o manual de delitos de corrupción) y en su lugar, se ha preferido la denominación

“*Guía para la investigación: los delitos funcionales*”.

En la guía se pretende explicar de manera concreta el contenido de los distintos tipos penales que lesionan los deberes de la función pública. Por ello, en forma sintética se explica el bien jurídico, el objeto de la acción, la conducta típica, el tipo subjetivo, la autoría, la consumación y en algunos casos la confluencia de figuras delictivas (concursos con otros tipos penales). Para una mejor comprensión, la guía se ha dividido en unidades, corresponde la primera unidad a temas generales que son la base de todo el documento, por ejemplo, los deberes de la función pública, la diferencia entre bien jurídico y objeto de la acción, así como una explicación concreta de lo que se debe entender por “el deber de probidad”, manifestación última de los deberes de la función pública. No podía dejar de mencionar el tema de la jurisdicción penal de hacienda, en la cual, por disposición del legislador desde el 17 de mayo del 2003, se deben resolver en esa jurisdicción especial todos los casos inherentes a esta temática. En cada una de las unidades sucesivas, se tratan los delitos comprendidos en el título XV del Código Penal y cinco delitos seleccionados de la Ley de corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública: el enriquecimiento ilícito, el tráfico de influencias, el soborno transnacional, la falsedad en la declaración jurada de bienes y la receptación, legalización o encubrimiento de bienes.

Se dedica un apartado para sugerir algunas diligencias que podrían resultar útiles y pertinentes para la investigación de los delitos funcionales, según el objeto de la

¹ “Sobre el rol de la prensa en la investigación de casos de corrupción en Francia véase a Ruggiero, *Delitti dei deboli e dei potenti*, cit., cap. 7; sin embargo, la actuación de los medios de prensa tampoco responde al principio de protección universal, puesto que el espacio de la opinión pública está ocupado por empresas comerciales que ejercen el periodismo, más que por empresas periodísticas que ejercen el comercio; ello ha dado lugar a numerosas combinaciones entre sectores de poder político y económico con el poder que otorga la opinión, más que pública, publicada.” Ver nota de pie de página 313 en: Virgolini, Julio E. S. *La razón ausente: Ensayo sobre criminología y crítica política*. 1ª edición. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. Pág. 171

acción, los requisitos del tipo objetivo y subjetivo. Pero, aclarando desde ya que el propósito es “sugerir”, más no imponer o limitar a que esas sean las únicas diligencias que se deben cumplir, pues cada caso, como es de esperarse, es diferente y tiene necesidades probatorias distintas, que cada fiscal o fiscalía debe determinar. En ese sentido, será el análisis adecuado de los hechos, el sentido crítico y creativo del fiscal o fiscalía, lo que determine que diligencias probatorias en definitiva resultan de mayor utilidad y pertinencia para resolver el caso en concreto.

El trabajo realizado incluye la consulta de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Se procuró revisar en la medida que el tiempo concedido lo permitió, algunos votos importantes, comenzando por los más recientes (año 2006 hacia atrás). En lo posible, se trató de no incluirlos en forma textual, sino más bien resumidos o explicados y para mejor orientación o entendimiento se consignó en párrafo aparte un resumen de los hechos

bajo el nombre de “caso práctico”. Como el plazo de elaboración no fue suficiente, para no dejar de lado la importante información sobre otros votos relevantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se consignó la reseña de algunos votos tomados del “Índice General de Jurisprudencia 1990-2004 (Jurindex)”, que en su momento elaboró con muy buen suceso el personal de la Sala de Casación Penal (material escrito y disco compacto), que fue de gran utilidad en la identificación y comprensión de los tipos penales estudiados.

Al igual que como se indican en los otros trabajos realizados por las compañeras y los compañeros de la institución, tengo la firme esperanza de que la presente *Guía de investigación: delitos funcionales*, constituya verdaderamente una herramienta que ayude al mejor desempeño de nuestros deberes funcionales como representantes del Ministerio Público.

Warner Molina Ruiz
Setiembre 2007

Unidad I

Los deberes de la función pública

1. Conceptos de “administración pública”, “funcionario público” y “función pública”

1.1. Administración Pública

El concepto de administración pública se remonta al nacimiento mismo del Estado moderno. No es un objetivo de este trabajo hacer un recuento histórico ni una enunciación de la teoría del Estado.

Para nuestros efectos, el Estado moderno, como se conoce en la actualidad, se fundamenta en el principio de la separación de poderes: conformado básicamente, de un poder legislativo, un poder judicial y un poder ejecutivo. Algunos han pretendido añadir otras entidades que suponen elevadas al rango de poder, como el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República, que si bien gozan de reconocimiento constitucional, no por ello forman parte de la tradicional división de poderes del Estado.

La idea tradicional de la división de poderes, se sustenta en que quien hace las leyes no debe encargarse de aplicarlas ni ejecutarlas; quien las ejecuta no debe

encargarse de legislar ni de aplicarlas y, finalmente, quien las aplica no debe legislar ni ejecutar las leyes.

Ahora bien, cualquiera que sea la división de funciones que deriva de esa separación de poderes, el concepto **administración pública** congloba para efectos penales todas las funciones descritas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), **así como todas las demás actividades que el Estado captó para sí con sustento en las más diversas motivaciones**, siempre en cumplimiento de finalidades públicas.

De esta manera, el concepto **administración pública** en el derecho penal, a diferencia del derecho administrativo, resulta sumamente amplio. La administración pública es **–para efectos penales–** el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios públicos y funciones inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a un fin público.

Ya sea que esos servicios o funciones públicas se realicen por medio de entidades

centralizadas (por ejemplo, las dependencias ministeriales), por instituciones descentralizadas o autónomas (el ICE, los bancos públicos estatales, las municipalidades, las universidades, entre otros), por empresas públicas con esquemas privados (RECOPE, por ejemplo), o por organismos o entidades privadas que prestan servicios públicos por encargo estatal (por ejemplo, los concesionarios); en todos estos casos se desarrollan y se llevan a cabo actividades propias de la administración pública y como tales son **objeto de protección** de los tipos penales del Título XV del Código Penal y de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública.

1.2. Funcionario público

Como veremos más adelante, el bien jurídico penalmente tutelado en el Título XV del Código Penal y en la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública son los deberes de la función pública, que exige de todas las personas funcionarias públicas y demás sujetos equiparados, cumplir **imperativamente** con las obligaciones establecidas y exigidas por el papel o la función social que desempeñan desde sus respectivos puestos. Se trata en muchos casos de deberes, principios y obligaciones de carácter incluso extrapenal.

Son deberes, en todo caso de **carácter funcional**, que deben observarse por parte de las personas funcionarias públicas y demás sujetos equiparados, so pena de incurrir en conductas que aparejan no solo sanciones disciplinarias administrativas sino de índole penal (como la

prisión, la multa y las inhabilitaciones). Se procura así, proteger al Estado de sus propios servidores e igualmente proteger a las personas particulares, esto es, a esas personas usuarias finales de la función y, o los servicios públicos, que a fin de cuentas merecen una administración pública que, en todo momento, debe servirles legal, eficiente y eficazmente, pues son esas ciudadanas y ciudadanos quienes con el pago de sus impuestos y tributos ayudan a sostener las cargas públicas que posibilitan el funcionamiento del Estado.

Por ello, en aras de asegurar una correcta administración pública, la mayor parte de los delitos del Título XV del Código Penal y de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, están destinados a un **autor calificado**: la persona funcionaria pública. Aunque también algunos delitos sancionan a sujetos particulares; en especial, cuando estos, actuando solos o conjuntamente con las personas funcionarias públicas corruptas, atentan contra la función pública, lesionando o poniendo en peligro el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los órganos del Estado.

Como autor calificado, la persona funcionaria pública se encuentra en una **relación especial** con respecto al bien jurídico protegido. Por ello, solo la persona que ostenta esa condición de ser funcionaria pública y como se ha adelantado algunos sujetos particulares, pueden violentar de manera específica con su conducta prohibida los deberes de la función pública.

Como elemento normativo, el concepto de funcionario público resulta eminentemente jurídico. Se trata de un concepto funcional, que relaciona a la persona con la función pública, por medio de una condición habilitante para hacerlo. Por ello, el fundamento de sancionar las conductas ilícitas de las personas funcionarias venales estriba en esa “**relación de dominio**” que se presenta o verifica entre la persona servidora pública y el bien jurídico protegido.¹

1.3. Función pública

Para entender con amplitud el tema de la función pública, debemos acudir en primer término a la **Convención Interamericana contra la Corrupción**.² Sobre este tema explica Carlos A. Manfroni, en su comentario al texto de la convención:

“El mayor problema de la descripción de la “*función pública*” derivó de la necesidad

1 “Una aproximación a esta categoría de delitos por la vía de sus sujetos activos y de su actitud -se trata fundamentalmente de delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, con excepciones- conduce a su consideración como *infracciones del deber profesional* del funcionario. Aparece en este aspecto una relación de Derecho público que vincula al funcionario y es fuente de deberes entre los que destacan la fidelidad y la disciplina.... Las infracciones de los deberes de los distintos sectores del funcionariado están previstas en sus reglamentos o estatutos y constituyen el derecho disciplinario, una forma del Derecho sancionador que se desarrolla con autonomía. Sin embargo, las infracciones más graves de esos deberes profesionales, que suponen una vulneración del ordenamiento jurídico general, emergen de su propio campo y se consideran como delitos en el Código Penal.” Luis Beneytez Merino “*Delitos contra la Administración*”, páginas 470-471, en: Bacigalupo, Enrique y otros autores. *Derecho penal económico*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires: Argentina, 2000.

2 “Artículo I **Definiciones**. Para los fines de la presente Convención, se entiende por: “función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos...”

de encontrar una nota característica de ella, que no excluyera a ningún tipo de actividad de las que deben ser abarcadas por la convención. Era necesario que tanto los cargos que deben ser cubiertos por elección popular como los que se llenan mediante la designación de una autoridad superior fueran alcanzados por las prescripciones del artículo. De la misma manera, las actividades remuneradas y honorarias, temporales o permanentes... La médula de la definición se compone de tres conceptos: 1) *Actividad*; 2) *Persona natural*; y 3) *En nombre del Estado o al servicio del Estado...*”³

En segundo término, en nuestro país se puede acudir a la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, publicada en La Gaceta N° 212 del viernes 29 de octubre de 2004, que define, no lo que es la función pública en sí, sino de quien la ejerce, esto es: el “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, teniendo por tal a cualquier persona funcionaria o empleada del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Al respecto, la citada ley establece:

Artículo 2.- “Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no

3 Manfroni, Carlos A. *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada*. Prólogo de Enrique Lagos. 2ª edición actualizada. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, junio del 2001. Pág. 35.

estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.”

En tercer lugar, habrá que analizar en cada caso concreto si la persona, por su cercanía con el bien jurídico protegido, al realizar la conducta descrita en el tipo penal, tuvo **capacidad funcional** para afectarlo. Es decir, si en su relación con el bien jurídico, la persona se encontraba obligada a observar y respetar –en primer término– los deberes funcionales y por esa relación que debió cuidar, si lesionó o puso en peligro con su conducta la función pública.

2. Deberes de la función pública

2.1. Diferencia entre “bien jurídico y objeto de la acción típica”

Con el propósito de analizar los alcances de las figuras delictivas que se estudian en esta guía, en primer lugar se debe tener presente la diferencia existente entre el bien jurídico y el objeto (material o inmaterial) de la acción típica, en los delitos funcionales.

En términos generales, el **bien jurídico** tiene como propósito, en la norma, representar el interés general del legislador en la protección de determinado valor o bien, que supone esencial para la vida

en sociedad. Ejemplo de ello: la vida, la libertad, la salud pública, la intimidad, la propiedad, entre otros.

Como ya hemos indicado, en los delitos funcionales, sean los del Título XV del Código Penal o los de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el bien jurídico escogido por el legislador son: “Los deberes de la función pública”.

Se trata, en esencia, de un conjunto de deberes, principios y obligaciones que deben cumplir y respetar en todo momento las personas funcionarias públicas y demás sujetos equiparados a esa condición, con ocasión del ejercicio de cargos públicos. Su análisis, se ubica a nivel de la antijuridicidad.

Por otra parte, a nivel de análisis de la tipicidad se analiza **el objeto específico** sobre el que recae la acción descrita en cada delito del Título XV del Código Penal y de la Ley N° 8422, el cual puede y de hecho lo es, de muy diversa índole.

Por ejemplo, en el peculado (artículo 354) el objeto de la acción recae en la protección y conservación de dineros o bienes públicos; en el delito de nombramiento ilegal (artículo 337) el objeto de la acción recae en la legalidad y transparencia de las proposiciones y nombramientos de los servidores públicos; en las negociaciones incompatibles (artículo 347) el objeto de la acción recae en la objetividad, imparcialidad, credibilidad y transparencia de los procesos de negociación y contratación estatales; en el incumplimiento de deberes (artículo 332), el objeto de la acción típica

recae en el oportuno, eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones públicas y así, por el estilo, en los restantes delitos funcionales.

Independientemente, de cuál sea el objeto de la acción a nivel típico, todas esas conductas de los funcionarios y sujetos equiparados, si se produce, debe valorarse negativamente, pues en sus distintas modalidades típicas constituyen conductas prohibidas sujetas a sanción penal, en tutela del bien jurídico escogido por el legislador: la garantía que por medio del respeto de los deberes de la función pública por la persona funcionaria pública, se dará el correcto, legal y eficiente funcionamiento de la administración pública.

2.2. Deber de probidad

La probidad siempre ha sido sinónimo de honradez, y en el caso de las personas funcionarias públicas, el deber de probidad ha estado referido a la conducta proba que deben tener al ocupar sus cargos y ejercer sus funciones públicas. Así lo ha entendido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en forma reiterada en sus fallos.⁴

Por ejemplo, en el voto 389-2006 de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, refiriéndose al bien jurídico protegido en todas las figuras recogidas en el Título XV del Código Penal, la Sala Tercera señaló:

⁴ Consultar los votos 221-F-90 de las 9:15 horas del 10 de agosto de 1990, 1055-97 de las 15:30 horas del 30 de setiembre de 1997, 673-2003 de las 10:00 horas del 7 de agosto de 2003, 2002-00626 de las 8:50 horas del 28 de junio de 2002 y 1006-2004 de las 11:45 horas del 20 de agosto de 2004, entre otros.

“...Y la afectación que generan tales conductas es a la integridad del funcionamiento del aparato público y a la probidad y honestidad que debe caracterizar a los que desempeñan estas funciones.

El mandato constitucional que señala que el funcionario público solo está sujeto a la Constitución y a la ley –numerales 9 y 11 de la Constitución Política–, adquiere en esta materia, una dimensión paradigmática, pues el Constituyente, la Norma Fundamental, apuestan por un determinado ejercicio del quehacer público: en el marco de una democracia en la que el poder se ejerce responsablemente, con determinados valores consagrados tanto en los derechos y garantías fundamentales, como en los instrumentos sobre Derechos Humanos ratificados por el país, con reglas claras de separación de poderes y ejercicio de sus responsabilidades, con la ley como guía y límite, ley que se quiere inspirada en la protección de los derechos de terceros, la moral y las buenas costumbres –párrafo segundo del numeral 28 de la Constitución Política–...”

Ser honrado en la función pública, no es el único deber que tienen las personas funcionarias públicas. Por ello, se estima que no resultaba apropiado limitar los deberes de la función pública únicamente al deber de probidad como sinónimo únicamente del deber de honradez, única manifestación de todos aquellos otros deberes, principios y valores que deben respetar las personas que se dedican al ejercicio de la función pública.

Por fortuna, la situación que se comenta en el párrafo anterior ha dejado de tener

sentido, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, pues en su artículo 3 detalla con amplitud como debemos conceptuar el “deber de probidad”, entendiéndose en resumen como la obligación de la persona funcionaria pública de orientar su gestión a la satisfacción del interés público.⁵

Ese deber de probidad, ahora entendido como la obligación de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, la persona funcionaria pública cumple a través de **siete acciones específicas**, que se detallan y explican más ampliamente en el inciso 11) del artículo 1° del Reglamento 32333-MP-J, a saber:

- Identificar y atender las **necesidades colectivas** prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República.
- Demostrar **rectitud y buena fe** en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley.
- Asegurar que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la **imparcialidad** y a los **objetivos pro-**

pios de la institución en la que se desempeña.

- Administrar los recursos públicos con apego a los **principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia**, rindiendo cuentas satisfactoriamente.
- **Rechazar** dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, en el país o fuera de él; salvo los casos que admita la Ley.⁶
- Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de **impedimento y recusación** que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes.
- Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el **interés público**.

Este catalogo de funciones, principios y deberes, debiera ser en todos los casos, el norte por seguir, por los funcionarios públicos y demás sujetos equiparados, al ocupar cargos públicos o desempeñar funciones públicas.

Apartarse de ello, equivale a violar el deber de probidad como núcleo esencial del bien jurídico protegido, siendo tal violación

⁵ **Artículo 3.- Deber de probidad.** *El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.*

⁶ “Un acto de corrupción no siempre se vincula con un beneficio económico, puede ser político, profesional, sexual, etc.” En: *Corrupción: una visión desde la sociedad civil*. Editora Roxana Salazar Cambronero. 1ª edición. San José, Costa Rica, Fundación Ambio, 2004. Pág. 8

una conducta ciertamente antijurídica, que genera no solo responsabilidades de carácter administrativo, sino también civiles y penales.

3. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

3.1. Ley N° 8275

El 6 de mayo de 2002 se aprobó la Ley N° 8275, mediante la cual se creó la “Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública”.

Según esa ley, corresponde a la nueva jurisdicción el conocer y resolver, definitivamente, los delitos contra los deberes de la función pública y los tributarios, así como los delitos contenidos en la Ley General de Aduanas, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos.

Si bien la Ley N° 8275 se aprobó el 6 de mayo de 2002, entró en vigencia un año después de su publicación en La Gaceta, concretamente, **entró a regir a partir del 17 de mayo de 2003**. Para estudiar el impacto y minimizar las consecuencias negativas de esa nueva normativa, se nombró en el Poder Judicial una comisión por orden del presidente de la Corte doctor Luis Paulino Mora Mora y del entonces magistrado doctor Daniel González, presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. El resultado del trabajo de esa comisión, luego sometido a conocimiento de la Corte Plena por el magistrado González, mediante nota del

9 de mayo de 2003, detalla las “Reglas Prácticas para la Aplicación de la Ley de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública”, aprobadas por ese órgano colegiado en su sesión N° 1803, del 12 de mayo de 2003, en su artículo X.

3.2. Reglas prácticas

Detalle de lo dispuesto en las reglas prácticas para la implementación de la Ley de la Jurisdicción Penal de Hacienda y la Función Pública, se consignó en la circular N° 36-2003 de Corte Plena y en las Circulares N° 10-2003 y N° 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

El detalle de esas reglas es el siguiente:

- (1) Corresponde a cada fiscal (a) del territorio donde haya ocurrido el hecho, recibir la denuncia, hacer la valoración inicial y practicar, cuando corresponda, la investigación preparatoria.
- (2) El fiscal (a) del territorio debe hacer el dictamen conclusivo y dar las audiencias respectivas en caso de formular la acusación o la solicitud de sobreseimiento.
- (3) Cualquier negociación de medida alternativa o procedimiento abreviado debe ser aprobado directamente por la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios.
- (4) Durante la investigación preparatoria, el fiscal del territorio puede requerir la autorización jurisdiccional para realizar determinados actos. Esa autorización jurisdiccional úni-

camente la podrá dar el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, perteneciente al circuito judicial designado como asiento de la nueva jurisdicción especializada por la Corte Plena.

- (5) Las solicitudes de allanamiento, registro y secuestro, el levantamiento de secreto bancario, los anticipos de prueba, la aplicación de medidas cautelares, etc., deben ser solicitadas por el fiscal (a) del territorio al Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, por cualquier medio de comunicación disponible (fax, correo electrónico, teléfono, correo, telegrama, etc.).
- (6) El Juez Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, si acepta la solicitud del fiscal (a) y autoriza la diligencia, la medida cautelar, la actuación, etc., podría realizarla directamente o bien, por resolución podrá comisionar la realización del acto a la autoridad judicial del lugar del hecho cuando deba practicarse alguna diligencia en ese sitio.
- (7) Cuando el fiscal (a) del territorio finalice la investigación preparatoria y realice el acto conclusivo, **debe trasladar** el asunto a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios con sede en el Primer Circuito Judicial de San José, con el fin de que a partir de ese momento asuma el conocimiento de la causa y lleve el control de las actuaciones realizadas en esa materia por los demás funcionarios del Ministerio Público.
- (8) Tanto las audiencias preliminares como los debates, a realizarse en el Juzgado Penal de Hacienda y el Tribunal Penal de Hacienda, ambos con sede en el Segundo Circuito Judicial de San José, serán asumidos por la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios. [**Por circular 10-2003 se agregó: salvo especial disposición en contrario de la Fiscalía General o bien por acuerdo existente entre el Fiscal Adjunto de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios y el Fiscal (a) Adjunto (a) del lugar de donde provenga el caso investigado**].
- (9) Si el hecho ocurre en horas inhábiles, días feriados, de asueto, de vacaciones o fines de semana, los funcionarios disponibles en materia penal lo serán también para la Jurisdicción Penal de Hacienda y Deberes de la Función Pública.
- (10) Estas reglas son aplicables únicamente a los asuntos a que se refiere la Ley de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de los Deberes de la Función Pública, ocurridos a partir del día 17 de mayo de 2003.
- (11) Todos aquellos asuntos anteriores a esa fecha, que se encuentren en investigación preparatoria o etapa intermedia, continuarán su trámite normal en la jurisdicción penal ordinaria.

Unidad II

Abuso de autoridad

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 331**:

“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que abusando de su cargo, ordenare o cometiére cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico penalmente tutelado por el legislador son “Los deberes de la función pública”, lo constituyen en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción típica recae, específicamente, en la forma cómo las personas funcionarias públicas ejercen, en concreto, sus potestades o funciones públicas.

La función pública es, por definición, una **actividad reglada**: a la persona funcionaria o servidora pública solo le está dado hacer lo que la Constitución Política y la Ley le permite. Pero aun haciendo lo que la Constitución y la Ley le permite, en ciertas actuaciones, puede incluso incurrir en abusos de autoridad.

Tanto las personas particulares como el mismo Estado, pueden verse afectados por el arbitrario ejercicio de sus funciones o potestades que haga la persona funcionaria pública, al margen de lo que establece la Constitución Política, las leyes o los deberes que rigen su actuación.

Para comprender el alcance de la antijuridicidad de conducta abusiva, el artículo 11 de nuestra Constitución Política, establece como principio fundamental, que:

“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es

pública. *La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.* (Así reformado por Ley N° 8003 del 8 de junio del 2000).” (La negrita y cursiva no son del original).

La forma de evitar que las personas funcionarias incurran en conductas abusivas y arbitrarias, se establece en el mencionado artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, al señalar que en cumplimiento del “deber de probidad”:

*“El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a **la satisfacción del interés público...**, al demostrar **rectitud y buena fe** en el ejercicio de las potestades que le confiere **la ley**; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a **la imparcialidad** y a **los objetivos propios** de la institución en la que se desempeña...”* (La negrita no es del original).

Así se busca proteger no solo a la Administración Pública de sus propios funcionarios o funcionarias, evitar actuaciones abusivas y arbitrarias contra los intereses públicos de aquella, sino también a la ciudadanía que suele resultar víctima de arbitrariedades de quienes detentan el poder público. Un poder que unas veces se manifiesta como ejercicio de imperio y

otras, como simple gestión o prestación de servicio público.

3. Conducta típica

El delito se configura cuando “*el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien*”.

El **abuso** constituye cualquier acto ordenado o cometido por la persona funcionaria pública que viole la Constitución Política o las leyes de manera dolosa. Si no existe el **dolo** de violar el orden jurídico, puede darse una infracción administrativa, pero no el abuso de autoridad en sentido típico.

Debe quedar claro que el abuso de autoridad **no es una extralimitación funcional** en el sentido extensivo, sino que es un mal uso de la autoridad otorgada o derivada dentro de la propia función legalmente asignada.

No se trata de que la persona funcionaria abuse acudiendo a otros poderes o potestades extrañas a su cargo, sino que al hacer uso de la cuota de poder que le corresponde, lo utilice arbitrariamente en perjuicio de los derechos de alguien.

Si en lugar del abuso de su propia autoridad, la persona funcionaria se **extralimita** utilizando la autoridad de otro cargo, su conducta deja de constituir un abuso de autoridad (figura subsidiaria de otros tipos penales) para convertirse en una **usurpación de autoridad**, delito previsto en el **artículo 310 inciso 3°** del Código Penal.⁷

⁷ Código Penal, **artículo 310**: “Será sancionado con prisión de un mes a un año:... 3) El funcionario público que usurpare funciones correspondientes a otro cargo.”

El abuso puede presentarse aun cuando la actividad de la persona funcionaria, si bien apoyada en una facultad concedida por la ley, ejerce esa autoridad en el caso concreto de manera arbitraria, por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio. Esto sucede, por ejemplo, cuando pese a estar amparada al cumplimiento de la ley, la persona funcionaria no observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad en sus actuaciones, incurriendo en excesos injustificables que pueden ser constitutivos de abuso de autoridad.

Ordenar un acto arbitrario, significa que la persona funcionaria dispone que un acto se realice por otras u otros funcionarios sobre terceros o personalmente por esos mismos terceros, que son en sí contradictorios con la Constitución o la ley, o que resultan contrarios a la razonabilidad o proporcionalidad con que deben informarse las actuaciones.

No comete abuso la persona funcionaria que cumple con la orden de otro, si no está en su ámbito funcional revisarlas, con excepción de que la orden sea **manifiestamente ilegal**, en este último caso no debe, bajo ninguna circunstancia, ejecutar el acto. Si la orden es manifiestamente ilegal y la ejecuta, también comete el delito de abuso de autoridad.

4. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. Se exige el **dolo directo**.

El dolo con que actúa el autor, se concreta en conocer la **ilegalidad** de lo que orde-

na o bien la **arbitrariedad** del acto que comete, en perjuicio de los derechos de alguien y pese a ese conocimiento, tener la voluntad de ordenarlo o de cometerlo, según el supuesto que se trate.

Si la persona funcionaria tiene la creencia que su conducta no es arbitraria, porque estima que está acorde con la Constitución o la ley, cuando en realidad sí lo es, se da un error de tipo sobre uno de los elementos objetivos (la arbitrariedad del acto) que excluye la tipicidad de la conducta. Este error de tipo excluye el dolo directo necesario para la existencia del delito. La persona funcionaria debe entonces saber que el acto que realiza o que ordena es arbitrario y pese a ese conocimiento, tener la voluntad de realizarlo u ordenarlo; si esto no es así por creer lo contrario, simplemente no hay actuación dolosa y por consiguiente, la conducta resulta atípica.

5. Autoría

Sujeto activo sólo puede ser una persona funcionaria pública, en ejercicio de su cargo y obrando dentro de su propia competencia. Como se ha explicado anteriormente, debe hacer un mal empleo de la autoridad pública que legalmente posee.

Se admite la intervención –a nivel de complicidad– de particulares en la comisión del delito, casos en los que deberán aplicarse las reglas generales en materia de autoría y participación.

Aunque la doctrina señala que se trata de un delito **especial propio** y por ello,

sólo la persona funcionaria pública puede realizar el tipo penal, y dentro de su competencia, no puede descartarse la existencia de coautorías con otras personas funcionarias o particulares, en razón de la **interpretación ampliativa** que sostiene la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia respecto del **artículo 49** del Código Penal referido a *la comunicabilidad de las circunstancias*.⁸

6. La obediencia debida

La obediencia debida se encuentra establecida en el **artículo 36** del Código Penal, como **causa de exculpación**.

Para que la obediencia debida excluya la responsabilidad penal (no civil) de la persona funcionaria pública, deben concurrir los siguientes requisitos: la orden debe haberla recibido de quien tenía competencia para emitirla y cumplir con las formas exigidas por ley; además, el autor debe estar jerárquicamente subordinado de quien expidió la orden, de manera que no tuviera más opción que obedecer; y, finalmente, la orden no debe ser evidentemente constitutiva de una infracción punible. De faltar uno de los requisitos, sería inadmisibles la causal de exculpación.

“Esta causal exculpante se caracteriza, entonces, por la existencia de un mandato que dirige la voluntad del agente, razón por la cual el que manda es quien debe cargar con la responsabilidad penal derivada del hecho punible cometido por el subalterno. Esta exculpante es muy común en relaciones de orden administrativo,

*por lo que debe tenerse en cuenta que la Ley General de Administración Pública, en el artículo 107, inciso 1), establece la obligación de todo servidor público de obedecer las órdenes, instrucciones y circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo. Por su parte, el artículo 108 de ese mismo cuerpo normativo establece la obligación del servidor público de desobedecer cuando se den estas circunstancias: a) Que la orden tenga por objeto la realización de **actos evidentemente extraños a la competencia del inferior**; y b) Que el acto sea manifiestamente **arbitrario**, por constituir su ejecución **abuso de autoridad o cualquier otro delito**.”⁹*

7. Consumación y tentativa

El abuso de autoridad no es un delito de resultado, sino de mera actividad, por lo que basta que la acción de **“ordenar o cometer”** el acto arbitrario para tener por consumado el tipo penal.

Sin embargo, al exigir el **artículo 331** que el acto arbitrario sea en **“perjuicio de los derechos de alguien”**, introduce la duda si podría ser un delito de resultado.

En nuestra opinión, sin embargo, al exigirse que el acto arbitrario sea en perjuicio de los derechos de alguien, lo que pretendió el legislador o legisladora fue que el abuso de autoridad no fuera un tipo penal exageradamente abierto, de modo que, cualquier arbitrariedad pudiera dar

⁸ Ver entre otros el voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

⁹ Rojas Chacón, José Alberto y Sánchez Romero, Cecilia. Curso de Teoría del Delito. Aspectos teóricos y prácticos. Cuarto Módulo Instruccional Culpabilidad. Pág. 269. Material suministrado en disco compacto por la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público. 1ª versión, mayo 2007.

lugar a la figura delictiva. En otras palabras, interpretamos, se quiso moderar los alcances de la conducta prohibida, pero en modo alguno lo convierte en un delito de resultado, sino que, sigue siendo de mera actividad, pues en el fondo, lo que la conducta de la persona funcionaria lesiona no son los derechos de alguien propiamente sino el bien jurídico tutelado por el tipo penal que, no es otro, que los deberes de la función pública y, para ello, basta que haya actuado arbitrariamente.

En el supuesto típico de “**ordenar**”, el delito se consuma cuando la orden se imparte, mediante los procedimientos correspondientes para ser cumplida por su destinatario, aunque no es necesario que lo ordenado se acate por la persona subordinada.

En el caso de “**ejecución**”, el delito se consuma cuando la otra persona funcionaria (distinto de la persona que ordenó) ejecuta la orden arbitraria, esto es, cuando concreta su contenido antijurídico.

Obviamente, el abuso de autoridad también lo puede cometer la persona funcionaria por sí misma, sin que exista orden previa suya o de otro funcionario o funcionaria. En ese caso, el delito se consuma con la sola acción de “cometer” el acto arbitrario, realizada directamente por el autor.

Es importante agregar, que este delito no admite la tentativa. Por ello, desde el momento en que la persona funcionaria violenta sus deberes funcionales, sea ordenando o realizando por sí misma el acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien, consuma el delito.

8. Aspectos procesales

8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, de los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de los casos por abuso de autoridad se debe observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran autorización jurisdiccional, como son por ejemplo las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar necesariamente el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, con sede en el Segundo Circuito Judicial de San José (Goicoechea).

Las solicitudes de medidas cautelares, salidas alternas, desestimación y sobreseimiento, deben formularse ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, con mayor razón las acusaciones con solicitudes de apertura a juicio.

Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas

como las solicitudes de desestimación y sobreseimiento y las acusaciones, deben ser trasladadas por los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, con sede en el Primer Circuito Judicial de San José, para su aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley. Por razones de territorio, puede una vez autorizado el acto que interesa a la fiscalía, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez. También le corresponde al Juzgado Penal de Hacienda asumir la etapa intermedia, llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público, a su vez, le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante el tiempo de su vigencia.

8.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación en los abusos de autoridad van a ser diferentes, según sea el caso, debido a que dependerá del puesto o función que desempeñe la persona funcionaria pública denunciada, de las circunstancias y del contexto en que hayan ocurrido los hechos. De manera general, estimamos útiles las siguientes diligencias, reiterando que será cada caso, en concreto, que señale qué otras diligencias pueden ser igual o mayormente pertinentes:

- **Recibir la denuncia de la víctima u ofendido.** La persona denunciante debe –en lo posible– identificar a la persona funcionaria que incurrió en abuso de autoridad. Además, señalar en forma clara, específica y circunstanciada los aspectos de tiempo, modo y lugar de los hechos. Si la persona denunciante solo conoce el hecho calificado de abusivo pero ignora la identidad de la persona autora de los hechos, debe encargarse al O.I.J., determinar la identidad de esa persona.
- Establecida la identidad de la persona autora de los hechos investigados, debe solicitarse al departamento de personal, recursos humanos o como se llame la unidad administrativa encargada del registro y trámite de los nombramientos del personal, se sirva **certificar el nombramiento de la persona funcionaria denunciada**, con indicación del puesto que ocupa, el tiempo de servicio, los

cargos anteriores, la descripción de las funciones, las sanciones administrativas anteriores, otros. No olvidar que el delito consiste en abusar de la propia autoridad y no de otra ajena, por ello, resulta esencial confrontar los hechos denunciados con las funciones típicas asignadas al autor; bien podría suceder que el abuso denunciado no coincida con las funciones del cargo y deba calificarse distinto el delito, por ejemplo, la usurpación de autoridad.

- **Entrevista de los testigos.** Como en cualquier otro delito, la prueba testimonial es importante. Sin embargo, se debe tener presente que, si se trata de autoridades de policía, podría ocurrir que las otras personas que estuvieron presentes en el sitio donde se cometió el “abuso de autoridad” tendrían alguna responsabilidad aunque no participaran activamente del abuso; como “policías” les asiste la posición de garante, por lo que si pasivamente permitieron el “abuso”, cometerían igualmente el delito por “acción por omisión u omisión impropia”. Debe tenerse presente esta consideración para no viciar la investigación, entrevistando personas que podrían luego ser “imputados o testigos sospechosos”. Con frecuencia, las personas acusadas por abusos de autoridad, alegan la obediencia debida o pretenden atribuir una conducta delictiva a la víctima (resistencia a la autoridad, atentado, desobediencia, por ejemplo). Por esto, resulta esencial entrevistar cuidadosamente a los testigos, no solo en aspectos medulares sino también en los aspectos periféricos que pudieron mediar en la ocurrencia de los hechos.
- **Se debe remitir a la Medicatura Forense**, a la víctima e incluso a la persona autora de los hechos, si están presentes las lesiones, aunque sean levísimas y no sean mencionadas o consideradas en la denuncia. Con esta pericia, se acredita el indicio que podría ser relevante para la correcta decisión del caso (tratándose sobre todo de abusos policiales).
- **Solicitar la epicrisis**, al hospital o centro médico que haya brindado atención a la víctima del abuso de autoridad (en particular, si se trata de abusos policiales), para acreditar el indicio e incluso valorar el grado de abuso (físico o psicológico) sufrido por la víctima.
- **Otras diligencias que podrían ser útiles en caso de abusos policiales:** a) ordenar el decomiso del libro de novedades, diligencia que puede realizar el O.I.J., o bien, practicarla directamente la fiscalía. Por tratarse de un documento público no se requiere autorización jurisdiccional. Debe analizarse específicamente el reporte realizado por quienes estuvieron a cargo del cumplimiento de la actuación que dio pie al abuso de autoridad y de cualquier otra información suministrada a la oficialía de guardia; b) solicitar el reporte de llamadas al servicio de emergencias del sistema 911 en

relación con el evento investigado; c) solicitar al O.I.J., determinar si en el sitio donde ocurrió el abuso existen cámaras de seguridad (por ejemplo, la cercanía de algún banco, o vías públicas monitoreadas con cámaras de vídeo).

9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

9.1. Análisis de votos

En este apartado se ha considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito bajo estudio. Se ha procurado sintetizar el contenido del voto, señalando en palabras nuestras la solución dada por la Sala Tercera. Para un mejor entendimiento, también se expone bajo el título “caso práctico” un resumen de los hechos que dieron lugar al fallo y en algunos votos se les ha hecho un breve comentario.

9.1.1. Cumplimiento del deber dentro del marco constitucional y legal

En el **Voto N° 129-F-93** de las 9:20 horas del 2 de abril de 1993, la **Sala Tercera**, al resolver un recurso de la defensa, señaló que si bien “...*los oficiales de tránsito, tienen el deber de mantener la seguridad y el orden en las vías públicas, así como también están en la obligación de evitar que los vehículos se aparquen mal, obstruyendo la adecuada circulación y contraviniendo disposiciones de tránsito;... también es cierto que ellos deben cumplir esa función dentro del marco constitucional y legal existente, sin que puedan ampararse a un supuesto “cumplimiento*

del deber” mal entendido para atropellar los derechos constitucionales de los ciudadanos, tales como su integridad física, libertad personal, derecho de libre movilización, y derecho de propiedad, para no hablar de afectaciones de otro tipo.”

CASO PRÁCTICO

En 1992 el Poder Ejecutivo puso en ejecución el denominado “Plan de Contingencia de Regulación Vial”, según el cual los vehículos que estuvieran mal aparcados serían trasladados a la delegación del tránsito. JCCM, oficial de tránsito, observó el vehículo de la ofendida mal aparcado en la calzada, con evidente infracción a la Ley de Tránsito, por lo que ordenó el traslado del vehículo mediante el uso de una grúa, pese a que la ofendida se encontraba dentro del automotor y estuvo dispuesta en todo momento a moverlo del sitio. JCCM fue acusado y sentenciado por abuso de autoridad.

Comentario

Pese que la defensa de JCCM alegó el cumplimiento de un deber, pues obedecía directrices del Plan de Contingencia de Regulación Vial, esa causa de justificación no fue probada en juicio, por lo que JCCM no pudo trasladar la responsabilidad de sus actos a sus superiores. Si bien JCCM ejerció una potestad que estaba dentro del ámbito de su competencia, tanto el Tribunal como la Sala Tercera consideraron que ejerció su autoridad con violación a los derechos constitucionales de la ofendida (conductora del vehículo). A criterio

de los juzgadores, la conducta abusiva de JCCM evidenció un absoluto menosprecio a los derechos constitucionales de los ciudadanos, al ordenar el traslado del vehículo por medio de la grúa aun cuando la conductora estaba dispuesta a quitarlo –suponiendo que estaba mal aparcado–. “En ello consiste la actuación arbitraria del acusado, según los términos del artículo 329 del Código Penal, y peor aún cuando trasladan el vehículo sin importarles que lleva personas dentro, pues en este último caso no sólo se configura (concurso ideal) el delito de abuso de autoridad, sino también el de privación de libertad agravada (artículo 192 inciso 4º del Código Penal), que tiene una sanción de dos a diez años de prisión, y además exponen a los ciudadanos a un peligro inminente para su integridad física, al llevárselos dentro del vehículo remolcado como si se tratara de simples objetos.” Concluye la Sala en este voto que definitivamente constituye una grave y arbitraria actuación la del funcionario público, que prevaleciendo de su posición de autoridad decomisa un vehículo a un ciudadano, sin causa legal que así lo autorice, supuestamente para mantener despejadas las vías, en casos en que la persona conductora está dispuesta a quitarlo del lugar.

9.1.2. Figura genérica y subsidiaria de otros tipos penales

En el **Voto 686-2003** de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003, la **Sala Tercera** sostiene que el delito de abuso de autoridad es una figura genérica, que constituye la base de todas las formas abusivas en el ejercicio de funciones públicas. Si

concurren especiales características, el abuso de autoridad es desplazado por las otras figuras penales que contemplan esa especialidad.

CASO PRÁCTICO

NRG, Director General de la DGAC, abusó de su cargo y de sus funciones, al solicitar mediante oficios a las aerolíneas, múltiples boletos aéreos en beneficio propio y de otras personas (familiares, amigos, terceros) no funcionarios del Estado, aprovechando que el artículo 225 de la LGAC obligaba a las aerolíneas a suministrar transporte gratuito a funcionarios de la DGAC que viajaran al exterior en razón de sus cargos. El primer tribunal de juicio que conoció del caso, entre otras consideraciones que tampoco fueron válidas, absolvió a NRG porque su conducta no constituía concusión sino abuso de autoridad, que no fue acusada por el MP. La Sala anuló la absolutoria, entre otras razones, porque la concusión ya de por sí constituye un abuso de autoridad, al cual se agregan otras particularidades en el caso concreto, como el engaño (inducir a) y, o la coacción (obligare a), que hace de la concusión un abuso de autoridad especializado.

Comentario

En el citado **Voto 686-2003** la **Sala Tercera** resolvió conforme lo señala la doctrina comparada, en cuanto a que el abuso de autoridad es una figura genérica, constituye la base de otras formas abusivas más graves, que pueden ser cometidas

por las personas funcionarias públicas al abusar de sus cargos o del ejercicio de sus funciones públicas y al concurrir especiales características desplazan el abuso de autoridad para configurar otros tipos penales especializados como son los cohechos, la concusión, el prevaricato, el peculado, entre otros.

9.1.3. Concurso con otras figuras penales

La **Sala Tercera** en el **Voto 659-99** de las 9:50 horas del 28 de mayo de 1999, ratificó una condenatoria dictada por abuso de autoridad y usurpación de autoridad en concurso ideal y ambos en concurso material con un peculado. La Sala sostuvo que era posible usurpar la autoridad sin abusar de ella, por lo que si al usurpar una función que corresponde a otra autoridad y además los acusados abusaron de esta, cometieron en concurso ideal ambas delincuencias. La Sala ratificó la condena por peculado en concurso material, pues los acusados usurpando y abusando de la autoridad ajena, secuestraron bienes de los ofendidos, de los que luego se apropiaron.

CASO PRÁCTICO

GCS y NHO eran policías administrativos que decidieron actuar con un policía de Migración, en un operativo en la carretera interamericana sur. Al azar detuvieron un vehículo particular y ante sus ocupantes se identificaron con nombres falsos, registraron sin motivo el vehículo encontrando mercadería que decomisaron con

el argumento del no pago de impuestos, de la cual luego se apropiaron. Una de las personas que viajaban en el vehículo resultó ser hermana de un coronel de la Fuerza Pública, quien informado del asunto se comunicó días después con el jefe de la delegación y este a su vez ordenó a GCS y NHO devolver la mercadería. GCS y NHO fueron acusados y condenados por abuso de autoridad y usurpación de autoridad en concurso ideal y ambas en concurso material con peculado. En los recursos de casación, GCS y NHO alegaron que no podían haber sido condenados por abuso de autoridad y usurpación de autoridad, pues entre ambas figuras mediaba un vínculo de consunción del disvalor de una figura por otra, no de convergencia incluyente, por lo que solo aplicaba el abuso de autoridad. Además, cuestionaron la condena por peculado, por cuanto no tenían competencia para custodiar los bienes secuestrados. La Sala rechazó los reclamos y confirmó la condenatoria.

Comentario

Lo resuelto primeramente por el Tribunal y luego por la **Sala Tercera** en el **Voto 659-99**, resulta contrario a la doctrina. El abuso de autoridad requiere que la persona funcionaria pública solo pueda abusar de su **propia autoridad**, no de otra que está fuera de su competencia. En el caso en cuestión, erróneamente el Tribunal y la Sala extendieron los alcances del abuso de autoridad, con el argumento que se puede usurpar una autoridad ajena sin abusar de ella. De ahí que, en criterio de la Sala, si los imputados usurparon funciones de otra autoridad (en este caso, Tributaria)

y además abusaron de esta, cometieron en concurso ideal ambas delincuencias. Tampoco se valoró el objetivo final de la actuación ilícita: apropiarse de bienes ajenos propiedad de los ofendidos, por estos hechos también fueron condenados por peculado en concurso material. El error de la Sala al considerar esa apropiación de bienes como típica del peculado, se da porque en ningún momento los imputados asumieron dentro de las funciones usurpadas, la administración o custodia de los bienes de los ofendidos, los cuales, por el contrario se apropiaron por la usurpación de autoridad. Lo correcto era la condenatoria por la usurpación de autoridad en concurso ideal con un delito contra la propiedad (robo o extorsión, por ejemplo), pero no peculado. Tampoco resulta coherente el argumento de la condenatoria del abuso de autoridad en concurso material con el peculado, pues esta figura ya contempla el abuso de autoridad (figura subsidiaria). Reiteramos, ni el abuso ni el peculado resultaban típicos en el caso concreto; ambas figuras requieren que las conductas sean cometidas **en razón del cargo**, lo cual, como se tuvo por demostrado no se produjo, por tratarse de “una autoridad usurpada”.

9.1.4. No impedir el abuso de autoridad equivale a cometerlo

En el **Voto N° 163-06** de las 11:00 horas del 24 de febrero de 2006, la **Sala Tercera** resolvió un recurso de casación de un imputado condenado por privación de libertad agravada con abuso de autoridad. El recurrente alegó que no participó de la paliza que le dio su compañero al ofendi-

do, por lo que no procedía en su contra la condenatoria, que además el Tribunal sentenciador se basó en hechos generales. Contrario a ello, la Sala señaló: “... *no es cierto que los hechos que le fueron acusados hayan sido generales, sin que fueran concretadas sus acciones. En este tipo de delitos (cometidos por omisión), es evidente que a los sucesos u acciones ajenas, las cuales deben ser descritos, se añade un “no hacer”, que como tal no se es susceptible de ahondar en su descripción. A lo sumo, a ese “no hacer”, se le debe añadir por qué el sujeto estaba en condiciones de impedir el resultado y en el deber de hacerlo. Esto quedó claro en la acusación, al advertirse que, a pesar de la actuación deleznable de su compañero de patrulla, pudiendo haber impedido esos actos y debiendo hacerlo por su calidad de integrante de la Fuerza Pública, Collado Hernández se limitó a contemplar el desarrollo de dichas actuaciones...*”

CASO PRÁCTICO

Los oficiales de policía GZCH y VHRU proceden sin justificación a privar de libertad al ofendido MHR, en la Plaza de la Democracia en San José; acto seguido ambos policías dan una severa paliza al detenido en presencia de JMCH, también oficial de policía, quien se limitó simplemente a observar cómo sus compañeros agredían sin justificación a MHR. Los tres policías fueron acusados y condenados por privación de libertad agravada con abuso de autoridad. JMCH alegó en su recurso de casación que la condenatoria en su contra no procedía, porque él no detuvo ni tampoco agredió al ofendido MHR.

Comentario

Lo interesante de este caso es la responsabilidad que se genera desde la posición de garante que asume JMCH respecto del ofendido MHR, al ser detenido por GZCH y VHRU, compañeros de JMCH. En este caso, si bien JMCH simplemente se limitó a observar cómo sus compañeros agredían sin razón a MHR, fue suficiente para ser condenado por el mismo delito, pues como policía debía legalmente evitar los hechos que observaba, podía hacerlo y por no actuar en resguardo de los derechos de MHR, incurrió en igual responsabilidad penal que sus compañeros. Aquí no se trata de un simple incumplimiento de deberes, sino que, por omisión impropia (comisión por omisión) JMCH incurrió en abuso de autoridad como circunstancia agravante de otro delito, como es la privación de libertad que habían realizado sus compañeros policías en perjuicio de MHR.

9.1.5. Cumplimiento del deber

En el **Voto N° 24-2006** de las 8:30 horas del 27 de enero de 2006, la **Sala Tercera** acogió una solicitud de desestimación del Fiscal General a.í., respecto a una querrela formulada contra el entonces Ministro de Ambiente y Energía, por el derribo de instalaciones de un complejo turístico ubicado en una zona de dominio público en Playa Uva, Limón. En esa oportunidad, la fundamentación de la solicitud de desestimación del Fiscal General aceptado por la Sala fue que el abuso de autoridad tipifica la conducta abusiva del funcionario que ordena y comete cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien,

pero a contrario sensu, si el acto resulta propio del legítimo ejercicio de sus funciones, no incurre en delito alguno, aunque el acto como tal resulte a todas luces lesivo para los intereses patrimoniales del administrado.

CASO PRÁCTICO

El ministro CMRE ordenó continuar la ejecución de lo impuesto en resolución 0890-MIRENEM, que revocaba el permiso de uso de la zona de dominio público, donde se ubicaban las instalaciones del Complejo Turístico Punta Uva, propiedad de JK, al confirmarse la decisión por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Si bien la Municipalidad declaró los distritos Sixaola y Cahuita como zonas urbanas, tal declaratoria no incidía en los actos de ejecución del ministro. Aún así, JK formuló querrela contra CMRE por considerar su actuación abusiva y arbitraria en torno a los actos de demolición de sus instalaciones turísticas, lo cual le causó un enorme perjuicio patrimonial.

Comentario

En este caso, la Sala Tercera siguiendo la doctrina del tratadista argentino Fontán Balestra, consideró –como lo planteó el Fiscal General en su solicitud de desestimación–, que en la especie no se daban los presupuestos del abuso de autoridad. Sobre el particular indicó que doctrinariamente se ha indicado: “...*que el abuso, que en sí mismo constituye un delito, puede resultar de dos situaciones: que el acto mismo sea contrario*

*a la Constitución o las leyes, es decir, que lo sea siempre, y que por lo tanto, ningún funcionario pueda estar facultado para disponerlo o ejecutarlo; que el acto sea legítimo en determinadas condiciones y circunstancias que no se dan en el caso es decir, actos que pueden ser ejecutados como legítimos, pero que no los son en el caso concreto. El delito consistirá por lo común, en hacer algo que el funcionario está facultado para hacer, pero que lo hace en situaciones que no corresponde, completada la acción subjetivamente por el conocimiento de esa improcedencia...*¹⁰

Tales consideraciones, indicó la Sala, permitieron estimar que las conclusiones obtenidas por el Fiscal General, respondían al mérito de la investigación realizada, en tanto las actuaciones del ministro querellado, al ignorar los pronunciamientos del Consejo Municipal de Talamanca, emitidos en sesión número 126 del 17 de noviembre de 2004, y ejecutar lo dispuesto en la resolución R-089-93-DGVS, que revocó el permiso de uso otorgado a Complejo Turístico Punta Uva S.A., resultaron actos legítimos en el cumplimiento de sus funciones, sustentados en la ley y los reglamentos respectivos, de ahí lo atípico de los hechos denunciados.

10 Fontán Balestra, 1998: página 839. Referencia doctrinaria citada por la Sala Tercera en el voto de comentario.

Unidad III

Incumplimiento de deberes

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 332**:

“Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omite, rehusare hacer o retarde algún acto propio de su función.

Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuando esté obligado a hacerlo.

(Así reformado por Ley N° 8056 de 21 de diciembre de 2000, publicada en La Gaceta No. 10 de 5 de enero de 2001).

(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la Ley N° 7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo trasladó del 330 al 332).”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

Es un delito propiamente de omisión. Se trata de que el funcionamiento de la administración pública y en especial, el usuario, no se vean perjudicados por la inercia dolosa de la persona funcionaria pública que ejerce un cargo determinado.

3. Conducta típica

Como se indicó, el delito se configura por conductas omisivas. Según el **artículo 332** del Código Penal, esas conductas ilegales omisivas de la persona funcionaria pública se dan cuando: **“omite, rehúse o retarde algún acto propio de su función”**.

El tipo penal fue ampliado el 21 de diciembre del 2000, mediante reforma introducida por Ley N° 8056, incorporando un segundo párrafo, que sanciona igualmente por el delito de incumplimiento de deberes a la persona funcionaria pública que: “*ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto (sic) esté obligado a hacerlo*”.

En cuanto a los verbos rectores del primer párrafo del artículo 332, la conducta del sujeto activo consiste en *omitir, rehusar hacer o retardar un acto propio de sus funciones*. Se trata en todos los casos de un negarse a actuar, expresa o tácitamente, sea en el momento oportuno o bien, en el momento que expresamente señala la ley.

La persona funcionaria **omite** el acto, tipifica el delito cuando no lo realiza, no lo ejecuta, o bien no lo lleva a cabo, pese conocer de su deber de actuar **oportuna y diligentemente**.

El incumplimiento de deberes se da de manera expresa cuando la persona funcionaria recibe una petición concreta de hacer algo propio de su función y simplemente no lo hace, sea que esa petición provenga de un particular o de un superior jerárquico.

También el incumplimiento de deberes puede ser implícito, lo cual sucede por ejemplo cuando la persona funcionaria realiza **dolosamente** un acto nulo. Esto es, cuando realiza el acto propio de su función típica pero lo hace, a sabiendas, de manera irregular, porque **omitió** cons-

cientemente las formalidades requeridas para la validez del acto. Esta conducta equivale, a todas luces, a un no hacer.

Asimismo, hay un tácito incumplimiento de deberes cuando se da el llamado obstruccionismo burocrático. La persona funcionaria sabe que debe realizar el acto, incluso de oficio, y simplemente no lo hace porque no tiene el deseo o la voluntad de hacerlo.

Por **rehusar hacer**, se entiende la omisión dolosa de la persona funcionaria que habiendo recibido una petición expresa de un particular o de su superior jerárquico, no realiza –pudiendo hacerlo– el acto propio de sus funciones.

Finalmente, según el párrafo primero del artículo 332 del Código Penal, el delito también podría configurarse por el **retardo** con que se realiza el acto. En este sentido, el retardo constituye el intervalo transcurrido entre el momento que el acto debió realizarse y aquel que efectivamente la persona funcionaria dolosa e injustificadamente quiso realizarlo.

Todas estas conductas de omitir, rehusar hacer o retardar, están referidas unívocamente a los **actos propios de la función** de la persona funcionaria. Debe tratarse, para que sean conductas típicas, de actos propios de sus funciones, que contempla no solamente los actos de autoridad, sino cualquier tarea administrativa que integre la función o la prestación de servicio a cargo de esa persona funcionaria pública.

No constituyen conductas típicas de incumplimiento de deberes, los actos u obli-

gaciones que debe cumplir personalmente la persona funcionaria con la Administración, cuya transgresión acarrea sanciones administrativas de carácter disciplinario, pero no penales. Por ejemplo, llegar tarde a la oficina o faltar al trabajo, o retirarse antes de la hora de salida, o no presentar la declaración jurada de bienes a la Contraloría General de la República, no asistir como espectador a un acto protocolario organizado por la jefatura, no escuchar un programa de radio o de televisión promocionado por la institución, no participar en una marcha de apoyo, no portar emblemas conmemorativos, no ponerse la camiseta (no oficial) del despacho, u otros.

El tipo objetivo requiere que la omisión, demora o rehusamiento de realizar el acto, sea **ilegal**. Se trata de un elemento normativo del tipo que debe cubrir necesariamente el dolo de la persona funcionaria pública.

La tipicidad queda excluida si la persona funcionaria tiene la facultad o incluso el deber de negarse, de omitir o de retardar el acto. Sin embargo, esa facultad debe estar necesariamente contemplada en la ley. Así, por ejemplo, una persona funcionaria que omita, se rehúse hacer o bien retarde la realización del acto, por haber recibido una orden legítima de un tribunal para no realizarlo, no comete delito alguno, pues las órdenes emanadas de los tribunales se suponen amparadas en lo que la ley establece, pero en todo caso, no está dentro de su ámbito funcional cuestionar las órdenes de los tribunales, menos si estas provienen de la Sala Constitucional, pues incluso su no acatamiento significaría la comisión de delito, del delito de desobediencia.

En cuanto a la conducta típica del **párrafo segundo** del artículo 332:

Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuando esté obligado a hacerlo.

Se trata del irrespeto a un **deber jurídico especial**, que incumbe a la persona funcionaria que debe **legalmente** abstenerse, inhibirse o excusarse, al no hacerlo pese a que sabe que está obligado a ello.

Sobre este particular, es importante hacer notar que en el ordenamiento jurídico existen una serie de disposiciones legales, que establecen como garantía de transparencia, objetividad e imparcialidad ese deber jurídico especial que impide o debería impedir a la persona funcionaria conocer de determinados trámites, asuntos o procedimientos, o bien que al haberse iniciado su actuación no haya cesado su intervención cuando conoció la existencia u ocurrencia del impedimento legal.

Así a modo de ejemplo, citamos el **artículo 22** de la Ley de Contratación Administrativa, que establece la prohibición y, por ende, la inhibición de participar directa o indirectamente como oferentes en contratos públicos: el Presidente y los vicepresidentes de la República, los ministros y los viceministros, los diputados a la Asamblea Legislativa, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Procurador General y el Procurador General Adjunto de la República, el Defensor de los Habi-

tantes y el Defensor Adjunto, el Tesorero y el Subtesorero Nacionales, y el Proveedor y el Subproveedor Nacionales. Con la propia entidad en que sirven, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes tanto de las instituciones descentralizadas como de las empresas públicas y los funcionarios públicos con injerencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa. Así como las personas físicas o jurídicas que hayan intervenido, como asesoras, en cualquier etapa del procedimiento de contratación o hayan participado en la elaboración de las especificaciones, los diseños y los planos respectivos.

Cualquiera de las personas mencionadas en el citado artículo 22, están obligadas a inhibirse de participar como oferentes en los contratos públicos, pues el solo hecho de participar podría configurar el incumplimiento de deberes del párrafo segundo del artículo 332 del Código Penal. No incurre en esta conducta típica, la persona funcionaria que previamente y en forma razonada ha obtenido de la Contraloría General de la República el respectivo levantamiento del impedimento legal.

También incurriría en incumplimiento de deberes, según el párrafo segundo del artículo 332, cualquiera de las personas funcionarias que obligadas por ley a no ejercer otros puestos, cargos o profesiones liberales, no se abstengan de hacerlo. A modo de ejemplo, citamos el **artículo 48** de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que establece:

“Se prohíbe al Contralor, al Subcontralor y a los demás funciona-

rios de la Contraloría General de la República lo siguiente:

- a) *Ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, en los de su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, excepto que haya impedimento, por la existencia de un interés directo o indirecto de la propia Contraloría.*
- b) *Desempeñar otro cargo público o prestar otros servicios a los sujetos pasivos, salvo ley especial en contrario. Se exceptúa de esta prohibición el ejercicio de la docencia, que será regulado por la Contraloría.*
- c) *Participar en actividades político electorales, con las salvedades de ley.*
- d) *Intervenir en el trámite o en la resolución de asuntos sometidos a su jurisdicción, en los que, directamente tengan interés personal, o cuando los interesados sean sus parientes por línea directa o colateral hasta el tercer grado, inclusive, o en el mismo grado, cuando se trate de vinculado civil por afinidad.*

La violación de las prohibiciones anteriores constituirá una falta grave del servidor y dará lugar a su destitución por justa causa.

Una disposición similar se encuentra establecida para las personas funcionarias judiciales, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 9:

“Se prohíbe a todos los funcionarios y empleados del Poder Judicial:

1. *Ejercer, fuera del Poder Judicial, la profesión por la que fueron nombrados, con derecho a recibir por ello, en los casos en que legalmente corresponda, pago por dedicación exclusiva o prohibición, aunque estén con licencia, salvo en los casos de excepción que esta Ley indica. La prohibición a que se refiere este inciso no será aplicable a los profesionales que la Corte autorice, siempre que no haya superposición horaria y no se desempeñen como administradores de justicia o sus asesores, fiscales o defensores públicos, jefes de oficina, ni en otros cargos en que la Corte lo considere inconveniente. Los profesionales autorizados no percibirán sobresueldo por dedicación exclusiva ni por prohibición; tampoco podrán reingresar a ninguno de estos regímenes.*
 2. *Facilitar o coadyuvar, en cualquier forma, para que personas no autorizadas por la ley ejerzan la abogacía, o suministrarles a éstas datos o consejos, mostrarles expedientes, documentos u otras piezas.
Será destituido de su cargo, el funcionario o empleado que incumpla lo establecido en los incisos 1) y 2) de este artículo.*
 3. *Desempeñar cualquier otro empleo público. Esta prohibición no comprende los casos exceptuados en la ley ni el cargo de profesor en escuelas universitarias, siempre que el Consejo Superior*
 - del Poder Judicial así lo autorice y las horas lectivas que deba impartir, en horas laborales, no excedan de cinco por semana.*
 4. *Dirigir felicitaciones o censura por actos públicos, a funcionarios y corporaciones oficiales. Se exceptúan los asuntos en que intervengan, en defensa de intereses legítimos y derechos subjetivos y en los casos en que la ley lo permita.*
 5. *Cualquier participación en procesos políticos electorales, salvo la emisión de su voto en elecciones generales.*
 6. *Tomar parte activa en reuniones, manifestaciones y otros actos de carácter político electoral o partidista, aunque sean permitidos a los demás ciudadanos.*
 7. *Interesarse indebidamente y de cualquier modo, en asuntos pendientes ante los tribunales, o externar su parecer sobre ellos.*
 8. *Servir como peritos en asuntos sometidos a los tribunales, salvo si han sido nombrados de común acuerdo por todas las partes o en causas penales, o si deben cumplir esa función por imperativo legal. En ningún caso, podrán recibir pago por el peritaje rendido.*
 9. *Recibir cualquier tipo de remuneración de los interesados en un proceso, por actividades relacionadas con el ejercicio del cargo.*
- Los servidores que incurran en los hechos señalados en este artículo serán*

corregidos disciplinariamente, según la gravedad de la acción, con una de las sanciones establecidas en el artículo 195 de la presente Ley.”

Las prohibiciones a las que se refieren los incisos 1) y 3) no son aplicables a los servidores que no se desempeñen a tiempo completo.

(Así reformado por la Ley No. 7728 del 15 de diciembre de 1997, artículo 1).

Algunas conductas prohibidas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrían configurar no solo el incumplimiento de deberes, sino incluso otras figuras delictivas, como sucede por ejemplo, con el delito de divulgación de secretos (artículo 339 del Código Penal), esto en caso de que la persona funcionaria judicial dolosamente facilite datos o copias de los expedientes o legajos de investigación a terceras personas; los delitos de cohecho o corrupción de jueces (artículos 340, 341, 344 del Código Penal) en caso de que la persona funcionaria judicial reciba remuneraciones de los interesados por actividades relacionadas con el ejercicio del cargo, etc. Debe recordarse que la etapa preparatoria del actual proceso penal –aunque no secreta– es privada para terceros, según lo sanciona el artículo 295 del Código Procesal Penal.

De manera adicional a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Penal señala los motivos de excusa de las personas funcionarias públicas que cumplen funciones jurisdiccionales.

“ARTÍCULO 55.- Motivos de excusa. El juez deberá excusarse de conocer en la causa:

- a) *Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar el auto de apertura a juicio o la sentencia, o hubiera intervenido como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, o hubiera actuado como perito, consultor técnico o conociera del hecho investigado como testigo, o tenga interés directo en el proceso.*
- b) *Si es cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad, de algún interesado, o este viva o haya vivido a su cargo.*
- c) *Si es o ha sido tutor o curador, o ha estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.*
- d) *Cuando él, su cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, padres o hijos, tengan un juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.*
- e) *Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, son acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se trate de bancos del Sistema Bancario Nacional.*
- f) *Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante*

o acusador de alguno de los interesados, hubiera sido denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos.

- g) Si ha dado consejos o manifestado extra-judicialmente su opinión sobre el proceso.*
- h) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.*
- i) Si él, su esposa, conviviente con más de dos años de vida en común, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o reciban beneficios de importancia de alguno de los interesados o si, después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas aunque sean de poco valor.*
- j) Cuando en la causa hubiera intervenido o intervenga, como juez, algún pariente suyo dentro del segundo grado de consanguinidad. Para los fines de este artículo, se consideran interesados el imputado, el damnificado, la víctima y el demandado civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte; también, sus representantes, defensores o mandatarios.”*

Incurre en incumplimiento de deberes la persona juzgadora que teniendo amistad íntima con una persona imputada en un proceso penal bajo su conocimiento, no se excuse de conocer o continuar conocimiento de ese proceso, independientemente que sus actuaciones al momento

de su cuestionamiento resultaran “formalmente” apegadas a derecho. Al Derecho Penal le interesa proteger el bien jurídico de cualquier actuación que pudiera significar su lesión o su puesta en peligro. Tratándose de delitos de mera actividad, la infracción del deber de probidad, en estos casos resulta más que evidente.

4. Tipo subjetivo

Es un delito **doloso**. Se requiere que el autor conozca que el acto que omite, rehúse hacer o retarde es propio de su función. Se requiere que conozca la ilegalidad de la omisión y teniendo la posibilidad de actuar, no lo haga simplemente porque no quiere hacerlo.

Si la omisión, el rehusarse hacer o el retardo del acto, obedece a que el funcionario objetivamente no puede cumplirlo por imposibilidad física o jurídica, simplemente no incurre en delito, al no imputársele el incumplimiento de deberes a título de dolo.

Por tratarse del incumplimiento de un deber legal, esa ilegalidad (elemento normativo) debe ser conocida pero además querida por la persona funcionaria, por ello se exige el **dolo directo**. En esta estructura omisiva no es admisible el dolo eventual.

5. Autoría

Se trata de un delito **especial propio**. Sólo puede ser autor o autora quien sea funcionario o funcionaria pública en ejercicio de su propia función o tarea administrativa.

La complicidad resulta poco viable, se trata de omisiones propias de la persona funcionaria. Sin embargo, es factible la **instigación**, esto es, que una persona funcionaria pública omite, rehúse hacer o retarde un acto propio de sus funciones, por haber sido dolosamente determinada por otra persona funcionaria o particular.

6. Consumación y tentativa

La consumación tiene lugar con el acto omisivo, es decir, el no realizar el acto funcional en la oportunidad determinada legalmente, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna.

Cuando se trata de retardo y existe un plazo establecido, el perfeccionamiento del delito coincide con la expiración del plazo.

A falta de plazo, el delito se consuma al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido.

En el incumplimiento de deberes, no es posible la tentativa.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitiva-

mente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a la reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo

de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además le corresponde como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de los delitos de incumplimiento de deberes, requiere atender los detalles de la función pública del autor, de ello dependerá que se pueda subsumir la conducta en el tipo penal. Por ello, entre otras diligencias, consideramos pertinentes:

- **Recibir la denuncia.** La persona denunciante debe identificar al funcionario que ha incumplido

sus deberes. Además, debe señalar en forma clara, específica y circunstanciada en qué consistió el incumplimiento (rehusar hacer, retardar o no hacer alguna cosa), señalando los aspectos de tiempo, modo y lugar de lo requerido o dejado de hacer por el funcionario.

- De la misma manera que el abuso de autoridad, en el incumplimiento de deberes, si la identidad del autor (a) de los hechos denunciados ha sido establecida, **se debe solicitar al departamento de personal o de recursos humanos, certificar el nombramiento del autor**, puesto que ocupa, tiempo de servicio, puestos anteriores, si registra sanciones administrativas por conductas abusivas anteriores, u otros. No hay que olvidar que el incumplimiento de deberes, solo constituye delito si los deberes específicos fueron establecidos por ley, no los que están fijados en reglamentos o circulares o resulten ajenos a la función del funcionario. Es esencial confrontar los hechos denunciados con la descripción de las funciones asignadas al autor.
- **Entrevista de los testigos.** No hay que olvidar que se trata de un delito de naturaleza dolosa. No siempre es posible demostrar el dolo con la mera inacción del funcionario. Por ello, la entrevista de compañeros y jefes de la persona denunciada podría ser útil.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

8.1. Análisis de los votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito en estudio. Hemos procurado sintetizar el contenido del voto, señalando con palabras nuestras la solución dada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Para el mejor entendimiento, hemos también expuesto bajo el título “caso práctico” el resumen de los hechos que dio lugar al voto y en algunos de ellos, nos hemos permitido hacer un comentario.

8.1.1. Delito omisivo, requiere dolo directo

En el **Voto N° 1202-1997** de las 09:30 horas del 7 de noviembre de 1997, la **Sala Tercera** confirmó que el incumplimiento de deberes, por ser un delito omisivo, requiere dolo directo, no siendo admisible el dolo eventual. En ese sentido señaló: “Para que concurra el delito de omisión doloso se requiere, no sólo del conocimiento efectivo de la situación típica que hace surgir el deber de actuar, sino también una actitud omisiva final, dirigida a la producción del resultado. Si más bien lo que media en la conducta del agente es un comportamiento negligente, desidioso o, en fin, violatorio del deber de cuidado, caeríamos ante la figura del delito omisivo culposo.”

CASO PRÁCTICO

Los hermanos SM y RM, comerciantes de Santa Cruz, Guanacaste, tenían sus cuentas corrientes con el Banco Anglo del lugar. Dichos hermanos, conjunta o individualmente, giraban cheques contra sus cuentas, en ocasiones sin tener fondos, pero cuyo pago autorizaba tanto el gerente HG como el maquinista GS (evacuaba consultas de saldos por teléfono), por estimar que los hermanos M eran buenos clientes. Esa práctica irregular fue descubierta por la Auditoría, advirtiendo a HG y GS, que debía cesar. Pese a ello, HG y GS continuaron autorizando el pago de cheques sin fondos de los hermanos M, cuyo saldo era luego cubierto, hasta que un día ocurrió el definitivo daño patrimonial al banco. El Tribunal condenó a los hermanos M así como HG y GS por estafa, a los dos últimos por dolo eventual, en razón de que debieron prever como posible que con sus conductas negligentes podían causar una lesión patrimonial al banco. En su recurso de casación, HG y GS alegaron la improcedencia de la condena por estafa con dolo eventual, pues exige dolo directo. La Sala acogió el recurso, porque en efecto no procedía la condenatoria por estafa al no acreditarse el dolo directo, pero recalificó los hechos condenando a HG y GS por incumplimiento de deberes, al no cumplir estos, con dolo, las directrices de la Auditoría y los reglamentos, pese que habían sido advertidos y prevenidos al efecto.

Comentario

Interesa del caso anterior, rescatar que el incumplimiento de deberes como delito

doloso, en razón de su estructura omisiva, solo admite para su configuración el dolo directo. En este sentido, con apoyo de doctrina comparada, en el **Voto 1202-1997** la Sala señaló: “en el dolo eventual el sujeto activo se representa y acepta la posibilidad del resultado el cual no procura evitar, pues más bien forma parte de su cálculo de efectos concomitantes (sabe que puede suceder, lo que no le importa). Teniendo claro lo anterior, el tratadista Zaffaroni descarta la existencia de un delito omisivo mediante dolo eventual, pues exige que –para que concorra dicha figura– se requiere siempre de un dolo directo, es decir, una intencionalidad dirigida a un fin: “... *Que en la estructura típica omisiva el dolo requiera ciertos conocimientos que le son propios y para hacer efectiva la finalidad requiera que ponga en funcionamiento otra causación que en sí es penalmente irrelevante, serán componentes que revelan las particularidades que presenta el dolo en la tipicidad omisiva, como concepto que quizá haya que “adaptarlo” (Jescheck), pero de todas maneras abarca una finalidad prohibida dirigida a la realización de un tipo objetivo ...*”¹¹ En términos semejantes se expresa BACIGALUPO, para quien la existencia del delito omisivo *doloso* exige del agente, cuando menos, un *efectivo* conocimiento de la situación ilícita que hace necesaria su actuación, y que –a pesar de ello– haya adoptado al menos una actitud indiferente ante el resultado lesivo: “... *Por lo tanto, la forma más grave de lo ilícito, la correspondiente a los delitos de comisión dolosos, en los delitos de omisión será el delito ‘cuasi-doloso’ (Armin Kaufmann). Esta*

11 Zaffaroni, 1985: página 459. Citado por la Sala Tercera en el voto de comentario.

*omisión cuasidolosa se dará cuando el omitente haya tenido: 1) conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar; ... 3) y haya sido por lo menos indiferente frente a la producción del resultado o la lesión del bien jurídico... El tipo del delito de omisión culposo no se diferencia del de omisión doloso sino en que la omisión tiene lugar por negligencia del omitente. Esta negligencia se tendrá por acreditada cuando el omitente no tuvo conocimiento de la situación (típica) generadora del deber o de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar por falta de diligencia, es decir, por no haber empleado el debido cuidado...”*¹²

8.1.2. Atípico si lo requerido no está dentro de la competencia de la persona funcionaria pública

En el **Voto N° 324-2006** de las 8:55 horas del 28 de abril de 2006, la **Sala Tercera**, acogió una solicitud de desestimación del Fiscal General, en virtud de que la actuación requerida al funcionario público denunciado, no se encontraba dentro de su competencia funcional, el deber de cumplir.

CASO PRÁCTICO

JBO Administrador del Parque Nacional Carara, acosaba sexualmente a la señora KPD, por lo que el esposo de esta, OPT, solicitó al Ministro CMRE iniciar un procedimiento administrativo contra JBO, solicitando además que cauteladamente lo suspendiera del cargo. CMRE rechazó lo solicitado por cuanto la señora KPD no

12 Bacigalupo, 1985: página 151 y 152. Citado por la Sala Tercera en el voto de comentario.

era funcionaria de esa institución, y en su lugar, sugirió a OPT acudir a las instancias judiciales. En razón de lo anterior, OPT denunció ante el MP a CMRE por incumplimiento de deberes y favorecimiento personal. Se solicitó desestimar por atipicidad.

Comentario

En este caso, la Sala acogió la solicitud de desestimación por evidente atipicidad de lo actuado por CMRE como ministro. La

Ley N° 7476, contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, rige para situaciones que se dan en las relaciones laborales o docentes. La denuncia por acoso sexual de KPD, esposa de OPT, dirigida contra un funcionario del MINAE (JBO) no era un acoso dado en el marco de una relación laboral, pues KPD no laboraba para el MINAE. En ese sentido, lo sometido a conocimiento del ministro **no era de su competencia** y por ello, no podía ordenar el procedimiento disciplinario contra JBO, ni suspenderlo.

Unidad IV

Denegación de auxilio

En relación con este delito, el Código Penal establece en el **artículo 333**:

“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare la prestación de un auxilio legalmente requerido por autoridad competente.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado por el legislador está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

Se trata de un incumplimiento de deberes, pero **especializado**, que afecta las funciones públicas de las autoridades competentes, por la falta de cooperación de

otros funcionarios públicos como son los jefes y agentes de la Fuerza Pública, en el servicio a los intereses generales.

3. Conducta típica

Las conductas previstas por el tipo son las mismas que las analizadas en el artículo 332 del Código Penal: **omitir, retardar y rehusar**, sin causa justificada.

Omite prestar el auxilio requerido, **el jefe o agente de la fuerza pública** si no lo proporciona; lo **retarda** si dilata su proporción más allá del momento oportuno con arreglo al requerimiento o a las modalidades del caso, y **rehúsa** si rechaza proporcionarlo.

La falta de elementos para prestar el auxilio; la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos propios de auxilio que entorpezcan su prestación en la medida y oportunidad necesarias de acuerdo con el requerimiento, pueden constituir causas justificadas para la omisión, retardo o rehusamiento.

Para que se configure la conducta típica, también es necesaria la existencia de un **requerimiento de auxilio** por parte de la **autoridad competente**, la cual debe ordenar, interpelar o solicitar la prestación del auxilio.

El requerimiento debe ser legal y solicitado con las formalidades de ley, a menos que no sea posible cumplir estrictamente con esas formalidades por las circunstancias del caso. Siempre resulta preferible el requerimiento escrito y observando las formalidades de ley, sin embargo, si se está ante una situación apremiante o imperiosa, la autoridad competente puede requerir por la vía oral la prestación del auxilio de la **Fuerza Pública** y ésta deberá cumplir con lo requerido si es legal y procedente.

Si el auxilio requerido no es legal, el jefe o agente de la Fuerza Pública debe negarse a prestarlo. Tal sería el caso que se requiera el auxilio de la Fuerza Pública para allanar una vivienda sin orden del juez o sin contar con la autorización del derechohabiente, o sin estar en presencia de los supuestos legales del allanamiento sin orden.

El tipo objetivo señala que debe tratarse de un jefe o agente de la **“fuerza pública”**. Integran la Fuerza Pública los efectivos de los cuerpos de la policía administrativa pertenecientes al Ministerio de Seguridad Pública. Según el **artículo 6º** de la Ley N° 7410 (Ley General de Policía):

“Son fuerzas de policía, encargadas de la seguridad pública, las siguientes: la Guardia Civil, la Guar-

dia de Asistencia Rural, la Policía encargada del control de drogas no autorizadas y de actividades conexas; la Policía de Fronteras, la Policía de Migración y Extranjería, la Policía del Control Fiscal, la Dirección de Seguridad del Estado, la Policía de Tránsito, la Policía Penitenciaria y las demás fuerzas de policía, cuya competencia esté prevista en la ley.”

En consecuencia, se encuentran **excluidos** del **artículo 333**, los jefes o agentes del Organismo de Investigación Judicial y Policía Municipal. Sin perjuicio que estos, los integrantes de estos otros cuerpos policiales puedan incurrir en otras figuras delictivas como el incumplimiento de deberes, genérico del artículo 332 o bien en el delito de desobediencia a la autoridad del artículo 307.

El **artículo 7** de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la obligación o el deber de auxilio que debe prestar la Fuerza Pública a la Administración de Justicia.¹³ El fundamento de ese **deber jurídico**, se explica por el principio de jerarquía administrativa relativa a los servicios de los intereses generales que corresponde a la administración pública con sometimiento pleno a la ley, así como de la procedencia de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso en la ejecución de lo

¹³ Ley Orgánica del Poder Judicial, **artículo 7**. “Para ejecutar resoluciones o practicar las actuaciones que ordenen, los tribunales podrán requerir el auxilio de la fuerza pública y de los otros medios de acción conducentes. // Los particulares quedan obligados a prestar el auxilio que se les solicite y que puedan dar. (Así reformado por el artículo 1 de la Ley No. 7728 del 15 de diciembre de 1997).

resuelto, además de la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes.

4. Tipo subjetivo

Es un delito **doloso**. Su estructura omisiva exige el **dolo directo** del autor. No admite el dolo eventual.

El dolo directo exige que el autor conozca la situación de hecho, tener la voluntad, conforme a ese conocimiento, de realizar la conducta típica que consiste en un rehusarse, omitir o retardar la prestación del auxilio legalmente requerido por autoridad competente.

5. Autoría

Autora de este delito sólo puede serlo la persona que ocupa un cargo de jefatura o agente de la fuerza pública perteneciente al Ministerio de Seguridad Pública.

El concepto de **jefe o jefa** abarca a cualquier integrante de la fuerza pública que tenga **poder de mando** sobre otros integrantes de aquella, ya sea por su jerarquía funcional o porque eventualmente han sido citados para mandar.

Mientras que el concepto de **agente** comprende a todos los individuos que forman parte de la policía administrativa de la Fuerza Pública costarricense, ejerciendo sus funciones específicas, pero sin poder de mando jerárquico.

No pueden ser autores de este delito los integrantes de otros cuerpos policíacos,

como los agentes del Organismo de Investigación Judicial y la Policía Municipal.

6. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando el jefe o agente de la fuerza pública se rehúsa, omite o retarda la prestación de auxilio.

No es necesario para tener por consumado el delito que se haya frustrado o perjudicado el acto para el que se requirió el auxilio.

La tentativa no es admisible en este tipo de delitos.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de

la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a la reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 por todo el tiempo que dure su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Este delito es similar al incumplimiento de deberes, solo que especializado en consideración al autor y a la persona funcionaria que requiere del auxilio (autoridad competente). Por ello, entre otras diligencias, consideramos pertinentes:

- **Recibir la denuncia.** La persona denunciante debe identificar al funcionario (a) que ha incumplido sus deberes. Además, debe señalar clara, específica y circunstancialmente la denegación de auxilio del jefe de la policía o bien del agente de policía administrativo, señalando los aspectos de tiempo, modo y lugar de lo requerido o dejado de hacer por el funcionario incumplido.
- **Debe solicitar al departamento de personal o de recursos humanos del Ministerio de Seguridad Pública, certificar el nombramiento**

del autor, puesto que ocupa, tiempo de servicio, puestos anteriores, si registra sanciones administrativas por conductas abusivas anteriores, u otra información.

- **Debe solicitarse la certificación del puesto o cargo que ocupa la persona funcionaria pública que requirió el auxilio del jefe o agente de policía**, pues debe acreditarse el elemento normativo de “autoridad competente”.
- **Entrevista de los testigos**. No hay que olvidar que se trata de un delito

de naturaleza dolosa. No siempre es posible demostrar el dolo con la mera inacción del funcionario. Por ello, la entrevista de compañeros y jefes de la persona denunciada podría ser útil.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad V

Requerimiento de fuerza contra actos legítimos

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 334**:

“Será reprimido con prisión de tres meses a tres años, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado por el legislador lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

Esta figura versa sobre la invocación indebida e ilegal que hace una persona funcionaria de la fuerza pública, para oponerse a una disposición u orden legal de la

autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

3. Conducta típica

La acción consiste en “**requerir**” la asistencia de la fuerza pública. El requerimiento no constituye una simple petición de asistencia de la fuerza pública a su jefe o agente, sino que el requerimiento previsto por el tipo penal es una intimación a darla, la que debe ser realizada conforme a los requerimientos legales, y destinada a favorecer o ayudar al funcionario público a resistir de hecho el cumplimiento de lo dispuesto u ordenado.

La asistencia contemplada en este artículo es la disposición de la fuerza con la finalidad prevista, es decir “**su auxilio para oponerse al acto administrativo o mandato judicial**”.

Sobre el concepto de fuerza pública, debe tratarse de jefes o agentes de la policía administrativa, pertenecientes al Ministerio de Seguridad Pública. Están excluidos otros cuerpos policiales, como el Organismo de Investigación Judicial y la Policía Municipal.

4. Tipo subjetivo

Es un delito **doloso**. El autor debe conocer la existencia de la disposición, la orden, la sentencia o el mandato, la legalidad de ellos y, por consiguiente, la ilegalidad del requerimiento, y debe tener la voluntad de formularlo para oponerse a aquellos. También debe saber y querer abusar de su competencia al formular el requerimiento. Queda fuera de este supuesto el sujeto que no requiere como funcionario competente el auxilio para oponerse al acto administrativo o mandato judicial, sino que ha utilizado otros medios para lograr el auxilio perseguido (por ejemplo, el engaño, su influencia, entre otros).

5. Autoría

Sólo puede ser autora la persona funcionaria pública, legalmente facultada para requerir la asistencia de la fuerza pública de que se trate en el caso.

6. Consumación y tentativa.

El delito se consuma con el **requerimiento formulado** de acuerdo con las formas legales correspondientes.

No es necesario que la ejecución se haya frustrado o que la asistencia de la fuerza se haya producido o siquiera haya sido concedida.

La tentativa no es posible.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública, para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes

de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Este delito es especializado tanto en consideración al autor y a las perso-

nas integrantes de la Fuerza Pública que son requeridos para oponerse a la ejecución de un acto legítimo de una autoridad administrativa o judicial. Por ello, entre otras diligencias, consideramos pertinentes:

- **Recibir la denuncia.** La persona denunciante debe identificar al funcionario que violentando sus deberes funcionarios, ha requerido el auxilio de la Fuerza Pública para oponerse a los actos legítimos ordenados por una autoridad administrativa o judicial. Debe señalarse clara, específica y circunstancialmente, la forma como se requirió el auxilio de la Fuerza Pública, señalando los aspectos de tiempo, modo y lugar de lo requerido ilegítimamente.
- **Debe solicitar al departamento de personal o de recursos humanos de la Institución Pública a la que pertenece el autor,** puesto que ocupa, tiempo de servicio, puestos anteriores, si registra sanciones administrativas por conductas abusivas anteriores, u otros. No debe olvidarse que, sólo puede ser autor el funcionario legalmente facultado para requerir la asistencia de la Fuerza Pública de que se trate en el caso.
- **Debe solicitar al departamento de personal o de recursos humanos del Ministerio de Seguridad Pública, certificar el nombramiento de los miembros de la Fuerza Pública,** a quienes el autor formuló el requerimiento de auxilio ilegítimo.
- **Entrevista de los testigos.** No hay

que olvidar que se trata de un delito de naturaleza dolosa. No siempre es posible demostrar el dolo con la mera inacción del funcionario. Por ello, la entrevista de compañeros y jefes de la persona denunciada podría ser útil.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad VI

Nombramientos ilegales

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 337**:

“Será reprimido con treinta a noventa días multa el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurrieren los requisitos legales.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. El objeto de la acción típica

Si se establecen requisitos en la Constitución Política o la ley para ocupar un determinado cargo público, se debe a la preocupación legislativa por asegurar a los ciudadanos que podrán contar con personal idóneo que garantice el eficiente funcionamiento de la administración.

Por ello, el objeto típico es evitar que personas que no cumplan con los requisitos legales sean propuestos o nombrados en cargos públicos en los cuales esos requisitos son exigidos, por el peligro que significa para el correcto y eficiente funcionamiento de la función pública.

Lo protegido es la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al riesgo que para ella involucra la falta de la idoneidad legalmente requerida.

3. Conducta típica

La acción contempla el **proponer** o **nombrar** para un cargo público a una persona en quien no concurren los requisitos legales para ocuparlo o ejercerlo.

La **proposición** conlleva la existencia de un procedimiento administrativo por medio del cual un funcionario competente para ello, debe nominar ante otra persona funcionaria igualmente competente –que es quien designa– a la persona que puede ser nombrada para el cargo.

No quedan abarcadas en este delito la simple recomendación, la evacuación de consulta, los tribunales de concurso encargados de evaluar a un candidato, ni la sugerencia con influencia, seriedad y posibilidad emergentes de la importancia de la función desempeñada por el proponente.

Por su parte, la acción de **nombrar** consiste en designar a una persona oficialmente para que ocupe el cargo, sea como funcionario público, empleado público o servidor público, que para efectos penales resultan términos sinónimos.

La noción de cargo público y de quienes llegan a ocupar esos puestos está actualmente suministrada por la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004.¹⁴

Es exigencia típica que en el sujeto propuesto o nombrado en el cargo público, en efecto no reúna los requisitos legales para acceder al puesto de que se trate.

¹⁴ La Ley N° 8422 no define el concepto de función pública, pero en su artículo 2 señala quién puede ser catalogado servidor público: "Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley. // Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión."

Los **requisitos legales** son las condiciones personales establecidas por la Constitución Política o la ley. En observancia de estas disposiciones, debe llenar la persona los requisitos establecidos para ocupar el cargo público, tales como la nacionalidad, la edad, la residencia, u otros, sin que quepa computar dentro de tal concepto a la idoneidad de la persona para desempeñar el cargo.

No se refiere la ley a la carencia de capacidad de hecho, pues de lo que trata la figura penal es de la obligación de comprobar que se cumplan los requisitos formalmente establecidos en la ley. Puede suceder en la práctica que la persona propuesta o nombrada para el cargo público sea la más capaz del medio; sin embargo, si formalmente no cumple con los requisitos establecidos en la Constitución o la ley, quien haya propuesto o nombrado a esta persona configura el delito.

De la misma manera, incurre en nombramiento ilegal quien dolosamente proponga o nombre en un cargo público, a una persona de quien se sabe ha sido inhabilitada o suspendida para ejercer cargos públicos.

Se trata de la ausencia de requisitos, no de su falta de acreditación.

Pese a lo antes indicado, podría en algunos casos cuestionarse si existe lesividad al bien jurídico, si la persona propuesta o nombrada cumple en exceso los requisitos legales o constitucionales, pero que por un mero formalismo no cuente con las acreditaciones correspondientes al momento de su nombramiento. En línea

de principio y conforme a la doctrina que informa este tipo penal, debe formularse la acusación y reservarse para la etapa de juicio o incluso para la casación, la discusión de la lesividad de la conducta.

4. Autoría

Autor o autora de las acciones de proponer y nombrar sólo puede ser el funcionario **competente** para proponer o designar en el cargo a la persona postulante.

Se trata de un delito **especial en sentido estricto**, en cuanto el círculo de sujetos activos está determinado por ley, en virtud de que la conducta de estos funcionarios públicos conlleva necesariamente la infracción de un **deber jurídico específico**. Sólo puede ser autor o autora quien esté en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida.

Lo anterior excluye la coautoría, si el coautor no es persona funcionaria competente que tenga dentro de sus funciones compartir la potestad de proposición o de nombramiento de la persona postulante carente de requisitos legales.

Cualquier persona que parezca actuar con el sujeto activo, podrá ser cómplice o instigador, pero no coautor, dado que en estos casos difícilmente podría aplicarse la regla del **artículo 49** del Código Penal, sobre la comunicabilidad de las circunstancias a nivel de autoría, pese a la **interpretación ampliativa** que de este artículo hace la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.¹⁵

5. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. Tanto quien propone como quien nombra deben conocer que la persona postulante no cumple con los requisitos legales, pese a ese conocimiento, tener voluntad de hacer la proposición o el nombramiento ilegal.

6. Consumación y tentativa

Por tratarse de un delito que lesiona los deberes de la función pública, el hecho típico se consuma con la sola proposición o con solo realizar el nombramiento de quien carece de los requisitos legales para el cargo.

Es un delito de mera actividad y por ello se perfecciona, tan pronto se haya cumplido el acto procesal o administrativo que constituye oficialmente la propuesta o el nombramiento del postulante.

Es importante señalar que cuando una persona funcionaria pública competente realiza la proposición o bien, si realiza el nombramiento del postulante, los requisitos legales deben haberse **cumplido previamente** a la acción de proponer o nombrar; pues si los requisitos legales se llegaron a cumplir posteriormente el delito se debe tener por consumado.

La tentativa es inadmisibles tanto en el caso de propuesta o como de nombramiento.

¹⁵ Ver entre otros el voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del

02 de octubre de 1992.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes

de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de los nombramientos ilegales, en principio resul-

tan relativamente sencillas y son más de carácter documental. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Debe el denunciante identificar tanto a la persona que hizo la “proposición” o el “nombramiento” como la persona elegida o nombrada ilegalmente. Debe señalar –si conoce la información– el proceso de selección y reclutamiento así como los requisitos de los puestos objeto de cuestionamiento. Es importante analizar si los requisitos que se dicen incumplidos efectivamente son exigidos por ley.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del proceso de selección y nombramiento** de la persona o personas cuestionadas en la denuncia, con indicación de quién fue el “responsable” de la proposición y quien fue el “responsable” de realizar el nombramiento. Si existe expediente administrativo donde consten los atestados de los postulantes al cargo, debe solicitarse y, o certificarse.
- **Entrevista de testigos.** Debe descartarse que existan otras conductas asociadas al nombramiento ilegal, como el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, u otros.
- **Ordenar el secuestro de las actas de discusión del nombramiento,** que se hubiere realizado por parte del órgano colegiado encargado de las propuestas o los nombramientos. De igual utilidad resulta el secuestro de las grabaciones

magnetofónicas, en caso de que existan.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

8.1. Análisis de votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito en estudio. Hemos procurado sintetizar el contenido del voto, señalando con palabras nuestras la solución dada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Para el mejor entendimiento, hemos también expuesto bajo el título “caso práctico” el resumen de los hechos que dio lugar al voto y en algunos de ellos, nos hemos permitido hacer un comentario.

8.1.1. Ley debe precisar los requisitos del puesto

En el **Voto N° 30-2004** de las 14:00 horas del 5 de febrero de 2004, la **Sala Tercera** concluyó que era atípica la conducta de nombramiento ilegal, si los requisitos para la elección del puesto no estaban precisados en la ley. Si existen vacíos, estos pueden ser llenados con interpretaciones que hagan entidades como la Procuraduría General de la República.

CASO PRÁCTICO

En el 2000, FGVU era regidor del Concejo Municipal de Heredia. El 18 de setiembre de ese año, dicho Concejo nombró a FJOZ como Alcalde, en sustitución de ASN, re-

movido por ese mismo órgano colegiado. Para ser electo alcalde según el artículo 15 del anterior Código Municipal debía cumplirse con el requisito de estar registrado en el lugar dos años antes al nombramiento, requisito que FJOZ no cumplía, pues aunque laboraba en Heredia centro, era vecino de Santo Domingo de Heredia. A su favor, el imputado FGVU alegó ante los magistrados que la interpretación que se hizo para nombrar a FJOZ lo fue con base en el transitorio del Código Municipal, que establecía la posibilidad de destituir al alcalde con el voto de las dos terceras partes del Concejo Municipal, pero no existía una norma sobre cómo elegir al nuevo alcalde en esa situación, pues el artículo 15 establecía los requisitos para alcalde cuando era por elección popular y para cuando se nombró a FJOZ ni siquiera se discutió el punto de los requisitos del artículo 15. Este asunto que fue juzgado por la Sala Tercera, por cuanto FGVU era diputado, dictando fallo absolutorio. El argumento de la absolutoria fue que los requisitos para nombrar al alcalde en sustitución de otro, no estaban previstos en la ley. Además la Sala señaló que el nuevo alcalde no vivía en Heredia centro, pero trabajaba ahí con anterioridad y vivía relativamente cerca (Santo Domingo de Heredia) lo que hacía que los problemas de Heredia centro no le fueran desconocidos o indiferentes, por lo que no hubo violación al **bien jurídico**. Por tratarse el delito de nombramiento ilegal de un tipo penal en blanco, la Sala analizó otros cuerpos normativos como el Código Electoral y el Municipal, explicando por qué era requisito vivir en la comunidad donde se resulta electo alcalde.

Comentario

La Sala Tercera resuelve el caso utilizando dos argumentos, uno principal de indiscutible aceptación en la doctrina: los requisitos para los cargos públicos deben estar establecidos en la Constitución o la Ley y nada más. El segundo argumento, la no violación del bien jurídico, por cuanto la persona nombrada si bien no era vecina del lugar, si trabajaba ahí antes de su nombramiento y su residencia no quedaba lejos del lugar donde debía ejercer como alcalde. Este segundo argumento parece controversial pues el delito de nombramiento ilegal no se resuelve atendiendo las virtudes o capacidades de la persona propuesta o nombrada. La doctrina señala que el tipo penal no se refiere a la carencia de capacidad de hecho, pues de lo que trata la figura es de la obligación de la persona funcionaria pública que propone o nombra, de comprobar que se cumplan los requisitos formales establecidos en la Constitución o la ley. Podría suceder que la persona propuesta o nombrada sea la más capaz del medio; sin embargo, si formalmente no cumple los requisitos establecidos en la Constitución o la ley, quien haya propuesto o nombrado a esta persona configura el delito. Esos deberes funcionales no se relevan por el hecho de que la persona propuesta o nombrada sea capaz de hecho para cumplirlo, aunque no cumpla con los requisitos legales.

8.1.2. Se trata de un tipo penal abierto

Otro aspecto de interés señalado por la **Sala Tercera** en el **voto 30-2004**, es la

indicación de que se trata de un **tipo penal en blanco**: "...el artículo 337 del Código Penal es una norma penal en blanco, que necesariamente debe ser integrada con otra disposición legal, para que pueda aplicarse en un caso concreto, pues la conducta punible consiste en proponer o nombrar a un funcionario público en un cargo para el cual no reúne los requisitos de ley, de manera que sólo la ley, según esa descripción típica, es la única fuente que en este caso podría integrar el tipo penal."

En virtud de los **principios de tipicidad y legalidad**, según la Sala solo la ley puede ser fuente y dar contenido al tipo penal en

cuestión, por lo que los vacíos legales no pueden ser suplidos de otra forma. "... De procederse a integrar el contenido de esa descripción típica (nombramientos ilegales) con las posibles interpretaciones que puedan emitirse sobre los requisitos para nombrar a un funcionario público en su cargo, violaría el principio de tipicidad y consecuentemente el de legalidad, consagrados en la Constitución Política, pues la figura delictiva en este caso concreto hace una remisión expresa a los requisitos de ley, no a los que un órgano de la Administración Pública estime como requisitos apropiados para exigirle a un funcionario con el fin de nombrarlo en su cargo, ante un vacío legislativo."

Unidad VII

Violación de fueros

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 338**:

“Será reprimido con treinta a cien días multa, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra una persona con privilegio de antejuicio, no guardare la forma prescrita en la Constitución o las leyes respectivas.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está conformado por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción

La Constitución Política y el Código Procesal Penal establecen ciertas previsiones, o mejor dicho, formalidades especiales, sobre cómo debe procederse en relación

con determinadas personas funcionarias públicas que, individual o colectivamente, representan al poder público, de forma tal que no se afecte ordinariamente su normal desempeño.

Como una garantía a favor de tan excepcionales funcionarias o funcionarios públicos, se establece la prohibición de la conducta del artículo 338 del Código Penal, para quien ignore esos fueros especiales.

Se supone que tanto la Constitución como la ley, procuran garantizar a tan excepcionales funcionarias o funcionarios, el mejor cumplimiento de sus labores, sin temer la presión indebida que puedan ejercer en su contra otros poderes del Estado, garantizándose así su absoluta independencia funcional.

El delito de violación de fueros lesiona los deberes de la función pública, en tanto la conducta del sujeto activo atenta contra las seguridades personales necesarias establecidas constitucionalmente a favor de determinados funcionarios y funcionarias públicas, para el normal y correcto desempeño del poder público que tanto

individual como colectivamente puedan representar esas personas.

3. Conducta típica

La acción típica es la de no guardar las formas establecidas en la Constitución Política y en el Código Procesal Penal, para el arresto o la formación de causa contra un miembro de los poderes públicos.

Por “**arresto**” debemos entender cualquier **privación de libertad** que no tenga por objeto el cumplimiento de una condena firme; independientemente de que esa privación implique el encierro. Tanto se configura el delito cuando se incumplen los requisitos formales para detener a la persona funcionaria pública que goza de privilegio constitucional como cuando se le arresta, y la ley establece una expresa prohibición para la realización de ese acto.

La “**formación de una causa**” significa someter a proceso penal a la persona funcionaria pública, lo cual se traduce en dirigir actos procesales en contra de esta, con el fin de establecer su responsabilidad y aplicarle, en su caso, una sanción penal (por ejemplo, tomarle declaración en carácter de imputada, allanarle el domicilio).

Para incurrir en la conducta típica, debe observarse el procedimiento especial establecido en el Título V del Código Procesal Penal, (ver artículos 391 a 401). Esas disposiciones son aplicables para el juzgamiento de los miembros de los Supremos Poderes y de los funcionarios respecto de quienes la Constitución Po-

lítica exige que la Asamblea Legislativa autorice su juzgamiento para que puedan ser sometidos a proceso penal.

De acuerdo con el artículo 25 inciso j) de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 7728), corresponde al Fiscal General de la República, practicar personalmente la investigación inicial y solicitar lo que corresponda, así como intervenir en las demás etapas del proceso, en causas penales seguidas contra los miembros de los supremos poderes y funcionarios equiparados, pudiendo hacerse acompañar de un fiscal subalterno.

Si en una situación determinada, un fiscal o fiscalía del Ministerio Público de pronto se encuentra con una persona que alega pertenecer a uno de los supremos poderes o dice ostentar algún privilegio constitucional, lo prudente es realizar la consulta inmediata con la Fiscalía General y trasladar la causa en el menor tiempo posible a la Jefatura del Ministerio Público para no incurrir en la conducta del artículo 338 del Código Penal. El tiempo razonable, que deberá ser mínimo, para realizar las consultas y las verificaciones respectivas sobre el estatus de la persona sospechosa, por parte del fiscal no tipifican el delito.

Si se trata de una detención realizada en flagrancia, conforme lo dispone el artículo 393 del Código Procesal Penal, se debe poner al funcionario o funcionaria aprehendido a la orden de la Corte Suprema de Justicia y será el Presidente de la Corte quien informe de inmediato a la Asamblea Legislativa para que se pronuncie sobre el mantenimiento o cesación de esa res-

tricción de libertad, sin perjuicio de que el Ministerio Público realice la investigación inicial. Nuevamente, debe entenderse que esa investigación inicial la debe realizar el Fiscal General y el fiscal que lo asista, no los demás fiscales del Ministerio Público.

4. “Inmunidad”, “irresponsabilidad” y “fuero constitucional”

Para comprender los alcances del delito de violación de fueros, debe tenerse presente que las personas funcionarias públicas a quienes se les concede el **privilegio o fuero constitucional**, no pueden ser sometidas al “arresto” o “formación de una causa” sin la previa autorización (antejuicio) de la Asamblea Legislativa, dispuesta por votación de dos terceras partes de sus miembros (incisos 9° y 10° del artículo 121 de la Constitución Política).

El privilegio o fuero constitucional que protege a estas personas funcionarias públicas, puede ser de dos clases, a saber: porque gozan de “**inmunidad**”, lo cual impide que sean arrestadas o sometidas a proceso mientras ejercen sus cargos o bien, porque además de la “inmunidad”, también gozan de “**irresponsabilidad**”, privilegio este último que mantiene su vigencia incluso después de que hayan cesado en sus funciones.

De acuerdo con nuestra Constitución Política, solo los diputados a la Asamblea Legislativa gozan de “**irresponsabilidad**” por las manifestaciones que hagan dentro del plenario legislativo (párrafo primero del artículo 110 de la Constitución Política).

En tanto que, se reconoce la “**inmunidad**” a diversas personas funcionarias públicas que ocupan altos cargos estatales, entre ellos todos los miembros de los Supremos Poderes, a saber: Presidente y vicepresidentes de la República, ministros, diputados, magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor y Subcontralor General de la República y ministros diplomáticos. (Ver artículos 101, párrafo segundo; 102, inciso 5); 110; 121, incisos 9) y 10); y 183, párrafo segundo, todos de la Constitución Política).

Por el amplio análisis que realiza sobre los alcances de los conceptos de “inmunidad”, “irresponsabilidad” y “privilegio o fuero constitucional”, se transcribe en lo conducente lo que sobre el particular señaló la Sala Constitucional, con ocasión de una consulta preceptiva del Directorio de la Asamblea Legislativa con ocasión del Estatuto de Roma Corte Penal Internacional, en la resolución número 2000-9685 de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000:

“... SOBRE LA INMUNIDAD.- *Procede ahora hacer una referencia a las normas relativas a lo que doctrinariamente se conoce como “inmunidad”. Al respecto, debe decirse que dentro de las prerrogativas otorgadas constitucionalmente a los miembros de los Supremos Poderes, por razón del cargo y de la función desempeñada, se encuentra el denominado “fuero” o “privilegio constitucional” mejor conocido como inmunidad, que implica un obstáculo en el ejercicio de la acción penal cuando se intente contra esos funcionarios. Se trata de un criterio funcional, según el cual, por razones de interés político se protege*

*la investidura del sujeto para garantizar la continuidad del servicio público y evitar interrupciones inoportunas que podrían causar mayores daños al interés público que las producidas por la investigación del hecho atribuido y además para garantizar la independencia y equilibrio entre Poderes del Estado frente a una eventual extralimitación judicial. En tal sentido, esta Sala se ha pronunciado en sus sentencias número 428-93 de las 15:12 horas del 27 de enero y número 1072-93 de las 15:33 del 25 de febrero, ambas del año 1993, según las cuales: "...Algunos juristas utilizan la palabra fuero, para referirse al privilegio o inmunidad que gozan algunos funcionarios en razón de los cargos que ocupan y es esta una institución jurídica nacida en los Parlamentos –Inglaterra se considera el país en el que se originó el privilegio– y se concede, en función del órgano y no a título personal. En el tratamiento del tema no hay una absoluta precisión terminológica doctrinaria; algunos autores diferencian entre inmunidades y privilegios y es muy utilizado también, la asimilación del término inmunidad a irresponsabilidad e inviolabilidad. Para evitar confusiones no deseadas, utilizaremos los mismos términos que emanan de nuestra Constitución Política: **A) Irresponsabilidad.- Nuestro régimen de derecho admite la posibilidad de que ciertas personas, autores de acciones calificadas como delitos, no sean perseguidas penalmente, a pesar de que concurren todas las condiciones para la punibilidad de los hechos. Se trata de una verdadera inmunidad penal y la Constitución Política le reconoce ese privilegio, únicamente a los diputados de la Asamblea Legislativa,***

al disponer en su artículo 110, que “ El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea...” Con esta norma otorgó el Constituyente, una plena irresponsabilidad penal al legislador, por las opiniones que vierta en la Asamblea Legislativa en el desempeño de su cargo, no pudiendo imponérsele por esos hechos pena alguna, ni aún cuando hubiere cesado en sus funciones. Concebida en su carácter funcional y no personal, la irresponsabilidad penal tiene como finalidad asegurar la libertad de los legisladores para expresar en el desempeño de sus funciones, sus ideas y juicios, sin el temor de que se les exija responsabilidad, que pueda menoscabar su independencia y por consiguiente, la del Poder Legislativo. B) Inmunidad. Gozan también los diputados de prerrogativas o privilegios en relación con: I) su fuero de detención, previsto en la Constitución Política en el párrafo primero del artículo 110, en relación con causas civiles y penales. El Diputado no puede ser arrestado por causa civil durante los períodos de sesiones, sean estas ordinarias o extraordinarias, privilegio que deja de existir cuando el diputado lo consienta o la Asamblea levante el fuero. El segundo párrafo señala que el diputado no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando haya sido suspendido por la Asamblea, cuando el diputado la renuncie o en caso de flagrante delito, pudiendo la Asamblea Legislativa, en este último supuesto, ordenar la inmediata libertad del diputado. El fuero de detención (civil y penal), por disposición de las propias normas constitucionales antes indicadas, puede ser

renunciado. II) Fuero procedimental: Por disposición del inciso 9 del artículo 121 de la Constitución Política, los diputados sólo pueden ser perseguidos penalmente cuando hayan terminado su mandato, o durante el mismo, si la Asamblea Legislativa determina que “hay lugar a formación de causa” y lo pone a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su posterior juzgamiento. El privilegio y su consecuencia, el desafuero, se encuentran regulados por la Constitución Política; conforme a este procedimiento, es potestad de la Asamblea Legislativa, por dos terceras partes del total de sus miembros, autorizar o no el levantamiento del fuero, a los efectos de poner a los funcionarios privilegiados, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para que sean juzgados. La norma del artículo 336 del Código Penal tiene por misión garantizar el respeto a los privilegios fijados en el orden constitucional. Además, por disponerlo así el inciso 10 del artículo 121 de la Constitución Política, el desafuero del funcionario protegido para enfrentar causa por delitos comunes, puede implicar, también, la suspensión del cargo...».- Pero también está claro que la “inmunidad” de que gozan los miembros de los Supremos Poderes, si bien constituye un obstáculo para el normal ejercicio de la acción penal en el nivel nacional, salvo que la Asamblea Legislativa, de conformidad con el inciso 9 del artículo 121 de la Constitución Política, admita la acusación pues al estar sujetos éstos, como funcionarios públicos, al principio de legalidad, son responsables por los actos que realicen en el ejercicio del cargo –aún cuando sean de tipo penal– en la medida que son simples depositarios de la autoridad, no podría ser sobrevaluada

al punto de que impida la actuación de un tribunal como la Corte Penal Internacional y por la naturaleza de los delitos previstos en el Estatuto.”.

5. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. El autor debe conocer que la persona contra la cual está procediendo es una persona funcionaria pública y que en su condición goza de privilegios e inmunidades.

El error o la ignorancia en alguno de estos aspectos configuran un error de tipo que torna atípico el comportamiento por inexistencia de tipo subjetivo, dada la inexistencia de un proceder culposo tipificado.

6. Autoría

Sólo la persona funcionaria pública con competencia para “arrestar” o “formar causa”, puede ser autora de este delito. Por esa razón, se dice que se trata de un delito especial en sentido estricto o propio. Entre los posibles autores de este delito están las personas que son funcionarias públicas de las policías, del Ministerio Público o de la Judicatura, que tenga competencia funcional para arrestar u ordenar el arresto o bien para iniciar (formar) causa.

Puede ser partícipes pero no autores, los auxiliares judiciales, los asistentes judiciales, los asistentes jurídicos y cualquier otra persona que labore en el personal de apoyo del Ministerio Público o de la Judicatura, que con sus actuaciones preste colaboración o auxilio al titular (autor del

delito). Solo puede ser autor, quien tenga un deber jurídico específico de respetar el fuero o privilegio constitucional.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función

Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación del delito de violación de fueros, en principio no presentan grandes dificultades. Estimamos como pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Debe el denunciante identificar al autor de la violación del fuero o privilegio constitucional. Debe indicar si de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, si era conocido al autor que estaba efectivamente violando el estatus especial de la persona ofendida, si esta última portaba identificación oficial e hizo valer sus credenciales como miembro de los supremos poderes o su condición de ministro diplomático; o bien, si pese a no portar las credenciales, la persona ofendida explicó claramente al autor su condición especial de inmunidad.
- **Solicitar certificación a la Secretaría del Consejo de Gobierno o a la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa o al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto,** del nombramiento o cargo de la persona ofendida, según se trate de un ministro de Gobierno, diputado, Presidente o vicepresidente de la República, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor o Subcontralor Generales de la República o bien, si se trata en último caso, de ministros diplomáticos.

- **Entrevista de testigos.** Con la declaración de estos, deben quedar debidamente establecidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos, pero en especial, si la conducta del autor fue cometida con dolo, de lo contrario, resulta atípica la conducta.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

8.1. Análisis de votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito en estudio.

8.1.1. Manifestaciones cuyo propósito era agraviar y no ejercitar control político

Se ha establecido por parte de nuestros tribunales, que las manifestaciones cuyo propósito es agraviar y no ejercitar control político, resultan ajenas a la investidura legislativa o parte integrante de la función de un diputado, no quedan cubiertas por el fuero constitucional de indemnidad, por lo que sí le cabe responsabilidad. En el Voto N° 0125-04 de las 11:10 horas del 20 de febrero de 2004, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, conoció del recurso de casación formulado por el defensor de un imputado, que en su momento como diputado profirió manifestaciones agraviantes contra un particular, siendo por ello acusado y condenado por el delito de injurias y difamación por la prensa. En uno de los motivos alegó falta de aplicación del artículo 110 de la

Constitución Política. Sobre el particular, resolvió la Sala Tercera:

“...el constituyente también ponderó aquellos supuestos en que un diputado –fuera del ámbito de la función para la que fue electo– incurriera en la comisión de un hecho delictivo, en cuyo caso mientras se mantuviera ejerciendo la función pública, su juzgamiento quedaría supeditado al previo desafuero o en su defecto, a su decisión de renunciar a él, sin perjuicio de que en el momento en que por cualquier razón (por ejemplo, renuncia o conclusión del período para el que se le eligió), se pudiera –sin más trámite– encausar el procedimiento correspondiente en su contra. Así las cosas, en el caso de cita, acorde a lo señalado y acreditado en el fallo, el encartado (GC), profirió frases ofensivas: “... usted está loco”, “... idiota”, “... mediocre”, en perjuicio del ofendido (CESS), manifestaciones cuyo propósito era agraviar y no ejercitar control político, sin que sea atendible en esta sede la argumentación esgrimida, pretendiendo que se acepte como una prerrogativa de la investidura legislativa o parte integrante de la función de un diputado, proferir ofensas en detrimento de terceros, cuando ello no forma parte del ejercicio de su función o sea, no las indicó con ocasión del ejercicio de su cargo de diputado –manifestaciones que sí están cubiertas por el fuero constitucional de indemnidad– sino que más bien

se trataba de sus opiniones de carácter personal y por las que sí le cabe responsabilidad.

8.1.2. El fuero o privilegio constitucional establecido para proteger el normal desarrollo de la función legislativa

En otro voto anterior de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se había pronunciado en cuanto a que el fuero o privilegio constitucional se estableció, no para beneficio personal del titular, sino para proteger el normal desarrollo de la función legislativa, en resguardo de la delicada función del cuerpo colegiado y en aras de un interés público superior. Así en el Voto N° 19-F-88 de las 15:00 horas del 21 de enero de 1988, la citada Sala Tercera resolvió un recurso de casación, aclarando o definiendo los alcances del fuero o privilegio constitucional de los diputados. Sobre el particular, señaló:

“... La indemnidad se estableció no para beneficio personal del titular, sino para proteger el normal desarrollo de la función legislativa, en resguardo de la delicada función del cuerpo colegiado y en aras de un interés público superior. Por consiguiente, si se desbordan sus límites (determinados por las opiniones que emita en la Asamblea), el Diputado se hace responsable –como cualquier otro ciudadano– del contenido de sus afirmaciones y goza únicamente del privilegio de antejuicio ante la Asamblea Legislativa (inmunidad) durante el período

de su mandato. Es claro que los medios de comunicación colectiva no son el foro político dentro del cual se puedan verter opiniones que no impliquen responsabilidad, ni están protegidas esas publicaciones en el párrafo primero del

artículo 110 constitucional, pues la norma se refiere sólo a las opiniones emitidas en la Asamblea Legislativa.” (Sala Tercera, resolución número 19-F-88, de 15:00 horas del 21 de enero de 1988).

Unidad VIII

Divulgación de secretos

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 339**:

“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el funcionario público que divulgare hechos, actuaciones o documentos, que por ley deben quedar secretos.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

Nuestra Constitución Política en su artículo 30 establece el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, quedando a salvo los secretos de Estado.

Ese derecho o garantía fundamental de todos los ciudadanos y ciudadanas de “accesar” a la información sobre asuntos de interés público no es de doble vía; en el otro extremo, encontramos una serie de limitaciones para los funcionarios y funcionarias públicas de dar en forma libre e irrestricta la información sobre hechos, actuaciones o documentos, que por razones especiales se ha considerado por ley que deben quedar secretos. Esas limitaciones están traducidas a específicos deberes funcionales, que pretenden garantizar de esa manera el correcto funcionamiento de la administración pública, impidiendo la divulgación de hechos, actuaciones o documentos que expresamente la ley ha querido dejar en reserva o más claramente en secreto.

3. Conducta típica

La conducta típica consiste en **divulgar** sin fines de lucro, **hechos, actuaciones o documentos** de los que haya tomado conocimiento la persona funcionaria pública y que sabe que legalmente le incumbe el deber jurídico específico de mantenerlos en secreto.

Si por ley se ha establecido ese deber de reserva o de mantener en secreto, se debe a que los legisladores han estimado conveniente, en razón de resguardar un interés superior o proteger derechos fundamentales de las personas, impedir que se hagan públicos. Tal es el caso, por ejemplo, de la obligación de guardar la privacidad de las actuaciones en materia procesal penal, de los legajos de investigación en la etapa preparatoria, por parte de fiscales, jueces, las partes y demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas. (Ver artículo 295 del Código Procesal Penal). Ciertamente, el incumplimiento de ese deber jurídico de reserva por parte de las personas funcionarias públicas constituye causa grave y como tal, podría traer como consecuencia el despido del cargo, pero de manera adicional se abre la posibilidad de ser sometido a un proceso de investigación penal por la figura delictiva prevista en el artículo 339 del Código Penal.

La utilización del secreto de oficio ofende el interés existente en que el secreto no sea revelado directa o indirectamente (como consecuencia de su utilización) y el interés en que la persona funcionaria no divulgue en sede privada, a modo de noticias secretas, lo que haya llegado a su conocimiento por razón del cargo o cualquier otra circunstancia vinculada a sus funciones públicas.

La simple divulgación o revelación de la información sobre hechos, actuaciones o documentos a un tercero, sin afán de lucro, configura el delito en cuestión. Por supuesto que, si en la

especie además concurre el afán de lucro, el delito deja de ser la figura del artículo 339 para convertirse en una de las modalidades del enriquecimiento ilícito, previsto en el numeral 346 inciso 2) del Código Penal.

En cuanto al elemento normativo relacionado con la divulgación de “hechos”, “actuaciones” o “documentos”, de carácter reservado, se explica que la acción delictiva puede recaer sobre informaciones de eventos pasados o bien de trascendencia futura, de interés para la administración pública o de personas particulares, o bien tratarse de informaciones que constituyen antecedentes de interés estratégico que el Estado conserva para sí.

En cuanto al **carácter reservado** exigido por el tipo penal, se entiende por esto, todo aquello cuya comunicación se prohíba o esté reservada del conocimiento público, establecido expresamente en una ley. No basta la restricción reglamentaria o por vía de circulares u órdenes singulares. Si a una persona funcionaria pública se le da la “orden legítima” de no divulgar determinada información sobre hechos, actuaciones o documentos, por ejemplo para proteger una investigación oficial y, pese a ello, la incumple, si ese deber de guardar secreto no está previsto en una ley la conducta del divulgador resulta atípica del artículo 339 pero podría configurar, según el contexto, el delito de desobediencia a la autoridad (artículo 307 del Código Penal).

Para saber si existe o no ese **vínculo** entre el manejo de la información y la competencia de la persona funcionaria pública, es menester conocer el ámbito

de sus atribuciones; a tal fin, serán útiles las mismas fuentes para determinar el carácter “**reservado**” del dato o la información.

4. Tipo subjetivo

El delito exige el **dolo directo**, que abarca el conocimiento de su calidad de funcionario público, el conocimiento del carácter reservado de la información o del dato, así como el conocimiento y la voluntad de divulgar los hechos, actuaciones o documentos, pese a conocer que por ley deben quedar secretos.

5. Autoría

En cuanto al **autor**, solo se admite que pueda serlo el funcionario público, aunque no necesariamente con atribuciones de competencia, que le hayan permitido conocer las informaciones o datos reservados. Lo importante es que la persona funcionaria pública conozca que tuvo acceso, por las razones que fueren, a hechos, actuaciones o documentos que sabe que legalmente no puede divulgar a terceros, por así haberlo establecido el ordenamiento jurídico.

6. Consumación

Se trata de un delito de mera actividad, en cuanto la **divulgación** de los hechos, actuaciones o documentos. No es necesario, para efectos de tipicidad, que derive resultado alguno. Por esto, no se admite la tentativa.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes

de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de la divulgación de secretos, puede resultar de

difícil demostración. Por ello, estimamos pertinente:

- **Recibir la denuncia.** Debe el denunciante identificar –en lo posible– a la persona que divulgó hechos, actuaciones o documentos, que en razón de su cargo debía guardar secreto. Si no conoce la identidad, al menos debe suministrar la mayor cantidad de elementos que permita su identificación por parte del O.I.J. Debe especificar en concreto cuáles fueron los hechos, las actuaciones o bien los documentos que fueron ilícitamente divulgados por el funcionario denunciado, en contradicción con sus deberes funcionales y la forma cómo los divulgó a terceros o los hizo públicos.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales de confidencialidad o secreto respecto de los hechos, las actuaciones o los documentos sobre los que tenía que guardar secreto.
- **Secuestrar las actuaciones o los documentos que fueron divulgados ilícitamente**, por parte de la persona denunciada. O bien, obtener copia certificada de estos.
- **Entrevista de testigos.** Para acreditar la forma o medio utilizado para la divulgación de los hechos, actuaciones o documentos. Debe descartarse que existan otras conductas asociadas al delito de divulgación de secretos, como el

cohecho y penalidad del corruptor, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, u otros.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

Se consultó los votos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de los años comprendidos entre 1990 y el 2006, y no se encontró ningún precedente jurisprudencial de interés que pudiera citarse o analizarse en esta guía.

Unidad IX

Los delitos de cohecho

El Código Penal establece dos modalidades de cohecho: el impropio y el propio.

En el **artículo 340** se regula el denominado **cohecho impropio**:

“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.”

Por su parte, en el **artículo 341** se sanciona el **cohecho propio**:

“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.”

Tomando en consideración que ambas figuras contemplan en sus respectivos tipos penales elementos normativos y descriptivos similares, en la presente guía daremos un solo desarrollo para ambas figuras. En tanto resulte oportuno y necesario, en el transcurso de la exposición se hará referencia a las diferencias existentes entre una y otra figura.

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

Independientemente de que se trate de cohecho impropio o propio, el objeto de la acción típica recae en el ejercicio legal e imparcial de los cargos y empleos públicos.

Las figuras de cohecho tienen como objetivo castigar las conductas de las personas funcionarias públicas corruptas que, por recibir un soborno, ejercen sus funciones públicas en forma contraria a los principios de imparcialidad y legalidad.

Un funcionario público que ha recibido una dádiva, ventaja indebida o promesa de retribución, sea para cumplir un acto propio de su función o en forma contraria a sus deberes, no hace otra cosa que atentar contra el prestigio y la eficacia de la administración pública. Esto por cuanto la imparcialidad de la actuación de la administración pública constituye una garantía para los ciudadanos para alcanzar frente al Estado una satisfacción igual y objetiva de intereses individuales.

Lo que rige a los funcionarios públicos, dentro de sus funciones, es sólo el cumplimiento del deber. Si no está dispuesto a ello, su obligación es dejar la administración pública.

Presentada la motivación lucrativa en el funcionario público, automáticamente se da la contradicción del buen desempeño de las funciones a su cargo, perjudicando al Estado como legítimo depositario de la administración pública, independientemente del carácter lícito o ilícito del acto realizado, retardado u omitido.

3. Delitos de convergencia

Tanto el cohecho impropio (artículo 340) como el cohecho propio (artículo 341), son delitos de convergencia. Son denominados también delitos de codelincuencia

necesaria, delitos pluripersonales o delitos bilaterales y aunque la terminología es variada, para efectos de esta guía, se toman dichos calificativos como sinónimos.

Son delitos de convergencia, porque no puede darse el cohecho con la sola actuación de la persona funcionaria pública corrupta. Resulta esencial y necesario que intervenga, cuando menos, otra persona que haga el papel de sujeto corruptor.

Así tenemos por un lado el funcionario público, como autor especial propio, quien es el que acepta o recibe la dádiva, la ventaja indebida o la promesa de retribución y, por otro, el sujeto corruptor, que es quien ofrece la dádiva, la ventaja indebida o hace la promesa de retribución. Este sujeto corruptor puede ser un particular o bien otro funcionario público, distinto del que tiene que realizar el acto propio o contrario a sus funciones.

La persona corruptora, pese a ser necesario que exista o intervenga en los artículos 340 y 341 del Código Penal, no por ello resulta sancionado en estos artículos. Sino que, su conducta está tipificada y sancionada en otro artículo como es el numeral **345 de la Penalidad del corruptor:**

“Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida”.

(Redacción actual según reforma establecida en el artículo 64 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada

en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004).

Si bien no puede existir el cohecho (sea impropio o propio) sin la intervención de un sujeto corruptor, en cambio no significa que pueda darse la penalidad de corruptor sin el cohecho. Esto sucede cuando el corruptor da u ofrece la dádiva o la ventaja indebida al funcionario público, pero este rechaza el ofrecimiento o la promesa. En estos casos queda claramente configurada la penalidad del corruptor no así el cohecho del funcionario.

4. Las conductas descritas por la ley

En las figuras de los cohechos impropio y propio de los **artículos 340 y 341** del Código Penal, las conductas tipificadas son:

- a) **recibir una dádiva o cualquier ventaja indebida,**
- b) **aceptar la promesa de una retribución de esa naturaleza; y**
- c) **para hacer un acto propio de sus funciones (cohecho impropio) o para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones (cohecho propio).**

Sea impropio o propio, el cohecho en el Código Penal costarricense, tipifica las conductas que son en principio dos: la de recibir dinero o cualquier otra dádiva, o la de aceptar una promesa, siempre con fin determinado.

Ese “**para hacer... o para no hacer o para retardar...**” a que se compromete el

funcionario público a cambio de una dádiva o promesa de retribución, constituye el **acuerdo corruptor** que pacta con un tercero, puede ser un particular o bien otro funcionario, así estos sean los interesados finales o los intermediarios de aquellos a quienes interesa que se haga, no se haga o se retarde el acto funcional.

En otros términos, el delito de cohecho se basa en la existencia de un acuerdo, mediante el cual, a cambio de un precio, por parte de un tercero, al funcionario, o en una promesa que se hace al funcionario, este último acepta realizar una determinada actividad u omisión funcional.

El acuerdo corruptor debe, en principio, **ser iniciativa del particular**, no del funcionario público. Pues si el funcionario es quien toma la iniciativa y quien fija las condiciones de entrega de la dádiva, de la ventaja indebida o exige la promesa de retribución, no se estaría en presencia del delito de cohecho sino de concusión (artículo 348 del Código Penal).

En los delitos de cohecho, tanto la persona funcionaria pública como la persona corruptora, figuran como sujetos activos de ambos delitos (cohecho y penalidad del corruptor). A diferencia de lo que ocurre con el delito de **concusión**, en el cual sólo la persona funcionaria pública resulta autora del delito funcional, el otro sujeto destinatario de la acción resulta ser ofendido de la conducta del funcionario o funcionaria pública. **Esta distinción es esencial al momento de calificar los hechos de la denuncia, pues de ello depende la estrategia del caso.**

Otro aspecto de relevancia, es que el **acuerdo corruptor** debe ser **previo** al acto funcional por el cual el corruptor está entregando la dádiva, la ventaja indebida o está haciendo la promesa de retribución.

Si la entrega de la dádiva o de la ventaja indebida o bien la promesa de retribución se hace en forma **posterior** al acto funcional (sea que consista en una acción u omisión del funcionario), no se tipifica ninguna de las figuras de cohecho, sino que se estaría en presencia de otro delito: **“La aceptación de dádivas por un acto cumplido”** previsto y sancionado en el artículo 343 del Código Penal;¹⁶ sin omitir el enriquecimiento ilícito.

En los delitos de cohecho, el **acuerdo corruptor** se ha querido ver como un contrato (obviamente, de contenido ilícito), según el cual las partes se obligan cada una por su lado a hacer, no hacer o retardar algo, a cambio de un precio (dádiva, ventaja indebida o promesa de retribución).

La sola existencia de ese mal llamado **“contrato”**, basta para configurar los delitos de cohecho y penalidad del corruptor, con independencia que luego una o ambas partes incumplan el compromiso acordado. Ya sea, por ejemplo que el funcionario haga o deje de hacer lo que debía en función de su cargo, o que el sujeto corruptor una vez cumplido u omitido el acto por

¹⁶ El Código Penal establece la aceptación de dádivas por un acto cumplido en el **artículo 343**: “Será reprimido, según el caso, con las penas establecidas en los artículos 340 y 341 disminuidas en un tercio el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario.” (Reformado tácitamente, en cuanto a los artículos que remite, mediante Ley N° 7732 de 17 de diciembre de 1997).

el funcionario, no honre su compromiso económico.

Tanto el cohecho impropio como el propio, establecen como conducta típica el **recibir una dádiva o cualquier otra ventaja indebida**. Por **recibir** se entiende el traslado físico que se hace de la *dádiva*, esto es, cuando entra efectivamente en posesión, tenencia o disposición del funcionario público o de la persona que haya designado para esos efectos. Lo mismo podría decirse de la *ventaja indebida*, la cual surte sus efectos en el momento que comienza a estar a disposición del funcionario o de la persona que este haya escogido, para su uso, goce o disfrute.

Por otra parte, si el **acuerdo corruptor** consiste más bien en ofrecer a la persona funcionaria pública la entrega futura de una dádiva, ventaja indebida o retribución, el cohecho se da para el funcionario desde el momento en que este **admite** que, en efecto, en un futuro va a recibir lo que se le ha prometido. Lo importante acá es la **aceptación** de la promesa; es, irrelevante para efectos de configuración del delito si esa promesa se cumple o no por parte del corruptor.

5. La dádiva o cualquier otra ventaja indebida

Ambas formas de cohecho (impropio y propio), establecen como elemento típico que el funcionario público por sí o por persona interpuesta, **reciba una dádiva o cualquier ventaja indebida**.

El artículo 341 del Código Penal, sin embargo, al sancionar el cohecho impropio

solo refiere el recibimiento de la dádiva o cualquier ventaja, sin señalar como sí lo hace el artículo 340 el carácter “*indebido*”. Pese a ello, el carácter indebido de la dádiva, ventaja o promesa de retribución se sobreentiende en ambas figuras, pues de lo contrario no tendría sentido la conducta prohibida.

Ahora bien, qué debemos entender por dádiva. Si bien es un elemento típico esencial en los cohechos, no existe una definición o concepto de dádiva en ninguna parte del ordenamiento jurídico.

La **dádiva** es un elemento normativo (no descriptivo) del tipo.¹⁷ Por no estar definido o contenido en ninguna norma legal, el concepto de dádiva debe ser determinado a partir de la interpretación judicial, tomando en cuenta entre otros aspectos, el significado socialmente aceptado de dádiva (concepto vulgar), su idoneidad y proporcionalidad como incentivo (ilícito) que afecta la imparcialidad de la decisión del funcionario, etc.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define el término dádiva como “cosa que se da graciosamente”.

Existe discusión en la doctrina sobre el requisito de que el contenido de la dádiva deba ser en todos los casos de carácter

patrimonial. Algunos consideran que debe significar una especie de enriquecimiento patrimonial para el funcionario o para la persona que este haya designado. Para otros, sin embargo, la dádiva puede no ser necesariamente de carácter patrimonial y podría abarcar supuestos de beneficios subjetivos como la satisfacción de la vanidad, de la ambición (por ejemplo, en términos de fama, influencia política, u otros), o de sexualidad (favores sexuales). Cualquiera de estos beneficios subjetivos, carentes de contenido patrimonial, podrían ser idóneos para seducir al funcionario público a que incumpla con sus deberes funcionales de imparcialidad y legalidad.

Siguiendo la tesis mayoritaria nos inclinamos por un concepto **restrictivo** de dádiva, esto es, referido únicamente a aquellas prestaciones de carácter objetivo, valorables económicamente, pues consideramos que se ajusta mejor a nuestras figuras de cohecho y que resulta acorde, si hacemos una interpretación sistemática con las disposiciones de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Así, el artículo 38 de esa ley, establece como causales de responsabilidad administrativa para el funcionario público: “m) Perciba, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, **retribuciones, honorarios o beneficios patrimoniales de cualquier índole**, provenientes de personas u organizaciones que no pertenezcan a la Administración Pública, por el cumplimiento de labores propias del cargo o con ocasión de estas, dentro del país o fuera de él.” (La negrita no pertenece al texto de la ley).

17 “**Elementos normativos.** Son aquellos que implican siempre una valoración, y por ende, un cierto grado de subjetivismo (...). No se trata de una valoración personal, sino que está subordinada a normas judiciales, normas sociales y criterios ético-jurídicos de comportamiento socialmente reconocidos y conocidos por su carácter público y notorio.” Consultar en Rojas Chacón, José Alberto y Sánchez Romero, Cecilia. Curso de Teoría del Delito. Aspectos teóricos y prácticos. Cuarto Módulo Instruccional Culpabilidad. Pág. 62. Material suministrado en disco compacto por la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público. 1ª versión, mayo 2007.

Se incluirían dentro de ese concepto restrictivo de dádiva, la entrega o promesa de entrega de dineros, títulos valores, vehículos, inmuebles, préstamos de dinero con bajos intereses, descuentos especiales, condonaciones de deudas, otros.

En tanto que, el elemento típico referido al recibimiento por el funcionario público de cualquier otra “**ventaja indebida**”, incluiría los otros supuestos referidos a beneficios subjetivos carentes de contenido patrimonial. Dentro de estos se incluirían los ascensos laborales, los reconocimientos honoríficos o publicitarios, los favores sexuales, las membresías e inclusiones en círculos exclusivos sociales, políticos, deportivos, faranduleros, otros.

Lo importante es, en todo caso, que la dádiva o la ventaja indebida o la remuneración prometida, sean elementos idóneos que logren objetivamente afectar la legalidad y la imparcialidad de la persona funcionaria pública; que tanto la dádiva o ventaja entregada o prometida al funcionario, hayan servido de **trueque** para que este actuara en la forma como se esperaba que lo hiciera, según lo pactado previamente con el sujeto corruptor.

Si el funcionario público realiza u omite un acto propio o contrario a sus deberes por acordarlo así de previo con el sujeto corruptor, pero lo hace por **razones de amistad, solidaridad o de cualquier otra índole**, no comete el delito de cohecho.

Esto no significa que las conductas queden impunes. El sujeto corruptor podría

enfrentar causa por el delito de tráfico de influencias,¹⁸ por aprovechar una situación derivada de su situación personal con el funcionario. Por su parte, el funcionario público influido podría ser acusado por el incumplimiento de deberes.¹⁹

Como se desprende de lo expuesto, el fundamento punitivo de los cohechos se basa en que lo protegido o tutelado es el interés del Estado por mantener la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios públicos, que no es otra cosa que la rectitud del ánimo, la integridad y honradez en el obrar.

El funcionario que actúa basándose en dinero o en cualquier otro beneficio, por ejemplo tener relaciones sexuales con otra persona, como premio o retribución por sus funciones públicas, falta indudablemente a ese deber de probidad.

18 La Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004, estableció el delito de tráfico de influencias en el artículo 52: “Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleándose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro. // Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior. //”

19 El Código Penal establece el delito de incumplimiento de deberes en el artículo 332: “Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omita, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función. // Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto (sic) esté obligado a hacerlo.” (Así reformado mediante Ley N° 8056 de 21 de diciembre de 2000, publicado en La Gaceta N° 10 de 5 de enero del 2001).

6. La proporcionalidad de la dádiva

No es requisito que la dádiva o la ventaja indebida o bien la promesa de retribución, guarden proporcionalidad con el acto propio o contrario a sus funciones que se procura que haga, omita o retarde hacer, la persona funcionaria pública.

En la adjudicación de un contrato público, por ejemplo de telefonía celular cuyo monto sea superior a los 150 millones de dólares, para efectos de configurar el delito de cohecho lo mismo da que la persona corruptora entregue o prometa entregar al funcionario público un 10%, 5%, 1% o un porcentaje menor del monto del contrato. En ese sentido, los porcentajes pactados resultan irrelevantes para la tipicidad. Lo esencial es que lo entregado o prometido al funcionario **sea idóneo** para motivarlo a traicionar sus deberes de probidad, imparcialidad y legalidad.

Logrado el fin corruptor por la entrega o promesa de dádiva, ventaja indebida o remuneración, cualquiera que sea su valor económico, resulta intrascendente para la configuración del cohecho.

Un pequeño regalo, incluso podría servir de dádiva, si quien hace la entrega al funcionario lo hace en el entendido que forma parte de un convenio corruptor, para que haga o deje de realizar un acto propio de sus funciones.

Aun a riesgo de incurrir en una inevitable subjetividad, se debe admitir que resulta difícil establecer a priori cuando estamos ante una dádiva idónea para corromper a un funcionario. Eso habrá que determinarlo en

cada caso, unas veces utilizando el sentido común y otras tomando en cuenta lo que al efecto vaya señalando la jurisprudencia, que establezca cuando un regalo o ventaja indebida, aun de poco valor o trascendencia, puedan considerarse objetos idóneos para que un funcionario público quebrante sus deberes funcionales. En este sentido vale la pena reflexionar, por ejemplo, si el ofrecer a un funcionario público un cigarro, una tasa de café, un almuerzo, entradas o pases de cortesía a estadios o espectáculos públicos, o bien una invitación de tragos, puedan llegar a considerarse dádivas o ventajas indebidas idóneas de corrupción.²⁰

7. La persona interpuesta

Tanto el cohecho impropio del artículo 340 como el cohecho propio del artículo 341 del Código Penal, refieren: ***el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa...*** En ambos preceptos se posibilita que la recepción de la dádiva o la ventaja o la aceptación de la promesa de remuneración puedan ser realizadas por el propio funcionario público, o en su defecto, por otra persona que represente sus intereses.

²⁰ La Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el capítulo IV referente a la responsabilidad administrativa y civil de los funcionarios públicos, establece en el **artículo 38.- Causales de responsabilidad administrativa**. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:... m) Perciba, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, retribuciones, honorarios o beneficios patrimoniales de cualquier índole, provenientes de personas u organizaciones que no pertenezcan a la Administración Pública, por el cumplimiento de labores propias del cargo o con ocasión de estas, dentro del país o fuera de él.

Ya sea que la dádiva, la ventaja indebida o la promesa la reciba o la acepte el propio funcionario o la persona interpuesta, ante todo, para que resulte típica debe estar ligada al acuerdo corruptor, que motive al funcionario a hacer o dejar de hacer, o retardar algo propio o contrario a sus funciones, según los supuestos del cohecho impropio o propio.

La “**persona interpuesta**” que refieren los artículos 340 y 341 del Código Penal, tiene la condición de partícipe para la doctrina comparada (argentina y española). Aunque la persona interpuesta tenga, en algunos supuestos, codominio del hecho delictivo y conozca la condición de funcionario público del coautor, para la doctrina mayoritaria, la denominada comunicabilidad de las circunstancias únicamente puede darse de un autor a un partícipe pero no de autor a autor.²¹ La ventaja de mantener esta interpretación es que facilita la eventual aplicación de criterios de oportunidad por colaboración a quienes hayan tenido una menor participación en el hecho delictivo.²²

Sin embargo, para la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,²³ la situación

21 Rojas Chacón, José Alberto y Sánchez Romero, Cecilia. Curso de Teoría del Delito. Aspectos teóricos y prácticos. Quinto Módulo Instruccional Autoría y participación. Pág. 283. Material suministrado en disco compacto por la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público. 1ª versión, mayo 2007.

22 Ver artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal. “Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita...”

23 Ver entre otros el voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

es diferente en nuestro país, pues siguiendo una **interpretación ampliativa** admite que pueda darse la comunicación de las circunstancias entre un autor calificado, por ejemplo, la calidad de funcionario público, respecto de otros autores que carezcan de esa condición personal. En algunos supuestos, la persona interpuesta en los cohechos podría asumir, con las excepciones que indicaremos, la “coautoría” si representa, de manera activa, los intereses del funcionario público en la negociación del pacto corruptor que lleva al cohecho.

La **persona interpuesta** puede asumir uno de estos roles: o bien representa al funcionario frente al sujeto corruptor o bien al sujeto corruptor frente al funcionario público. Si representa de manera activa al funcionario en la negociación del pacto corruptor, podría tomársele como coautor del delito de cohecho por comunicabilidad de las circunstancias, según la referida interpretación ampliativa que hace nuestra jurisprudencia del artículo 49 del Código Penal. Si representa activamente al sujeto corruptor, como de este no se exige ninguna calidad especial, podría ser tenido igualmente como coautor si al igual que los otros sujetos, llega a tener las riendas del curso causal.

Existen casos en la práctica en los cuales el funcionario público, sobre todo si ocupa altos niveles jerárquicos o es un personaje políticamente expuesto, prefiere no involucrarse directa o personalmente en la “negociación” del acuerdo corruptor y, más bien, suele designar un intermediario, en quien delega la puntualización del acuerdo así como la fijación del precio.

En otros casos, más bien es el sujeto corruptor, sobre todo si se trata de una poderosa persona de negocios, quien no quiere dar la cara y prefiere que los detalles de sus negocios se hagan llegar al funcionario público por medio de un intermediario, que igualmente lo representa, obviamente siguiendo algunas instrucciones.

De una forma u otra, lo esencial para determinar la calidad de “autor” de la persona interpuesta y descartarlo como simple partícipe, es que cumpla con los supuestos del **artículo 49** del Código Penal. Para que sea coautor del cohecho y, o la penalidad de corruptor, se requiere que la persona intermediaria conozca de previo la calidad de funcionario público, que este cumplirá u omitirá un acto propio o contrario a sus deberes, como consecuencia del acuerdo corruptor del cual él forma parte como intermediario, sea porque representa los intereses del funcionario o de la persona corruptora.²⁴

La persona interpuesta, sea que represente al funcionario o represente a la persona corruptora, puede ser intermediario por ser el portador de las indicaciones o instrucciones de lo que quiere que se haga o se deje de hacer, que interesan al sujeto corruptor, o bien, porque es intermediario en la entrega o recepción de material de la dádiva, ventaja indebida o de la comunicación de la aceptación de la promesa de retribuciones futuras.

En estos supuestos, el rol activo desplegado por el intermediario justifica

su sanción como “**coautor**”, sea por el cohecho cometido por el funcionario o la penalidad del corruptor del sujeto particular, con absoluta independencia de que por esa intermediación obtenga o no algún beneficio personal.

Lo relevante para sancionar a la persona interpuesta como autor y no simple partícipe, es que su intermediación haya hecho posible la realización del acuerdo corruptor, por el cual un funcionario público vulneró los deberes de la función pública.

La persona interpuesta puede ser un particular, completamente ajeno a la administración pública, pero también puede serlo otro funcionario público, sea que pertenezca a la misma institución o bien, a otra entidad pública. Tampoco interesa si guarda algún grado de jerarquía o subordinación respecto del funcionario que incurrirá en cohecho.

No siempre la persona interpuesta asume un rol activo en las negociaciones que llevan al cohecho y tampoco figura plenamente como intermediario en los pagos. En esos casos, debe considerársele **simple partícipe**. Ese sería el caso, por ejemplo, del despacho de un ministro, donde se comenta en el pasillo que el jerarca y algunos de sus allegados realizan actos corruptos propios de sus funciones a cambio de dinero; la persona asistente del jerarca, sabe lo que ocurre pero asume pasivamente la “ceguera intencional”, limitándose a recibir los pagos que entregan en el despacho los corruptores para luego dárselos al jefe, sin que hubiera intervenido en las condiciones del pacto corruptor y sin representar los intereses de las partes.

²⁴ En el voto N° **451-F-92** de las 08:25 horas del 02 de octubre de 1992, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señaló, en un caso por peculado, que la calidad de funcionario público del autor se le comunica al cómplice que no la posee si éste último tiene conocimiento de la condición de funcionario público de aquel.

Con las actividades desplegadas por la “**persona interpuesta**” hay que tener otro cuidado. Si la persona interpuesta tiene su propio proyecto delictivo, podría resultar autora de otro delito distinto del cohecho. Eso sucedería, por ejemplo, si conociendo las debilidades éticas o morales de la persona funcionaria pública, sale a buscar por su cuenta al “cliente”, esto es, al sujeto particular usuario de un determinado servicio público, interesado en pagar por actos del funcionario; en tales casos, la persona intermediaria podría incurrir en el delito de tráfico de influencias del artículo 52 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública,²⁵ pero no en cohecho. Por su parte, la persona funcionaria pública en tanto no haya recibido el ofrecimiento de la dádiva o ventaja indebida o aceptado la promesa, resulta impune.

De igual manera, si la **persona interpuesta** que actúa por su cuenta, presume ante otros de lograr del funcionario público una actuación ilícita a cambio de una dádiva, sin que tal aseveración sea cierta, igual podría considerársele autor del delito de tráfico de influencias “simuladas”. Si en este supuesto, otro sujeto llegara a creerse la existencia de tal influencia y entrega la dádiva, como parte de una acción engañosa de aquel, podría llegar a constituir el delito de estafa.

8. Los hechos por realizar

Se ha sostenido de manera pacífica que el acuerdo entre el funcionario público venal

25 Obviamente, hay que tener presente los requisitos de tipicidad objetiva del artículo 52 de la Ley N° 8422, como es **la relación de prevalencia o personal** entre la persona que influye o presume influir y la persona funcionaria que es influenciada o que es destinataria presunta de la influencia.

y la persona corruptora debe versar sobre un **hecho determinado**.

Si al funcionario público se le entrega una dádiva, una ventaja indebida o se le hace una promesa de remuneración, pero sin que se concrete cuál es el acto funcional que debe realizar u omitir, no se configura el cohecho.

Lo anterior no significa, sin embargo, que el funcionario público corrupto quede impune, pues en el supuesto indicado sería autor de una de las variantes del delito de enriquecimiento ilícito: ya sea la figura establecida en el inciso 3° del artículo 346 del Código Penal²⁶ o bien, la conducta sancionada en el artículo 45 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.²⁷

Otro requisito típico del cohecho, es que la acción u omisión a que se refiere objeto del acuerdo venal, esté dentro de la **órbita de competencia** del funcionario público.

Si se trata del delito de cohecho impropio (artículo 340 del Código Penal), el acuer-

26 El delito de enriquecimiento ilícito del artículo 346 del Código Penal señala: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:... 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo;...”

27 El **artículo 45 de la reciente Ley N° 8422** contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece: “**Enriquecimiento ilícito**. Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.”

do debe recaer sobre un “**acto propio**” de las funciones del funcionario. Por lo que puede tratarse de un acto formal y materialmente legal y que, en todo caso, el funcionario debió realizar sin recibir pago alguno.

A diferencia del anterior, en el delito de cohecho propio (artículo 341 del Código Penal), el acuerdo corruptor lleva al funcionario a realizar un acto contrario a sus deberes, pero que, en todo caso debe tratarse de la realización u omisión de un acto del cual el funcionario resulta competente.

Mediante reforma dispuesta por Ley N° 7331 del 13 de abril de 1993, publicada en el Alcance N° 13 a La Gaceta N° 76 de 22 de abril de 1993, se agregó al artículo 341 del Código Penal, otras conductas punibles en el cohecho propio con las que se pretendió llenar un vacío de punibilidad, no sólo para sancionar al funcionario cuando **hace** un acto contrario a sus deberes sino también cuando **no lo hace o retarda hacer** un acto propio de sus funciones.

El funcionario realiza un acto contrario a sus deberes, cuando por haber recibido un soborno o promesa de retribución, lo lleva a cabo violentando el deber de probidad.²⁸

28 La Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004, estableció el deber de probidad en el artículo 3.- “El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los

Ese sería el caso si el acto realizado es contrario al principio de igualdad, imparcialidad, legalidad, eficacia, economía y eficiencia, por estar orientado a satisfacer un interés particular, o atención de una necesidad particular del sujeto corruptor o de quien este haya elegido para su beneficio.

De igual manera, el cohecho propio del artículo 341 del Código Penal, abarca los supuestos en que el funcionario público por recibir un soborno o promesa de retribución, no realiza un acto propio de sus funciones. Esta omisión de actuar puede ser implícita o expresa, por ejemplo, en este último caso el funcionario recibe una petición sea de un particular o de un superior jerárquico para que haga algo propio de su función y simplemente no lo hace, por haber recibido una dádiva del sujeto corruptor.

Finalmente, el cohecho propio también podría darse por el **retardo** con que el funcionario realiza el acto, en virtud del soborno, ventaja indebida o promesa de retribución del sujeto corruptor. Al igual que sucede en el incumplimiento de deberes, el retardo constituye el intervalo transcurrido entre el momento en que el acto debía realizarse y aquel en que, efectivamente, el funcionario, injustificadamente, quiso realizarlo.

En los supuestos de retardo, puede darse simplemente el pacto para que el funcionario demore un acto propio de sus funciones, con el objeto de dar más tiempo a una persona. Por ejemplo, el funcionario

objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.”

encargado del cobro judicial de un banco estatal, recibe una dádiva para retardar los trámites de presentación de la demanda ejecutiva en los tribunales contra un cliente del banco, que se encuentra en mora con su deuda y necesita tiempo para conseguir los recursos para ofrecer un arreglo de pago a la institución.

9. La competencia del autor

Tanto el cohecho impropio como el propio, el acto que debe realizar u omitir realizar el funcionario es un acto propio de su **competencia funcional**, tanto desde el aspecto material como funcional.

Algunos criterios para establecer cuándo un funcionario actúa en el ejercicio de su cargo, podrían ser los siguientes:

- a) Cuando el funcionario actúa dentro de sus tareas que legítimamente pueden serle encomendadas por sus superiores.
- b) Cuando la confección del acto pertenece evidentemente a la competencia de la oficina donde el funcionario desarrolla sus tareas.
- c) Cuando el funcionario tiene la guarda y custodia de un asunto, ya que lo tiene a su cargo.
- d) Cuando por estar destinado a determinado organismo aprovecha su libre acceso.
- e) Cuando el acto o la omisión no resulten manifiestamente extraños a él. En cambio, si el funcionario aparenta competencias se estará ante el delito de estafa.

Por su parte, el **artículo 59** de la Ley General de Administración Pública, señala que las competencias que asignen **potestades de imperio** al funcionario público, deberán establecerse mediante ley. Lo que sí puede hacerse vía reglamento autónomo es la distribución de esas potestades a lo interno de las entidades públicas, lo mismo que, por vía reglamento se pueden crear servicios públicos que no implique el ejercicio de potestades de imperio (ejercicio de autoridad pública sobre el administrado).

10. El tipo subjetivo

Los cohechos son figuras **dolosas**. Tanto el cohecho impropio como el propio, exigen el **dolo directo**.

El funcionario público venal debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos que integran el tipo penal objetivo.

El funcionario debe conocer y aceptar el pacto o acuerdo corruptor que se le ofrece por parte del sujeto corruptor y que ese acuerdo tiene como fin, que haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, de modo que la dádiva, la ventaja indebida o la promesa que se le hace, forma parte de ese acuerdo previo.

11. Autoría

La doctrina mayoritaria reconoce que los delitos de cohecho son de los llamados delitos especiales propios, por cuanto el sujeto activo sólo puede serlo el funciona-

rio público. Por ello, el círculo de autores se encuentra restringido por la ley penal, señalando el legislador en forma taxativa quién puede realizar el comportamiento contenido en la norma penal.

En nuestro Código Penal en el **artículo 49** se regula la comunicabilidad de las circunstancias y, de acuerdo con la **interpretación ampliativa** que hace la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de dicho artículo,²⁹ se admite que se comuniquen las condiciones personales de un autor a otros autores del delito. De modo que, otros sujetos distintos al funcionario público podrían ingresar al círculo de autores si junto con este tienen el dominio del hecho y conocen de previo la condición de funcionario público del autor.³⁰

12. Consumación y tentativa

Los delitos de cohecho se consuman con la **existencia del pacto**, y dentro de ello con el recibimiento de la dádiva o de la ventaja indebida, resultando irrelevante para efectos de tipicidad si el funcionario cumple o no con el compromiso asumido en el pacto corruptor.

Si se trata de una promesa de remuneración como parte del pacto corruptor, el delito se consuma desde el momento en que el funcionario venal acepta la promesa, aunque luego no cumpla el compromiso.

29 Ver entre otros el voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

30 Sobre estos aspectos nos remitimos a las consideraciones y reflexiones expuestas cuando tratamos el tema de la persona interpuesta.

La tentativa es de difícil conceptualización. Los delitos de cohecho se consuman con el **recibimiento** de la dádiva o ventaja indebida o bien con la **aceptación** de la promesa de remuneración. Antes de formalizarse el pacto sólo hay actos preparatorios.

13. Confluencia de figuras

En primer término, si se presenta el supuesto de cohecho propio del **artículo 341**, pero el sujeto activo es una persona funcionaria pública que ostenta la condición de juez y el pacto corruptor versa sobre el pago por un trámite o resolución que beneficia o perjudica a una de las partes del proceso, configura el delito de corrupción de jueces (**artículo 344**).

En segundo, si la persona autora del delito resultó ser funcionaria de las Administraciones Tributaria o Aduanera y en ese carácter recibió una dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración, para realizar u omitir un acto propio o contrario a sus funciones, los tipos especiales contemplados en esos cuerpos normativos desplazan a las figuras de cohecho del Código Penal. Esto es, se aplica la legislación especial.³¹

Así tenemos, que las personas funcionarias públicas de la Administración Tributaria, incurrirían no en cohecho sino en el delito del artículo 98 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios:

31 Ver Votos N° 401-2005 de las 10:20 horas del 13 de mayo del 2005 y N° 1280-2005 de las 10:50 horas del 14 de noviembre de 2005, ambos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

*“Será sancionado con prisión de tres a diez años y con inhabilitación, de diez a quince años, para el ejercicio de cargos y empleos públicos, cualquier servidor público que, directa o indirectamente, por acción u omisión dolosa, colabore o facilite en cualquier forma, el incumplimiento de la obligación tributaria y la inobservancia de los deberes formales del sujeto pasivo. La misma pena se le impondrá al servidor público que, sin promesa anterior al delito, ayude de cualquier modo a eludir las investigaciones de la autoridad sobre el incumplimiento o la evasión de las obligaciones tributarias, a sustraerse de la acción de estas, u omite denunciar el hecho cuando esté obligado a hacerlo. Asimismo, será reprimido con prisión de ocho a quince años y con inhabilitación de quince a veinticinco años para ejercer cargos y empleos públicos, **el servidor público que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, reciba dádivas, cualquier ventaja o beneficios indebidos, de carácter patrimonial o no, o acepte la promesa de una retribución de cualquier naturaleza, para hacer, no hacer o para un acto propio de sus funciones, en perjuicio directo o indirecto del cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones tributarias.**”* (El destacado no es del original).

14. Aspectos procesales

14.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que

instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante el tiempo de su vigencia.

14.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de los delitos de cohecho, en principio resultan muy operativas. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

Recibir la denuncia. Por lo general se trata de una persona ajena al pacto corruptor, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el

anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consiste el pacto corruptor, esto es, qué dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración ofreció la persona corruptora y qué debía hacer, a cambio, la persona funcionaria pública venal. Es importante aclarar cuáles eran las funciones que debía hacer, no hacer o retardar, si eran propias o contrarias a sus deberes, pues de ello depende la calificación legal de los hechos (cohecho impropio o cohecho propio).

- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) de las personas involucradas en el pacto corruptor.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del corruptor y del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe tratar de constatar si hay entrega de dineros, facilitación de bienes muebles (vehículos) o inmuebles, accesos a clubes o lugares lujos, viajes, premios, u otros.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo del funcionario denunciado,** cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales.

- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** relacionada con el “negocio ilícito” pactado.
- **Entrevista de testigos.** Debe tratar de establecerse no solo la existencia del pacto corruptor, sino también las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los ofrecimientos del corruptor y de las actividades, decisiones o actos realizados por el funcionario.
- **Solicitar el levantamiento del secreto bancario,** ante el Juzgado Penal, de todas las personas funcionarias públicas involucradas en la aprobación del acto, así como del imputado, colaboradores, familiares, eventuales personas interpuestas o sociedades mercantiles en las que participen.
- **Solicitar al Organismo de Investigación Judicial la realización de estudios socioeconómicos,** para situaciones en las que se involucren grandes cantidades de dinero, en casos en que se presuma la realización de pagos en efectivos, a fin de acreditar los ingresos en contraposición con los niveles de vida de las personas involucradas.
- **Solicitar la colaboración de la Unidad de Análisis Financiero (U.A.F.),** adscrita al Instituto Costarricense sobre Drogas (I.C.D.), a efecto de determinar mediante la consulta de las bases de datos la existencia de cuentas bancarias en el extranjero, de las personas implicadas en los hechos.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos

casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, ya sea con la persona corruptora (para utilizar su testimonio contra la persona funcionaria pública) o bien, con la persona funcionaria pública (para utilizar su testimonio contra la persona corruptora). Esto por cuanto, según el caso, podría estarse en presencia de autores que presentan cierta “habitualidad” en esta clase de delitos y convendría valorar si la prioridad es perseguir al corruptor o al funcionario. En estos casos, sobra indicar que cualquier negociación está condicionada a acatar lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

15. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

15.1. Análisis de votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito en estudio. Hemos procurado sintetizar el contenido del

voto, señalando con palabras nuestras la solución dada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Para el mejor entendimiento, hemos también expuesto bajo el título “caso práctico” el resumen de los hechos que dio lugar al voto y en algunos de ellos, nos hemos permitido hacer un comentario.

15.1.1. Distinción entre el cohecho impropio, cohecho propio y corrupción de jueces

Al resolver los recursos de casación planteados por la defensa de algunos imputados y del Ministerio Público, contra la sentencia 147-03 de las 14:00 horas del 8 de octubre del 2003 del Tribunal Penal de Juicio de la Zona Sur, la **Sala Tercera de la Corte**, estableció en el **Voto N° 0389-2006** de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, conceptos importantes sobre la diferenciación a nivel de tipicidad entre las figuras del cohecho impropio, el cohecho propio y la corrupción de jueces. También es importante la acotación que hace del prevaricato y su relación con los cohechos y la corrupción de jueces, así como de temas no sustantivos sino procesales importantes, que justifica la lectura detenida de este precedente.

Señala la Sala que antes de calificar el caso como corrupción de jueces, se debe establecer si se está en presencia de un cohecho impropio o uno propio, porque la figura de la corrupción de jueces depende de la existencia del cohecho propio, el cual se especializa por dos circunstancias: el sujeto activo que debe tener la calidad de juez y por lo que se espera,

una resolución que beneficie o perjudique a una de las partes del proceso. Si a una persona jueza se le paga para que dicte una resolución, sin más comentario, eso sería cohecho impropio, pues es lo que usualmente realiza un juez en el ejercicio de sus funciones: dictar resoluciones. Si lo que se da en la especie es un cohecho impropio, no podría configurarse la corrupción de jueces. Si a una persona jueza se le paga para dictar una resolución, pero en forma contraria a sus deberes o para no hacer o para retardar su dictado, en esos supuestos se configuraría el cohecho propio y consecuentemente, la corrupción de jueces.

CASO PRÁCTICO

HNV defensor de dos sentenciados por narcotráfico, gestiona un incidente ante el juez de ejecución de la pena, para que se otorgue el beneficio de libertad condicional por cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, a cambio ofrece el pago de tres millones quinientos mil colones. El juez denuncia el hecho y en coordinación con la Fiscalía y el O.I.J. se realiza un operativo en el cual se logra la detención de HNV cuando entregaba al juez un anticipo de trescientos cincuenta mil colones. El caso fue calificado y acusado por la Fiscalía como cohecho impropio (modalidad del corruptor). La jueza penal en la audiencia preliminar recalificó los hechos a cohecho propio (modalidad del corruptor). El fiscal de juicio recalificó a corrupción de jueces (modalidad del corruptor). El Tribunal condenó finalmente por cohecho propio (modalidad de corruptor).

La **Sala Tercera** en el **Voto 0389-2006**, conforme al cuadro fáctico fijado por la Fiscalía en la acusación, la cual describía un cohecho impropio, pese a que desde el inicio que al juez de ejecución de la pena se le ofreció pagar por una resolución **obviando los requisitos de ley**: no contar con los dictámenes del Instituto Nacional de Criminología. Según la Sala, la trascendencia del error de la Fiscalía, al fijar el cuadro fáctico con base en una calificación legal que no procedía, fue que la acción acusada **prescribió**.

Comentario

Aunque doloroso para quienes pertenecemos al Ministerio Público, lo cierto es que la Sala Tercera, acierta en el análisis y solución del caso. La Fiscalía nunca imputó que la resolución que se esperaba del juez de ejecución de la pena fuera un acto contrario a sus deberes y por ello, no fue posible encuadrar la conducta del abogado HNV en la penalidad del corruptor del cohecho propio o de la corrupción de jueces. Como consecuencia y dado el periodo que duró en llegar el asunto a debate, la acción imputada a HNV prescribió. Las diferencias sutiles entre los diversos tipos penales, deben observarse siempre, aunque parezca en algunos casos “sobre entenderse”, pues podrían generar consecuencias como las referidas en el citado voto 0389-2006.

15.1.2. Existencia del pacto corruptor

Señala la **Sala Tercera** en el **voto 0389-2006**, que “...debe haber convergencia en-

tre el cohechante y cohechado, en cuanto a la finalidad corruptora que se persigue con la dádiva. “*Si el pago o la promesa deben ser recibidos para, es evidente que esa destinación subjetiva ha de ser común entre los dos sujetos [...]*”.³²

Para configurar cualquiera de las modalidades de cohecho, debe existir necesariamente el **pacto corruptor**, que involucra como mínimo: 1) la persona corruptora y 2) la persona funcionaria pública. Ambos persiguiendo una misma finalidad, que debe ser conocida y querida por ambos sujetos: la realización u omisión de un acto funcional, a cambio de una dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración.

CASO PRÁCTICO

HNV abogado ofreció una dádiva al juez de ejecución de la pena, para en forma expedita resolver un incidente de libertad condicional a favor de dos sentenciados por narcotráfico. Aunque HNV conocía de antemano que la pena impuesta por el tribunal de juicio había sido ilícitamente rebajada de 18 a 6 años de prisión, ese aspecto no le fue mencionado al juez de ejecución de la pena, desconociendo este la finalidad perseguida por HNV, de que sus patrocinados recuperaran ilegítimamente su libertad. Al ser un aspecto desconocido por el juez de ejecución de la pena, resultaba ajeno al pacto corruptor propuesto por HNV.

³² Soler, 1973: página 161. Citado por la Sala Tercera en el voto de comentario.

Comentario

Al ser ajeno al pacto corruptor, el juez de ejecución de la pena desconocía el antecedente sucedido en el tribunal de juicio de PZ, respecto de la reducción ilegítima de la pena de los narcotraficantes. Según la Sala, este aspecto hacía imposible de ligar los nuevos hechos (el ofrecimiento de la dádiva para resolver en forma expedita el incidente de libertad condicional) con los hechos anteriores (la reducción de pena realizada por el tribunal de juicio). Al estar tales eventos fuera del pacto corruptor, no fue posible según la Sala Tercera, sostener la condenatoria del abogado HNV por penalidad de corruptor por cohecho propio o corrupción de jueces (como pretendió el fiscal en sus conclusiones en el debate), por no formar parte del pacto corruptor propuesto por HNV al juez de ejecución de la pena.

15.1.3. Relación de las normas del cohecho propio con la corrupción de jueces

En el citado **Voto 0389-2006**, la **Sala Tercera** explica la relación de las normas del cohecho propio y la corrupción de jueces, señalando que ambas figuras comparten una misma naturaleza, protegen un mismo bien jurídico y por especialidad una es condición para la existencia de la otra. Al respecto, indicó: "...Es claro que ambas normas comparten las características generales ya expuestas además de aquéllas que la doctrina les asigna al clasificarlos como delitos de propia mano y especiales propios. Existe una relación de especialidad del delito de corrupción de jueces en

relación con la figura del cohecho propio, no sólo por la condición de juez o árbitro del sujeto activo, ...sino fundamentalmente por la conducta realizada, a saber que la ventaja o dádiva recibida y/u ofrecida, *"tuviera por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo"*. La norma del 344 que tipifica el delito de corrupción de jueces remite –y por ello distingue de ésta– a la norma del 341 que es la que sanciona el cohecho propio, es decir el recibo de ventajas o dádivas por el funcionario público *"para hacer un acto contrario a sus deberes, o para no hacer o retardar un acto propio de sus funciones"*. Esta remisión significa que el favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o en la resolución de un proceso, **debe surgir de un acto contrario a sus deberes o de no hacer o retardar un acto propio de sus funciones por parte del juez o del árbitro**. Lo especial es que ese acto contrario a los deberes, o esa omisión o retardo de los actos propios, **están dirigidos a favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o resolución de un proceso...** Nótese que tan claro es que este es el correcto sentido de la norma, que el segundo párrafo de este numeral 344 reza *"Si la resolución injusta fuera una sentencia penal [...]"*, es decir, dando por sentado que se trata de actuaciones en el trámite o de resoluciones, según la descripción del primer párrafo, **injustas** o lo que es lo mismo, contrarias al derecho, de allí la remisión al cohecho propio, cuya característica esencial es precisamente el de acceder mediante el ofrecimiento y aceptación de dádivas, a realizar un acto **contrario a los deberes del funcionario público...**"

15.1.4. Naturaleza del bien jurídico protegido en el delito cohecho

En el **Voto 219-98** de las 9:55 horas del 6 de marzo de 1998, la **Sala Tercera** analiza la naturaleza del bien jurídico protegido del cohecho, señala la tutela del sano y normal funcionamiento de la Administración Pública, a través de la corrección a la integralidad de los funcionarios públicos, que busca romper el corruptor, destaca la esencialidad del bien jurídico para la pureza del sistema democrático. “...A su respecto, esta Sala ha señalado que “(...) *lo que la ley ampara es el correcto desempeño del cargo por el funcionario frente a la Administración Pública, sustrayéndola, a toda costa, en aras del cumplimiento de las obligaciones que le conciernen, de la venalidad*” (sentencia 256-F-87, de las 9:40 hrs. del 25 de setiembre de 1987);... *el bien jurídico tutelado, que no es otra cosa que el sano y normal funcionamiento y prestigio de la administración pública a través de la corrección e integridad de sus empleados o servidores*” (sentencia 183-F-95, de las 11:20 hrs. del 24 de marzo de 1995).”

15.1.5. Lo ínfimo de la dádiva no hace insignificante el hecho

En el citado **Voto 219-98**, la Sala descarta la insignificancia del hecho aunque el monto de la dádiva ofrecida a la persona funcionaria pública sea ínfimo. “...Es cierto que la corrupción tiene múltiples formas de manifestarse y que amenaza todas las esferas del ejercicio del poder, algunas con consecuencias y repercusiones mucho mayores. Sin embargo, el correcto

desempeño de las funciones públicas, por la esencialidad que tienen para el mantenimiento de la democracia, debe abarcar todos los niveles, pues aún manifestaciones como la del caso en estudio, en las que la dádiva es de un bajo monto de dinero, si se analiza en el contexto en que se produce, al funcionario que se dirige –guardia civil– que es el más cercano a la comunidad, pero también el del cargo más humilde y poco remunerado dentro de la escala policial, vemos que el hecho adquiere relevancia al punto de justificar el movimiento del aparato represivo –es decir, no es insignificante en los términos que plantea el recurrente–, porque la corrupción no puede tolerarse sin correr el riesgo de amenazar la pureza en el funcionamiento general del sistema...”

CASO PRÁCTICO

Los oficiales de policía CS y RQ se encontraban en labores de vigilancia en Barrio Cristo Rey, cuando observaron que AAAS a bordo de un taxi se estacionó frente a un “búnker”, reconocido sitio en el que se expendía droga, por lo que se acercaron a investigar –típica labor de la policía administrativa– y como autoridades, solicitaron la identificación al taxista, sus permisos de circulación y la licencia, constatando que no portaba ningún tipo de documentación que amparara la circulación del taxi ni su permiso para conducirlo, al comunicar por radio esa situación a sus superiores, deciden poner el asunto en conocimiento de las autoridades de tránsito. Al saber lo anterior, AAAS pretendió impedir el acto, ofreciendo un billete de mil colones al oficial CS.

Comentario

Es acertada la posición de la Sala Tercera al tema. La corrupción es un fenómeno lesivo que ataca todos los niveles de la administración y pone en peligro el funcionamiento del Estado. Un billete de mil colones puede no ser una dádiva idónea si se pretende sobornar a funcionarios de alto nivel, pero resulta evidentemente idónea frente a personas servidoras públicas que ganan

salarios muy bajos. El carácter idóneo de la dádiva para corromper, es un tema controversial en la doctrina. La intención con que se ofrece la dádiva y los objetivos que persigue quien la ofrece, son aspectos que deben analizarse con cuidado en cada caso concreto. El solo ofrecimiento de la dádiva constituye por sí una acción disvaliosa, que consume el delito, independientemente de la respuesta que a ese ofrecimiento haga la persona funcionaria pública.

Unidad X

Corrupción agravada

La figura de la corrupción agravada se encuentra establecida en el Código Penal, en el **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:

En el caso del artículo 340, de uno a cinco años; y

En el caso del artículo 341, de tres a diez años.

(Reformado tácitamente, en cuanto a los artículos que remite, mediante Ley N° 7732 de 17 de diciembre de 1997).

Se trata de un tipo penal **remisivo** a las figuras del cohecho impropio (**artículo 340**) y del cohecho propio (**artículo 341**), por lo que el objeto de la acción típica de los cohechos aplica a la corrupción agravada: indicamos que ese objeto recae en el

ejercicio legal e imparcial de los cargos y empleos públicos.

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

Se busca sancionar las conductas de los funcionarios públicos corruptos, que por un soborno, ejercen sus funciones públicas en forma contraria a los principios de imparcialidad y legalidad violentando el **deber de probidad**.³³

³³ La Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004, estableció el deber de probidad en el artículo 3.- “El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua

Una vez presentada la motivación lucrativa en el funcionario público, automáticamente se contradice el buen desempeño de las funciones a su cargo, perjudicando al Estado como legítimo depositario de la administración pública, independientemente del carácter lícito o ilícito del acto realizado.

Aunque lo indicado para los cohechos tiene vigencia por ser las figuras base, en la corrupción agravada, sin embargo, el objeto de la acción típica se concentra en actos estatales de particular relevancia para el legislador, de ahí el decidido aumento de las penas con que sanciona la conducta venal del funcionario que incurre en estas conductas agravadas.

Esos actos estatales de especial relevancia están referidos a: a) el otorgamiento de los puestos públicos; b) jubilaciones y pensiones; c) celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario.

3. El otorgamiento de puestos públicos

Como se indicó cuando se trató el delito de nombramientos ilegales, si se establecen requisitos en la Constitución Política o la ley para ocupar un determinado cargo público, eso se debe a la preocupación legislativa por asegurar a la ciudadanía

y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.”

que podrá contar con personal idóneo que garantice el eficiente funcionamiento de la administración.

Si el objeto típico del delito de nombramientos ilegales es evitar que personas que no cumplan con los requisitos legales sean propuestas o nombradas en cargos públicos en los cuales esos requisitos son exigidos, por el peligro que significa para el correcto y eficiente funcionamiento de la administración, con mayor razón debe sancionarse la conducta del funcionario público venal que otorga los puestos públicos a cambio de dádivas, ventajas indebidas o promesas de remuneración.

Definitivamente, en estos casos, el funcionario público corrupto debe recibir mayor reproche penal y ello, justamente, se refleja en el monto de la pena. Si el delito de nombramiento ilegal castiga la conducta con días multa, en la corrupción agravada las penas son de prisión y van de uno a cinco o de tres a diez años, según se trate de actos propios o contrarios a las funciones o deberes del funcionario que otorga el puesto público.

De esta manera se busca por medio del derecho penal, la protección de la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al riesgo que para el Estado involucra la falta de la idoneidad legalmente requerida de quienes pretendan ocupar puestos públicos. Pero ante todo, se busca la transparencia, la legalidad y la imparcialidad en la escogencia del candidato, lo cual de modo alguno se da cuando el funcionario público que realiza la escogencia lo hace motivado por el recibimiento de

dávivas, ventajas indebidas o promesas de remuneración.

Si la persona candidata al puesto público cumple objetivamente los requisitos legales para su nombramiento y aún así, se entregó la dádiva al funcionario para asegurar efectivamente el nombramiento, la conducta del funcionario que realiza el nombramiento en esas condiciones incurre en corrupción agravada en la modalidad de cohecho impropio, quedando sujeto a sufrir una pena de uno a cinco años de prisión.

Por el contrario, si la persona escogida para el puesto público no reúne los requisitos legales y objetivamente no era idónea para el puesto público, el funcionario que le haya otorgado el puesto por haber recibido una dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración, incurre en corrupción agravada en la modalidad de cohecho propio y la pena que enfrentaría de ser hallado culpable sería de tres a diez años de prisión.

En estos casos, el delito de nombramientos ilegales del artículo 337 del Código Penal, resulta desplazado por la corrupción agravada, al darse un concurso aparente de normas (o de delitos, como también suele llamársele), conforme al artículo 23 del Código Penal.

4. Jubilaciones y pensiones

Mediante el sistema de la Seguridad Social, el Estado garantiza a las personas, que por razón de sus actividades, están comprendidas en el campo de aplicación

de dicho sistema previsional, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada en las contingencias y situaciones definidas legalmente y la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural.

Por tratarse de un área altamente sensible para la población y de evidente interés público, no es de extrañar que el legislador haya escogido el tema de las jubilaciones y las pensiones como figura agravada, para castigar con mayor severidad a los funcionarios públicos corruptos, que otorgaran tales beneficios a cambio de sobornos, ventajas indebidas o promesas de remuneración.

El fin básico de la seguridad social es garantizar a las personas, tanto las que pertenecen a un régimen contributivo general o especial, como las del régimen no contributivo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que contempla la normativa legal aplicable.

La jubilación constituye una prestación económica, en su modalidad contributiva, única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que legal y reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena o bien por cuenta propia si fue contribuyente voluntario de su propia jubilación.

Tendrán derecho a la pensión por jubilación las personas incluidas en el régimen

general de la Caja Costarricense de Seguro Social que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad y hayan cubierto un período mínimo de cotización de treinta años.

Pueden igualmente acogerse a una jubilación parcial, aquellos trabajadores o trabajadoras que, reuniendo las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación, les falta cumplir con el requisito de la edad y no cumplan con la totalidad de las cuotas exigidas para el 100% de la pensión.

En caso de muerte de la persona trabajadora, cualquiera que fuera su causa, el Estado otorgará alguna o algunas de las siguientes prestaciones: un auxilio por defunción; una prestación vitalicia de viudedad; una pensión de orfandad; una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal a favor de familiares.

En el trámite de reconocimiento y otorgamiento de la jubilación, o al detalle de cualquiera de las formas de pensión reconocidas en nuestra legislación social, puede ocurrir que las personas encargadas de realizar esa función pública, realicen actuaciones propias de sus cargos o contrarias a sus deberes, por el recibimiento de una dádiva, ventaja indebida o aceptación de promesa de remuneración.

En tales supuestos, si el reconocimiento y otorgamiento de la jubilación o pensión resulta legal, pero media la entrega de una dádiva al funcionario público que realizó el trámite, la conducta de este configura la corrupción agravada en su modalidad de cohecho impropio, expo-

niéndose por ello a una pena de prisión de uno a cinco años.

Si, por el contrario, el reconocimiento y otorgamiento de la jubilación se realiza cuando legalmente no corresponde, el funcionario no solo tipifica la conducta de la corrupción agravada en la modalidad de cohecho propio, con exposición a una pena de tres a diez años de prisión, sino que, podría eventualmente tipificar el delito de peculado, si además tuviera a su cargo la administración o custodia de los fondos públicos destinados al pago de las jubilaciones o pensiones. En tales casos, se plantearía un problema de concurso de delitos, el cual puede resolverse a través del concurso ideal o bien del concurso material, de acuerdo con la individualización de las acciones delictivas desplegadas tanto por el funcionario como por la persona corruptora.

5. Celebración de contratos

La Ley de Contratación Administrativa regula el tema de las contrataciones del Estado, en cuyo accionar los funcionarios públicos deben observar una serie de principios, entre ellos: legalidad, eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad. (Artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Ley N° 7494).

El correcto desarrollo de la actividad pública no solo requiere que terceros ajenos a ella no interfieran en forma negativa en su funcionamiento, sino que también exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los

contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y que demanda el propio ejercicio de la función pública.

Al exigirse la observancia de los deberes de la función pública, en concreto, el deber de probidad, en materia de contratos públicos, el interés penalmente tutelado del Estado es impedir que sus funcionarios movidos por la codicia, y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la administración pública en su provecho personal o para fines privados cualesquiera que sean, a cambio de dádivas, ventajas indebidas o promesas de remuneración, de partes interesadas en esas contrataciones públicas.

Se tutela con especial severidad, en la corrupción agravada, la imparcialidad que deben guardar los funcionarios en la toma de decisiones propias en relación con la función pública que desarrollan en la celebración de contrataciones, se pretende evitar así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la administración pública.

Se trata de delito de peligro concreto, por cuanto no se exige la causación de un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, basta la inobservancia de la imparcialidad requerida en todo funcionario público, como parte de los deberes de la función pública.

En el objeto tutelado en la corrupción agravada, relativa a la celebración de contratos, en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, está el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las

funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de su personal no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.

En el contexto de la celebración de un contrato público, si el acto requerido al funcionario corrupto resulta propio de sus funciones, tipificaría la corrupción agravada en la modalidad de cohecho impropio, exponiéndose a la pena de uno a cinco años de prisión.

Si el acto requerido fuera contrario a los deberes del cargo, o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones, el funcionario público venal incurriría en corrupción agravada en la modalidad de cohecho propio, cuya pena oscila entre los tres y los diez años de prisión.

6. Aspectos procesales

6.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio

de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

6.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de la corrupción agravada son similares a los delitos de cohecho, e igualmente resultan muy operativas. Estimamos pertinente:

- **Recibir la denuncia.** Por lo general se trata de una persona ajena al pacto corruptor, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra

la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consiste el pacto corruptor, esto es, qué dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración ofreció la persona corruptora y qué debía hacer, a cambio, la persona funcionaria pública venal. Es importante aclarar cuáles eran las funciones que debía hacer, no hacer o retardar, si eran propias o contrarias a sus deberes, pues de ello depende la calificación legal de los hechos (cohecho impropio o cohecho propio).

- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) de las personas involucradas en el pacto corruptor.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del corruptor y del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe tratar de constatar si hay entrega de dineros, facilitación de bienes muebles (vehículos) o inmuebles, accesos a clubes o lugares lujos, viajes, premios, u otros.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo del funcionario denunciado,** cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** relacionada con el “negocio ilícito” pactado. Según la tipicidad específica de este delito, ese negocio debe estar referido al otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones y pensiones o bien a la celebración de contratos públicos.
- **Solicitar certificación de los estudios de auditoría y papeles de trabajo,** en caso de que la denuncia haya sido originada, recibida o investigada por la Contraloría General de la República, la Administración o las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas. No olvidar que los informes de auditoría son resúmenes de hechos, análisis de prueba y conclusiones, por ello, siempre resulta importante revisar o tener a la vista los papeles de trabajo de respaldo de esos trabajos de auditoría. Tanto el informe como los papeles de trabajo podrían ser, eventualmente de mucha utilidad para los auditores forenses de la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en caso de que se solicite a esta unidad el análisis de las limitaciones de los informes citados.
- **Entrevista de testigos.** Debe tratar de establecerse no solo la existencia del pacto corruptor, sino también las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los ofrecimientos del corruptor y de las actividades, decisiones o actos realizados por el funcionario.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, ya sea con la persona corruptora (para utilizar su testimonio contra la persona funcionaria pública) o bien, con la persona funcionaria pública

(para utilizar su testimonio contra la persona corruptora). Esto por cuanto, según el caso, podría estar en presencia de autores que presentan cierta “habitualidad” en esta clase de delitos y convendría valorar si la prioridad es perseguir al corruptor o al funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como en la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía

Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

7. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XI

Aceptación de dádivas por un acto cumplido

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 343**:

“Será reprimido, según el caso, con las penas establecidas en los artículos 340 y 341 disminuidas en un tercio el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario.”

(Reformado tácitamente, en cuanto a los artículos a que remite, mediante Ley N° 7732 de 17 de diciembre de 1997).

Este delito se apoya en la máxima de que a la persona funcionaria pública se le debe prohibir el recibo de obsequios, por cuanto constituye una forma indirecta de captarse su voluntad e inclinarla a favorecer a la persona que se le dirige con esos argumentos.

Conscientes de ello, nuestros diputados y diputadas aprobaron el 14 de setiembre del 2004, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del

29 de octubre de ese año, estableciendo en forma complementaria a lo señalado en el artículo 343 del Código Penal, el nuevo delito de apropiación de bienes obsequiados al Estado, del **artículo 54**:

“Será penado con prisión de uno a dos años el funcionario público que se apropie o retenga obsequios o donaciones que deba entregar al Estado, de conformidad con el artículo 20 de esta Ley.”

A su vez, el referido **artículo 20** de esa ley, establece en el apartado referente el Régimen de donaciones y obsequios:

“Los obsequios recibidos por un funcionario público como gesto de cortesía o costumbre diplomática, serán considerados bienes propiedad de la Nación, cuando su valor sea superior a un salario base, según la definición del artículo 2 de la Ley N° 7337, de acuerdo con la valoración prudencial que de ellos realice la Dirección General de Tributación, si se estima necesario. El destino, registro y uso de estos bienes serán los que determine el

Reglamento de esta Ley; al efecto podrá establecerse que estos bienes o el producto de su venta, sean trasladados a organizaciones de beneficencia pública, de salud o de educación, o al patrimonio histórico-cultural, según corresponda. De la aplicación de esta norma se exceptúan las condecoraciones y los premios de carácter honorífico, cultural, académico o científico.”

El **Reglamento N° 32333-MP-J** a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, por su parte, en el capítulo IV del Régimen preventivo, Sección IV Régimen de donaciones y obsequios, en los numerales comprendidos entre el 40 y el 51, refieren una serie de disposiciones relativas al tema de los bienes obsequiados a las personas funcionarias públicas.³⁴

34 Así el Reglamento N° 32333-MP-J en el **artículo 40** reitera terminantemente la prohibición legal a los funcionarios públicos de recibir dádivas, obsequios, regalos, premios, recompensas o cualquier otra ventaja como retribución por actos u omisiones inherentes a sus cargos. El **artículo 41** establece el destino a favor del Estado de los bienes recibidos por un funcionario, como gesto de cortesía o costumbre diplomática cuyo valor supere a un salario base. El **artículo 42** establece las excepciones, como son las condecoraciones y los galardones de carácter honorífico, cultural, académico o científico. El **artículo 43** establece el deber de informar que tiene todo servidor público que reciba un obsequio como gesto de cortesía o costumbre diplomática, dentro o fuera del país. El **artículo 44** establece cómo proceder en caso de duda sobre el valor del bien, señalando que será la Dirección General de Tributación la que resuelva la duda mediante criterio técnico que deberá emitir dentro de los 10 días hábiles posteriores a la presentación de la gestión. El **artículo 45** establece la remisión a la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, los obsequios obtenidos por cortesías o costumbre diplomática superiores a un salario base. El **artículo 46** establece el registro de bienes recibidos a título de reconocimiento protocolario por parte de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa. El **artículo 47** establece el procedimiento para determinar la relevancia histórico cultural del bien y la consulta que debe hacerse al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. El **artículo 48** establece el traslado de bienes que no posean

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. El objeto de la acción típica

Cuando un funcionario viola sus deberes funcionales y acepta una dádiva o ventaja indebida por un acto cumplido, sin duda afecta la transparencia de su gestión. La violación de ese deber de transparencia pone en duda, a los ojos de cualquiera, la imparcialidad y transparencia de la gestión del funcionario público que acepta obsequios de terceros únicamente por haber cumplido con un acto propio de su cargo.

El legislador pone especial énfasis en la aceptación de dádivas por parte del funcionario mientras permanece el cargo. De modo que, para tener por tipificada la conducta, la dádiva o la ventaja indebida debe ser aceptada por el funcionario mientras aún desempeña el puesto.

relevancia histórico cultural, disponiendo la entrega a organismos de beneficencia pública o de salud sin fines de lucro, o bien a instituciones educativas del Estado. El **artículo 49** establece la donación de bienes a favor de entidades declaradas de interés público, interés social y sin fines de lucro. El **artículo 50** establece el requisito previo para la donación, como es el contar con el avalúo de los bienes realizado por la Dirección General de Tributación. El **artículo 51** establece la forma de distribuir los bienes donados, señalando que se hará en forma equitativa, otorgándole preferencia a las instituciones de zonas rurales o marginales, así como zonas afectadas por desastres naturales cuyos daños aún no se superen.

Antes del 29 de octubre de 2004, existía una laguna de punibilidad para sancionar a la persona funcionaria pública que habiendo **cesado en el cargo** recibía luego la dádiva o la ventaja indebida por el acto cumplido u omitido mientras ejercía el puesto.

Hoy, sin embargo, según el supuesto fáctico de que se trate, podría aplicarse la figura delictiva de “**Prohibiciones posteriores al servicio del cargo**”, de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el **artículo 53**:

“Será penado con cien a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo mayor o igual que el límite establecido para la licitación pública en la entidad donde prestó servicios, acepte empleo remunerado o participación en el capital social con la persona física o jurídica favorecida, si tuvo participación en alguna de las fases del proceso de diseño y elaboración de las especificaciones técnicas o de los planos constructivos, en el proceso de selección y adjudicación, en el estudio y la resolución de los recursos administrativos contra la adjudicación, o bien, en el proceso de inspección y fiscalización de la etapa constructiva o la recepción del bien o servicio de que se trate.”

3. Figura diferente de los cohechos

A diferencia de los cohechos de los **artículos 340 y 341** del Código Penal, en el delito del **artículo 343** el funcionario no recibe la dádiva o la ventaja indebida para hacer u omitir algo propio de su función, sino que las recibe por un **acto ya cumplido u omitido** en su calidad de funcionario público.

Igual conclusión se desprende de la lectura del citado **artículo 53** de la Ley N° 8422, en el cual un tercero premia a la persona funcionaria pública, posterior al cese del cargo, por lo actuado u omitido durante la vigencia de su puesto en la función pública.

Otra diferencia con los cohechos, es que tanto en el delito del **artículo 343** como del **artículo 53**, no centra la atención en la existencia de ningún **pacto corruptor** entre el funcionario y el tercero que posteriormente entrega la dádiva o la ventaja indebida.

4. Conducta típica

La acción típica es **aceptar** dádivas o ventajas indebidas, **sin promesa anterior**, por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario público.

Tal como está redactado el tipo penal, se exige únicamente que el funcionario **acepte** la dádiva o la ventaja indebida, aunque luego no la reciba materialmente o incluso la rechace.

La aceptación de la dádiva o ventaja indebida, puede realizarla el funcionario

en forma personal o bien por medio de una persona interpuesta, que actúe en connivencia con él.

Es requisito esencial que **no exista promesa anterior** de realizar el acto, por el cual el funcionario recibe la dádiva o ventaja indebida, pues si esa promesa existiera estaríamos en presencia de uno de los delitos de cohecho.

Las promesas de remuneración siempre están enfocadas o condicionadas a la realización de actos u omisiones futuras del funcionario, y lo que se castiga en el artículo 343 es la aceptación de la dádiva o ventaja indebida pero por un **acto cumplido u omitido**.

Igual que sucede con los cohechos, en el delito de aceptación de dádiva por acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario, **exige la existencia de dos personas**: por un lado la persona particular que entrega la dádiva³⁵ o ventaja indebida y por otro, la persona funcionaria pública que acepta tales ofrecimientos.

De la misma manera con los cohechos, en el delito de aceptación de dádivas por acto cumplido existe el mismo cuestionamiento sobre si la dádiva o la ventaja indebida, debe estar sometida a una mínima valoración económica, aunque el artículo 342 del Código Penal no establezca ninguna.

35 La persona que ofrece una dádiva o ventaja indebida por un acto cumplido u omitido a la persona funcionaria pública, incurre en la **penalidad del corruptor** del artículo 345 del Código Penal: "Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida". (Así reformado por Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004, artículo 64).

El tema viene a colación, por cuanto en la práctica cotidiana se dan ciertos tipos de pequeñas dádivas o regalos por actos cumplidos por el funcionario y que objetivamente no debieran afectar la administración pública, porque su escaso valor económico no los hace idóneos para afectar la imparcialidad o transparencia de la función ejercida por el funcionario público. Por ejemplo, el cigarrillo obsequiado; la entrega de una bolsa que contenga frutas de temporada (mangos, aguacates, u otros), un almuerzo e incluso, de acuerdo con el lugar y las circunstancias una invitación de una ronda de tragos, etc.

Al igual que sucede con los delitos de cohecho, **no es requisito que la dádiva o la ventaja indebida guarde proporcionalidad** con el acto cumplido u omitido por el funcionario. Lo esencial es establecer si la dádiva o ventaja indebida dada al funcionario resultan idóneas para motivarlo a traicionar sus deberes de probidad, imparcialidad y legalidad.

Aún a riesgo de incurrirse en una inevitable subjetividad, resulta difícil definir a priori cuando una dádiva o una ventaja indebida resulta idónea para corromper a una persona funcionaria pública.

Eso habrá que determinarlo en cada caso, unas veces utilizando el sentido común y otras tomando en cuenta lo que al efecto vaya señalando la jurisprudencia y la política de persecución que sobre estos y otros temas establezca la Fiscalía General de la República.

Al igual que en los cohechos, vale la pena reflexionar si en consideración al carácter

de **intervención mínima, fragmentario** y de **ultima ratio** del derecho penal, si la aceptación por ejemplo que hace a una persona funcionaria pública de un cigarro, una tasa de café, un almuerzo, entradas o pases de cortesía a estadios o espectáculos públicos, invitaciones de tragos, u otros, que se sirvan hacerle terceras personas en consideración a su calidad de funcionario público por actos cumplidos, pueden considerarse dádivas o ventajas indebidas, idóneas de lesionar los deberes de la función pública protegidos por el derecho penal.

Máxime si tomamos en cuenta que para las personas funcionarias públicas que incurran en tales actos de aceptación de pequeños regalos existe una disposición legal que las expone a sanciones administrativas. Así la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el capítulo IV, establece como causal de **responsabilidad administrativa**, en el artículo 38:

“Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:...

m) Perciba, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, retribuciones, honorarios o beneficios patrimoniales de cualquier índole, provenientes de personas u organizaciones que no pertenezcan a la Administración Pública, por el cumplimiento de labores propias del cargo o con ocasión de estas, dentro del país o fuera de él.

Un criterio por tomar en cuenta para asumir una posición al respecto, podría resultar del artículo 20 de la citada Ley N° 8422, en cuanto al régimen de donaciones y obsequios recibidos por los funcionarios públicos:

*“Los **obsequios recibidos por un funcionario público como gesto de cortesía o costumbre diplomática**, serán considerados bienes propiedad de la Nación, cuando su **valor sea superior a un salario base**, ... **De la aplicación de esta norma se exceptúan, las condecoraciones y los premios de carácter honorífico, cultural, académico o científico.**”* (Lo resaltado en negrita no pertenece al texto de ley).

De su lectura no queda claro qué sucede con los otros obsequios o regalos recibidos por los funcionarios provenientes de un gesto de cortesía ajeno al contexto diplomático. O si el valor del obsequio o regalo no supera el valor de un salario base, pero fue recibido en un contexto extraño al mundo diplomático.

Más allá de estas dudas es claro que la **cultura del regalo**, cualquiera que sea su monto o valor, es una práctica indeseable, dado que constituye el caldo de cultivo para corrupciones mayores. La pregunta por resolver en el caso concreto es si el valor o monto del obsequio o regalo resulta idóneo para dar contenido al elemento normativo de la dádiva o ventaja indebida, típicos de estos delitos funcionales.

5. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. Como tal, el funcionario público debe conocer que

la dádiva o la ventaja indebida recibida, lo es en atención a un acto cumplido u omitido realizado en su calidad de funcionario público.

Si la dádiva o la ventaja indebida aceptada por el funcionario público, no está subjetivamente vinculada a ningún acto u omisión cumplida como funcionario público, resulta atípica la conducta por falta de dolo.

Para que se configure el delito, entonces, es necesario que subjetivamente el funcionario conozca que la dádiva o ventaja indebida entregada lo fue con ocasión de un acto realizado u omitido, de modo que sólo entra en juego el **dolo directo**.

6. Autoría

Es un delito **especial** por exigir una condición en el autor: tener la calidad de funcionario público. Además, es **propio** porque solo lo realiza el funcionario que cumplió u omitió el acto, por el cual está recibiendo la dádiva o ventaja indebida.

Se exige que la dádiva o ventaja indebida sea admitida por el funcionario público mientras permanezca en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, también es posible que tipifique la conducta si continúa en otro cargo público distinto.

Si la persona ha dejado la función pública, ya no podría cometer el delito del **artículo 343** del Código Penal. Pero, según el caso, podría tipificar la conducta sancionada en el **artículo 53** de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

7. Consumación

Con la **sola aceptación**, el funcionario consume el delito, lesionando los deberes de la función pública. Por ello, resulta irrelevante que la dádiva o la ventaja indebida al final no la reciba materialmente. Por ejemplo, si por el acto cumplido u omitido, el funcionario recibe aviso que le han regalado un automóvil o una casa, manifestando su aceptación. Resulta irrelevante para efectos típicos que luego esa tercera persona que hizo el ofrecimiento incumpla con la entrega del vehículo o de la casa.

La doctrina mayoritaria afirma que este delito no admite la tentativa.

8. Aspectos procesales

8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación

del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

8.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de la aceptación de dádivas por un acto cumplido son similares al cohecho, e igualmente resultan muy operativas. Estimamos pertinente:

- **Recibir la denuncia.** Por lo general se trata de una persona ajena a la relación existente entre el que da la dádiva y el funcionario que la recibe. Algunas veces, el o la denunciante prefiere el anonimato o confidencialidad de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar

en qué consiste la dádiva entregada, porque considera que esta fue dada en razón de la condición de funcionario y establecer cuál fue el acto cumplido que motivó el premio.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo del funcionario denunciado**, cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** relacionada con la entrega de la dádiva por el “acto cumplido”.
- **Solicitar certificación de los estudios de auditoría y papeles de trabajo**, en caso de que la denuncia haya sido originada, recibida o investigada por la Contraloría General de la República, la Administración o las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas. No olvidar que los informes de auditoría son resúmenes de hechos, análisis de prueba y conclusiones, por ello, siempre resulta importante revisar o tener a la vista los papeles de trabajo de respaldo de esos trabajos de auditoría. Tanto el informe como los papeles de trabajo podrían ser, eventualmente de mucha utilidad para los auditores forenses de la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en caso de que se solicite a esta unidad el análisis de las limitaciones de los informes citados.
- **Entrevista de testigos.** Debe tratar de establecerse no solo la existencia del pacto corruptor, sino también las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los ofrecimientos del corruptor y de las actividades, decisiones o actos realizados por el funcionario.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, ya sea con la persona corruptora (para utilizar su testimonio contra la persona funcionaria pública) o bien, con la persona funcionaria pública (para utilizar su testimonio contra la persona corruptora). Esto por cuanto, según el caso, podría estarse en presencia de autores que presentan cierta “habitualidad” en esta clase de delitos y convendría valorar si la prioridad es perseguir al corruptor o al funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas por la Fiscalía General, como por la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de

la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XII

Ofrecimiento u otorgamiento de dádiva o retribución

1. Comentario

Con respecto a este delito, el Código Penal establecía en el **artículo 343 bis**:

“Será reprimido con prisión de dos a seis años, quien ofreciere u otorgare, directa o indirectamente, dádiva, retribución u otra ventaja indebida a un funcionario público de otro Estado, para que realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones”. (Así adicionado mediante Ley N° 8185 de 18 de diciembre del 2001, publicada en La Gaceta del 15 de enero del 2002).

La conducta típica está referida al ofrecimiento u otorgamiento de dádivas, retribuciones o ventajas indebidas a **funcionarios públicos de otro Estado**, es decir, que el funcionario público es ajeno al Estado costarricense.

La Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre del 2004, vino a regular el denominado “**soborno transnacional**” en el **artículo 55**, disponiendo:

“Será sancionado con prisión de dos años a ocho años, quien ofrezca u otorgue, a un servidor público de otro Estado o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución u otra ventaja indebida, a cambio de que dicho funcionario, en el ejercicio de sus funciones, realice u omita cualquier acto o, indebidamente haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes.

La misma pena se aplicará a quien reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.”

Como se desprende de su simple lectura, ambas disposiciones se refieren a lo mismo, una más completa que la otra, pero en el fondo referidas a la sanción del soborno transnacional.

Dado que ambos delitos tienen el mismo objeto de acción típica, en caso de presentarse el supuesto fáctico se aplicará

para todos los casos ocurridos entre el 15 de enero del 2002 y el 29 de octubre del 2004, la conducta típica establecida en el **artículo 343 bis** del Código Penal.

Si los hechos se dieron con posterioridad al 29 de octubre de 2004, la figura delictiva por aplicar al caso concreto sería únicamente la que establece la Ley N° 8422, tanto por tratarse de ley posterior que deroga la anterior, como por establecer penas más graves y recoger mayores elementos típicos, resultando de ello una regulación más específica.

Reservamos su estudio, remitiendo al **punto N° 26) de esta guía**, donde se trata el tema del soborno transnacional, delito sancionado en el artículo 55 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Derogatoria expresa

Mediante **Ley N° 8630** de “Modificación del Código Penal, Ley N° 4573, y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, N° 8422”, del 08 de enero del 2008, publicada en La Gaceta N° 33 del viernes **15 de febrero del 2008**, en su artículo 1°, inciso a) se dispuso la derogatoria del artículo 343 bis del Código Penal.

3. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XIII

Corrupción de jueces

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 344**:

“En el caso del artículo 341, la pena será de cuatro a doce años de prisión, si el autor fuere Juez o un árbitro y la ventaja o la promesa tuviere por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo.

Si la resolución injusta fuere una condena penal a más de ocho años de prisión, la pena será de prisión de cuatro a ocho años.”

(Reformado tácitamente, en cuanto al artículo a que remite, mediante Ley N° 7732 de 17 de diciembre de 1977).

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según

se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. El objeto de la acción típica

El artículo 344 expresamente remite a los supuestos del artículo 341 del mismo Código Penal, que regula el delito de cohecho propio.

La diferencia con el cohecho propio no solo destaca en la pena establecida para la corrupción de jueces, que es más severa: de cuatro a doce años de prisión. Sino que, además, restringe aún más al autor del delito: **debe tratarse de un juez o árbitro**. Restringe el objeto de la acción típica: el acto u omisión funcional debe **beneficiar o perjudicar un trámite o resolución de un proceso**, aunque sea de carácter administrativo.

Se aplica entonces a esta figura lo ya indicado sobre los cohechos, en particular, el cohecho propio.

La persona **juez o árbitro** que ha recibido una dádiva, ventaja indebida o promesa

de retribución, para favorecer o perjudicar a una de las partes en el trámite o resolución de un proceso, no solo violenta sus **deberes de imparcialidad y objetividad**, sino que atenta en la forma más grave que puede hacerlo un funcionario público tan calificado como un juez de la República, contra el prestigio, la credibilidad y confianza ya no de la administración pública como tal, sino de la administración de justicia en particular.

Se trata de una conducta prohibida que afecta un tema de alta sensibilidad y que, por su gravedad, por lo general causa alarma social. Nada hiere más la confianza pública de los ciudadanos en sus instituciones, que el saber que las actuaciones de los jueces corresponden a actuaciones corruptas.

La Constitución Política establece en el **artículo 41** lo siguiente:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Ese mandato constitucional solo es posible, si el ciudadano cuenta y confía en la **imparcialidad y objetividad** de la actuación de los jueces, integrantes del órgano jurisdiccional. Esa imparcialidad y objetividad, como parte de los deberes de la función pública, constituye una garantía para los ciudadanos para alcanzar frente al Estado y el resto de los ciudadanos, una satisfacción igual y objetiva de sus intereses individuales.

En relación con los **árbitros**, hay que indicar que la Constitución Política establece con rango constitucional en el **artículo 43**, el derecho individual de toda persona *“a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.”*

Sobre ese particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 1079 de las 14:48 horas del 2 de marzo de 1993, señaló: “La Constitución recoge el instituto del arbitraje como una posibilidad de solución y la hace descansar en la decisión de las partes en conflicto. Estas son las que, de conformidad con las circunstancias, toman el acuerdo de someter a árbitros su diferendo, firmando para ello el llamado “compromiso arbitral”, valga decir el marco dentro del cual el árbitro o árbitros va (n) a sujetar su actuación y los efectos que tendrá su resolución final (laudo).”

Son **árbitros** los terceros que intervienen a pedido de las partes en conflicto, a fin de arreglar sus diferencias y, con los elementos que estas les suministran, elaboran un laudo arbitral (sentencia) vinculante para aquellas.

La ley ha equiparado a la labor de estos sujetos privados (**árbitros**) a los jueces del órgano jurisdiccional, recordándoles por medio de esta figura penal, que al igual que se exige a los funcionarios públicos, de su obligación de observar los deberes de la función pública, en particular, los deberes de probidad, imparcialidad, objetividad y transparencia.

Desde el punto de vista material, los **árbitros** cumplen una función similar a la que realizan los jueces del órgano jurisdiccional. Por ello, resulta igualmente grave cuando un árbitro favorece o perjudica a una de las partes de una contienda, por haber recibido una dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración.

Presentada la motivación lucrativa en el juez o árbitro, según el caso, automáticamente se contradice el buen desempeño de las funciones a su cargo, independientemente de que lo resuelto al final corresponda a lo que debía resolverse, según el texto de la ley aplicable al asunto.

3. Tipo agravado o tipo autónomo

Se pregunta la doctrina comparada (en particular, la argentina) si el delito de corrupción de jueces es un tipo penal autónomo o si resulta más bien una agravación del cohecho propio, sólo en virtud del autor.

Se toma partido por la tesis que afirma que entre ambos tipos existe una relación de género a especie, fundada la figura de la corrupción de jueces no solo en la calidad del autor, sino también en la naturaleza jurisdiccional del acto cumplido u omitido.

Lo que importa es destacar que se trata de un delito, que si bien lesiona los deberes de la función pública, entre ellos los deberes de probidad, imparcialidad, objetividad y legalidad, también podría decirse que afecta otro bien jurídico importante, como es la administración de justicia.

Es frecuente y hasta razonable que en la práctica, al momento de resolver los asuntos, los jueces inevitablemente beneficien o perjudiquen con sus decisiones a una de las partes. Incluso, puede darse el caso que quien resuelva vaya en contra de lo que piensa la mayoría del colegio de jueces, porque considere honestamente que su opinión no solo es legal sino justa. Eso es aceptable.

Lo que no resulta aceptable de ningún modo es que el juez o árbitro resuelva, beneficiando o perjudicando a una de las partes en litigio, porque recibió de una de las partes o de un tercero, unas dádivas, ventajas indebidas o promesas de remuneración.

Son muchas las formas en que el juez o árbitro corrupto puede beneficiar o perjudicar a una de las partes, al resolver un trámite o dictar resolución en un proceso. Pero, tomando en cuenta que el delito de corrupción de jueces remite al **artículo 341** del cohecho propio, los actos sobre los cuales versa el **acuerdo venal** deberán consistir en emitir, dictar, retardar u omitir una resolución en el proceso o asunto sometido a su conocimiento.

4. Conducta típica

Como se ha indicado y así lo refiere el **artículo 344**, los comportamientos típicos del delito de corrupción de jueces resultan análogos a los contenidos en el **artículo 341** del Código Penal. Es decir, el juez o árbitro, pueden recibir por sí o

por persona interpuesta, las dádivas, las ventajas indebidas o aceptar las promesas de remuneración.

Sin embargo, si se presenta una diferencia con el cohecho: en la corrupción de jueces no se contempla la actuación de una persona interpuesta.

La no mención de la “**persona interpuesta**” en el delito de corrupción de jueces, en nada perjudica la punibilidad de ese tercero, que actúa como intermediario entre el juez y la persona oferente, ya que aquí cobran vigencia las reglas de la participación así como la comunicabilidad de las circunstancias del **artículo 49** del Código Penal, pudiendo incluso –por la **interpretación ampliativa** que hace la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia–³⁶ comunicarse las calidades del autor (juez o árbitro) a otras personas que no tienen esa calidad, si estas conocían esas calidades personales y activamente participaron en el pacto corruptor.

El **pacto corruptor** debe existir y estar referido específicamente al trámite o a una resolución o fallo que deba dictar el juez o árbitro dentro de un proceso, sometido a su estudio.

Todos los jueces del órgano jurisdiccional, tienen por su sola condición de ser nombrados jueces, el **poder de jurisdicción**. No obstante, ese poder por razones de distribución de trabajo ha sido repartido en **competencias** que obedece a razones por: a) **territorio**; b) **materia**; y c) **grado**.

36 Ver entre otros el voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

Todos los jueces tienen jurisdicción por ser jueces, pero pueden no tener competencia. Aún así, si el juez resuelve un asunto sometido a su estudio, dictando una resolución que perjudica o beneficia a una parte por haber recibido una dádiva, siempre resultará autor del delito de corrupción del **artículo 344**, aun cuando se establezca que no era competente.

En el anterior sentido, bastará para efectos de tipicidad, que el asunto haya sido sometido al juez y corresponda resolverlo dentro de sus facultades, aunque no sea competente. Esto aclara el problema del juez o jueza que, habiendo recibido una dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración, emite una resolución beneficiando o perjudicando a una parte, pero que luego se declara incompetente. De aceptarse esa estrategia de acción, la conducta corrupta del juez quedaría impune, pese a haber violentado groseramente los deberes de la función pública.

5. Observaciones

La primera es que el **artículo 344** señala que el trámite o resolución puede versar sobre un proceso, aunque tenga **carácter administrativo**. Este último aspecto indica que pueden cometer este delito los jueces no solo del órgano jurisdiccional, sino también quienes ocupan cargos de “jueces o juezas” en órganos administrativos. Por ejemplo, el Tribunal Fiscal Administrativo, el Tribunal Aduanero, u otro.

La segunda observación es que el **artículo 344** señala que el acto corrupto de la jueza o juez o árbitro, puede versar sobre

el trámite o la resolución de un proceso. Concretamente, por **resolución** se debe entender no solo las sentencias que ponen fin al proceso, sino cualquier otra resolución que no tenga esas características, como los autos, los autos con carácter de sentencia y hasta las providencias.

La tercera observación es que el trámite o resolución a que alude el artículo 344 no tiene por qué estar referido necesariamente al asunto o proceso principal. También incluye decisiones tomadas en **incidentes o legajos secundarios** que acompañan al asunto principal y puede además, corresponder a cualquiera de las etapas del proceso.

La cuarta observación está referida a la circunstancia de que el juez o árbitro hayan tramitado o emitido la resolución **perjudicando o beneficiando** a una de las partes, por el soborno recibido o prometido. Para efectos típicos, resulta irrelevante que la resolución no haya adquirido firmeza o incluso sea anulada o revocada por el mismo juez o en otra instancia.

Se excluye de este tipo penal el acuerdo para que un juez o jueza influya sobre otro juez o jueza. No obstante, quien influya sobre la decisión que debe tomar otro compañero juzgador o juzgadora, podría ser incurrir en el delito de **tráfico de influencias**, establecido en el **artículo 52** de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.³⁷

³⁷ **Ley 8422** contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004, dispuso en el **artículo 52**: "**Tráfico de influencias**. Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleándose de su cargo o de cualquiera otra situación con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato,

6. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. Sólo admite el **dolo directo**.

La persona (juez o árbitro) debe **saber** que recibe la dádiva, la ventaja indebida o que acepta la promesa de retribución con un fin concreto: realizar el trámite o dictar la resolución que beneficia o perjudica a una de las partes, por el precio entregado.

7. Autoría

Autor sólo pueden serlo los jueces o juezas o bien árbitros que cumplen una función similar: resolver conflictos y disputas de derechos de las partes.

La doctrina comparada (argentina), se inclina por señalar que estamos ante un delito **especial**, pero además de **propia mano**, por cuanto la potestad o facultad de dictar resoluciones corresponde únicamente al sujeto activo.

Si existe un pacto corruptor para realizar trámites o dictar resoluciones que benefician o perjudican a una de las partes, es la jueza, juez o árbitro asignado al caso, quien debe prestar el acuerdo.

acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional."

En algunos despachos judiciales, lamentablemente algunos jueces o juezas y por qué no, hasta magistrados, podrían estar delegando en otros funcionarios (letrados, asistentes judiciales, auxiliares judiciales, etc.), el dictado de las resoluciones de los asuntos sometidos a su conocimiento. Sin embargo, si la resolución dictada **no es producto de un pacto corruptor** conocido y aceptado por el juzgador o juzgadora que debe firmarla, la conducta resulta atípica, aunque debiera ser objeto de sanción disciplinaria, administrativa e incluso civil.

8. Relación con otros tipos penales

La corrupción de jueces del **artículo 344**, puede concurrir con el delito de prevaricato, establecido en el **artículo 350** del mismo Código Penal.³⁸

El concurso entre estos delitos puede darse debido a que el **contenido del pacto corruptor** que lleva al juez o árbitro, a dictar la resolución que beneficia o perjudica a una de las partes, por un precio, consume por sí el delito de corrupción de jueces, pues nada tiene que ver con el contenido en sí de la resolución, que hasta puede ser justa y adecuada a derecho. En cambio, el delito de prevaricato sí tiene como objeto el contenido de la resolución (contraria a la ley o basada en hechos falsos). Por ello, en el caso

³⁸ El Código Penal establece el delito de prevaricato en el artículo 350: "Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores."

concreto habría que establecer si el caso se resuelve con las reglas del concurso ideal o material.

9. Aspectos procesales

9.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública,

lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

9.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de los delitos de corrupción de jueces son similar a los delitos de cohecho y por ello, en principio, podrían resultar muy operativas. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

Recibir la denuncia. Por lo general se trata de una persona ajena al pacto corruptor, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consiste el pacto corruptor, esto es, qué dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración ofreció la persona corruptora y qué debía hacer, a cambio, la persona funcionaria pública venal, en este caso, **la persona jueza**. Es importante determinar cuáles eran las funciones que debía hacer, no hacer o retardar, si eran propias o contrarias a sus deberes, pues de ello depende la calificación legal de los hechos (cohecho impropio o cohecho propio).

Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) de las personas involucradas en el pacto corruptor. La policía judicial debe montar, según la información suministrada por el denunciante, vigilancia de los movimientos del corruptor y del

funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe tratar de constatarse y, o documentarse si hay entrega de dineros, facilitación de bienes muebles (vehículos) o inmuebles, accesos a clubes o lugares de lujo, viajes, premios, u otros.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, como **juez o árbitro**, cuáles eran sus funciones y en especial, cuales eran sus deberes legales. El cargo de juez no corresponde necesariamente en todos los casos al Poder Judicial, pues otras entidades públicas también tienen en sus estructuras puestos similares a los jueces, por ejemplo, el Tribunal Aduanero, el Tribunal Fiscal Administrativo, el Tribunal del Servicio Civil. Si se trata del cargo de árbitro, debe determinarse a qué entidad privada o corporativa pertenece (por ejemplo, Cámara de Comercio, American Chambers of Commerce, otras), o bien, determinar en que proceso arbitral fue nombrada la persona como árbitro, en cuyo caso deberá acreditarse su nombramiento por medio de la certificación del respectivo despacho administrativo o judicial que oficializó su nombramiento.
- **Secuestrar el expediente administrativo o judicial y la documentación pública y privada** donde conste el trámite o resolución perjudicial para la parte ofendida.
- **Entrevista de testigos.** Debe tratar de establecerse no solo la existencia del pacto corruptor, sino también las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los ofrecimientos del corruptor y de las actividades, decisiones o actos realizados por el funcionario.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, ya sea con la persona corruptora (para utilizar su testimonio contra la persona funcionaria pública) o bien, con la persona funcionaria pública (para utilizar su testimonio contra la persona corruptora). Esto por cuanto, según el caso, podría estarse en presencia de autores que presentan cierta “habitualidad” en esta clase de delitos y convendría valorar si la prioridad es perseguir al corruptor o al funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como las de la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

10. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

10.1. Análisis de votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar al menos uno de los votos relacionados con el delito en estudio.

10.1.1. Relación de las normas del cohecho propio con la corrupción de jueces

En el **Voto 0389-2006**, de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, la **Sala Tercera** explica la relación de las normas del cohecho propio y la corrupción de jueces, señalando que ambas figuras comparten una misma naturaleza, protegen un mismo bien jurídico y por especialidad una es condición para la existencia de la otra. Al respecto, indicó: "...Es claro que ambas normas comparten las características generales ya expuestas además de aquéllas que la doctrina les asigna al clasificarlos como delitos de propia mano y especiales propios. Existe una relación de especialidad del delito de corrupción de jueces en relación con la figura del cohecho propio, no sólo por la condición de juez o árbitro del sujeto activo, ...sino fundamentalmente por la conducta realizada, a saber que la ventaja o dádiva recibida y/u ofrecida, *"tuviera por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el*

trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo". La norma del 344 que tipifica el delito de corrupción de jueces remite –y por ello distingue de ésta– a la norma del 341 que es la que sanciona el cohecho propio, es decir el recibo de ventajas o dádivas por el funcionario público *"para hacer un acto contrario a sus deberes, o para no hacer o retardar un acto propio de sus funciones"*. Esta remisión significa que el favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o en la resolución de un proceso, ***debe surgir de un acto contrario a sus deberes o de no hacer o retardar un acto propio de sus funciones por parte del juez o del árbitro***. Lo especial es que ese acto contrario a los deberes, o esa omisión o retardo de los actos propios, ***están dirigidos a favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o resolución de un proceso...*** Nótese que tan claro es que este es el correcto sentido de la norma, que el segundo párrafo de este numeral 344 reza *"Si la resolución injusta fuera una sentencia penal [...]"*, es decir, dando por sentado que se trata de actuaciones en el trámite o de resoluciones, según la descripción del primer párrafo, ***injustas*** o lo que es lo mismo, contrarias al derecho, de allí la remisión al cohecho propio, cuya característica esencial es precisamente el de acceder mediante el ofrecimiento y aceptación de dádivas, a realizar un acto ***contrario a los deberes del funcionario público...***"

Unidad XIV

Penalidad del corruptor

EL Código Penal establece esta figura, conocida en la doctrina comparada como “cohecho activo”, en el **artículo 345**, con la redacción original:³⁹

“Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores son aplicables al que diere o permitiere al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida.”

Resultaba evidente, haciendo una interpretación lógica, que el elemento típico “**permitiere**” era un error legislativo, pues el verbo que debía regir la acción típica de la persona corruptora debía ser la de “**prometiere**” y así se interpretó la figura, en su momento, por jueces y fiscales.

Sin embargo, la **Sala Constitucional**, en el **Voto N° 461-91** de las 15:14 horas del 27 de febrero de 1991, declaró la inconstitucionalidad de esa interpretación al disponer: “...no puede afectarse la libertad del amparado por interpretarse que el ar-

*tículo 343 [actualmente 345] del Código Penal donde dice ‘permitiere’ se debe leer ‘prometiere’”.*⁴⁰

40 Dicha resolución estableció: “**CONSIDERANDO UNICO:** El artículo 39 de la Constitución Política consagra el **principio de legalidad** en materia penal, principio rector e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de él la única fuente creadora de los delitos y de las penas es la ley. En esta materia queda excluida la analogía y la costumbre, careciendo los tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los **tipificados en la ley**, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible en ella, será impune; aun cuando esta sea muy grave. Consecuentemente lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no especialmente descritas en la ley. Señala el accionante que en la causa N° 104-3-91 que se sigue contra su defendido en el Juzgado Sexto de Instrucción de San José, se ha encuadrado mal la conducta del imputado, pues el artículo 343 del Código Penal habla de “**permitiere**” y no de “**prometiere**” como debería de ser para tener por configurada como típica la conducta del señor BEECHE ORTIZ. Veamos como el imputado de común acuerdo con el co-imputado ALFARO CASTRO se pusieron en contacto con oficiales del Organismo de Investigación Judicial, a quienes **prometieron una dádiva** si se lograba la alteración de las alcoholemias de su hijo imputado en otra causa por el delito de Homicidio Culposo. El expediente legislativo original firmado por el presidente de la República muestra que el artículo 343 fue aprobado y se ordenó publicar con el verbo “**permitiere**” sin que haya habido ninguna reforma legislativa referente a este artículo. Por lo expuesto es criterio de esta Sala Constitucional que el artículo 343 del Código Penal no se puede interpretar sin lesionar el principio de legalidad constitucional, en el sentido de que lo que el legislador quiso decir no es “**prometiere**” sino “**permitiere**”. Por todo lo anterior la amenaza que sufre el señor BEECHE ORTIZ es ilegítima, si se basa en que en vez del verbo “**permitiere**” regulado en el artículo 343 del Código Penal se debe leer “**prometiere**”, acción que resulta impune al tenor del citado artículo y de su correcta interpretación. **POR TANTO:** Se declara con lugar el recurso interpuesto y en consecuencia no puede afectarse la libertad del amparado por interpretarse que en el artículo

39 Según se explica más adelante, la redacción de este artículo fue modificada por la Ley N° 8422 publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre del 2004 y más recientemente, por la Ley N° 8630 del 8 de enero de 2008, publicada en La Gaceta N° 33, del viernes 15 de febrero del 2008.

Así, la "...Sala Constitucional descartó la validez de una anterior interpretación jurisprudencial según la cual en el artículo 343 del Código Penal se consignó por error material la palabra "permitiere" en lugar de "prometiere", pues la mayoría de la doctrina estima que la acción típica en cuestión, desde el punto de vista de corruptor, es la de **dar u ofrecer dádivas**, donde "da" el que entrega y "ofrece" el que promete." ⁴¹

En el referido voto, la Sala Constitución explicaba que la interpretación de "permitiere por prometiere", solo la podía realizar el legislador en virtud del principio de legalidad, no así el juzgador.

343 del Código Penal donde dice "permitiere" se deba leer "prometiere"...

- 41 Ver **Voto N° 183-f-95** de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995 de la **Sala Tercera** en el cual se conoció el recurso de casación de la Licda. Miriam Sandí Murcia, entonces representante del Ministerio Público, quien planteó un novedoso enfoque sobre los alcances semánticos de las acciones típicas: "**dar y permitir**". En efecto, señaló "...la quejosa que la acción "permitiere" prevista en esa norma penal significa "no impedir lo que se pudiera o debiera evitar", por lo que concluye que el numeral en cuestión sanciona tanto al que "diere" (ya sea entregando o proponiendo) como al que "permitiere" (es decir, cuando voluntariamente no impide el acto corrupto del funcionario que puede y debe evitar), por lo que no es cierto que exista un error legislativo de transcripción del verbo "permitiere" en vez de "prometiere", porque incluyendo la acción de "dar" la de "prometer", la consignación de estas dos palabras en el mismo tipo sería, al decir de la voz popular, como «albarda sobre aparejo», locución figurada y familiar con que se hace burla de lo sobrepuesto o repetido innecesaria y torpemente. Solicita se anule la sentencia..." La Sala Tercera acogió el recurso, indicando que: "...la tesis aducida por la recurrente en el sentido de que la palabra "dar" comprende las acciones de "proponer, ofrecer o convenir una proposición" no contraviene o contradice la resolución N° 461-91 de la Sala Constitucional, pues ahí lo único que se establece es que en el artículo 343 del Código Penal no se puede cambiar, sustituir o entender la palabra "*prometiere*" en vez de "*permitiere*", que es la que expresa ese numeral, pero en forma alguna establece cuál es el contenido semántico de las palabras que constituyen ese tipo penal, por lo que la interpretación que de esas palabras se haga, dentro de los parámetros legales, resulta válida, pues la mencionada resolución de la Sala Constitucional no lo prohíbe, como tampoco define, aclara o delimita el significado que la palabra "diere" tiene en ese contexto..."

En torno a la figura de la penalidad del corruptor, se creó entonces una especie de laguna de punibilidad, al interpretarse que si la persona corruptora solo prometía pero al final no entregaba la dádiva, su conducta quedaba impune, porque prometer no era lo mismo que dar o permitir, aunque cabía la posibilidad de perseguir su conducta por tentativa de cohecho en la penalidad del corruptor. ⁴²

El tema en cuestión llegó a su final, con la entrada en vigencia de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004, pues el **artículo 64** reformó la redacción del **artículo 345** del Código Penal, de modo que en la actualidad reza así:

"Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida."

Una nueva reforma ocurrida en el año **2008**, terminó de aclarar o precisar los alcances del artículo 345 del Código Penal, adicionándose además un artículo 345 bis, relacionado con las penas de los artículos 340 al 345 del mismo código. Estas

- 42 Así lo sugirió el Dr. Rodolfo Piza Escalante, Magistrado constitucional, en nota aparte, en el citado Voto 461-91. "*He concurrido en el voto de mayoría porque considero que efectivamente no se puede perseguir a una persona por un delito que no está tipificado como tal, aunque sea obvio que la palabra "permitiere" en el artículo 343 del Código Penal constituye un simple error de transcripción errónea de la palabra "prometiere" que es la única que tendría sentido racional en esa norma: pero, a mi juicio, ello no excluye la posibilidad de que se juzgue al recurrente por tentativa de cohecho, en virtud de la combinación de los artículos 24 y 343, en relación con los 338 y siguientes de dicho Código, lo cual sería, de manera completamente diferente, aplicación de un grado general de participación."*

reformas legales fueron publicadas en La Gaceta N° 33 del viernes 15 de febrero del 2008, según Ley N° 8630, que modificó los artículos del Código Penal, Ley N° 4573, y de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, N° 8422. Por consiguiente, al momento de revisarse el texto legal **la actual redacción de los artículos 345 y 345 bis es la siguiente:**

“Artículo 345. Penalidad del corruptor

Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé, ofrezca o prometa a un funcionario público una dádiva o ventaja indebida.”

“Artículo 345 bis. Supuestos para aplicar las penas de los artículos del 340 al 345

Las penas establecidas en los artículos del 340 al 345 se aplicarán también en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la dádiva, ventaja indebida o promesa solicitada o aceptada por el funcionario, para sí mismo o para un tercero.*
- b) Cuando el funcionario utilice su posición como tal, aunque el acto sea ajeno a su competencia autorizada.”*

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está integrado por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como

la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Ese bien jurídico protegido puede resultar lesionado o puesto en peligro, no ya por la persona funcionaria pública sino por la persona particular con que aquella interactúa en ocasiones, al amparo de una contratación o la prestación de un servicio en el ejercicio de una función pública.

2. Objeto de la acción típica

Se trata de proteger la imparcialidad, la legalidad y la transparencia de la función pública, no desde la posición de los funcionarios públicos sino, como indicamos anteriormente, desde la posición de las personas particulares que entran en contacto con aquellos.

La persona particular que entrega dádivas, ventajas indebidas o promete remuneraciones a los funcionarios públicos para que hagan u omitan actos propios de sus funciones, o bien, por actos ya cumplidos en su condición de funcionarios públicos, sin duda revela con su acción una tendencia tan peligrosa para los deberes de la función pública, como la del funcionario o funcionaria que recibe las dádivas, las ventajas indebidas o acepta las promesas de remuneración por sus actos u omisiones funcionales.⁴³

⁴³ “En muchas obras públicas, en particular en aquellas que tienen que ver con la intervención del sector privado, el negocio es la prioridad, de modo que el interés de la colectividad, está supeditado al interés particular. Sea un aeropuerto, o una carretera, el sector privado, socializa las pérdidas y capitaliza las ganancias... La visión de los empresarios, al menos de los organizados, es que la

Como señalamos en los cohechos, en la aceptación de dádivas por actos cumplidos y en la corrupción de jueces, estos delitos no pueden configurarse con la sola intervención de la persona funcionaria pública, **es necesario que participe activamente otro sujeto distinto**, nos referimos al sujeto corruptor, que puede ser un particular extraño a la administración pública o bien otra persona funcionaria pública distinta de la que se le ofrece el pacto corruptor.

De ahí que se mencione en la doctrina, que tanto los delitos de cohecho, corrupción agravada, aceptación de dádivas por actos cumplidos, y corrupción de jueces, sean considerados de participación necesaria, o bien delitos bilaterales o pluri-personales, como también se les conoce, que requieren de la participación de al menos dos sujetos: el funcionario público y el sujeto corruptor.

Pues bien, la persona corruptora tiene una responsabilidad decisiva en el fenómeno criminológico de la corrupción del funcionario y su conducta es una contribución esencial a la conmoción pública en el ejercicio recto y objetivo de la función pública provocada por esta especie de hechos punibles.

3. Penalidad del corruptor: relación con cohechos, corrupción agravada,

corrupción está en el sector público... para sobrellevarla lo que debe hacer es el sacrificio de condescender, es decir, para que le instalen rápidamente el servicio telefónico o eléctrico, el empresario le da una propina al funcionario corrupto que le plantea problemas de prioridad..." En: Corrupción más allá de las percepciones. Editores Juan Manuel Villasuso, Francisco Flores, Marco Arroyo Flores. 1ª edición. San José, Costa Rica: CEDAL; Alemania: Fundación Friederich Ebert, 2005. Página 93.

aceptación de dádivas por un acto cumplido, corrupción de jueces

Como vimos al inicio del presente capítulo, la penalidad del corruptor del **artículo 345 y 345 bis** del Código Penal, son tipos penales **remisivos**, pues remiten a las penas establecidas en los "**cinco artículos anteriores**" o "**previstas en los artículos del 340 al 345...**"

En relación con la conducta típica del sujeto corruptor, se ha señalado que se trata de una especie de inducción o tentativa de inducción al funcionario público para que este lesione los deberes de la función pública a que está obligado, es decir, para que corrompa el ejercicio de la función pública.

Es necesario que el sujeto corruptor haga la entrega de la dádiva o al menos prometa entregarla. De otro modo, no podrán darse los delitos de cohecho como tampoco los otros delitos de esta especie: aceptación de dádivas por acto cumplido, corrupción agravada y corrupción de jueces, si de previo no ha verificado la intervención del sujeto corruptor.

Debe quedar claro, sin embargo, que si bien la intervención del sujeto corruptor (penalidad del corruptor) es esencial para la existencia de aquellos delitos, eso no significa que la penalidad del corruptor dependa para su sanción de la existencia de aquellos. Es factible la penalidad del corruptor sin que nazca a la vida jurídica el cohecho, la corrupción agravada, la aceptación de dádivas por acto cumplido, u otro.

La penalidad del corruptor tiene, entonces, vida autónoma o independiente de las

otras figuras delictivas. Eso sucede, por ejemplo, si el funcionario público rechaza el pacto corruptor. En ese caso, el cohecho no se configura por el rechazo del funcionario, pero sí se tipifica la penalidad del corruptor.

4. Conducta típica

El tipo objetivo prevé para la persona corruptora los siguientes comportamientos típicos: el **dar, ofrecer o prometer** una dádiva o ventaja indebida a una persona funcionaria pública, con **finés específicos**, según el delito a que se remita la conducta corruptora.

En el cohecho impropio, la conducta corruptora persigue la finalidad de que la persona funcionaria pública realice un acto propio de sus funciones, en tanto que en el cohecho propio la finalidad es para que haga un acto contrario a sus deberes o no hacer o retardar un acto propio de sus funciones. En la aceptación por acto cumplido, la conducta corruptora de entregar la dádiva lo es en consideración por un acto ya cumplido u omitido por el funcionario.

La persona corruptora puede realizar personalmente los comportamientos típicos, pero también puede hacerlos por intermedio de un **intermediario**, quien siguiendo instrucciones se encarga de la entrega material de la dádiva o la ventaja indebida, o bien de comunicar la promesa de retribución a la persona funcionaria pública.

Obviamente, la **finalidad perseguida** con la entrega de la dádiva, ventaja indebida

o la promesa de retribución, es provocar en el funcionario público la realización u omisión de un acto relativo a sus funciones.

Lo esencial para la penalidad del corruptor es que la **iniciativa** haya nacido de la persona corruptora y no de la persona funcionaria pública. Si la iniciativa nació del funcionario, podría configurar otro delito: la concusión (**artículo 348**).

En entidades públicas o en ciertas actividades económicas estatales altamente afectadas por la corrupción, resulta en ocasiones difícil establecer quién tomó la iniciativa, si la persona particular o si la persona funcionaria pública, pues se responde según el contexto institucional a sutiles insinuaciones de una u otra parte.

En estos casos, se debe extremar el análisis de la situación de hecho. Si persiste la duda sobre quien tomó la iniciativa, debe tomarse como línea de principio lo que favorezca a la persona particular, sobre todo si esta es la que pone la denuncia, ya que desde la perspectiva del bien jurídico, quien está más cerca y, por consiguiente, está más obligada a respetar los deberes de la función pública es la persona funcionaria pública.

5. Tipo subjetivo

La penalidad del corruptor es un delito **doloso**. Sólo admite el **dolo directo**.

La persona corruptora debe conocer, previamente, la calidad del funcionario público y la competencia funcional de este,

para llevar a cabo u omitir el acto que interesa.

Además, la persona corruptora debe saber que da o promete la dádiva, ventaja indebida o remuneración, con la finalidad específica de obtener de la persona funcionaria pública la realización u omisión del acto que es competencia de aquel.

Si la persona corruptora ofrece por error el pacto corruptor al funcionario equivocado, es decir, a quien no tiene la competencia para realizar u omitir el acto funcional que interesa, tal error constituiría una tentativa inidónea, al faltar uno de los elementos del tipo penal: el funcionario competente. En este supuesto, resulta **impune** la conducta de la persona corruptora. La razón: la dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración debe estar destinada a la persona funcionaria pública para que haga, retarde o deje de hacer **un acto propio o contrario a sus deberes**.

Si aun actuando con error la persona corruptora, el funcionario incompetente opta por recibir o aceptar la dádiva, incurriría en el delito de enriquecimiento ilícito del **artículo 45** de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.⁴⁴ Sobre la base de este último delito, se deberá analizar

44 El **artículo 45 de la Ley N° 8422** contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece: **“Enriquecimiento ilícito.** Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.”

la participación delictiva de la persona corruptora en ese enriquecimiento ilícito, pues aunque ciertamente se equivocó de persona (funcionario), existió el dolo de entregar indebidamente dádivas a una persona funcionaria pública, hecho que por su gravedad no debe quedar impune.

6. Autoría

Cualquier persona puede cometer la penalidad del corruptor. Puede tratarse de una persona particular totalmente extraña a la administración pública, o bien, puede tratarse de otro funcionario interesado en obtener del funcionario competente la realización u omisión de un acto propio o contrario a sus deberes.

Desde la óptica de la teoría del autor es posible la participación, previendo incluso la propia figura que el espurio ofrecimiento puede llegar a conocimiento de la persona funcionaria pública por intermedio de un tercero, el cual adquiere, según el caso, la calidad de cómplice.

7. Consumación

Si se trata de la modalidad de dar la dádiva o ventaja indebida, el delito se consuma con la acción de la entrega.

Si se trata de la promesa de remuneración, el delito se consuma en el momento que el funcionario público recibe el ofrecimiento.

Es irrelevante para efectos típicos, por la **autonomía de punición** de la penalidad

del corruptor, si la persona funcionaria pública acepta o rechaza la dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración que se le hace.

La tentativa no es admisible. Si la entrega de la dádiva no se ha efectuado o la promesa de remuneración no se ha hecho llegar al funcionario, se estaría a lo sumo en actos preparatorios no configurativos de la penalidad del corruptor.

8. Aspectos procesales

8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública,

ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar

—según el caso— en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

8.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de la penalidad del corruptor están íntimamente ligadas a los delitos de cohecho, corrupción agravada, aceptación de dádivas por acto cumplido, corrupción de jueces y soborno transnacional, y al igual que estas en principio resultan muy operativas. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

Recibir la denuncia. Por lo general se trata de una persona ajena al pacto corruptor, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consiste el pacto corruptor, esto es, qué dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración ofreció la persona corruptora y qué debía hacer, a cambio, la persona funcionaria pública venal. Es importante aclarar cuáles eran las funciones que debía hacer, no hacer

o retardar, si eran propias o contrarias a sus deberes, pues de ello depende la calificación legal de los hechos (cohecho impropio o cohecho propio).

- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) de las personas involucradas en el pacto corruptor.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del corruptor y del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe tratar de constatar si hay entrega de dineros, facilitación de bienes muebles (vehículos) o inmuebles, accesos a clubes o lugares lujos, viajes, premios, otros.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** relacionada con el “negocio ilícito” pactado.
- **Entrevista de testigos.** Debe tratar de establecerse no solo la existencia del pacto corruptor, sino también las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los ofrecimientos del corruptor y de las actividades, decisiones o actos realizados por el funcionario.
- **Solicitar el levantamiento del secreto bancario,** ante el Juzgado Penal, de todas las personas funcionarias públicas involucradas en la aprobación del acto, así como del

imputado, colaboradores, familiares, eventuales personas interpuestas o sociedades mercantiles en las que participen.

- **Solicitar al Organismo de Investigación Judicial la realización de estudios socioeconómicos**, para situaciones en las que se involucren grandes cantidades de dinero, en casos en que se presume la realización de pagos en efectivo, a fin de acreditar los ingresos en contraposición con los niveles de vida de las personas involucradas.
- **Solicitar la colaboración de la Unidad de Análisis Financiero (U.A.F.)**, adscrita al Instituto Costarricense sobre Drogas (I.C.D.), a efecto de determinar mediante la consulta de las bases de datos la existencia de cuentas bancarias en el extranjero, de las personas implicadas en los hechos.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración**. En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, ya sea con la persona corruptora (para utilizar su testimonio contra la persona funcionaria pública) o bien, con la persona funcionaria pública (para utilizar su testimonio contra

la persona corruptora). Esto por cuanto, según el caso, podría estar en presencia de autores que presentan cierta “habitualidad” en esta clase de delitos y convendría valorar si la prioridad es perseguir al corruptor o al funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como de la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

Ver votos citados y analizados en el delito de cohecho y corrupción de jueces.

Unidad XV

Enriquecimiento ilícito

1. Comentario previo

En Costa Rica existen tres disposiciones de carácter penal que se refieren al tema del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

En primer lugar, el **artículo 346** del Código Penal, con sus históricos cuatro incisos (el cuarto inciso fue derogado por la Ley N° 8422).

En segundo lugar, el **artículo 26** de la actualmente derogada Ley N° 6872 sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, de 17 de junio de 1983, pero que mantiene vigencia para casos no prescritos anteriores al 29 de octubre de 2004.

En tercer lugar, el **artículo 45** de la actual Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004.

En cuanto al Código Penal, la actual redacción del **artículo 346** establece:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario

público que sin incurrir en un delito más severamente penado:

- 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones;*
- 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo;*
- 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo; y...”*

Por su parte, el **artículo 26 de la derogada Ley N° 6872** sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, establecía:

“Incurrirán en el delito de enriquecimiento ilícito y serán sancionados con prisión de seis meses a seis

años, los servidores públicos que en el ejercicio de un cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio:

- a) (Declarado inconstitucional y anulado por resolución de la Sala Constitucional N° 1707-95 de las 15:39 horas del 28 de marzo de 1995).
- b) Mejoren su situación económica en las circunstancias descritas, habiendo cancelado deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio.
- c) (Declarado inconstitucional y anulado por resolución de la Sala Constitucional N° 1707-95 de las 15:39 horas del 28 de marzo de 1995).
- ch) Consientan, faciliten o intervengan de cualquier modo, por su influencia, conocimiento o función, en el enriquecimiento de un tercero, funcionario público o no.
- d) Incurrirán en igual delito y serán sancionados con la misma pena, los miembros de los supremos poderes que dicten o promulguen leyes, decretos, acuerdos o resoluciones, en que se otorguen beneficios para su exclusivo provecho, o para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- e) (Declarado inconstitucional y anulado por resolución de la Sala Constitucional N° 1707-95 de las 15:39 horas del 28 de marzo de 1995).

- f) Igualmente sufrirá las sanciones que procedan, cualquier persona física o jurídica que se preste para que, por su medio, se logre realizar el delito.

Quando los delitos a que se refiere la presente ley se realicen a través de una persona jurídica, o con su participación, la responsabilidad se atribuirá a sus personeros, gerentes, administradores o directores que hayan participado o consentido en la acción, sin perjuicio de que las consecuencias civiles del delito recaigan, además, sobre la sociedad o compañía.”

Finalmente, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece en el **artículo 45**:

“Enriquecimiento ilícito. Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.”

2. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

3. El enriquecimiento ilícito del artículo 346 del Código Penal

Se trata de una figura **subsidiaria**. El párrafo que encabeza el **artículo 346** establece que este delito se aplicará a la persona funcionaria pública que “**sin incurrir en un delito más severamente penado...**”

Esta subsidiariedad podría explicar, por qué, en todos estos años, esta figura penal ha sido poco utilizada en las acusaciones formuladas por los fiscales del Ministerio Público. La pena de seis meses a dos años de prisión es menor a otras penas contempladas para los delitos que podrían generar un aumento patrimonial ilícito del funcionario, como ocurre con el cohecho propio, la corrupción agravada, la concusión, el prevaricato y el peculado.

Pese a esa subsidiariedad y poca utilización, conviene repasar la figura en sus diferentes modalidades, por tratarse de un delito funcional vigente en nuestro país.

3.1. Conducta típica del inciso 1) del artículo 346

La conducta típica consiste en que la persona funcionaria pública acepte una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para **hacer valer la influencia derivada de su cargo** ante otra persona igualmente funcionaria, con una **finalidad específica**: que haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

La anterior descripción tiene alta correspondencia con lo establecido a partir del 29 de octubre de 2004, en el párrafo primero del **artículo 52** de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, referido al delito del **tráfico de influencias**:

*“Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, **influya en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro...**” (La negrita no es del original).*

Ambas figuras delictivas presentan elementos típicos comunes:

- Intervención de funcionario público, que influye en otro funcionario;
- Influencia derivada del cargo o pre- valiéndose del cargo;
- Finalidad idéntica: se influye para que la otra persona funcionaria pública haga o deje de hacer o retarde un acto propio de sus funciones.
- Quien influye acepta una dádiva cualquiera o la promesa de dádiva, o recibe en todo caso un beneficio económico o ventaja indebidos.

Por ser ley posterior que deroga o abroga la ley anterior, el **artículo 52** de la Ley N° 8422 sería el tipo penal aplicable a este supuesto de enriquecimiento ilícito. En todo caso, el **artículo 346** del Código Penal como se indicaba presenta un carácter completamente subsidiario, esto es, se aplica en el tanto el funcionario público no haya incurrido en un delito más severamente penado y el **tráfico de influencias** contempla una pena más severa (de dos a cinco años de prisión).

Mayores consideraciones sobre los alcances del tráfico de influencias, en el punto N° 25 de esta guía.

3.2. Conducta típica del inciso 2) del artículo 346

La conducta típica consiste en **utilizar** con fines de lucro, para sí o para un tercero, **informaciones o datos reservados** de los que haya tomado conocimiento la persona funcionaria pública, **en razón de su cargo**.

No cabe duda de que este tipo penal pretende –como lineamiento general– proteger a la administración pública frente a los hechos que, inspirados en un **fin lucrativo** de la persona funcionaria pública, pervierten la actuación funcional pública.

Trata del **deber jurídico específico** del funcionario público de no aprovecharse de los **conocimientos adquiridos** en el ejercicio de la función pública para conseguir un interés privado, lo que lesionaría el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, no siendo admisible que la función pública se utilice en beneficio particular del que lo detenta.

La utilización del secreto de oficio ofende el interés existente en que el secreto no sea revelado indirectamente (como consecuencia de su utilización) y el interés en que el funcionario público no saque ventaja respecto de los otros ciudadanos, mediante la utilización en sede privada de noticias secretas conocidas por razón del cargo.

Es la persona autora quien debe hacer uso **para sí o para un tercero**, por cuanto la inclusión de este tercero en la redacción típica no debe generar confusiones: se sanciona al funcionario o funcionaria que emplee para sí o para otro, sin que la referencia al tercero signifique que el uso de los conocimientos pueda ser realizado por alguien distinto a su detentador.

La simple revelación de la información a un tercero, sin afán de lucro, no configura el delito de enriquecimiento ilícito. Aunque sí podría configurar en contra del funcionario público, el delito de divulgación de secre-

tos sancionado, como delito funcional, en el **artículo 339** del Código Penal.⁴⁵

La acción típica de “**utilizar**”, cubrirá todas aquellas acciones que, sin consistir en una revelación, supongan el empleo de datos o informaciones conocidos lícitamente por el funcionario público en razón de su cargo, con la finalidad de obtener un beneficio económico.

En cuanto al elemento normativo relacionado con “**informaciones o datos**” de carácter reservado, se explica que la acción delictiva debe recaer sobre informaciones o datos que equivalen unas veces a los conocimientos relativos a disposiciones por tomarse próximamente o en algún momento futuro por la administración pública, o bien constituyen antecedentes de interés estratégico que esta conserva.

Sea que se trate de informaciones o datos, ambos deben referirse a actos, decisiones, hechos o circunstancias vinculados al ejercicio de la función pública, sin que necesariamente deban versar sobre una acción u omisión futuras. Es suficiente con que se trate de un dato obtenido o confeccionado en orden a actos, funciones o tareas emprendidas por la administración, lo que deja abierta la posibilidad de un objeto de referencia situado en el pasado (por ejemplo, una estadística).

En cuanto al **carácter reservado** exigido por el tipo penal, se entiende por esto, todo aquello cuya comunicación se prohíba o esté reservada del conocimiento público.

⁴⁵ Código Penal, divulgación de secretos, **artículo 339**: “Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el funcionario público que divulgare hechos, actuaciones o documentos, que por ley deben quedar secretos.”

Debe quedar claro que esta reserva se debe a que los datos o las informaciones tienen que ser aptos para la consecución del aprovechamiento material. Su empleo con fines de lucro hace que se halle presente el elemento del tipo penal.

La condición de reserva de la información o del dato, puede provenir tanto de su naturaleza misma o de una disposición expresa o tácita de la ley o de autoridad competente, incluso hasta la costumbre administrativa legalmente admisible puede generarla.

En cuanto al elemento normativo del tipo “**en razón de su cargo**”, la exigencia típica se traduce en la necesidad de que el dato o información reservada haya sido conocido por el funcionario por razón de su cargo.

Si la información o datos reservados utilizados por el funcionario con fines de lucro, no fue conocida en razón de su cargo, la conducta no resulta típica del **inciso 2) del artículo 346** del Código Penal. Tampoco alcanza a configurar el enriquecimiento ilícito del **artículo 45** de la Ley N° 8422, pues en ambas figuras exigen como elemento típico el aprovechamiento ilegítimo del ejercicio del cargo.

Para saber si existe o no ese **vínculo** entre el manejo de la información y la competencia de la persona funcionaria pública, es menester conocer el ámbito de sus atribuciones; a tal fin, serán útiles las mismas fuentes para determinar el carácter “**reservado**” del dato o la información.

En cuanto al **tipo subjetivo**, esta variante de enriquecimiento ilícito exige el **dolo directo**, que abarca el conocimiento de su calidad de funcionario público, el conocimiento del carácter reservado de la información o del dato, así como la utilización abusiva de la situación cognitiva.

Aparte del dolo, se exige el **ánimo de lucro**; es decir, la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de un beneficio económico. Ese **ánimo de lucro** consiste en la aspiración que tiene el funcionario público de ver incrementado su patrimonio, sea mediante el aumento del activo o disminución del pasivo, siendo irrelevante para efectos de tipicidad la magnitud del beneficio económico obtenido.

Resulta esencial que exista congruencia entre lo que el funcionario público conoce y lo que pretende llevar a cabo. Cualquier falla de conciencia sobre alguno de los elementos del tipo penal, sea por error o ignorancia, constituye error de tipo que excluye la tipicidad subjetiva de este injusto.

En cuanto al **autor**, solo se admite que pueda serlo el funcionario público con atribuciones de competencia, que le haya permitido conocer las informaciones o datos reservados. Por ello, la doctrina sostiene que se trata de un **delito especial estricto o propio**.

En cuanto a la **consumación** se ha señalado, por parte de la doctrina, que se trata de un delito de mera actividad, en cuanto la **utilización** del dato o de la información completa el delito. No es

necesario, para efectos de tipicidad, que derive resultado alguno. Por esto, no se admite la tentativa.

3.3. Conducta típica del inciso 3) del artículo 346

La conducta de la persona funcionaria pública consiste en **admitir** las dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas **en consideración a su oficio**, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.

Aunque guarda una descripción típica muy similar a la establecida en el **artículo 343** del mismo código, se dan dos notables diferencias.

En primer lugar, el **inciso 3) del artículo 346** no exige, para tipificar la conducta que del funcionario público realice u omita algún acto propio o contrario a sus funciones. Simplemente recibe o acepta la dádiva que se le presenta en consideración a su oficio. En cambio, el **artículo 343** del Código Penal, exige que el funcionario, sin promesa anterior, haya aceptado la dádiva **por un acto cumplido u omiso** en su calidad de funcionario.

En segundo lugar, la persona que presenta u ofrece la dádiva al funcionario en consideración a su oficio, según el **inciso 3) del artículo 346**, no incurre en la penalidad del corruptor (**artículo 345**), como delito autónomo e independiente.

Lo anterior no significa que la persona corruptora que presenta u ofrece la dádiva al funcionario quede totalmente exento de punibilidad, pues podría ser encausado

conforme a las reglas generales de la participación, si el funcionario admite la dádiva o acepta el ofrecimiento que se le hace.

El enriquecimiento ilícito del **inciso 3)**, se consuma con la sola **admisión** de la dádiva por parte de la persona funcionaria pública, haciéndola suya. Si es un ofrecimiento de dádiva, el delito se consuma cuando el funcionario **acepta** el ofrecimiento, independientemente de que luego no la reciba.

3.4. El inciso 4) del artículo 346

De acuerdo con este inciso, incurre en el delito de enriquecimiento ilícito, con penas de prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:

“4) No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público.”

Este inciso fue **derogado expresamente**, según el artículo 69 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004.

En todo caso el inciso 4) del artículo 346, presentaba serias dudas de constitucionalidad, al **invertir la carga de la prueba** en contra del funcionario público, quien debía justificar la procedencia de su patrimonio, cuando en realidad según nuestro sistema penal basado en el principio de inocencia,

es al Estado a quien corresponde probar la procedencia ilícita de los bienes de la persona funcionaria pública.

Estas mismas dudas de constitucionalidad se presentan, en nuestro criterio, en la correlación actual existente entre los **artículos 45 y 46** de la Ley N° 8422 que estableció en esas dos disposiciones pero en forma separada la misma inversión de la carga de la prueba. Por un lado, bajo amenaza de sufrir prisión de seis meses a un año, se obliga a la persona funcionaria pública a presentar una declaración jurada de sus bienes y, por otro, de esa misma información fundamentar la sanción por enriquecimiento ilícito. Para mayor abundamiento, remitimos al apartado correspondiente de esta guía, donde analizamos esas “novedosas” figuras.

4. Artículo 26 de la derogada Ley N° 6872 sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, de 17 de junio de 1983

De acuerdo con lo establecido en ese artículo 26, incurrieran en el delito de enriquecimiento ilícito los servidores públicos que **en el ejercicio de un cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio**, realizaran las siguientes conductas:

- a) Mejoraran su situación económica en las circunstancias descritas, habiendo cancelado deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio.
- b) Consintieran o facilitaran o interfiran de cualquier modo, por su

influencia, conocimiento o función, en el enriquecimiento de un tercero, funcionario público o no.

- c) Los miembros de los supremos poderes que dictaran o promulgaran leyes, decretos, acuerdos o resoluciones, en que se otorgaran beneficios para su exclusivo provecho, o para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- d) Cualquier persona física o jurídica que se prestara para que, por su medio, se lograra realizar el delito.

Cualquiera de esas conductas, tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito, para lo cual, la persona autora del delito se exponía a una pena de prisión de seis meses a seis años.

Las conductas de enriquecimiento ilícito previstas, debían darse con ocasión del ejercicio del cargo, lo cual significaba que había que establecer el nexo causal entre el aumento patrimonial ilegítimo de la persona funcionaria pública y el cargo o funciones que desempeñaba. Si ese nexo no era establecido, la conducta resultaba atípica.

De igual manera, se establecía un elemento típico temporal, en caso de que el funcionario hubiera cesado su relación de servicio. Las conductas de enriquecimiento ilícito para que se configuraran debían realizarse dentro del año siguiente a la fecha en que el funcionario había dejado de prestar servicios al Estado. Por supuesto, cabía la posibilidad de perseguir al funcionario público si dentro de ese año se reincorporaba a la función pública a ocupar el mismo u otro cargo público.

Mediante voto N° 1707-95 de las 15:39 horas del 28 de marzo de 1995, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declaró inconstitucionales los incisos a), c) y e) del artículo 26 de la Ley 6872 en comentario, con lo cual, se dio un vaciamiento importante de los elementos normativos que pretendía abarcar los diferentes supuestos de enriquecimiento ilícito. No obstante, la existencia de algunas opiniones en contrario, somos de la opinión de que la declaratoria de inconstitucionalidad realizada por la Sala Constitucional en nada afectó la autonomía e independencia de los supuestos típicos establecidos en los incisos vigentes luego del voto N° 1707.

Finalmente, hay que señalar que al promulgarse el 14 de setiembre de 2004 la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de ese año, la Ley N° 6872 quedó derogada.

Pese a la derogación señalada, los supuestos de enriquecimiento ilícito del artículo 26 no fueron eliminados de la política criminal del Estado, sino que fueron recogidos en otra legislación más moderna y específica posterior, lo que significa que las conductas de enriquecimiento ilícito anteriores al 29 de octubre de 2004, pueden y deben ser perseguidas y juzgadas bajo los supuestos típicos del artículo 26 de la Ley N° 6872, que para tales efectos mantiene su vigencia (principio de ultratividad de la ley penal).

5. Artículo 45 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

5.1. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción típica recae sobre el incremento del patrimonio del funcionario público, como consecuencia del aprovechamiento ilegítimo del ejercicio de la función pública.

También persigue los incrementos de patrimonios de otros sujetos, que sin ser funcionarios públicos, tienen la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos.

Pretende esta figura penal evitar que cualquier persona, sea funcionario público o no, incremente su patrimonio ilegalmente, a costa de la función pública que realiza o bien de su relación particular con el Estado.

5.2. Conducta típica

Consiste en “**aprovechar**” ilegítimamente el ejercicio de la función pública, para acrecentar el patrimonio personal. Este supuesto típico va dirigido al funcionario público, pues es el único que puede técnicamente ejercer la función pública y que, violentando sus deberes funcionales, saca **provecho** personal de ello.

Pero también pueden realizar la conducta típica otros sujetos: los custodios, los explotadores, los usufructuarios o los administradores, que bajo cualquier título o

modalidad de gestión, tengan a su cargo fondos, servicios o bienes públicos.

El delito de enriquecimiento ilícito sigue siendo un **delito especial**. Dado que ese aprovechamiento ilegítimo para enriquecerse a costa del Estado, solo lo pueden cometer un círculo reducido de autores: quien sea funcionario público, o quien sea titular de una custodia, explotación, uso o administración de fondos, servicios o bienes públicos.

La acción rectora es el “**aprovechar**” el ejercicio de la función pública o las otras modalidades de gestión de la cosa pública, lo que le da el sentido dinámico a la figura penal. El acrecentar el patrimonio o el enriquecerse, son solo las consecuencias o el resultado material del aprovechamiento ilegítimo.

Obviamente, se trata de una **conducta dolosa**, que exige el **dolo directo**. El funcionario o el sujeto equiparado, debe conocer y querer realizar el aprovechamiento ilegítimo de su función pública o sacar provecho de su relación particular con el Estado, posiblemente, incurriendo en otras conductas típicas (peculado, concusión, cohecho, u otros); con la finalidad de acrecentar su patrimonio.

El patrimonio puede verse incrementado o acrecentado de diversas maneras. El artículo 45 señala **cinco modalidades** o formas de aumentar el patrimonio, que no constituyen numerus clausus. Se trata de ejemplos de enriquecimiento que el legislador puso en el texto legal, para aclarar mejor el alcance y sentido de la figura penal.

En efecto, el patrimonio de una persona funcionaria pública puede acrecentarse por el **aumento de los activos**: la adquisición de bienes, el goce de derechos; o bien, por la **disminución de los pasivos**: la cancelación de deudas o extinción de obligaciones que afectan el patrimonio.

Lo esencial en este delito no es la modalidad del enriquecimiento sino que el incremento patrimonial haya sido real y sobre todo, que tenga **nexo causal** con el ejercicio de una función pública o derive de la relación del sujeto equiparado con el Estado, por cualquier título o gestión, respecto de fondos, bienes o servicios públicos.

Dadas las facilidades con que cuentan los funcionarios corruptos y sujetos equiparados, tanto para evadir los controles como para ocultar el enriquecimiento obtenido, el **artículo 45** de la Ley N° 8422 estableció la tipicidad de la conducta aún cuando el patrimonio que se acrecienta sea el de otras personas, físicas o jurídicas. Por ejemplo, el funcionario corrupto recibe un vehículo como premio, pero lo inscribe a nombre de un amigo; recibe un soborno consistente en sumas de dinero que deposita en la cuenta de un familiar o lo utiliza para saldar deudas que están a nombre de una sociedad anónima de la cual es dueño de su capital social.

5.3. Autoría

Por ser un delito **especial**, se exige una cualidad especial en el autor. Según la figura del artículo 45 de la Ley N° 8422,

serían sujetos activos del enriquecimiento ilícito, según su relación con el Estado:

- El funcionario público.
- El custodio.
- El titular de una explotación.
- El usufructuario.
- El administrador.

Cualquiera que sea el cargo o condición, la persona autora de este delito, debe utilizar como medio para su enriquecimiento, el **ejercicio ilegítimo** de la función pública si se trata de una persona funcionaria pública, o bien, la relación particular (título o modalidad de gestión) con los fondos, bienes y servicios públicos.

5.4. Participación

Resultan admisibles las diversas formas de participación: la instigación y la complicidad. Puede darse el caso que otro determine intencionalmente al funcionario público o sujeto equiparado, para que aproveche ilegítimamente su condición y se enriquezca ilícitamente. También es posible la complicidad, sobre todo de la persona física “interpuesta”, que ayuda o coopera con el aumento de activos o disminución de pasivos que afectan el patrimonio del funcionario o sujeto equiparado.

5.5. Confluencia de figuras

A diferencia de la figura homóloga del Código Penal, el enriquecimiento ilícito del artículo 45 de la Ley N° 8422 no es subsidiario. Por ello, si en la acción de “**aprovechar**” ilegítimamente la función pública tipifica otro delito, este concurrirá

material o idealmente, según el caso y como tal definir la pena. Casi siempre el enriquecimiento ilícito es consecuencia de otra conducta delictiva anterior.

6. Aspectos procesales

6.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado

Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a la reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275, durante su vigencia.

6.2. Elementos probatorios y de investigación

El delito de enriquecimiento ilícito, como se explicó, tiene diversas modalidades tanto en el Código Penal (artículo 3346) como en la derogada Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos y en la nueva Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Las diligencias de investigación del enriquecimiento ilícito, pueden variar según los supuestos de hecho (antecedentes) que hayan originado el incremento patrimonial antijurídico del funcionario o funcionaria. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena al pacto corruptor, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consiste el pacto corruptor, esto es, qué dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración ofreció la persona corruptora y qué debía hacer, a cambio, la persona funcionaria pública venal. En este punto el denunciante debe establecer si la entrega de la dádiva es para que el funcionario haga valer su influencia ante otro funcionario para que haga o deje de hacer algo propio de sus funciones, para que suministre informaciones o datos reservados de los que tuvo conocimiento en razón de su cargo, o dádivas que fueron ofrecidas al funcionario en razón de su cargo. Del análisis minucioso de estos detalles dependerá en definitiva la calificación legal de los hechos (podría ser alguna de las modalidades del cohecho), pues no debe olvidarse que el delito de enriquecimiento ilícito del Código Penal es subsidiario; es decir, se aplica si las conductas no configuran otros delitos más severamente penados. En todo caso, el denunciante deberá señalar cuáles son los elementos de convicción que le hacen suponer que el funcionario se ha enriquecido ilícitamente, esto es, cuales son las manifestaciones de riqueza (o de incremento patrimonial) que no corresponden a su realidad como funcionario público; en otras palabras, qué tenía antes y qué llegó a tener después, lo cual haga suponer que ha aprovechado ilícitamente la función pública en su favor.
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del funcionario (a), para determinar los vehículos que utiliza, las casas que frecuenta que pueden ser de su propiedad, los sitios exclusivos que visita, en fin, el estilo de vida del funcionario y de su núcleo familiar.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del funcionario, para acreditar los hechos denunciados.

Debe tratar de constatar si el estilo de vida, resulta acorde con los ingresos normales que recibe el funcionario por el ejercicio de su cargo.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuales eran sus funciones y en especial, sus ingresos económicos.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República una copia de la declaración jurada de bienes que haya rendido el funcionario ante esa dependencia.** Confrontar esta información con los resultados de las vigilancias móviles o estacionarias practicadas por la policía.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el enriquecimiento ilícito del funcionario, en particular, la información bancaria, bursátil o tributaria (con el previo levantamiento del secreto por parte del juzgado penal).
- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre el inexplicable estilo de vida del funcionario y explicación del posible origen del “enriquecimiento ilícito”.
- **Solicitar a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en particular, a la Unidad de Lavado,** realizar el respectivo análisis de situación económica del funcionario (a), a fin de establecer si el nivel de ingreso promedio obtenido como servidor (a) público, justifica

el nivel económico que ostenta la persona investigada.

- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, con las personas que hayan tenido algún grado de participación en el enriquecimiento ilícito del funcionario. En esta circunstancia, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a acatar lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

7. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

7.1. Reseña de votos

7.1.1. Reseña: Guarda de colegio que vende exámenes a estudiantes. Configuración

Voto: 205-F-95. Fecha 07/04/1995. Hora: 09:00.⁴⁶

⁴⁶ Tomado de la Reseña del catálogo de votos, organizados y sistematizados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su Índice General de Jurisprudencia 1990-2004. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004.

7.1.2. Reseña: Diferencia con respecto al peculado y la concusión

Voto: 205-F-95. Fecha: 07/04/1995

Hora: 09:00. ⁴⁷

⁴⁷ *Ibidem.*

Unidad XVI

Negociaciones incompatibles

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 347**:

“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales.

En igual forma será sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de una intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este

delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo.”

(Así reformado mediante Ley N° 8056 de 21 de diciembre de 2000, publicada en La Gaceta N° 10 de 5 de enero del 2001).”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción típica recae en la **transparencia, legalidad e imparcialidad**

de los contratos, convenios, operaciones y negociaciones que realizan las personas funcionarias públicas, en nombre y representación del Estado.

En este delito, se teme y hasta se presume la deslealtad del funcionario, porque resulta difícil creer que si el funcionario interviene en una negociación o contrato teniendo un **dobles interés**, descuide sus intereses personales o que haciendo contratos para ganar, deje de ganar todo lo posible, cuando es él mismo quien ha de fijar los límites de su ganancia.

Por ello, en observancia a los deberes de la función pública, ningún funcionario o funcionaria que intervenga en la negociación de un contrato u operación, cualquiera que sea su intervención, no ha de llevar ningún interés directo o indirecto, distinto al **interés público**.

El correcto desarrollo de la actividad pública exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y demanda el propio ejercicio de la función pública.

El delito de negociaciones incompatibles, pretende impedir que los funcionarios públicos, movidos por la codicia, y transformados en vulgares especuladores, aprovechen en su beneficio personal, su intervención en la celebración de contratos u operaciones de la administración pública.

La figura penal tutela la **imparcialidad** de las o los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la administración pública.

El **artículo 347** no solo incluye a las o los funcionarios públicos en la conducta típica de las negociaciones incompatibles, sino también señala: “*Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales.*”

Si bien las o los **árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores** no desempeñan función pública alguna, es decir, no revisten el carácter de funcionarios públicos y, por ende, la administración pública no estaría perjudicada por su ilícito accionar, lo cierto es que la ley consideró que el ejercicio de esos cargos son de naturaleza pública en relación a terceros, por lo cual merecían idéntica tutela punitiva.

Como sucede con los restantes delitos funcionales, acá también se señala que el comportamiento reglado se erige como un delito de peligro concreto. No se exige un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, o a los titulares de los bienes, en los supuestos restantes donde no interviene el funcionario público. Para la existencia de este delito basta, como en otros delitos funcionales, la lesión de los deberes de la función pública como bien jurídico protegido, en particular el deber

de imparcialidad requerida en el ejercicio del cargo, que debe encontrarse a cubierto de toda sospecha de parcialidad. .

3. Conducta típica

La conducta rectora es la de *interesarse* en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

El interés que demuestra el funcionario público en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa.

La doctrina denominó a la confluencia de intereses disímiles como el “**desdoblamiento**” de la persona funcionaria pública, debido a que interviene por un lado, por su calidad y función en un contrato u operación como representante del Estado, y por el otro como persona particular interesada.

La parcialidad de funcionario o funcionaria abarca tanto el interés propio o personal que pudiera tener, de igual manera, si ese interés es el de un tercero cercano al funcionario; por ello, el artículo 347 señala “... **para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero...**”

Sea para obtener un beneficio para sí o para un tercero, el fundamento punitivo de la norma penal está dirigido a evitar la parcialidad de la persona funcionaria pública, sin atender a la causa que lo

impulsa. Lo relevante es que asuma un **interés de parte** en el resultado del negocio cuya intervención en forma necesaria le compete.

4. Carácter de interés privado

Al señalar el artículo 347 del Código Penal, expresamente que el carácter del interés del funcionario lo es “...**para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero...**”, aclara el contenido de ese interés privado: el interés tiene que ser de naturaleza económica.

No comete el delito de negociaciones incompatibles, si el interés de parte de la persona funcionaria pública obedece a razones meramente personales. Por ejemplo, simpatiza con Francia y por ello, cuando contrata prefiere a las empresas de nacionalidad francesa; o tiene preferencias de género y por ello, cuando contrata lo hace únicamente con el género de su preferencia.

En otras palabras cuando la motivación de parte **no es de naturaleza económica**, el funcionario no incurre en la conducta típica de la negociación incompatible.

Si lo que se pretende evitar es la imparcialidad del funcionario público, se deberían incluir otros intereses distintos a los económicos, pero por el principio de legalidad criminal y de tipicidad, la negociación incompatible queda fincada a que el funcionario persiga en su condición de parte un **beneficio patrimonial**, sea para sí o para un tercero.

5. Contratos u operaciones

La acción típica detalla los actos sobre los cuales recae el interés de parte de la persona funcionaria pública: los **contratos u operaciones** en los cuales intervenga por razón de su cargo.

En materia de **contratos** rige lo dispuesto por la Ley N° 7494 (Ley de Contratación Administrativa). Señala el artículo 1°:

“Esta ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.

Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta ley.

Cuando en esta ley se utilice el término “Administración”, se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.”

De entrada y para evitar situaciones comprometedoras, la propia Ley de Contratación Administrativa establece la prohibición expresa para ciertos funcionarios o funcionarias de poder participar en los procesos de contratación. Así en el tema de las prohibiciones el artículo 22 regula:

“En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta ley, están inhibidas de participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas:

- a) *El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros y los Viceministros, los Diputados a la Asamblea Legislativa, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Procurador General y el Procurador General Adjunto de la República, el Defensor de los Habitantes y el Defensor Adjunto, el Tesorero y el Subtesorero Nacionales, y el Proveedor y el Subproveedor Nacionales.*
- b) *Con la propia entidad en que sirven, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes tanto de las instituciones descentralizadas como de las empresas públicas y los funcionarios públicos con injerencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa.*
- c) *Las personas jurídicas en cuyo capital social participe alguno de los funcionarios mencionados en los incisos anteriores.*
- d) *Los parientes, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, de los funcionarios cubiertos por la prohibición.*

- e) *Las personas jurídicas en las cuales los parientes indicados en el inciso anterior sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.*
- f) *Las personas físicas o jurídicas que hayan intervenido, como asesoras, en cualquier etapa del procedimiento de contratación o hayan participado en la elaboración de las especificaciones, los diseños y los planos respectivos. Esta prohibición no se aplicará en los supuestos en que se liciten, conjuntamente, el diseño y la construcción de la obra o las variantes alternativas respecto de las especificaciones o los planos suministrados por la Administración.*

Si se duda de la injerencia de un funcionario específico en un negocio determinado, corresponderá a la Contraloría General de la República, mediante resolución razonada y previa solicitud del interesado, resolver el punto en cuestión.

Se exceptúan de las prohibiciones anteriores los siguientes casos:

1. *Que se trate de un proveedor único.*
2. *Que se trate de la actividad ordinaria del ente.*
3. *Que exista un interés manifiesto de colaborar con la Administración.”*

Así reformado por el artículo 1, inciso f), de la ley N° 7612 del 22 de julio de 1996.

Mientras las **operaciones** son aquellas disposiciones de carácter económico en que la administración no actúa conjugando voluntades con otra parte, sino a título singular (subastas de objetos secuestrados, expropiaciones, incautaciones, comisos, otros).

La tutela de la imparcialidad que persigue el tipo penal sólo se refiere a **actos legítimos**, es decir, a aquellos que se elaboran y ejecutan de acuerdo con las normas aplicables vigentes.

La intervención de la persona funcionaria pública en la realización del contrato u operación debe ejecutarse en el ámbito de su competencia funcional, pues la propia ley exige que intervenga **por razón de su cargo**.

Una cuestión esencial para tipificar la conducta, está referida al poder decisorio que debe poseer el funcionario público, sea en la contratación u operación. De lo contrario, no se daría el **desdoblamiento del funcionario o funcionaria**, esto es, la confluencia del interés personal por un lado, y el interés de la administración pública por otro, que debe primar en la toma de decisión, afectándose así la imparcialidad que debe mantener el funcionario público.

6. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. La persona funcionaria pública debe perseguir

un interés personal o de un tercero en una negociación u operación, en la que sabe que no debe intervenir con interés de parte. Por ello, se exige el **dolo directo**.

7. Autoría y participación

Desde el punto de vista del autor, la doctrina sostiene que se trata de un delito **especial propio**. Se trata de un delito especial, por exigir la condición de funcionario público. Delito especial propio porque no es cualquier funcionario público que puede configurar la conducta ilícita. La actuación debe darse dentro de una competencia, y en el contrato o negociación en que interviene.

Toda aquella persona que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para ser autor –funcionario público– sólo puede ser considerado como partícipe.

Así, la persona que actúa en carácter de intermediario en las tratativas con el funcionario público, quien resulta ser la persona interesada en la conclusión del negocio y se vale de un tercero para lograr tal espurio fin, sólo puede responder en calidad de partícipe. Aunque en casos muy particulares, podría aplicarse la interpretación ampliativa de la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 49 del Código Penal, según la posición adoptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

8. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la acción de **interesarse**, esto es con **la intervención**, como parte privada en el contrato o la operación, dándose el desdoblamiento del funcionario público, independientemente de la obtención del beneficio patrimonial.

La tentativa no es posible porque, o se interesó como parte, y por lo tanto consumó el delito, o expresó un deseo, y se trata de un acto preparatorio impune.

9. Sujetos equiparados

El Código Penal señala en el **artículo 347**:

“...Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales...”

La equiparación como autores de quienes, sin revestir carácter de funcionarios públicos, desempeñan oficios de naturaleza pública relacionados con el manejo de bienes de terceros, se toma en cuenta en esta figura penal en razón de la especial naturaleza de sus intervenciones.

La función que cumplen **los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores**, debe ser garantizada con las seguridades que el Estado rodea las suyas propias, con base en dos motivos: la función de estos sujetos particulares surge unas veces por

imposición directa de la ley y, en otras, por gestión judicial previa, como sucede por ejemplo con los albaceas y curadores, en los juicios universales.

Son **árbitros** los terceros que intervienen a pedido de las partes en conflicto, a fin de arreglar sus diferencias y, con los elementos que estas les suministran, elaboran un laudo arbitral (sentencia) vinculante para aquellas.

En relación con las personas que fungen como **árbitros**, hay que indicar que la Constitución Política establece con rango constitucional en el **artículo 43**, el derecho individual de toda persona “a *terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente*”.⁴⁸

La ley ha equiparado la labor de estos sujetos privados (**árbitros**) con la de los jueces del órgano jurisdiccional, recordándoles por medio de esta figura penal, que al igual que se exige a los funcionarios públicos, su obligación de observar los deberes de la función pública, en particular, los deberes de probidad, imparcialidad, objetividad y transparencia.

Son **amigables componedores** los terceros que tratan de acercar a las partes en conflicto, con el fin de que negocien, arreglen y solucionen sus controversias.

A diferencia de los árbitros, los amigables componedores pueden proponer formas de solución, pero sus propuestas no son vinculantes para las partes.

Son **peritos** las personas que en razón de sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, son llamados por las autoridades judiciales o incluso administrativas, para dictaminar, opinar o auxiliar sobre determinado asunto. Debe tratarse de peritos que cumplen ordinariamente su función desde la esfera privada, pues si fueran funcionarios públicos estarían incluidos en las primeras líneas del **artículo 347**.

Son **contadores** las personas físicas designadas para repartir los bienes de una herencia, en la denominada diligencia de “partición” de los procesos sucesorios. Es importante **no confundir** este elemento típico con el ejercicio u oficio de ciertos profesionales de las ciencias económicas que ejercen la contaduría pública o privada.⁴⁹

El concepto de contador a que se refiere el **artículo 347** del Código Penal, es conocido en la doctrina y legislación comparada unas veces con el nombre de comisario, contador-partidor, o simplemente contador. Se trata de la persona encargada de repartir el patrimonio (**haber sucesorio**) dejado por un causante. En ese sentido, el contador-partidor ha de tener facultades

48 Sobre ese particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 1079 de las 14:48 horas del 2 de marzo de 1993, señaló: “La Constitución recoge el instituto del arbitraje como una posibilidad de solución y la hace descansar en la decisión de las partes en conflicto. Estas son las que, de conformidad con las circunstancias, toman el acuerdo de someter a árbitros su diferendo, firmando para ello el llamado “compromiso arbitral”, valga decir el marco dentro del cual el árbitro o árbitros van a sujetar su actuación y los efectos que tendrá su resolución final (laudo).”

49 Nada impide, sin embargo, que un contador público autorizado (C.P.A.), o un contador privado, sea designado por el causante testamentario o por los herederos, para realizar las labores de partición de bienes de una herencia. Como tampoco es de extrañar que un contador público autorizado o un contador privado sea llamado como perito a rendir un dictamen técnico sobre determinada cuestión. Pero, es importante, no confundir los alcances de este elemento normativo “contador”.

no solo para contar y partir, sino también para separar los bienes partibles de los que no lo son, así como para realizar liquidaciones previas con personas distintas de los coherederos y que tienen derechos sobre el patrimonio hereditario, incluyendo las facultades para todas las operaciones particionales. De ahí el fundamento para castigar al contador que, directamente o por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación que tenga relación directa o indirecta con el haber sucesorio que le ha sido confiado.

En el capítulo V del título XI del Código Civil, en los artículos 561 al 567, se regula la “**partición de la herencia y pago de acreedores**”. Sin embargo, nuestra legislación civil no menciona la figura del “contador” en los términos explicados en el párrafo anterior, únicamente se refiere a la figura del albacea.

Son **tutores** las personas llamadas a asumir la protección de menores de edad o personas que por razones de discapacidad no puedan valerse por sí mismas. En ese sentido, el tutor se convierte en el representante legal del tutelado y, como tal, el tutelado le debe respeto y obediencia a aquel.

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular, a procurarle alimentos; a educar al menor y procurarle una formación integral; a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad; a informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuentas de su administración. Por ser el administrador legal del patrimonio del tu-

telado debe en dicha función, observar la diligencia de un buen padre de familia.

La tutela se ejerce bajo la vigilancia del juez. Este, en la resolución en que constituya la tutela o en otra posterior, establecerá las medidas de vigilancia y control que crea oportunas; en cualquier momento, puede el juez exigir del tutor informe sobre la situación del tutelado y del estado de la administración. De ahí el fundamento para castigar al tutor que, directamente o por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación que tenga relación directa o indirecta con los bienes del tutelado.

Son **albaceas** las personas encargadas de ejecutar y vigilar la ejecución de un testamento o de una sucesión ab intestato, sea aquella en la cual no rige la existencia de un testamento. Las personas albaceas asumen también otros cometidos que pueden ser independientes del testamento, pero relacionados con el testador o la herencia (entierro, sufragios, administración de la herencia, u otros).

El albaceazgo o cargo de albacea, aunque se parece en algunos casos al mandato, es una institución jurídica con perfil normativo propio: es un cargo voluntario, renunciable, personalísimo, normalmente gratuito y temporal.

El albacea, a falta de designación testamentaria, puede ser designado por los presuntos herederos, pudiendo ser incluso uno de ellos. A este tipo de albacea se le conoce como albacea ab intestato y tiene los mismos deberes y obligaciones del albacea testamentario.

En el capítulo IV del título XI del Código Civil, en los artículos 541 a 560, se regula el tema del “albacea”. Nuestra legislación civil reconoce diferentes tipos de albaceas: el albacea testamentario, el albacea ab intestato, el albacea definitivo, el albacea provisional, el albacea específico, el albacea propietario y el albacea suplente.

Pero independientemente de la clase de albacea que se trate, según el Código Civil, le corresponde ante todo fungir como administrador y representante legal de la sucesión así en juicio como fuera de él, y tiene las facultades de un mandatario con poder general (**artículo 548**).

Para ciertas actuaciones, la persona albacea necesita autorización especial. Según el **artículo 549** del Código Civil, necesitará autorización especial para: arrendar fincas de la sucesión por más tiempo del que esta permanezca indivisa; para renunciar, transigir o comprometer en árbitros, derechos que se cuestionen sobre inmuebles de cualquier valor o sobre muebles valorados en más de diez mil colones; para enajenar extrajudicialmente bienes de la sucesión cuyo valor exceda de diez mil colones y para continuar o no el comercio del difunto.

El fundamento punitivo para castigar al albacea que, directamente o por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación, es para impedir que saque provecho para sí o para un tercero de su relación con los bienes sucesorios que le han sido confiados.

Los **curadores** son las personas encargadas de vigilar y ejecutar los patrimonios de las personas físicas y jurídicas dentro de los procesos de quiebras, insolvencias y concursos de acreedores.

Las personas que fungen como curadoras, son nombradas por el juez al dictar la resolución que declara la quiebra, la insolvencia o el concurso de acreedores. Pueden ser curadores propietarios o suplentes, e incluso curadores específicos si los curadores propietarios y suplentes deben ser inhabilitados o impedidos de conocer de un determinado asunto.

Conforme al **artículo 925** del Código Civil, el curador representa judicial y extrajudicialmente al concurso, en quien queda refundida la personería del quebrado o insolvente en cuanto se refiere a la administración y disposición de los bienes embargables y a la discusión, reconocimiento y ejercicio de los derechos que activa o pasivamente corresponde al fallido y puedan afectar dichos bienes.

También la persona curadora representa a los acreedores del concurso en todo lo que sea de interés común, pero no los representa si el interés del acreedor es opuesto al interés del concurso o contrario a los acuerdos de la mayoría, que la persona curadora debe cumplir y sostener, ni cuando los acreedores, en los casos permitidos por la ley, se apersonan en el juicio coadyuvando o supliendo las gestiones del curador.

Un **aspecto común** entre los peritos, contadores, tutores, albaceas no testamentarios y curadores, es que **son designados por un**

juez del órgano jurisdiccional. Usualmente, son nombramientos por tiempo determinado y al aceptar, cada persona designada, debe jurar ante el órgano jurisdiccional el fiel cumplimiento del cargo, con lo cual quedan equiparados a los funcionarios públicos en cuanto al respeto de los deberes de probidad, legalidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de su función.

10. El negociador comercial

El párrafo segundo del artículo 347 del Código Penal también amplía la lista de autores:

“En igual forma será sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo.”

(Así reformado mediante Ley N° 8056 de 21 de diciembre de 2000, publicada en La Gaceta N° 10 de 5 de enero de 2001).

10.1. Objeto de la acción típica

Recae sobre los procesos de negociación a nivel internacional, en los cuales el

Estado costarricense figura como parte, sea de un convenio bilateral o multilateral, pero siempre enfocado al comercio, esto es, al intercambio de bienes y servicios con otros países.

Siendo las negociaciones comerciales internacionales de interés altamente estratégico para el Estado, es comprensible la preocupación del legislador por proteger la transparencia, la imparcialidad y la legalidad de esos procesos de negociación internacional.

10.2. Conducta típica

Se trata de un delito de peligro abstracto, incluso cuando no se produzca ningún perjuicio o beneficio a la administración pública.

Para la conducta típica basta que la persona **asuma la representación** de un cliente *en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional.* Esa representación puede ser un simple mandato o bien poderes de representación más amplios como los poderes generales, generalísimos o especiales.

También se da un elemento típico temporal: que la representación se asuma por parte del sujeto activo, **dentro del año siguiente posterior a la fecha en que haya dejado el cargo.** Es importante entonces tener claro que la prohibición corre desde el momento en que deja de ser negociador comercial internacional del Estado costarricense y no desde la fecha en que se suscribió el acuerdo comercial o

puesto en ejecución lo cual, puede ocurrir antes o después de dejar el puesto de negociador.

Una disposición similar se introdujo en la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el **artículo 53**, referido a las prohibiciones posteriores al servicio del cargo,⁵⁰ en la cual se pretende impedir, que **dentro del año siguiente**, el funcionario público que haya participado en la celebración de un contrato, acepte un empleo remunerado o participación en el capital social con la persona física o jurídica favorecida con el contrato.

Ambas disposiciones son de corte preventivo, pues, lo que pretende es erradicar toda posibilidad de **sospecha de parcialidad** en la persona negociadora comercial o en el funcionario público que haya participado en la negociación y que, poco tiempo después (menos de un año), esté siendo contratado precisamente por la persona física o jurídica que resultó beneficiada con la negociación.

50 Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, **Artículo 53.- Prohibiciones posteriores al servicio del cargo.** Será penado con cien a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo mayor o igual que el límite establecido para la licitación pública en la entidad donde prestó servicios, acepte empleo remunerado o participación en el capital social con la persona física o jurídica favorecida, si tuvo participación en alguna de las fases del proceso de diseño y elaboración de las especificaciones técnicas o de los planos constructivos, en el proceso de selección y adjudicación, en el estudio y la resolución de los recursos administrativos contra la adjudicación, o bien, en el proceso de inspección y fiscalización de la etapa constructiva o la recepción del bien o servicio de que se trate.”

10.3. Autor

Se trata de un delito **especial propio**. Solo puede ser autor la persona negociadora comercial internacional, debidamente designada por el Poder Ejecutivo, para un asunto específico.

Se entiende que la designación de la persona negociadora comercial por parte del Presidente de la República y su respectivo Ministro, conlleva algunas formalidades: su designación oficial, su juramentación, la publicación de su nombramiento en el Diario Oficial La Gaceta, u otro.

Además, como es lógico, la designación requiere la aceptación del autor, quien puede ser una persona particular o bien una persona funcionaria pública que no tiene a su cargo, en forma específica la negociación de asuntos comerciales en representación del Estado.

10.4. Causa de justificación

En relación con el negociador comercial, el mismo **párrafo segundo del artículo 347**, introduce –en opinión nuestra– una causa de justificación,⁵¹ que elimina la ilicitud de la conducta típica:

No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos

51 Para los compañeros integrantes del subgrupo N° 1 del taller de validación del presente documento, lo que se presenta con el párrafo segundo del artículo 347 es una causa de atipicidad de la conducta.

un año antes de haber asumido su cargo.

Como cualquier otra causa de justificación, se discute si es obligación de la persona que enfrenta una causa demostrar la existencia de esa causal o si, por el contrario, es obligación de los fiscales hacerlo.

En este caso el texto legal es claro: corresponde a la persona –como sujeto activo– demostrar que al menos **un año antes** de asumir el cargo de negociador ya se dedicaba a la actividad empresarial o profesional, relacionada con el objeto de las negociaciones comerciales internacionales, por lo que no debió sorprender esa vinculación a sus actividades personales al Presidente de la República y a su Ministro, cuando realizaron la designación.

Esta causal de justificación convierte la figura en una **prohibición simbólica**. Usualmente se designa como negociador comercial a la persona que cuenta con estudios y, o experiencia en el campo, normalmente profesional en leyes, ciencias económicas, ciencias políticas o carreras afines, que desde antes está vinculado a la actividad empresarial (por eso, conoce las ventajas y desventajas del negocio) o a la actividad profesional (tal es el caso, por ejemplo, de miembros de ciertos bufetes especializados en comercio internacional). Finalizada la negociación comercial para la que fueron nombrados, suelen, como es de esperarse, reincorporarse a sus actividades privadas, con lo cual, resulta difícil que la fiscalía encuentre un caso de esta naturaleza que plantear al órgano jurisdiccional.

11. Aspectos procesales

11.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como

las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalías territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275, durante su vigencia.

11.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación del delito de negociaciones incompatibles, en

ocasiones, pueden resultar complejas, pues hay que analizar cuidadosamente el contenido de los procesos de negociación y la participación del funcionario, para establecer si existe incompatibilidades, prohibiciones o inhabilitaciones que debieron seguirse. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Por lo general se trata de una persona ajena a los hechos y que conoce por razones personales la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar exactamente cuál ha sido la participación del funcionario en el proceso de negociación y por qué resulta incompatible su función como servidor público con respecto a la negociación que está realizando el Estado o alguna de sus instituciones o empresas. Debe recordarse que en estos casos, el funcionario participa en una doble condición (desdoblamiento), pues lo hace como funcionario y como interesado particular del negocio o contratación. Esa participación la puede realizar el funcionario directamente o por interpósita persona y

- el denunciante deberá, en lo posible, suministrar la información para establecer ese modus operandi.
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) de las personas involucradas.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Puede suceder que producto de una vigilancia se logre determinar que en efecto, el funcionario es el dueño de la empresa con la cual contrata el Estado y que quien figura en los documentos es solo un testaferro o un familiar cercano por consanguinidad o afinidad.
 - **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales. Debe recordarse que esta disposición también le es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales, por lo que la certificación de sus nombramientos deberá gestionarse ante la autoridad judicial o administrativa que haya designado o aprobado el nombramiento. Si se trata de un negociador comercial, la certificación se podrá solicitar a la Secretaría del Consejo de Gobierno o bien directamente al Ministerio de Comercio Exterior.
 - **Solicitar al departamento o sección respectiva, la certificación de los pasos de la operación o contratación, así como los grados de responsabilidad y toma de decisiones de los distintos funcionarios intervinientes en el proceso.** En concreto, la certificación debe mencionar qué rol juega la persona denunciada en la operación o contratación bajo estudio.
 - **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** relacionada con la operación o contratación cuestionada.
 - **Entrevista de testigos.** Debe tratar de establecerse no solo la participación del funcionario en la operación o contratación sino particularmente la relación de este con los intereses privados involucrados en el negocio.
 - **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, con las personas que de algún modo se hayan involucrado como partícipes en este delito y que estén dispuestas a colaborar con la investigación. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de

Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

- **Realizar y recabar los estudios de registro de las sociedades involucradas y de las actas**, sean estas de la junta directa o de la asamblea (ordinaria o extraordinaria), lo primero para establecer posibles relaciones o conexiones entre las personas particulares y las personas funcionarias públicas, lo segundo para determinar si en las actas quedó registrado algún dato o información que pueda ser utilizada como indicio en la construcción de la hipótesis delictiva.

12. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

12.1. Reseña de votos

Reseña: Consideraciones generales sobre el delito. Contenido de la acción punible prevista en el tipo. Servicio de contaduría privada contra prohibición. Falta de configuración.

Voto: 92-F-93. Fecha: 12/03/1993. Hora: 09:20.⁵²

⁵² Tomado de la Reseña del catálogo de votos, organizados y sistematizados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su Índice General de Jurisprudencia 1990-2004. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004.

Unidad XVII

Concusión

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 348**:

“Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El precepto castiga a la persona funcionaria pública, que en el ámbito de su función **requiere** la entrega de un bien o un beneficio patrimonial jurídicamente indebidos,

porque no están previstos por la ley o, si lo está, el funcionario los requiere en una cuantía que excede la prevista en la ley, para su beneficio personal o de un tercero.

El delito de concusión (*concessio*), etimológicamente significa conmovión y originariamente comprendía las conductas consistentes en constreñir a alguien a dar o prestar algo con abuso del poder público.

La concusión afectaba simultáneamente el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado y el patrimonio del particular, víctima de la indebida exigencia.

El objeto jurídico de esta acriminación es el interés de la administración pública por la **probidad y fidelidad** de la persona funcionaria pública, gravemente comprometida por el hecho de que extorsiona o arranca dinero u otra utilidad a los ciudadanos y, además, el interés de que la libertad de consentimiento de las personas particulares quede ilesa al tratar con los órganos de la administración pública.

3. Conducta típica

La conducta típica está regida por dos verbos rectores, que son de aplicación mixta o alternativa. Es decir, según el caso, puede configurarse la conducta típica con una o con ambas acciones: **obligar** e **inducir**.

Hay una clara relación entre la expresión típica “**obligare**” en el delito de concusión y el verbo utilizado en la tipificación de la conducta del artículo 214 del Código Penal, referido a la extorsión. Así lo ha entendido y explicado la Sala Tercera en numerosos votos,⁵³ concretamente en el Voto N° 2003-00686 indicó:

“Desde el punto de vista del verbo obligar, es claro que se está en presencia de una coerción a la voluntad del particular, para obligarlo a entregar el bien o beneficio patrimonial indebido. La forma en que tal obligación se logre, acerca este aspecto de la figura a la extorsión, si bien tipificarían como concusión de igual manera otras formas de coaccionar la voluntad, distintas de la amenaza graves o intimidación propias de la figura extorsiva...”

Asimismo, hay una cercana relación de la acción “**inducir**”, del delito de concusión con el verbo utilizado en la tipificación de la conducta del artículo 216 del Código Penal, referido a la estafa. En el referido Voto N° 2003-00686, la Sala Tercera señaló al respecto:

“...Por su parte, dentro del prisma de la “inducción”, se tipifican todas aquellas conductas dirigidas –sea mediante engaño, ocultamiento de hechos, falsedades, deformación de hechos reales, omisión de datos y cualesquiera otro mecanismo similar que permita que la víctima sea llevada a otorgar el bien o el beneficio patrimonial– a que se entregue un bien o beneficio indebido. Aquí, la figura se asemeja a la estafa y por ello, no es necesario que la víctima sea consciente del carácter indebido del requerimiento que se le formula. Por el contrario, en la mayoría de los supuestos se estaría en presencia de una víctima que ignora esas circunstancias y que, gracias a la conducta del funcionario, es inducida a entregar lo pretendido...”

Sea que la conducta de la persona funcionaria pública consista en un “**obligar**” o en “**inducir**”, a la persona particular para dar o prometer algo indebido, en ambos casos debe tratarse de **actos abusivos y arbitrarios**, no permitidos ni tolerados por el ordenamiento jurídico. En ese mismo sentido señaló la Sala Tercera en el Voto N° 176-2003:

“...La probidad a la que se refiere esta figura se quebranta si un servidor público comete abusos (su comportamiento extralimita las atribuciones propias del puesto, de modo que se hace algo no permitido) con ocasión del cargo que desempeña (sea que no cumple con las tareas asignadas, sino que

⁵³ Entre otros, ver los Votos N° 418-2005 de las 8:45 horas del 20 de mayo de 2005, N° 686-2003 de las 16:30 horas del 12 de agosto de 2003, N° 176-2003 de las 17:20 horas del 20 de marzo de 2003, N° 1002-2001 de las 9:20 horas del 19 de diciembre de 2001, N° 349-1998 de las 10:12 horas del 27 de marzo de 1998.

aprovecha la condición de laborar para un ente público y así se incurre en la conducta abusiva). A su vez, el abuso del cargo consiste en obligar o inducir a una persona a dar o prometer, para el propio funcionario o para un tercero distinto del Estado, un bien o un beneficio patrimonial que no debe (así se configura la extralimitación de las competencias inherentes al cargo y se da el abuso del mismo, pues se hace algo que el ordenamiento no permite). Es importante destacar que lo que pide el servidor (ya sea la entrega del bien o beneficio patrimonial, o la promesa de entregarlo) es algo que el ordenamiento jurídico no contempla como una de las obligaciones que debe cumplir el individuo a quien se le requiere tal cosa, pues si así fuera, desaparecería el carácter indebido de la entrega o compromiso de dar el bien o beneficio patrimonial. Por el contrario, de lo que se trata es de una actuación propia del funcionario que no resulta amparada –en virtud de que es abusiva– por el Derecho. Nótese que ese bien o beneficio patrimonial que se exige al sujeto pasivo dar o prometer, puede estar destinado al provecho del propio funcionario o incluso a favor de un tercero...”

La **arbitrariedad de la exigencia** puede adoptar dos formas distintas según el modo de actuar de la persona funcionaria pública. Así, puede plantear en forma **explícita** la ilegítima exigencia, pero también

puede hacerlo en forma **encubierta o solapada**, es decir, ocultando a la persona particular la arbitrariedad de lo solicitado. Sea que lo haga abiertamente o en forma implícita, la solicitud arbitraria de entrega de un bien o beneficio patrimonial para sí o para un tercero, configura el tipo penal de la concusión.

4. Carácter indebido

Las acciones típicas referidas deben revestir el carácter de indebidas, es decir, las exigencias previstas deben ser obligaciones no debidas en su totalidad o en la medida de lo requerido por la ley cuando se trate de derechos.

Cuando se habla de “**indebidamente**” se refiere a una exigencia de pago no debida legalmente que se debe producir en el marco del ejercicio de la función pública.

5. Abuso del cargo

Las acciones típicas descritas (**obligar** o **inducir**) deben ejecutarse con **abuso del cargo** que desempeña la persona funcionaria pública.

El requerimiento ilícito debe darse con base en la **función que cumple** el funcionario dentro de la administración pública, ya que en caso contrario no estaría abusando de su cargo, por lo que resulta atípica la conducta. Esto sin perjuicio de que su ilegítima demanda (ajena al cargo que ocupa) pueda subsumirse en otro tipo penal.

Abusar significa, en este caso, usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente alguna cosa.

Debe entenderse que no sólo se reprime el **abuso del cargo** con referencia a la **función específica** que tiene, sino cuando **invoca** su calidad de funcionario público, obligando o induciendo con ello a la persona particular a la entrega o promesa de entrega de un bien o beneficio patrimonial.

El fundamento punitivo de la figura radica en que, en estos casos de concusión, la víctima suele sucumbir al **metus publicae potestatis** (miedo al poder público). Es claro que la intimidación, el respeto o la confianza de la víctima en la persona funcionaria pública, son utilizados como medios para realizar el delito.

6. Bien o beneficio patrimonial

El elemento típico refiere que debe tratarse de **bienes o beneficios patrimoniales**, refleja que estos deben tener contenido económico.

Se descarta de la conducta típica, toda exigencia que verse sobre beneficios no patrimoniales, como son, por ejemplo, la satisfacción estética, sentimental o sensual, o puramente honorífica, o una complacencia de la vanidad o los favores sexuales.

7. El tipo subjetivo

El tipo penal es **doloso**. Exige **dolo directo**.

La persona funcionaria pública debe conocer un elemento normativo del tipo: que obliga o induce a dar o prometer algo **indebido**, sea porque se aparta de la ley, sea porque va más allá de ella.

Como tiene que haber abuso, exigido por el mismo tipo, se descarta el dolo eventual y la culpa.

8. Autoría y participación delictiva

Se trata de un delito **especial propio** porque debe tratarse de una persona funcionaria pública, que abuse del cargo.

El abuso del cargo, lo debe hacer el funcionario público en el ámbito del ejercicio de la función propia, en relación con las actividades inherentes a su función.

Al tratarse de un delito especial propio, sólo es posible la complicidad, más no la coautoría de un tercero no funcionario, ni tampoco la autoría mediata.

Cualquier otra persona que participe en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para ser autor responde sólo como cómplice (artículo 47, Código Penal). Sin embargo, debido a la **interpretación ampliativa** que sostiene la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, del artículo 49 del Código Penal, es posible en algunos casos, que una persona que no reúne la calidad de funcionaria pública sea tenida como coautora por la comunicabilidad de las circunstancias.⁵⁴

⁵⁴ Interpretación ampliativa de la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 49 del Código Penal, adoptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

9. Víctima u ofendido

En el delito de concusión hay dos bienes jurídicos directamente puestos en juego: los deberes de la función pública y el patrimonio de la persona particular.

Por una parte, el Estado resulta ofendido, debido a que la persona funcionaria pública al lesionar los deberes de la función pública perjudica el normal funcionamiento de la administración y, por otra, a la persona particular, pues queda afectado su patrimonio.

Esta reflexión no es académica. En el delito de concusión es viable que la persona particular se constituya como parte querellante y actora civil, conjuntamente con la Procuraduría de la Ética Pública.

10. Consumación y tentativa

Como se indicó, el delito de concusión tiene dos acciones típicas de aplicación mixta o alternativa: obligar e inducir. Sea que el funcionario público corrupto realice la conducta de “obligar” o la de “inducir”, de una forma u otra, con la **sola exigencia** violenta los deberes de la función pública y, como tal, consuma la figura de la concusión.

En otras palabras, es un delito de **mera actividad** que no admite tentativa. Por ello, resulta irrelevante para efectos típicos que la persona funcionaria pública logre su cometido ilícito.

La persona particular podría rechazar la exigencia indebida que le hace el funcionario y simplemente no entregar nada,

que aún en ese supuesto, el delito de concusión se habría consumado. La acción de obligar o inducir es suficiente para consumir el delito, de modo que la lesión o el peligro se identifican y coinciden temporalmente con la acción misma.

11. Diferencia con la exacción ilegal y peculado

La diferencia esencial entre los delitos de concusión (**artículo 348**) y exacción ilegal (**artículo 349**), consiste en determinar el **destino** del bien o beneficio patrimonial indebidamente exigidos. Si el beneficiario de la exigencia o de la inducción es el **erario público** entonces la conducta de la persona funcionaria pública será exacción ilegal, y si el provecho lo recibe el funcionario para sí o para un tercero, es concusión.

Es importante tener en cuenta otra diferencia esencial, esta vez respecto al delito de peculado, el cual dentro de sus modalidades contempla la figura del perceptor. Puede ocurrir que un funcionario en el ámbito de su competencia, tenga la función de percibir dineros de los particulares, pero una vez recaudado lo haga suyo, apartándolo de la esfera de custodia administrativa. En este caso, comete peculado, no concusión.

12. Aspectos procesales

12.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se

encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

12.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación de los delitos de concusión, en principio resultan muy operativas. No debemos olvidar que se trata de un delito que involucra dos verbos o modalidades de acción, que pueden ser mixtas o alternativas. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** En este delito resulta esencial la declaración o

denuncia de la persona ofendida. Debe quedar debidamente establecido en qué consistió la acción antijurídica del funcionario, es decir, si se trató de una inducción a error (modalidad similar a la estafa) para que el ofendido hiciera entrega de un bien o beneficio patrimonial o si por el contrario se trató de una exigencia (modalidad similar a la extorsión). La **iniciativa de la entrega** indebida del bien o beneficio patrimonial debe ser siempre del funcionario, no de la persona denunciante. Lo solicitado por el funcionario es en su beneficio o de un tercero.

- **Solicitar al juez, el marcaje de los billetes o la descripción del bien que debe entregar el ofendido al funcionario denunciado.** Esto en caso de que la entrega del bien o el beneficio patrimonial se hubiera pactado para un momento posterior y haya dado oportunidad de que el ofendido acuda a las autoridades judiciales a presentar su denuncia. Obviamente, deberá actuarse en plena coordinación con la policía judicial para el “operativo de entrega controlada”. Si el juez no pudiera o no dispone presenciar la diligencia de entrega controlada o hubiera rechazado la solicitud de identificación o marcaje de los billetes o bienes, procederá el Fiscal únicamente con la Policía, dejando documentado en el legajo de investigación tanto la denegatoria del juez como los pasos seguidos previos a la entrega y las observaciones que se deriven propiamente

de esta. También en estos casos, se sugiere contar con la presencia de la defensa pública en resguardo de las garantías y derechos de la persona imputada.

- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del funcionario involucrado en la concusión.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por el denunciante, una vigilancia de los movimientos del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe documentarse la entrega del dinero o bienes que hace el ofendido al funcionario. En lo posible, deberá la policía proceder a **la inmediata detención del funcionario**, una vez verificada la entrega de los bienes, en tanto no signifique un riesgo para la persona ofendida. Si el operativo de entrega no resulta exitoso, porque el imputado se dio cuenta de la presencia policial, aún así deberá procederse con su detención, pues debe recordarse que el delito como tal se configuró y consumó desde el momento en que el funcionario obligó o indujo al ofendido a realizar la entrega indebida. El operativo de entrega controlada solo tiene una finalidad probatoria de comprobación, pero, que en modo alguno desplaza o modifica el momento de consumación del delito.
- **Requisita de la persona detenida**, con el objetivo específico de comprobar si oculta en su cuerpo o en su vestimenta, dineros u otras pertenencias (joyas, títulos, etc.), de la persona concusionada. Debe

quedar claro que de acuerdo con el caso concreto, la requisita también puede recaer en una persona distinta de la persona imputada (por ejemplo, cuando el imputado envía a otra persona a recoger el premio); en ambos casos, ni la persona imputada ni el tercero pueden negarse a que se le practique la requisita. En ausencia de juez, resulta recomendable contar con la presencia de la defensa pública.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** relacionada con la “actividad ilícita” del funcionario. Esto resulta de mucha utilidad, en especial cuando se trata de trámites anteriores frustrados en perjuicio de la persona ofendida, pues ello demuestra que el funcionario creó las condiciones previas necesarias para someter la voluntad de la persona ofendida y convencerlo de la necesidad de “pagar” por un servicio o función pública, que en principio no está obligado a hacer. Estos casos de concusión, por lo general suelen ocurrir en instituciones donde las personas se ven obligadas a acudir en busca de autorizaciones o aprobaciones o vistos buenos para determinada actividad, como por ejemplo, las municipalidades, el Ministerio de Salud, MOPT, otras.
- **Entrevista de testigos.** En ocasiones, las exigencias indebidas de dineros o bienes las realiza el funcionario en presencia de terceras personas, como secretarías, choferes, o compañeros de trabajo; no es extraño que, si el funcionario lleva mucho tiempo cometiendo delitos de concusión llegue a sentirse seguro o confiado y realice solicitudes de dineros o bienes a las personas ofendidas, incluso en presencia de personas cercanas a la persona ofendida. Todas estas personas deben ser entrevistadas y ofrecidas como prueba adicional que apoye la versión de la persona ofendida. También puede resultar de utilidad la entrevista de las personas que presenciaron la entrega controlada del dinero o bien al funcionario.
- **El informe policial de la diligencia de entrega controlada.** Es importante que además del acta que levanta el juez o el fiscal, también se cuente con el respectivo informe de la policía judicial que organizó y ejecutó el operativo policial, pues se trata de elementos adicionales de convicción que refuerza la base probatoria del caso.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, con la persona ofendida si por alguna razón su participación en los hechos le genera algún grado de responsabilidad (por ejemplo, por haber realizado un

primer pago en el que pudiera verse algún grado de intervención como sujeto corruptor). En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como de la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FA-DECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

13. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

13.1. Análisis de votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito en estudio. Hemos procurado sintetizar el contenido del voto, señalando con palabras nuestras la solución dada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Para el mejor entendimiento, hemos también expuesto bajo el título “caso práctico” el resumen de los hechos que dio lugar al voto y en algunos de ellos, nos hemos permitido hacer un comentario.

13.1.1. Innecesario que el “cobro indebido” sea un acto funcional propio

En el **Voto N° 526-06** de las 9:10 horas del 7 de junio de 2006, la **Sala Tercera** rechazó el recurso de casación de un defensor, que reclamaba la errónea calificación legal de la conducta por la que se condenó a su representado. Según el recurrente el Tribunal únicamente se limitó a establecer la condición de funcionario público que ostentaba el imputado, para de seguido concluir que se aprovechó de esa condición para inducir al ofendido a entregarle un dinero que no debía, a cambio de una presunta deuda que no era real, pretendía obtener un beneficio patrimonial indebido. En criterio del impugnante, para que se aplique la figura de la concusión, el funcionario debe encontrarse realizando un acto funcional propio y el imputado al laborar en un departamento que no tenía relación con los cobros, presenta una conducta atípica. La Sala rechazó el alegato señalando que con independencia de si se trata de un acto funcional o no, pues no se está en el terreno del cohecho impropio, lo que importa para efectos de tipicidad es que el imputado haya aprovechado su condición de funcionario público para inducir en error al ofendido, haciéndole creer que para la obtención del permiso que buscaba debía primero pagar una deuda, que no existía en realidad, con el propósito, por parte del funcionario, de obtener por medio de ese engaño un beneficio indebido.

CASO PRÁCTICO

RAA funcionario municipal del Departamento de Publicidad y Vallas Publicitarias,

aprovechando las múltiples visitas del ofendido RPG a esa municipalidad por el trámite de un permiso de construcción, aprovecha para indicarle que para obtener el permiso que busca primero tenía que cancelar una deuda de impuestos pendientes, ante esto el ofendido RPG le señala que no tenía deuda pendiente, a lo que el imputado RAA le insiste en que dicha deuda aparecía en la pantalla de su computadora, pero que si le daba 150 mil colones la hacía desaparecer del sistema. Seguro de que no debía nada y extrañado por el comportamiento del funcionario, el ofendido RPG acude al O.I.J., donde se monta un operativo que culmina con la detención de RAA en un restaurante, lugar donde se convino la entrega del dinero. Al imputado se le encontró el dinero previamente identificado por un juez, así como falsos comprobantes de cancelación de impuestos municipales.

Comentario

La solución dada por la Sala Tercera fue la correcta. En efecto, lo que interesa para la configuración del delito de concusión, en el caso planteado, era que el imputado aprovechara como en efecto pretendió hacer, su investidura de funcionario para “inducir a error” al ofendido, haciéndole creer que debía pagar una deuda por concepto de impuestos atrasados que en realidad no existía. El alegato del defensor de que el imputado no trabajaba en el departamento de cobros y por consiguiente, lo exigido al ofendido no era parte de un acto funcional propio, resultaba irrelevante, pues en todo momento como quedó acreditado

trató de aprovecharse de su investidura de funcionario (no de las funciones del cargo) para inducir al ofendido a entregar un dinero que no debía.

13.1.2. Ausencia de coacción o amenaza y, o temor en el ofendido, no elimina la tipicidad

Otro alegato de la defensa y objeto de análisis por la **Sala Tercera**, en el citado **Voto 526-06**, fue que en este caso no medió coacción o amenaza alguna del imputado hacia la víctima y según la lectura que estima corresponde hacer al artículo 348 del Código Penal, debe tratarse de una solicitud inminente que haga creer al sujeto pasivo que tendrá graves consecuencias de negarse al pedido, pero en el caso concreto la presunta víctima era consciente que no tenía deuda alguna con la municipalidad de modo que ese extremo del hecho no se dio. Reitera que el imputado “*nunca estuvo en una situación de poder*” en relación con el ofendido quien, por el contrario, lo invitó a su restaurante a “*montar*” todo el operativo, con el cual el O.I.J. detuvo a su cliente. La Sala rechaza el recurso señalando que la concusión, por la estructura particular de la norma en nuestro Código Penal, que difiere de la de otros ordenamientos, es posible tanto cuando se compele y coacciona al particular a entregar un beneficio indebido, como cuando se le induce mediante engaño, lo que hace a esta figura afín a la estafa y a la extorsión, con la particularidad de que el sujeto activo es un funcionario público que se aprovecha de su investidura para cometer el hecho.

Comentario

La respuesta de la Sala es correcta. El artículo 348 del Código Penal contempla dos acciones rectoras: inducir u obligar. No es necesario en todos los casos que la víctima sea coaccionada u obligada, también se configura la concusión cuando se induce a error para la entrega indebida de un bien que no está obligado a hacer la víctima. El caso planteado, además, nos permite reseñar que la concusión es un delito de mera actividad. Por ello, la sola solicitud o petición indebida de la persona funcionaria pública, basta para lesionar los deberes de la función pública, consumando con la acción el delito. No se requiere que la víctima se sienta efectivamente atemorizada, coaccionada, obligada o incluso engañada. Como en este caso, por ejemplo, la víctima RPG nunca se creyó obligada a pagar nada y por el contrario, acudió al O.I.J. a denunciar, lo que permitió montar el operativo y culminar con la detención del funcionario corrupto.

13.2. Reseña de votos

13.2.1. Reseña: Diferencia funcional entre agente encubierto y agente provocador.

Voto: 10-1997 Fecha: 17/01/1997
Hora: 08:45 ⁵⁵

13.2.2. Reseña: Acuerdos entre el funcionario y el particular no excluyen el ilícito

Voto: 686-2003 Fecha: 12/08/2003
Hora: 16:30 ⁵⁶

13.2.3. Reseña: La conducta de “inducir” la entrega del bien o beneficio patrimonial. Si bien puede inducirse a una víctima mediante sutiles presiones que implican que ella sea consciente de que se le quiere llevar a algo que no debe, también lo es que se puede inducir mediante el engaño, la deformación de los hechos o la omisión de datos o información relevante y en estos casos, la víctima no es consciente de su manipulación por lo que también se trata de una concusión.

Voto: 686-2003 Fecha: 12/08/2003
Hora: 16:30 ⁵⁷

13.2.4. Reseña: Diferencia con el delito de Cohecho propio

Voto: 239-2001 Fecha: 02/03/2001
Hora: 09:15 ⁵⁸

13.2.5. Reseña: Bien jurídico tutelado. Configuración. Considerando VI

Voto: 176-2003 Fecha: 20/03/2003
Hora: 17:20 ⁵⁹

⁵⁵ Tomado de la Reseña del catálogo de votos, organizados y sistematizados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su Índice General de Jurisprudencia 1990-2004. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

13.2.6. Reseña: Distinción entre cohecho y concusión

Voto: 196-90 Fecha: 13/07/1990
Hora: 10:05 ⁶⁰

13.2.7. Reseña: Diferencia con la exacción ilegal

Voto: 175-A-92 Fecha: 15/04/1992
Hora: 10:15 ⁶¹

13.2.8. Reseña: Comprende dos conductas típicas: obligar e inducir. La descripción típica de esta conducta en nuestro Código Penal es especial y diferente de la que existe en otros ordenamientos. Se trata de dos formas distintas de realizar la conducta: obligar, que claramente implica una coerción de la voluntad cercana a la extorsión e inducir, que podría fácilmente originarse en mecanismos sutiles de engaño lo que lo acerca a la figura de la estafa, ambos calificados por el contexto en que suceden y obviamente por la condición de funcionario público del sujeto activo.

Voto: 686-2003 Fecha: 12/08/2003
Hora: 16:30 ⁶²

13.2.9. Reseña: Sobre la conducta de “inducir” la entrega del bien o beneficio patrimonial. La libre determinación de voluntad se afecta tanto cuando se obedece a una coacción, como cuando se actúa bajo error o engaño, porque se configura en estos supuestos –como ocurre en la extorsión y la estafa– una autolesión al patrimonio que no es querida ni deseada.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

Voto: 686-2003 Fecha: 12/08/2003
Hora: 16:30 ⁶³

13.2.10. Reseña: Consideraciones sobre el tipo penal. Falta de configuración

Voto: 457-2004 Fecha: 11/05/2004
Hora: 16:15 ⁶⁴

13.2.11. Reseña: Sanción administrativa y penal (prisión e inhabilitación). Un mismo hecho puede generar a la vez responsabilidad penal y disciplinaria y existe independencia entre el procedimiento administrativo y el juzgamiento de los hechos en la vía penal.

Voto: 1142-2004 Fecha:
27/09/2004 Hora: 09:30 ⁶⁵

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

Unidad XVIII

Exacción ilegal

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 349**:

“Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebidos o mayores que los que corresponden.”

Se configura cuando el reclamo se hace **en provecho exclusivo de la administración**, situación que funda el derecho de castigar a la persona funcionaria pública por el modo ilícito e indebido –abuso funcional– de exigir o hacer pagar o entregar una contribución o cobrar mayores derechos.

En este supuesto, la administración se beneficia con la injusta exigencia formulada por el funcionario. Si cuando traspasa su autoridad tiene por objeto no su interés privado, sino el del Estado; es culpable siempre de un **exceso** pero la exacción no tiene el carácter reprochable de otros delitos, por ejemplo de un robo.

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae sobre una contribución o un derecho, jurídicamente indebidos, si no están previstos por la ley o, si lo está, la persona funcionaria pública los requiere en cuantía que excede la prevista en la ley.

La exacción se entiende como recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, esto es, algo que se puede adeudar al Estado.

3. Conducta típica

Las acciones descritas por el tipo penal, son: **exigir**, **hacer pagar** o **hacer entregar**, indebidamente, contribuciones o derechos mayores derechos que los que corresponde, abusando del cargo.

Por **exigir** se entiende demandar imperiosamente, esto es, obrar caprichosamente, despóticamente.

Hacer pagar significa, solicitar imperiosamente el pago de dinero o documentos con poder cancelatorio (vgr., cheques).

Hacer entregar significa, hacer dar algo que tenga valor o cumpla una función económica, y cobrar es percibir algo en pago.

Se da la arbitrariedad de la exigencia formulada por la persona funcionaria pública, cuando aquella que pasa de ser legítima a convertirse en ilegítima teniendo en cuenta para ello el **abuso funcional** con que se formula la exigencia.

4. Carácter indebido

Las acciones típicas referidas deben revestir el carácter de **indebidas**, es decir, las exigencias previstas deben ser obligaciones no debidas en su totalidad o en la medida de lo requerido por la ley cuando se trate de derechos.

El carácter “**indebido**” constituye un elemento normativo del tipo, siempre referido a una exigencia de pago no debida legalmente, que se debe producir en el marco del ejercicio de la función pública.

La ilegitimidad puede provenir precisamente de la ausencia de todo derecho o título para formular la exigencia, extremo que acontece cuando el autor carece de facultades para realizar la demanda, la cual se torna ilegítima.

Sin embargo, puede ocurrir lo contrario, vale decir, que el funcionario público actúe dentro del marco de sus funciones pero la exigencia se convierta en arbitraria por el exceso en su formulación.

5. Abuso del cargo

Las acciones típicas deben ejecutarse con **abuso del cargo** que desempeña la persona funcionaria pública.

Abusar significa, en este caso, usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente alguna cosa.

Si el funcionario público no se vale de su **autoridad** para exigir derecho mayor del que correspondía, no se configura la exacción ilegal.

6. Contribuciones o derechos

Los objetos de las exacciones pueden ser **contribuciones o derechos**.

Las **contribuciones** se refieren a impuestos, tasas y contribuciones especiales; en una palabra, se trata de: tributos. Los tributos son prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige de las personas físicas y jurídicas con el objeto de obtener recursos para

el cumplimiento de sus fines (**Artículo 4** del Código de Normas y Procedimientos Tributarios).

Los **derechos** pueden referirse a pagos por prestaciones de servicios, sanciones (multas), u obligaciones fiscales provenientes de otros actos administrativos especificados sobre determinadas personas físicas o jurídicas (por ejemplo, permisos de instalación en la vía pública, autorización para el ejercicio de una actividad, otros).

7. El tipo subjetivo

Es un delito **doloso**. Se exige **dolo directo**.

La persona funcionaria pública debe **conocer** uno de los elementos normativos del tipo: que lo que cobra de más es **indebido**, sea porque se aparta de la ley, sea porque va más allá de ella.

Como tiene que haber **abuso**, exigido por el mismo tipo, se descarta el dolo eventual y la culpa.

8. Autoría y participación delictiva

Se trata de un delito **especial propio** porque debe ser necesariamente una persona funcionaria pública, que abuse del cargo y que esté facultada legalmente para percibir la contribución o los derechos.

Al tratarse de un delito especial propio, sólo es posible la complicidad, más no la coautoría de un tercero no funcionario, ni tampoco la autoría mediata.

Cualquier otra persona que participe en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para ser autor responde sólo como cómplice (artículo 47, Código Penal). Sin embargo, debido a la **interpretación ampliativa** que sostiene la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, del artículo 49 del Código Penal, es posible en algunos casos, que una persona que no reúne la calidad de funcionaria pública sea tenida como coautora por la comunicabilidad de las circunstancias.⁶⁶

9. Víctima u ofendido

En este delito hay dos bienes jurídicos en juego: los deberes de la función pública y el patrimonio de la persona particular.

Por una parte el Estado resulta ofendido, pues la persona funcionaria pública al lesionar los deberes de la función pública perjudica el normal funcionamiento de la administración, y por otra la persona particular, debido a que queda afectado su patrimonio, por haber sido obligado a pagar demás.

Esta reflexión no es académica. En el delito de exacción ilegal es viable que la persona particular se constituya como parte querellante y actora civil, conjuntamente con la Procuraduría de la Ética Pública.

⁶⁶ Interpretación ampliativa de la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 49 del Código Penal, adoptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

10. Consumación y tentativa

Es un delito de mera actividad. No admite tentativa. Se trata de un delito formal entendido como tal, aquel en el cual la acción es suficiente para consumarlo, de modo que la lesión o el peligro se identifican y coinciden temporalmente con la acción misma.

11. Diferencia con la concusión y el peculado

La diferencia esencial entre los delitos de concusión (**artículo 348**) y exacción ilegal (**artículo 349**), consiste en determinar el **destino** del bien o beneficio patrimonial indebidamente exigidos. Si el beneficiario de la exigencia o de la inducción es el **erario público** entonces la conducta de la persona funcionaria pública será exacción ilegal, y si el provecho lo recibe el funcionario para sí o para un tercero, es concusión. Así lo ha entendido la Sala Tercera al señalar:

“...Nótese que ese bien o beneficio patrimonial que se exige al sujeto pasivo dar o prometer, puede estar destinado al provecho del propio funcionario o incluso a favor de un tercero. Claro está que ese destinatario no es el Estado, pues si fuera a favor de éste que se realiza el cobro, se estaría ante el delito de exacción ilegal y no el de concusión. Ya esta Sala ha advertido que la diferencia entre esos dos delitos radica en el destino que se dé o pretenda darse a los bienes o beneficios patrimoniales que se

*obtengan mediante la conducta prohibida (en ese sentido puede verse la resolución de este Despacho N° 175-A-92 de las 10:15 horas del 15 de abril de 1992)...”*⁶⁷

Es importante tener en cuenta otra diferencia esencial, esta vez respecto al delito de peculado, el cual dentro de sus modalidades contempla la figura del perceptor. Puede ocurrir que una persona funcionaria pública en el ámbito de su competencia, tenga la función de percibir pagos que realizan los particulares a favor de la Administración Pública y que, una vez efectuada la recaudación, proceda la persona funcionaria pública a hacer suya la cantidad recaudada, apartándolo (por sustracción o distracción) de la esfera de custodia administrativa. En tal caso, la conducta de esa persona sería configurativa de peculado, mas no de exacción ilegal o concusión.

12. Aspectos procesales

12.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas

⁶⁷ Ver Voto N° 418-2005 de las 8:45 horas del 20 de mayo de 2005 y Voto N° 1002-2001 de las 9:20 horas del 19 de diciembre de 2001, ambos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado

el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí, la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

12.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer la exacción ilegal son menos operativas que las del delito de concusión, en parte porque usualmente los requerimientos de entrega de dineros o bienes en exceso que hace el funcionario al ofendido, son destinados a la misma Administración. Por ello, estimamos pertinentes las siguientes diligencias:

Recibir la denuncia. En este delito resulta esencial la declaración o denuncia de la persona ofendida. Debe quedar debidamente establecido en qué consistió la acción antijurídica del funcionario, para

que el ofendido hiciera entrega de una contribución o derechos indebidos. La **iniciativa de la entrega** indebida del bien o beneficio patrimonial debe ser siempre del funcionario, no de la persona denunciante. Lo más importante para efectos de tipicidad, es establecer que lo solicitado por el funcionario **no es en su beneficio personal o de un tercero**, de lo contrario constituiría concusión y no exacción ilegal.

Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales.

Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada relacionada con la “actividad ilícita” del funcionario. Esto resulta muy útil

cuando se trata de casos ocurridos a lo interno de las municipalidades u oficinas del gobierno donde se deben realizar trámites burocráticos.

Entrevista de testigos. Por ejemplo, otros empleados de la institución que pudieran explicar el por qué del cobro excesivo de la contribución o del derecho, lo cual podría dar lugar a considerar que se trata de un error de tipo o de prohibición por parte del funcionario investigado.

13. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

13.1. Reseña de votos. Diferencia con la concusión

Voto: 175-A-92 Fecha: 15/04/1992
 Hora: 10:15 ⁶⁸

⁶⁸ Tomado de la Reseña del catálogo de votos, organizados y sistematizados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su Índice General de Jurisprudencia 1990-2004. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004.

Unidad XIX

Prevaricato

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 350**:

“Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.

Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitrajes.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley Nº 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción típica recae en la legalidad y la veracidad de las resoluciones que, en razón de su cargo, deben dictar algunos funcionarios judiciales y, o administrativos.

Dado que la función de dictar resoluciones está más identificada con la función de los jueces del Poder Judicial, en la doctrina es común que se mencione que el prevaricato es un delito que atenta contra la administración pública pero esencialmente contra la administración de justicia.

En la prevaricación, se tuerce el derecho por parte de quienes están sometidos únicamente al imperio de la ley.

Cuando tratamos el concepto de administración pública, señalamos que está referido a todas las funciones del Estado moderno, es una de ellas la función de juzgar. Esta función de juzgar o de declarar el derecho, es lo que constituye la esencia de la jurisdicción.

La Constitución Política reserva, como función primaria del Poder Judicial la fun-

ción de ejercer la jurisdicción, esto es, el poder de juzgar y de declarar el derecho. Esa función es realizada por los jueces del órgano jurisdiccional y que se divide, por razones de trabajo, en diversas competencias:

- a) **Por materia** (civil, laboral, penal, familia, contencioso administrativa, agraria, otras);
- b) **Por territorio** (Primer Circuito Judicial de San José, Segundo Circuito Judicial de Alajuela, Tercer Circuito Judicial de San José, otros);
- c) **Por grado** (jueces de primera instancia, de segunda instancia, del Tribunal de Casación, Magistrados de las Salas de Casación, otros).

Aunque la Constitución Política ha reservado la función de juzgar a los jueces del Poder Judicial, no significa que otros funcionarios distintos a los judiciales, también tengan dentro de sus competencias funcionales dictar resoluciones (aunque no de carácter jurisdiccional).

Dentro de la Administración Pública existen no solo tribunales administrativos integrados o adscritos en diversas instituciones integrados por jueces no jurisdiccionales (Tribunal Fiscal Administrativo, Tribunal del Servicio Civil, otros), sino que, aún otros funcionarios administrativos no jueces, también emiten resoluciones como parte del ejercicio de sus funciones (el Director General de Migración, el Regulador General de los Servicios Públicos, el Consejo Técnico de Aviación Civil, otros más).

Lo esencial es el “**dictar resoluciones**”, lo sea al amparo de la legalidad y la ver-

acidad, pues el funcionario público, judicial o administrativo, se encuentra obligado en cada uno de sus actos a observar y cumplir los deberes funcionales. Por ello, al resolver los asuntos sometidos a su consideración, el funcionario debe guiarse por la probidad, la buena fe, la transparencia, la imparcialidad, entre otros.

3. Conducta típica

El delito consiste en “**dictar una resolución**” que tenga los siguientes caracteres:

- a) **ser contraria a la ley**
- b) **fundarse en hechos falsos.**

Es decir, son dos las circunstancias en las que puede darse el prevaricato del funcionario judicial o administrativo: el dictado de resoluciones contrarias a la ley (*prevaricato de derecho*) o fundar esas resoluciones en hechos falsos (*prevaricato de hecho*).

El concepto de “**resolución**” constituye un elemento normativo del tipo penal y su definición la encontramos en diversos cuerpos normativos.

En el ámbito jurisdiccional, las resoluciones se distinguen en providencias, autos y, o sentencias. Cualquiera que sea la calidad de la resolución emitida, puede ser constitutiva de prevaricato, si se cumple con los restantes elementos de tipicidad objetiva y subjetiva.

En el ámbito administrativo, la Ley General de la Administración Pública, establece que se entenderá por resolución

el acuerdo de la administración que resuelve un reclamo o un recurso del administrado (artículo 121 inciso 3°).

En algún momento se quiso restringir el concepto “resolución” del delito de prevaricato administrativo a lo que estrictamente establecía el artículo 121 inciso 3°) de la LGAP, lo que provocó una laguna de impunidad, debido a que algunos cuestionados acuerdos que no resolvían un recurso o reclamo del administrado, eran considerados atípicos.

Sin embargo, en el **Voto N° 1021-2000**, de las 10:45 horas del 1° de setiembre de 2000, la **Sala Tercera** vino a corregir el problema, al resolver un recurso del MP, en cuanto definió los alcances que debía dársele al elemento normativo “resolución”, en el prevaricato cometido en el ámbito administrativo. En esa oportunidad, la Sala señaló que restringir el concepto de “resolución” únicamente para aquellos acuerdos que resuelven un reclamo o recurso del administrado, es dejar vacío el elemento “resolución” del prevaricato. Por ello, por resolución administrativa se alude a toda decisión final tomada por un ente administrativo que afecte derechos e intereses de los administrados, tras cumplir el procedimiento respectivo, lo cual incluye procedimientos y decisiones tomadas de oficio y aun cuando no estén referidas a resolver un recurso o reclamo del administrado.

3.1. Prevaricato de derecho

Determinar el prevaricato con respecto al **derecho** no es tarea fácil, por la sencilla

razón de que los funcionarios públicos, en particular los jueces del Poder Judicial tienen libertad de criterio e interpretación.

En lo que respecta a los jueces del Poder Judicial, se ha insistido que como garantía de **independencia e imparcialidad**, solo están o deben estar sometidos a la Constitución, la Ley (no solo en sentido formal sino material)⁶⁹ y a lo que señalen las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuya jurisprudencia es **vinculante** erga omnes.

Los funcionarios públicos que emiten resoluciones, en el ejercicio de la libertad de criterio e interpretación, pueden equivocarse y de hecho, se equivocan con frecuencia. Prueba de ello en materia penal, son los múltiples recursos de casación declarados con lugar.

Si cada vez que incurriesen en errores jurídicos, pudieran ser acusados de prevaricato, posiblemente todos los jueces sin excepción ostentarían el dudoso título de “imputado” por prevaricato, cada vez que se revocara una resolución en alzada.

Por ello, para que se configure el prevaricato de derecho es necesario que la resolución dictada sea **contraria al ordenamiento jurídico** y que lo sea de una manera manifiesta, evidente e incuestionable. Incluso, la contradicción sea **grosera**, hasta para el profano en derecho.

Si una resolución –judicial o administrativa– se basa en una de las tantas interpretaciones posibles que puede dársele a un

⁶⁹ Incluye todo el bloque de legalidad: leyes, reglamentos, decretos, otros.

texto legal, no habrá prevaricato, por más que las otras interpretaciones se hayan dado en forma reiterada en instancias superiores (por ejemplo, la abundante jurisprudencia sobre punto en concreto emanada de las Salas de Casación). En este sentido se pronunció la Sala Tercera en el Voto N° 115-2005 de las 14:30 horas del 23 de febrero del 2005, al señalar:

“...Esta Sala de Casación Penal no puede entrar a conocer si la resolución que se reclama, se equivocó o no se equivocó respecto a las consecuencias jurídicas y de interpretación de la ley, que les permitió concluir en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 4349 del 11 de julio de 1969, sino que el análisis debe limitarse a establecer si existe o no un delito de prevaricato en los hechos denunciados... Como bien lo indica el Fiscal General de la República, si el prevaricato se diera por una errónea interpretación de la ley, cada vez que por vía de recurso se revoca o anula una resolución por una aplicación equivocada de la misma, existiría el delito de prevaricato, que en todo caso, para que se configure debe existir el dolo de resolver en forma contraria a la ley o fundada en hechos falsos... Al respecto esta Sala ha señalado que: ‘...*la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la “interpretación de la ley”, está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre*

la base de algún precepto insospechado de derecho [...], es decir, que: «cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia–, el juez no prevaricaría al aplicarla» (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948) [...] El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contradicción entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí..’ (Sala Tercera, V-183-F de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995)...”

En la práctica las partes solicitan al juez aplicar determinado precepto legal, en ocasiones hasta con vehemencia, que obviamente favorece sus intereses de parte. Sucede, con frecuencia, que el juez no aplica la normativa solicitada, sea porque estime que no procede o porque en su criterio otra disposición se ajusta mejor a las circunstancias del caso. En tales supuestos tampoco se configura el delito de prevaricato.

Sí configuraría el prevaricato si el juez para rechazar la solicitud de la parte, invoca dolosamente otra ley o hace alusión a un voto de la Sala Constitucional, **sabiendo** que dispone otra cosa o que se trata de una ley derogada o de un voto inexistente.

De todas formas, siempre será tema difícil acusar y probar la existencia del prevaricato. En algunos casos, podrá evidenciarse el delito cuando la interpretación que se hace de la ley sea grosera incluso para el profano y se aprecie en la resolución cuestionada un argumento forzado cuya conclusión no corresponda abiertamente con lo que dice el precepto legal.⁷⁰

Pero debe tomarse en cuenta que la sola circunstancia de que una resolución resulte contraria a la ley, no significa automáticamente la configuración del prevaricato. Es necesario demostrar la tipicidad subjetiva en la actuación, esto es, la existencia del dolo directo.

3.2. Prevaricato de hecho

El delito también puede consistir en la **invocación falsa de los hechos**, sin perjuicio de que se debe tener en cuenta el margen de interpretación que tiene la persona funcionaria pública sobre el asunto que resuelve.

El elemento típico de fundar la resolución en hechos falsos, puede derivar de dos

vertientes, de una **falsa fundamentación fáctica** o bien, de una **falsa fundamentación probatoria**.

Existirá una falsa fundamentación fáctica, cuando el funcionario judicial o administrativo, fija en la resolución un cuadro de hechos que sabe que no existieron o que habiendo existido ocurrieron de otra manera.

Existirá una falsa fundamentación probatoria, cuando el funcionario judicial o administrativo, consigna en la resolución una falsa acreditación de los hechos por medio de la valoración de elementos de prueba que no existieron o que habiendo sido recibidos en el proceso fueron excluidos por ilegales, o bien que esos elementos probatorios no guardan, ni por asomo una relación lógica y suficiente para llegar a las conclusiones que consigna la resolución. Por ejemplo, en la sentencia absolutoria los jueces de juicio fundamentaron su decisión al valorar la declaración que rindió un supuesto testigo, que en realidad nunca compareció al debate y que no fue ofrecido, ni conocido por ninguna de las partes, ni admitido por el juez que conoció el asunto en la etapa intermedia.

De nuevo es importante aclarar. Puede suceder y de hecho sucede, que los fiscales reciben notificación de resoluciones dictadas por los jueces con estas características, pero esa tipicidad objetiva debe ser completada con la tipicidad subjetiva: **el dolo**. Sin dolo (directo), no hay prevaricato, por grosera y aberrante que resulte la resolución cuestionada.

No existe base para iniciar causa por este delito, si lo que se desprende de la denun-

70 Sobre la interpretación de la ley en el delito de prevaricato, en su solicitud de desestimación formulada en la 03-005525-0647-PE, ante los Magistrados de la Sala Tercera, el Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz, Fiscal General de la República, señaló: "...el criterio de la Fiscalía es que no existe el delito de prevaricato cuando lo que está de por medio son criterios de interpretación de la ley. Para fundamentar este punto señala cuáles son dichos criterios, a saber: la interpretación gramatical, la interpretación histórica, la interpretación teleológica, la interpretación sistemática y la interpretación lógica, agrega que: '*en la medida en que el resultado interpretativo derive de la aplicación de las técnicas hermenéuticas dichas, el resultado es legal aunque existan otras conclusiones también aceptables; de no ser así, cada vez que un tribunal de superior jerarquía revoque una resolución conocida en alzada bajo una interpretación normativa distinta a la del juez inferior, habría de concluirse el prevaricato de este último*'

cia es la existencia de una discrepancia con el funcionario judicial o administrativo en cuanto a la selección y valoración de las pruebas efectuadas. En este aspecto —el funcionario es soberano— y por ello, ajeno a la arbitrariedad, resultando atípica la conducta.

4. Agravante. Sentencia condenatoria en causa criminal

El párrafo segundo del artículo 350 del Código Penal establece como agravante del delito de prevaricato:

“Si se tratara de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.”

La razón de la agravante es obvia. Después de la vida, la libertad es el bien jurídico más sagrado y valioso de los seres humanos. No pasa inadvertido a los legisladores la idea de que un juez o jueza de la jurisdicción penal, competente para dictar sentencias “condenatorias”, actuando en forma contraria a sus deberes funcionales, prive ilegítimamente de su libertad a una persona.

Se discute en doctrina si el elemento típico “**causa criminal**” se refiere solo a las causas por delitos o si también alcanza las sentencias condenatorias dictadas por faltas y, o contravenciones. Somos del criterio que ese elemento típico únicamente se refiere a los procesos seguidos por delitos, por dos razones: la primera, por la prohibición de analogía del artículo 3 del Código Penal (crimen como sinónimo de delito) y segundo, porque la razón

de la agravante es la privación ilegítima de libertad de una persona a través del dictado de una resolución, esa privación de libertad no tiene razón de ser en las faltas y contravenciones, desde que la Sala Constitucional eliminó la posibilidad de conversión de las multas por faltas y contravenciones en penas de prisión.

Por razones obvias, la agravante del párrafo segundo del artículo 350 sólo aplica en las sentencias **condenatorias**, no en las absolutorias. Si en estas últimas se diera un supuesto de prevaricato, sería solo aplicable la figura básica del párrafo primero.

5. Autoría

Se trata de un delito **especial de propia mano**. Solo el funcionario judicial o administrativo “**competente**” para dictar resoluciones puede ser autor o autora del delito de prevaricato.

En cuanto a los funcionarios judiciales competentes para dictar “resoluciones”, están por antonomasia los jueces de cualquiera de las ramas jurisdiccionales existentes (civil, agraria, penal, laboral, familia, pensiones, violencia doméstica, penal juvenil, contencioso administrativa, otros).

También pueden ser autores los funcionarios judiciales, que sin tener la condición de jueces, dictan resoluciones como parte de sus competencias funcionales (por ejemplo, los inspectores judiciales, el jefe de Asuntos Internos del Organismo de Investigación Judicial, el Director General

del Organismo de Investigación Judicial, el Fiscal General de la República, el Consejo Superior del Poder Judicial, otros).

Los fiscales del Ministerio Público no pueden ser autores de prevaricato, por los requerimientos o dictámenes fiscales conclusivos que emitan. Esto por cuanto las solicitudes de desestimación, sobreseimiento e incluso las acusaciones formales, no constituyen resoluciones en el sentido típico que lo exige la figura del prevaricato.

Es factible encontrar en el ámbito administrativo de los otros poderes del Estado, personas funcionarias públicas competentes para dictar resoluciones, en ese tanto, pueden ser autores de prevaricato.

6. Prevaricato de personas equiparadas

En el párrafo tercero del artículo 350 del Código Penal, se establece que:

“Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.”

La ley ha equiparado la labor de estos sujetos privados (**árbitros y arbitradores**) con la de los funcionarios judiciales y administrativos que tienen competencia para dictar resoluciones, recordándoles por medio del prevaricato, al igual que a los funcionarios públicos, que tienen obligación de observar los deberes de la función pública, en particular los deberes de probidad, imparcialidad, objetividad y transparencia.

En el fondo, la labor de los **árbitros y arbitradores**, no se diferencia de la que cumplen los jueces del órgano jurisdiccional. La diferencia con el órgano jurisdiccional, radica en que los árbitros y arbitradores se constituyen por voluntad de las partes.

Existen diversas clases de arbitrajes: a) el arbitraje ad hoc o libre y el arbitraje institucional; b) el arbitraje de derecho, el arbitraje de equidad y el arbitraje técnico; c) el arbitraje internacional y el arbitraje nacional o interno; y d) el arbitraje voluntario y el arbitraje forzoso.⁷¹

Independientemente del tipo de arbitraje de que se trate, quien asume la función de árbitro le corresponde guiarse cumpliendo los deberes funcionales, al igual que lo deben hacer los jueces del Poder Judicial.

De las diversas clases de arbitraje posibles, resulta de relevancia analizar la que corresponde al **arbitraje de derecho, el de equidad y técnico**, pues cada uno por sus características podría afectar el análisis de tipicidad del delito de prevaricato, en particular la tipicidad subjetiva.

Así tenemos que, el **arbitraje de derecho** también conocido como arbitraje de árbitros juris, al dictar sus fallos (laudos) deben fundamentarlo aplicando todas las normas materiales vigentes, tal y como lo haría un juez común. El análisis de tipicidad de esta clase de arbitrajes no presenta mayores diferencias de los casos por prevaricato que cometan los jueces del Poder Judicial.

⁷¹ Sobre este tema consultar: Artavia Barrantes, Sergio. *El Proceso Arbitral en Costa Rica: confrontación con los principales instrumentos internacionales y el Derecho Comparado*. 1ª edición. San José, C.R.: Jurídicas Dupas, 1996.

En cambio, los arbitrajes de **equidad** y los arbitrajes **técnicos** podrían presentar dificultades mayores al analizar la tipicidad de la conducta del árbitro.

En el **arbitraje de equidad**, conocido como arbitraje de conciencia o de amigables componedores, el árbitro dicta la resolución (**laudo**) sin sujeción a las normas materiales vigentes y, obedeciendo a la prudencia, equidad y honradez y, si se quiere al sentido común. En otras palabras, el árbitro falla a su real saber y entender, a lo que su recta conciencia le dicte. Otro tanto sucede con el **arbitraje técnico**, con la diferencia que en este caso los árbitros son expertos en una materia, ciencia, arte o profesión determinada, cualidad que sirve como fundamento para el dictado del laudo, que al igual del arbitraje de equidad se hace sin sujeción a las normas legales.

Si bien los árbitros de equidad (de conciencia) y los árbitros técnicos, fallan como su recta conciencia les dicte, eso no significa que puedan fallar arbitrariamente. Pero dadas las características de estos arbitrajes, únicamente podría perseguirse el prevaricato de hecho (resoluciones basadas en hechos falsos), pues al no estar sujetos los árbitros a la normativa vigente obviamente no podría configurar el prevaricato de derecho (resoluciones contrarias a la ley).

De igual manera, en los arbitrajes de equidad y los arbitrajes técnicos resulta igualmente difícil demostrar el dolo con que actuó el árbitro, dado que en la exteriorización del acto (resolución), este únicamente se atiene a lo que le dicte su recta conciencia.

Por otro lado, si se demuestra que medió el pago de un soborno o promesa de remuneración, la conducta típica del árbitro dejaría de ser prevaricato para configurar el delito de corrupción de jueces (artículo 344 del Código Penal) cuyas penas son incluso mayores (de cuatro a doce años de prisión).

7. Tipo subjetivo

Es un delito **doloso**. La persona tiene que conocer y además tener la voluntad de resolver contra lo que dispone la ley o bien que los hechos que se fijan en la resolución no existieron o no tuvieron la significación que les otorgó. Por estas características, se exige el **dolo directo**.

En el delito de prevaricato resulta indiferente el propósito ulterior que haya tenido el funcionario judicial o administrativo o el árbitro al dictar una resolución prevaricante.

Sin embargo, se reitera, si el propósito prevaricante se debe a que recibió un pago o promesa de remuneración, el asunto dejaría de considerarse prevaricato para convertirse en el delito de corrupción de jueces (artículo 344 del Código Penal).

Recomendación

Si en una denuncia por prevaricato, la persona denunciante inicialmente se limita a indicar que la resolución dictada es contraria a ley o está basada en hechos falsos, pero no dice que haya sido dictada —al menos de mala fe— por la persona juzgadora, resulta de utilidad pedirle una ampliación de la denuncia sobre ese punto, a efecto

de establecer si existen motivaciones que haya podido tener la persona juzgadora al tomar la decisión jurisdiccional o administrativa (por ejemplo, si actuó por motivos de venganza, odio, amor, entendimientos con la contraparte, u otros), lo cual permitirá orientar los pasos de la investigación.

Pese a la anterior recomendación, hay que tener presente que el tipo subjetivo se configura cualquiera que sea el motivo que haya impulsado a la persona juzgadora. El tipo subjetivo únicamente refiere a la exigencia del dolo directo, el cual se concreta cuando la persona juzgadora dicta con conocimiento y voluntad la resolución injusta, independientemente de los resultados perjudiciales o beneficiosos que pueda generar para una de las partes.

8. Consumación

El delito se consuma con el **dictado** de la resolución, con independencia de que se cause daño, que sea susceptible de recurso o alcance ejecutoriedad.

Si se trata de una resolución escrita, la consumación se da con la firma del funcionario o del árbitro. Si se trata de una resolución oral, la consumación se da con el pronunciamiento verbal dictado en la audiencia. No es factible la tentativa.

9. Aspectos procesales

9.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se

encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

9.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer el prevaricato son menos operativas que las de otros delitos funcionales. Usualmente, el punto de partida es la resolución judicial o administrativa, dictada contraria a derecho o basada en hechos falsos. Por ello, estimamos pertinentes las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** En este delito resulta importante la declaración o

denuncia de la persona ofendida, a fin de guiar la investigación. Es decir, debe señalar por qué considera que el juez dictó la resolución en forma contraria a la ley o por qué la fundó en hechos falsos. Además, por tratarse de un delito doloso, es importante tomar en cuenta cualquier detalle que suministre el denunciante para establecer el dolo del autor, por ejemplo, si existió adelanto de criterio (esto por sí mismo no configura delito alguno) pero es un indicio importante para establecer el conocimiento y la voluntad de realizar el delito.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, cuáles eran sus deberes legales.
- **Secuestrar los expedientes judiciales o administrativos y la documentación pública y privada** relacionada con la “actividad ilícita” del funcionario. Por ejemplo, si se fundamenta en un número de voto inexistente o de contenido inexacto de la Sala Constitucional, se debe pedir a ese despacho judicial la respectiva certificación de la resolución y agregarlo al legajo de investigación.
- **Entrevista de testigos.** Por ejemplo, personas que estén relacionadas con los hechos “falsos” en que se basa la resolución cuestionada.
- **Secuestrar los respaldos informáticos**, en los que conste la resolución prevaricante. En estos casos, resulta recomendable coordinar o al

menos consultar con la Sección de Delitos Informáticos del O.I.J., tanto para la obtención de la evidencia como para su respectiva conservación, análisis e informe (respeto a la cadena de custodia informática o electrónica). Ahora con los avances de la tecnología encontramos respaldos informáticos en discos duros, servidores, páginas web, discos compactos, llaves mayas y otros.

10. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

10.1. Análisis de votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito en estudio. Hemos procurado sintetizar el contenido del voto, señalando con palabras nuestras la solución dada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Para el mejor entendimiento, hemos también expuesto bajo el título “caso práctico” el resumen de los hechos que dio lugar al voto y en algunos de ellos, nos hemos permitido hacer un comentario.

10.1.1. Conducta atípica al resolver con interpretación errónea las pretensiones de las partes

En el **Voto N° 61-2006** de las 9:25 horas del 3 de febrero de 2006, la **Sala Tercera** acogió una solicitud de desestimación del Fiscal General, respecto de una denuncia por prevaricato contra el magistrado AVB, al estimar que él y otros integrantes de

la Sala IV interpretaron erróneamente la pretensión consignada en un recurso de amparo, lo rechaza con base en otro precedente de esa misma Sala pero que no tenía relación con lo planteado por el recurrente. Según la Sala Tercera, interpretar erróneamente una pretensión y resolver con base en un precedente no aplicable al caso, no constituye el elemento objetivo “hecho falso”, por lo que es atípica la denuncia.

CASO PRÁCTICO

AYL interpuso recurso de amparo contra el I.N.S., por dismantelar la actividad económica (revisión técnica de vehículos) constituida según artículos 19 y 20 de la Ley N° 7331, para concentrarla exclusivamente en el Consorcio Riteve, lo que estimó contrario a la Ley de Tránsito y a la Constitución Política, en cuanto prohíbe los monopolios privados. El Magistrado instructor AVM de la Sala IV, rechazó por el fondo el recurso indicando que en la sentencia N° 1629 del 18 de febrero de 2000, se había resuelto una gestión en igual sentido, referente a la exigencia de haber aprobado la correspondiente revisión técnica de previo a cancelar los respectivos derechos de circulación. AYL denunció por prevaricato al magistrado, por cuanto en ningún momento cuestionó el requisito de la revisión técnica de los vehículos, sino la constitución del monopolio privado de Riteve, por lo que el rechazo del recurso se fundó en un hecho falso por el magistrado, al señalar que lo hacía con base en el voto 1629 que no era aplicable al caso. La Fiscalía General consideró que esa errónea interpretación

de la pretensión no era un hecho falso y que, en todo caso, la Ley de la Jurisdicción Constitucional establecía el trámite de la aclaración y adición de los fallos, por lo que era atípica la conducta del magistrado y con esos argumentos acogió la Sala Tercera la solicitud de desestimación.

Comentario

En nuestro criterio, la Fiscalía General y la Sala Tercera equivocan los presupuestos típicos del prevaricato. La utilización de un voto precedente (1629) para fundar el rechazo del recurso de amparo presentado por el AYL, referido a una pretensión distinta, constituye objetivamente un hecho falso. Contradictoriamente, lo reconoce en un primer momento la Fiscalía y la Sala Tercera al indicar: “Efectivamente, se observa que en el fallo que originó la interposición de la denuncia contra el Magistrado... (voto N° 13523, de las 11:53 horas del 28 de noviembre de 2003), los miembros de la Sala Constitucional –entre ellos, el imputado– interpretaron de manera errónea la pretensión consignada en el recurso sometido a su conocimiento, omitiendo pronunciamiento sobre el aspecto que resultaba de interés para el denunciante... Así, entendieron que lo que se estaba cuestionando era el requisito de la revisión técnica de vehículos en sí, y no el hecho de que se requiriera un marchamo que –según lo indicado por el recurrente– es producto de un monopolio particular ilegal...” Sin embargo, la Fiscalía y la Sala Tercera desvirtúan que sea un hecho falso, pues “...casos como el presente, en los que una resolución se sustenta de acuerdo con la interpretación

que se hace de la petición planteada, y esta no satisface las alegaciones del recurrente... la Ley de Jurisdicción Constitucional prevé un procedimiento concreto a seguir. En ese rumbo, en el artículo 12 de dicha normativa se señala que: “Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas, a petición de parte, si se solicitare dentro de tercero día, y de oficio en cualquier tiempo, incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo”. Es erróneo el argumento utilizado por la Fiscalía y la Sala Tercera, pues la existencia de un procedimiento como la aclaración y adición de las resoluciones, en modo alguno desvirtúa o elimina el carácter de hecho falso al basar la resolución en un precedente que no era aplicable al tema planteado. La doctrina del “prevaricato”, explica que este delito instantáneo nace a la vida jurídica con la sola existencia de la resolución prevaricante, que se consuma con solo la acción, aunque luego la resolución sea revocada por la misma autoridad u otra instancia superior, y, o aunque la resolución no surta efecto alguno, tal como la misma Sala Tercera reconoció en otro voto (N° 1021-2000 de las 10:45 horas del 1 de setiembre del 2000) cuando indicó: “...el ilícito se consuma con el dictado de la decisión contraria a derecho o fundada en hechos falsos y no depende de que la misma surta eficacia o no;...” Por ello, la solución que debió darse al caso de marras fue analizar la falta de tipicidad subjetiva: es decir, si estuvo ausente el dolo (directo) de los magistrados, al creer que resolvían un tema cuando era otra la pretensión del recurrente, lo que evidencia falta de conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal.

10.1.2. La corrupción de jueces des- plaza por especialidad al prevaricato

En el **Voto N° 389-06** de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, la **Sala Tercera** indicó que la corrupción de jueces (artículo 344) desplaza por especialidad al prevaricato, pues lo engloba y supera en los aspectos concretos. "...El delito de prevaricato tipifica el dictado de resoluciones contrarias a la ley por el funcionario administrativo o judicial llamado a resolver o decidir algún trámite específico y que lo dirime o resuelve en contra de la ley. Para que este delito se perfeccione basta el conocimiento y voluntad de que se resuelve contra la ley, sin que sea necesario que medie algún elemento intencional o alguna remuneración. Sin embargo, cuando esa resolución contra la ley, la adopta un juez, mediante promesa de ventajas o dádivas y estas van dirigidas a que, bien en el trámite, o bien en la resolución, se favorezca o se perjudique a una parte, no se estará en presencia del prevaricato, sino del delito de corrupción de jueces, que desplaza a aquél por especialidad en estos supuestos concretos."

CASO PRÁCTICO

El abogado HNV compareció ante JMBF, Juez de Ejecución de la Pena, a quien ofreció tres millones quinientos mil colones por el trámite expedito de un incidente de libertad condicional a favor de dos narco-trafficantes. Independientemente que la resolución pretendida se basara en hechos falsos o fuera contraria a la ley, para la Sala Tercera al mediar la promesa de un

pago, dejó de ser prevaricato para convertirse en otro delito: cohecho impropio o corrupción de jueces.

Comentario

Cuando se dicta una resolución por precio, la doctrina argentina ⁷² se inclina por los concursos (material o ideal), entre el prevaricato y los cohechos, a partir de dos distinciones: a) una cosa es el contenido del pacto corruptor: dictar la resolución por precio y b) otra el contenido en sí de la resolución: podría ser o no contraria a la ley o basarse en hechos falsos. Para esa doctrina es factible el dictado de una resolución no prevaricante, aun cuando sea dictada por un precio. En el supuesto del caso práctico la Sala en el Voto 389-2006 se decantó por el desplazamiento del tipo penal del prevaricato, en el sentido de que si está presente la dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración, solo se configura uno de los delitos: el cohecho impropio (si la resolución es conforme a la ley), o la corrupción de jueces (si es contraria a los deberes). Nos parece acertada la posición de la Sala, en particular si se toma en cuenta que el prevaricato, los cohechos, la corrupción de jueces y la penalidad del corruptor, tienen en común proteger un mismo bien jurídico: los deberes de la función pública, el cual queda cubierto con el tipo penal que mejor englobe y reúna la mayor cantidad de elementos concretos, como resulta ser, en este caso, el delito de corrupción de jueces.

⁷² Por ejemplo Donna, Edgardo. Delitos contra la administración pública, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, página 240.

10.1.3. Prevaricato. Naturaleza dolosa. Interpretación restrictiva del tipo penal, como garantía de independencia del juez

En el **Voto N° 389-06** de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, la **Sala Tercera** hace suya la argumentación del Tribunal de Juicio, en cuanto a los alcances del prevaricato, su naturaleza dolosa y la conveniencia de una restrictiva interpretación de los alcances típicos de la figura como garantía de independencia del juez o jueza. Sobre el particular, señaló: "...En la sentencia que se impugna, el Tribunal realiza un importante análisis en cuanto a la naturaleza del delito de prevaricato, la distinción que existe de éste como delito doloso y la modalidad que se da en otros ordenamientos que sancionan la figura culposa, así como la restrictiva interpretación que debe darse a este tipo penal, con el objeto de que no sea utilizado para perseguir la simple diferencia de criterio o para disminuir la independencia del juzgador, que es pilar esencial del Estado de derecho. Evidentemente en un régimen democrático como el nuestro, donde existe la separación de poderes y su ejercicio responsable, el juez, está sometido a la Constitución, a los convenios internacionales sobre derechos humanos y a la ley únicamente, sin que se admitan imposiciones e intromisiones de otros poderes del Estado, como tampoco intromisiones o imposiciones dentro del seno mismo del Poder Judicial, sea vía jerárquica o disciplinaria, cuando se trate del ejercicio responsable del poder jurisdiccional, quedando los errores y defectos en el ejercicio del mismo en la gran mayoría de los casos, sujetos al control impugnativo por

las partes en el seno del proceso concreto y en última instancia a la responsabilidad patrimonial del Estado, todo ello en lo que a la función judicial toca, salvo, claro está, el caso de la prevaricación judicial. Cuando se analiza la tipicidad de una conducta como prevaricadora en el caso del juez, debe considerarse, como bien lo señalan los juzgadores en el fallo, que no se trate del ejercicio interpretativo, razonable y válido por parte de éste en relación con la norma a aplicar, que es precisamente la esencia del poder jurisdiccional, sino que se trate de una franca inobservancia de lo legalmente previsto, a sabiendas de ello y sin que en todo caso sea necesario acreditar la existencia de alguna finalidad específica o especial, aunque ella puede existir..."

10.1.4. En el prevaricato, el elemento normativo "contrario a la ley", está referido en sentido formal y no material

En el **Voto N° 389-06** de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, la **Sala Tercera**, reitera lo expuesto en un voto anterior (Voto N° 686-03 de las 10:50 horas del 7 de agosto de 2003), respecto del elemento normativo "ley" en el delito de prevaricato. "...El concepto señalado se refiere en primer y único término al concepto de ley en sentido formal, es decir, a la emanada del Poder Legislativo y no contempla decretos o reglamentos o cualquier normativa derivada, que aun cuando forman parte del bloque de legalidad, no integran el concepto restringido de "ley" en los términos del tipo penal del prevaricato...Y precisamente por ello, cuando se trata

de sancionar la conducta del juez que dolosamente se aparta del texto *de la ley*, es sancionar al juez que se aparte de su sentido e interpretación razonable, así como de la “verificabilidad objetiva” de dicha interpretación, como bien lo señalan los juzgadores en la sentencia...”

10.1.5. No es prevaricato, interpretar en forma contraria a la jurisprudencia de la Sala Tercera

En el **Voto N° 389-06** de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, la **Sala Tercera** recuerda la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente la ley penal, no es la excepción la figura del prevaricato. Al respecto señaló: “...Ahora bien, para la tipicidad de una conducta como prevaricadora, como sucede con cualquier otra norma penal, no caben las interpretaciones extensivas o analógicas, sean implícitas o explícitas del tipo penal, sino la interpretación estricta. Esto por cuanto si el prevaricato se concibe como “*el dictado de resoluciones contrarias a la ley*” –en el supuesto que aquí interesa–, ese concepto de **ley** debe entenderse en sentido restrictivo y no en forma ampliativa, como lo hizo el Tribunal. Según se razona en el fallo, los juzgadores estimaron que la conducta atribuida... era prevaricadora, pues se resolvió un tema **en contra de lo que la jurisprudencia de la Sala Tercera ya había definido** y que si bien es cierto esta jurisprudencia no es vinculante, en el tema de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable que reduce la escala de penalidad, existe “una laguna” en la nueva legislación, por lo que de conformidad con lo que dispone el artículo

5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esa laguna la llenará la jurisprudencia de las Salas de la Corte, que tendrían fuerza de ley y estiman que eso ocurrió en este caso, en el que los imputados conocían de la posición jurisprudencial, es decir, de la forma en que la Sala había definido el punto de la competencia y aún así fallaron en contra.... Con independencia de la importante función de la norma del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) en lo que a la seguridad jurídica toca, en temas no resueltos de la ley –y no insuficiencia en la ley, como claramente lo señala su texto–, lo cierto es que ya a los fines de analizar la conducta de un juez o Tribunal como prevaricadora **únicamente** porque resuelve contra la jurisprudencia que conoce pero que no comparte, ese concepto de ‘ley’ del numeral 350, se encuentra francamente ampliado cuando se le da la extensión que le dio el Tribunal en este caso, al sustituir para los efectos del tipo penal el concepto de ley por el de la jurisprudencia que, ante la omisión legislativa ‘*adquiere fuerza de ley*’. Y aún cuando es cierto que es una norma la que le asigna ese carácter, también lo es que se llega a ella por un doble ejercicio de comprobar primero la ausencia legislativa y segundo, de la jurisprudencia que lo suple, ejercicio que es claro para efectos de decantar un camino que garantice la seguridad jurídica, pero que no alcanza a llenar por sí mismo el concepto de ‘ley’ del artículo 350 del Código Penal y menos aún a calificar de prevaricador a la posición jurisdiccional que se aparta de aquél. El concepto señalado se refiere en primer y único término al concepto de ley en sentido formal, es decir, a la emanada del Poder Legislativo

y no contempla decretos o reglamentos o cualquier normativa derivada, que aún cuando forman parte del bloque de legalidad, no integran el concepto restringido de ‘ley’ en los términos del tipo penal del prevaricato (cfr. al respecto resolución 686-03 de las 10:50 horas del 7 de agosto de 2003). Y precisamente por ello, cuando se trata de sancionar la conducta del juez que dolosamente se aparta del texto *de la ley*, es sancionar al juez que se aparte de su sentido e interpretación razonable, así como de la ‘verificabilidad objetiva’ de dicha interpretación, como bien lo señalan los juzgadores en la sentencia. Cuando se trata, por el contrario, de que el ordenamiento jurídico prevé supuestos en los que *la ley* no resuelve el tema y permite a la jurisprudencia integrar las normas—mediante, obviamente, los métodos válidos de interpretación (histórico, teleológico, gramatical, lógico y sistemático)— y le asigna a dicha interpretación la *fuerza* de aquélla, se tiene un norte en cuanto a la seguridad jurídica, pero no un nuevo concepto de ley formal en dicha interpretación, que puedan enmarcarse en el numeral 350 aludido y por más que sea la ley misma la que le dé ese carácter a la interpretación jurisprudencial. Esa norma del numeral 5 de la LOPJ trata de garantizar la seguridad jurídica mediante la función integradora de la jurisprudencia de las Salas de la Corte, esto por su relación con el artículo 5 del Código Civil—lo que significa que son dos las normas involucradas en la ‘fuerza de ley’ de la jurisprudencia—, más no de convertirla en verdadera ley formal, es decir de equipararla—a los fines del delito de prevaricato— a ésta. Así, no bastaría que se constate un vacío normativo, un criterio jurisprudencial que lo integre y una

interpretación judicial que se aparta de ese criterio, para considerar que se está en presencia del delito de prevaricato, como pareciera desprenderse del criterio externado por el Tribunal, de manera que en este punto la Sala estima que erraron los juzgadores quienes, a pesar de estimar que no puede cometerse el delito por sostener un criterio distinto al de la Sala, consideran que el mandato del artículo 5 antes citado, le confiere ese carácter de ley a la jurisprudencia que integra un vacío legal, criterio que esta Sala no comparte, por las razones antes dichas...”

10.1.6. El prevaricato sanciona la infidelidad dolosa del juez

En el **Voto N° 389-06** de las 9:30 horas del 5 de mayo de 2006, la **Sala Tercera** explica que el prevaricato no sanciona la diferencia de criterio o el error en la interpretación de la ley. Lo que sanciona el delito es la infidelidad dolosa del juzgador. “... Porque, como ha sostenido esta Sala, en el prevaricato no se sanciona la diferencia de criterio o el error al interpretar la ley, sino la *infidelidad dolosa a ésta*, de manera que los criterios diferentes, válida y razonablemente fundados, que son admisibles dentro del universo de interpretaciones razonables posibles de un texto legal, están fuera del ámbito del delito de prevaricato. Así se ha señalado que “*la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la ‘interpretación de la ley’, está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado*

de derecho [...], es decir, que: ‘cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia–, el juez no prevaricaría al aplicarla’. (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948). [...] El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí [...] resolución 183-F-95 de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995, posición reiterada en el precedente 115-05 de las 14:30 horas del 23 de febrero de 2005...”

CASO PRÁCTICO

FCG abogado defensor de LBO, interpuso recurso de amparo ante la Sala IV para que se declarara inconstitucional la interpretación jurisprudencial que hacían los tribunales respecto del verbo “permittiere por promettiere”, del artículo 345 del Código Penal. La Sala IV acogió el recurso y por ello, el juez de Instrucción dictó sobreseimiento a favor del imputado. No obstante, el sobreseimiento fue recurrido en casación por la fiscal del MP, dando una interpretación distinta a las acciones típicas “dar y permitir”. Al conocer del recurso, los magistrados de la Sala Tercera fueron prevenidos por el abogado FCG de que podían cometer prevaricato, si acogían el recurso del MP contrariando lo resuelto por la Sala IV con fuerza erga omnes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional). Pese a la advertencia del defensor, los magistrados declararon con lugar el recurso anulando la sentencia de sobreseimiento.

Comentario

En este caso, en el voto 183-F-95 de las 11:20 del 24 de marzo de 1995, los magistrados de la Sala Tercera, con apoyo de la doctrina de Creus y Soler, consideraron que no cometían prevaricato, pese a lo resuelto por la Sala IV, por considerar que el caso en cuestión involucraba una interpretación de ley que escapaba a los alcances típicos del prevaricato. En ese sentido, al contestar al abogado FCG que les había advertido que podían incurrir en prevaricato, indicaron: “...Consideran los suscritos que no es atendible semejante argumento, pues la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la ‘interpretación de la ley’, está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho (así, CREUS, Delitos..., págs. 431 a 432 y SOLER, Sebastián: Op. cit., pág. 212), es decir, que: ‘... cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia–, el Juez no prevaricaría al aplicarla’ (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948)...”

Este tema, sin embargo, debe manejarse con cuidado, pues como lo señaló la misma Sala Tercera, hay que ser respetuosos de los fallos de la Sala IV, aparte

de que siempre está latente el delito de desobediencia contemplado en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

10.1.7. Alcance del elemento normativo “resoluciones” en el prevaricato cometido en el ámbito administrativo

En el **Voto N° 1021-2000**, de las 10:45 horas del 1 de setiembre de 2000, la **Sala Tercera** al resolver un recurso del MP, definió los alcances del elemento normativo “resolución”, en el delito de prevaricato cometido en el ámbito administrativo. En esta oportunidad, señaló la Sala: “...Antes de resolver el presente caso, debe considerarse el criterio que expuso esta Sala en la sentencia N° 1264-98, de las 8:45 horas del 24 de diciembre de 1998. Allí se indicó que *“la labor decisoria de reclamo, configura los supuestos de resolución que eventualmente serían objeto del delito de Prevaricato por parte de funcionarios administrativos.”* (Ver Considerando IV de dicho fallo). Sin embargo, pese a que lo anterior es cierto, también lo es que hay otros actos administrativos que se enmarcan dentro de lo que el legislador entiende por “resolución administrativa” para efectos del ilícito en estudio. Ello se extrae de un adecuado análisis de la normativa administrativa relacionada con el artículo 350 del Código Penal... Ahora bien, por “resolución”, cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir. En otras palabras la ‘resolución administrativa’ a la que se

alude en el numeral que regula el delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo...”

CASO PRÁCTICO

RMR, LWR, MHF, TPJ, ECL y ARR, miembros del Concejo Municipal de Talamanca, acordaron despojar a CORTEL de un terreno que le había sido donado y en su lugar, trasladarlo a una persona particular, pese que la Contraloría General de la República había advertido que no se podía hacer sin su autorización y que en todo caso, el traslado a lo sumo debía hacerse a otra persona de Derecho Público y no a una persona particular. Asimismo, a lo interno del Concejo, los imputados acordaron autorizar una patente de licores dentro de la reserva indígena, pese a que no estaba permitido sino más bien prohibido por el artículo 6 de la Ley Indígena. El Tribunal los absolvió por considerar atípica la conducta, ya que los acuerdos cuestionados no tenían el carácter de “resoluciones”, elemento típico del artículo 350 del Código Penal.

Comentario

Al resolver el recurso la Sala Tercera da en el **Voto N° 1021-2000** una amplia explicación de por qué el concepto “resolución” del inciso 3° del artículo 121 de la Ley General de la Administración Pública no aplica al delito de prevaricato. Señala que restringir el concepto de “resolución”

únicamente para aquellos acuerdos que resuelven un reclamo o recurso del administrado, es dejar vacío el elemento “resolución” del prevaricato. Por ello, por resolución administrativa se alude a toda decisión final tomada por un ente administrativo que afecte derechos e intereses de los administrados, tras cumplir el procedimiento respectivo, lo cual incluye procedimientos y decisiones tomadas de oficio y aun cuando no estén referidas a resolver un recurso o reclamo del administrado. Explica la Sala que llega a esa conclusión por siete (7) razones principales: “1.- ... de aplicarse una noción tan restringida del término de comentario, ello equivaldría a obviar que la naturaleza jurídica del instituto sigue siendo la de acto administrativo y que en esencia es un acuerdo. 2.- ...se darían incongruencias dentro de la misma Ley General, ya que en ese apartado se especifica que el acuerdo mediante el cual se deciden recursos y reclamos administrativos tiene el nombre de ‘resolución’, pero aferrarse a esta denominación conllevaría un desconocimiento de la posibilidad de que la Administración Pública inicie de oficio (ver el artículo 284 de la Ley General) procedimientos administrativos que afectan los derechos e intereses de los administrados. 3.- ...en la misma Ley General de la Administración Pública se utiliza la palabra ‘resolución’ en supuestos distintos a los que contempla el numeral 121 inciso 3); así, por ejemplo, en el 227 se menciona la ‘resolución’ de cuestiones previas. 4.- ...se aprecia fácilmente en el artículo 224 de la Ley General, ya que el procedimiento administrativo no se sigue sólo en relación con reclamos o recursos, sino también con peticiones (además, el artículo 261 de ese cuerpo legal distingue

entre demandas y peticiones y en ambos supuestos establece que se resuelve el asunto con un acto final). 5.- ...la obligatoriedad de que el procedimiento concluya con un acto final dentro de los dos meses de iniciado (ver el artículo 261 –ya mencionado– de la Ley General) y conviene aclarar que por tal no se entiende necesariamente el último acto (sea, el que resuelve un recurso) ni el que agota la vía administrativa, sino aquel que sirve para dictar la primera decisión de fondo dentro del procedimiento. 6.- ...inconsistencia que generaría una interpretación tan cerrada del concepto de ‘resolución administrativa’ sería el desconocer que hay muchísimos otros procedimientos administrativos que no se rigen por la Ley General de la Administración Pública. Sólo a modo de ejemplo, puede citarse los que se contemplan en el Código Municipal, el Código de Minería, la Ley General de Salud, la Ley de Expropiaciones, la Ley de Extradición, la Ley de Planificación Urbana, la Ley General de Aviación Civil, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Indígena. Estos procedimientos quedaron excluidos del régimen de la Ley General mediante los decretos 8979-P y 9469-P, ambos de 1978 y amparados a la autorización legal prevista en el artículo 367 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública. Y 7.- ...no por ello menos importante, debe advertirse que por ‘resolución’ en lo que se refiere al Prevaricato cometido por funcionarios públicos, el legislador que promulgó el Código Penal en 1970 nunca pudo haber pensado en lo que se dispuso en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, porque ésta fue emitida en 1978. Lo expuesto hasta aquí

explica por qué hay decisiones administrativas emitidas mediante acto final que no se rigen por la Ley General tantas veces mencionada y por qué son susceptibles de ser consideradas como ‘resolución administrativa’ para los efectos del delito de Prevaricato...”

10.2. Reseña de votos

10.2.1. Reseña: El prevaricato se concibe, en la actualidad, como un delito contra la función jurisdiccional como función pública, en su más amplio sentido

Excepcionalmente se contempla, bajo esta figura, la conducta de otros funcionarios, equiparados a los jurisdiccionales en razón de que cumplen labores cuasi jurisdiccionales, pues deben resolver asuntos o negocios en los que se actúa frente a un reclamo, conflicto o litis; en fin, donde hay contención, de alguna manera, pretensiones en controversia. Como requisito de tipicidad está el dictado de una resolución, ya judicial, ya administrativa.

Voto: 1264-1998 Fecha: 24/12/1998
Hora: 08:45 ⁷³

10.2.2. Reseña: No se configura el prevaricato en supuestos en que la administración municipal concede un permiso o da una autorización, porque se atiende únicamente a la petición –aún no controvertida– de un particular

⁷³ Tomado de la Reseña del catálogo de votos, organizados y sistematizados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su Índice General de Jurisprudencia 1990-2004. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004.

No hay conflicto ni reclamo alguno y por ello no tipifica como un supuesto de “resolución” en los términos del Código Penal y de la Ley General de la Administración Pública.

Voto: 1264-1998 Fecha:
24/12/1998 Hora: 08:45 ⁷⁴

10.2.3. Reseña: Modernamente se concibe el prevaricato como un delito que lesiona la función pública, en su sentido más amplio –incluida la función jurisdiccional– de cara a los administrados

[...Se trata...] un delito que lesiona la función pública en su sentido más amplio. (concepción objetiva del deber lesionado) y no ya como lesión a un deber del funcionario con el Estado (concepción subjetiva del deber), aunque es un hecho que toda prevaricación implica, por parte del funcionario, el incumplimiento o violación de los deberes propios que está llamado a respetar y cumplir en razón de su cargo.

Voto: 1264-1998 Fecha: 24/12/1998
Hora: 08:45 ⁷⁵

10.2.4. Reseña: Concepto de resolución. Ámbito administrativo

Voto: 686-2003 Fecha: 12/08/2003
Hora: 16:30 ⁷⁶

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

10.2.5. Reseña: Bien jurídico tutelado

Voto: 686-2003 Fecha: 12/08/2003

Hora: 16:30 ⁷⁷

10.2.6. Reseña: Resolución administrativa. Diferencia entre ilegalidad administrativa e ilícito penal

Voto: 686-2003 Fecha: 12/08/2003

Hora: 16:30 ⁷⁸

10.2.7. Reseña: Desestimación de denuncia interpuesta contra el Ministro de Seguridad Pública en relación con un desahucio administrativo

Voto: 1187-2004 Fecha: 08/10/2004

Hora: 10:03.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Ibidem.*

Unidad XX

Patrocinio infiel

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 351**:

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados sea por entendimiento con la otra parte, sea de cualquier otro modo.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Habría que entender que si bien las personas que ejercen la abogacía o son mandatarios judiciales no son propiamente funcionarios públicos, por disposición del legislador están obligados en el cumplimiento de su función a observar el deber de probidad.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae en el **servicio profesional** que presta el abogado o mandatario judicial. Se trata de la relación de confianza y lealtad que debe unir al profesional con su cliente, usuario de sus servicios.

Se trata de particulares, abogados y mandatarios judiciales, que ejercen una profesión liberal clásica, como es la abogacía. En el ejercicio de esa profesión, la ley ha querido proteger ciertos deberes entre profesionales y clientes, obligando a los abogados y mandatarios al cumplimiento de deberes como la probidad y lealtad, en la misma forma que el Estado lo exige de sus funcionarios públicos.

La ubicación del delito de patrocinio infiel dentro del capítulo de los delitos contra los deberes de la función pública, pareciera no ser la más adecuada, pues no resulta difícil imaginar que un abogado, que ejerce liberalmente, incurra en el ejercicio de su actividad, la violación de deberes que son propios de los funcionarios públicos.

Como históricamente el abogado ejercía su función profesional ante los tribunales de justicia, una parte de la doctrina comparada justificó la existencia de este delito pero ubicado dentro del título que protege la recta administración de justicia, la cual puede ser perjudicada tanto por la mala actuación del juez como por la actuación infiel de los abogados o mandatarios judiciales al romper con sus infidelidades el equilibrio que debe existir entre las partes.

Un abogado o mandatario judicial infiel provoca la **indefensión** de su cliente, de modo que el juez al momento de resolver no atiende los argumentos de dos contendientes sino que escucha, de hecho, el de una sola de las partes.

Cuando en el ámbito judicial sucede un patrocinio infiel, en la práctica la administración de justicia se convierte, sin saberlo, en **cómplice** de un ilícito de los particulares, cuya intervención dentro del juicio, como debate o contienda de partes, es ineludible.

3. La conducta típica

El verbo rector de la acción es “**perjudicare**”. Esa acción de perjudicar, la puede cometer el abogado o mandatario, según el artículo 351 del Código Penal, a través de **dos acciones típicas**:

- por entendimiento con la otra parte;
- sea de cualquier otro modo.

El elemento típico “**entendimiento con la otra parte**”, debe tomarse en el sentido literal. El abogado o mandatario judicial

infidel hace saber o comunica a la otra parte datos o informaciones reservadas o confidenciales, que por su importancia, pueden variar el resultado del juicio, en perjuicio del cliente representado por el profesional infiel. De igual forma, el entendimiento con la otra parte puede consistir en no presentar las pruebas pudiendo hacerlo, no ejercer los recursos respectivos pudiendo hacerlo, o bien no realizar las gestiones pertinentes en el momento oportuno.

El presupuesto de la conducta es que exista un asunto planteado, puede ser en el ámbito público administrativo o judicial o bien ante instancias privadas (por ejemplo, en contiendas arbitrales en sede privada) y que existan **intereses contrapuestos** entre las partes.

El elemento típico “**perjudicare los intereses que le han sido confiados**”, debe entenderse igualmente en sentido amplio. No solo se refiere a los perjuicios económicos o patrimoniales ocasionados con el patrocinio infiel, sino que cubre cualquier tipo de perjuicio. Por ejemplo, cualquier pérdida de posibilidades que menoscabe el éxito de la parte en la controversia.

Lo que resulta esencial para que la conducta sea típica, es que el perjuicio causado a los intereses de la parte afectada, guarde **relación causal** con el patrocinio infiel del abogado o mandatario judicial.

Las modalidades de conducta para perjudicar los intereses de otras personas, son infinitas. Cuando de perjudicar se trata, el ser humano lamentablemente suele ser creativo. Por eso, el legislador

en el patrocinio infiel optó por un **tipo penal abierto**: se puede perjudicar los intereses confiados sea por entendimiento con la otra parte, “**sea de cualquier otro modo**”.

Al cuestionarse la inconstitucionalidad de este elemento típico, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de las 15:30 horas del 17 de marzo de 1992 (Voto N° 761-92), señaló: “*El delito de Patrocinio Infiel no es inconstitucional, pero solamente es realizable con dolo directo, lo que exige del sujeto activo una conducta positiva; es decir, requiere la voluntad de causar perjuicio y lograr el resultado propuesto.*”

Cuando la ley establece que el abogado o mandatario judicial también puede perjudicar de “**cualquier otro modo**” se refiere, por ejemplo, a que el perjuicio puede ser producido por el incumplimiento de plazos procesales, ocultación de notificaciones, la utilización de recursos ilegítimos, la no contestación de traslados, la no presentación de pruebas, etcétera.

4. Autoría

Se trata entonces de un delito **especial propio** y de propia mano. La persona autora de este delito solo pueden serlo los abogados y mandatarios judiciales, encargados de determinado asunto.

Abogado es la persona que habiendo obtenido como mínimo el título de licenciado en Derecho en una universidad reconocida, se incorpora como profesional en el Colegio de Abogados de Costa Rica, con

lo cual, se habilita legalmente para ejercer la defensa de los intereses de sus clientes o usuarios del servicio (por ejemplo, si es abogado de una institución pública). Esta función de abogado puede incluso consistir simplemente como asesor o patrocinante, sin que asuma la representación del cliente.

Mandatario judicial, es la persona que actúa dentro de un proceso en representación de otra. De acuerdo con nuestra normativa procesal, solo puede serlo quien tenga la calidad de abogado. El mandato judicial, es un poder especial que se hace valer en la instancia judicial, lo que significa que debe haber un proceso abierto donde existan partes con intereses contrapuestos y la persona mandataria judicial representa a una de esas partes.

5. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. Es necesario que sea **dolo directo**. La persona autora debe conocer la contradicción existente entre los intereses que representa o defiende y pese a ese conocimiento, tener la voluntad de perjudicar deliberadamente los intereses que le han sido confiados.

6. Consumación

El delito se consuma cuando se **cause el perjuicio**. Así lo ha entendido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el citado Voto N° 761-92, al señalar que se requiere no solo la voluntad del autor de causar el perjuicio sino “**lograr el resultado propuesto.**”

Pese que, la conducta infiel del abogado o mandatario judicial lesionaría con su mera actividad los “deberes de la función pública”, el delito exige –como se ha indicado– un efectivo resultado perjudicial para la parte ofendida, conocido y querido por la persona autora. En ese sentido, resulta factible admitir la tentativa si ese resultado perjudicial no se llega a lograr por causas ajenas al abogado o mandatario judicial.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública,

ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales

defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer el patrocinio infiel son relativamente pocas y en ocasiones de difícil obtención. Se trata de abogados o mandatarios que deliberadamente perjudican los intereses de sus clientes por “*entendimientos*” con la parte contraria. Por ello, estimamos pertinentes las siguientes diligencias:

Recibir la denuncia. En este delito resulta importante la declaración o denuncia de la persona ofendida, a fin de guiar la investigación. El denunciante debe señalar en concreto por qué considera que su abogado o mandatario judicial ha incurrido en conductas antijurídicas que lo perjudican deliberadamente. Además, por tratarse de un delito doloso, es importante tomar en cuenta cualquier detalle que suministre la persona ofendida para establecer cómo se dio el “entendimiento” con la parte contraria y como esos entendimientos causaron un perjuicio.

- **Solicitar al Colegio de Abogados la respectiva certificación de la**

condición de abogado de la persona denunciada.

- **Secuestrar los expedientes judiciales o administrativos y la documentación pública y privada** relacionada con la “actividad ilícita” del abogado cuestionado.
- **Entrevista de testigos.** Por ejemplo, personas que hayan conocido de los “entendimientos” del abogado con la parte contraria. En este punto hay que tener cuidado con el personal que colabora o auxilia al abogado, pues eventualmente podrían estar cobijados por el secreto profesional. Será un aspecto que deberá someterse a consideración del juez de garantías.
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del abogado involucrado en el patrocinio infiel.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del abogado, de modo que pudieran acreditarse los hechos denunciados.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXI

Doble representación

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 352**:

“Será reprimido con quince a sesenta días multa, el abogado o mandatario judicial que, después de haber asistido o representado a una parte, asumiere sin el consentimiento de ésta, simultánea o sucesivamente la defensa o representación de la contraria en la misma causa.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Habría que entender que si bien las personas que ejercen la abogacía o los mandatarios judiciales no son propiamente funcionarios públicos, por disposición del legislador están obligados en el cumpli-

miento de su función a observar el deber de probidad.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae en el **servicio profesional** que presta el abogado o mandatario judicial a sus clientes. Se trata de particulares que ejercen una profesión liberal, como es la abogacía, a los cuales el legislador ha equiparado a la condición de funcionarios públicos, en el cumplimiento de ciertos deberes que son propios de la función pública.

Sin embargo, pareciera que la ubicación del delito de doble representación (lo mismo que el patrocinio infiel) dentro del capítulo de los delitos contra los deberes de la función pública no resulta adecuado, porque es difícil conceptualizar a un abogado que ejerce liberalmente su profesión, perseguido por violentar deberes propios de los funcionarios públicos.

La doctrina comparada justifica la existencia de este delito pero dentro de los delitos que protegen la recta administración de justicia, la cual puede verse perjudicada

tanto por la mala actuación del juez como por la doble representación que asuman los abogados o mandatarios judiciales, en perjuicio de sus clientes.

Una persona abogada o mandataria judicial que ha asistido o representado a una parte, pudo haberse impuesto de datos o informaciones confidenciales en razón de su cargo de consejera legal, que de otra forma no hubiera obtenido. Sería, obviamente, perjudicial que todo ese conocimiento lo pudiera utilizar luego al representar a la parte contraria.

3. Conducta típica

El artículo 352 del Código Penal establece como conducta típica del autor, “**asumir**” la defensa o representación de partes contrarias. Precisamente, el momento consumativo del delito se daría con la asunción de esa doble representación o defensa.

El presupuesto de tipicidad de esta conducta es la existencia de una “**causa**”. Esa causa, sinónimo de proceso o juicio, puede ser ante cualquier fuero, jurisdicción o instancia. Lo esencial es que se verifique la existencia de intereses contrapuestos entre las partes y que el abogado o mandatario, quien previamente ha asistido o representado a una de ellas lo haga luego, sin su consentimiento, con la parte contraria.

La expresión bíblica que un siervo no puede tener dos amos, tiene amplio sentido en esta figura penal, pues como dice el texto sagrado el siervo le será fiel a uno

de los amos e infiel al otro. De igual manera, nadie puede cumplir con **probidad** y **fidelidad**, si asiste o representa a dos partes, que en una misma causa sostienen intereses encontrados, pues como sabiamente sentencia el evangelio: será fiel a uno e infiel al otro.

El artículo 352 del Código Penal, señala que esa conducta típica de duplicidad funcional se puede dar en forma “**simultánea o sucesivamente**”. Será **simultánea** si la asistencia o representación la hace el abogado o mandatario judicial en un mismo momento de actuación o gestión dentro de una misma causa. Será **sucesiva**, si luego de terminar su relación con una de las partes, el abogado o mandatario judicial comienza su asistencia o representación de la parte contraria. En este último supuesto, es claro que el abogado o mandatario judicial aún mantiene bajo su dominio y control las informaciones, datos y estrategias obtenidas de la parte que le ha confiado previamente el manejo de la causa.

A diferencia del patrocinio infiel, en la doble representación no se exige la producción de un **perjuicio**. Se trata entonces de un delito de mera actividad que se consuma con su acción, esto es, con la sola asunción de la asistencia o representación.

4. Autoría

Se trata entonces de un delito **especial propio**. El autor del delito solo pueden serlo los abogados y los mandatarios judiciales.

Abogado es la persona que habiendo obtenido como mínimo el título de licenciado en Derecho en una universidad reconocida, se incorpora como profesional en el Colegio de Abogados de Costa Rica, con lo cual se habilita legalmente para ejercer la defensa de los intereses de sus clientes o usuarios del servicio (por ejemplo, si es abogado de una institución pública). Esta función de abogado puede incluso consistir simplemente como asesor o patrocinante, sin que asuma la representación del cliente.

Mandatario judicial, es la persona que actúa dentro de un proceso en representación de otra. De acuerdo con nuestra normativa procesal, solo lo puede ser quien tenga la calidad de abogado. El mandato judicial, es un poder especial que se hace valer en la instancia judicial, lo que significa que debe haber un proceso abierto donde existan partes con intereses contrapuestos y la persona mandataria judicial representa a una de esas partes.

5. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. Es necesario que sea **dolo directo**. La persona autora debe conocer la contradicción existente entre los intereses que representa o defiende y pese a ese conocimiento, asumir la asistencia o representación de la parte contraria, **sin el consentimiento** de la parte que previamente le ha confiado el manejo de la causa.

Como se ha indicado, a diferencia del patrocinio infiel, en la doble representación no se requiere a nivel de tipicidad la

finalidad de causar perjuicio o de lograrlo. Sin embargo, la producción del perjuicio pareciera ser una consecuencia implícita de la acción típica.

6. Consumación

El delito se consuma cuando se **“asume”** la defensa o la representación, simultánea o sucesiva, de la parte contraria, sin el consentimiento de la parte que previamente confió el manejo de sus intereses en la causa.

La tentativa resulta prácticamente imposible. Desde el momento en que se asume la doble representación, queda consumada la conducta, por la instantánea lesión al bien jurídico.

7. El consentimiento de parte

Un requisito de tipicidad es que el abogado o mandatario judicial después de haber asistido o representado a una parte, asuma **“sin el consentimiento de esta”**, la defensa o representación de la parte contraria en la misma causa.

El **consentimiento** puede darlo la parte titular de manera verbal o por escrito. Sin embargo, para efectos probatorios o de seguridad jurídica, el consentimiento debiera revestir cierta formalidad, esto es, debiera ser escrito, de modo que el abogado o mandatario pudiera hacerlo constar en la misma causa donde ha venido figurando como abogado o representante de parte contraria. También el consentimiento puede ser dado apud acta, esto es, la persona

titular del derecho puede hacer la manifestación verbal y dar el consentimiento, el cual queda consignado en un acta que confecciona el funcionario del despacho ante el cual se tramita la causa.

Queda claro que la existencia del “**consentimiento**” de la parte previamente asistida o representada, excluye el delito. Tanto si se analiza a nivel de tipicidad como de la antijuridicidad. En este último supuesto, debe recordarse la existencia de la **causal de justificación** establecida en el **artículo 26** del Código Penal sobre el consentimiento del derechohabiente: “*No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.*”

8. Aspectos procesales

8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de in-

vestigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

8.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer la doble representación, pretende recabar pruebas que demuestren que el abogado o mandatario judicial que, después de haber asistido o representado al ofendido, asumió sin el consentimiento de este, simultánea o sucesivamente la defensa o representación de la contraria en la misma causa. Por ello, estimamos pertinentes las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** En este delito resulta importante la declaración o denuncia de la persona ofendida, a fin de guiar la investigación. Es decir, debe señalar por qué considera que su abogado o mandatario judicial ha incurrido en conductas antijurídicas que lo perjudican de modo deliberado, debe señalar de modo expreso que nunca dio el con-

sentimiento para que simultánea o sucesivamente asumiera la defensa o representación de la parte contraria. Por tratarse de un delito doloso, es importante tomar en cuenta cualquier detalle que suministre el denunciante para establecer cómo se dio la asunción de la defensa o representación de la contraparte.

- **Solicitar al Colegio de Abogados la respectiva certificación de la condición de abogado de la persona denunciada.**
- **Secuestrar los expedientes judiciales o administrativos y la documentación pública y privada** relacionada con la “actividad ilícita” del abogado o mandatario cuestionado.
- **Entrevista de testigos.** Por ejemplo, personas que hayan conocido de las razones por las que el abogado o mandatario asumió la defensa o representación de la parte contraria. En este punto hay que tener cuidado con el personal que colabora o auxilia al abogado, pues eventualmente podrían estar cobijados por el secreto profesional. Será un aspecto que deberá someterse a consideración del juez de garantías.

9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXII

Sujetos equiparados

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 353**:

“Las disposiciones de los dos artículos anteriores serán aplicables a los asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae directamente en los **servicios profesionales o técnicos** que realizan los asesores y otros funcionarios, por medio de dictámenes que deben rendir ante las autoridades.

Por la importancia que estos **dictámenes** suelen tener para resolver correctamente los asuntos, el legislador ha querido equiparar a las personas que los emiten, a la condición de funcionarios públicos, por tanto al igual que estos últimos, aquellos deben cumplir los deberes de la función pública.

3. Conducta típica

Se trata de una figura **remisiva** como lo señala expresamente el texto. Por tanto, pueden incurrir en este delito los asesores y demás funcionarios que incurran en patrocínio infiel (**artículo 351**) o doble representación (**artículo 352**).

Por lo general, los asesores y demás funcionarios encargados de emitir dictámenes ante las autoridades, asumen la condición de peritos, aunque no necesariamente deben ser reconocidos como tal. Recordemos que perito es aquella persona que en razón de sus conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, es llamada por una autoridad judicial o administrativa, para dictaminar, opinar o auxiliar sobre determinado asunto.

Pueden y de hecho los hay, asesores en áreas técnicas y profesionales, que ejercen privadamente su oficio o profesión, que dictaminan sobre determinados asuntos a solicitud de una autoridad.

Los dictámenes nunca se rinden de oficio, deben ser siempre solicitados por una autoridad distinta de la persona asesora o funcionaria que emite el dictamen.

El dictamen puede ser vinculante o simplemente facultativo o preceptivo, estar dirigido a un tema específico o de carácter general. Lo esencial es que sirva para **auxiliar** a una autoridad en la toma de una decisión o asumir una posición respecto de algo.

Por lo general, el dictamen es escrito. Sin embargo, dada las actuales tendencias a la oralidad en los distintos procesos jurisdiccionales, también resulta factible que el dictamen sea verbal.

4. Autoría

Autores de este delito son los **asesores y demás funcionarios encargados de emitir dictámenes** ante las autoridades. Usualmente, se trata de personas que deben emitir dictamen fundado sobre una cuestión controvertida.

Obviamente, las personas que fungen como peritos son por definición, los principales sujetos activos de este delito, por cuanto son los que usualmente emiten dictámenes a solicitud de las autoridades.

Resulta interesante el tema del **consultor técnico**. El Código Procesal Penal introdujo la figura del consultor técnico, distinta del perito, como auxiliar de las partes, en su **artículo 126**:

“Si, por las particularidades del caso, el Ministerio Público o alguno de los intervinientes consideran necesaria la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrán al Ministerio Público o al tribunal, el cual decidirá sobre su designación, según las reglas aplicables a los peritos, sin que por ello asuman tal carácter.”

El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones.

Podrán acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colaboran, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente, a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten.”

Sin embargo, como se desprende de esa disposición procesal, el consultor técnico **no emite dictámenes** y por consiguiente, no puede ser tenido como autor del delito del artículo 353 del Código Penal.

Al referir el artículo 353 que las disposiciones de patrocinio infiel y doble representación también serán aplicables a los “...**demás funcionarios**...”, se genera la

duda si los fiscales del Ministerio Público pueden llegar a considerarse sujetos activos de este delito si incurren en patrocinio infiel o doble representación respecto de los intereses institucionales del Ministerio Público dentro de las causas en que actúan, en consideración a los **requerimientos o dictámenes fiscales** que en el ámbito de su competencia formulan ante los jueces.⁷⁹

De igual forma, se genera la duda si los representantes de la Procuraduría General de la República y, o de la Contraloría General de la República, quienes también dentro de sus competencias funcionales emiten dictámenes ante otras autoridades, pueden llegar a considerarse sujetos activos de la figura del artículo 353 del Código Penal.

Tanto para el caso de los fiscales como de los funcionarios de la Procuraduría y la Contraloría Generales de la República, parece no existir razón que justifique excluirlos como sujetos activos del artículo 353, en especial, si en el trámite de una causa o proceso incurren en entendimientos con la parte contraria o perjudican de cualquier modo los intereses de las instituciones a las que pertenecen o asumen simultánea o sucesivamente la defensa o representación de la parte contraria en una misma causa, donde antes habían asistido o representado a sus instituciones.

⁷⁹ Así lo establece el **artículo 62** del Código Procesal Penal: *“...Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica...”*

5. Aspectos procesales

5.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como

las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalías territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando proceda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

5.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer la comisión de delitos de infidelidad

de los sujetos equiparados, como son **los asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades**, pueden ser relativamente sencillas. Estimamos pertinentes las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** En este delito resulta importante la declaración o denuncia de la persona que representa la autoridad ofendida, con el dictamen falso o parcializado. Pero también la denuncia la puede presentar la persona particular que se sienta perjudicada con el dictamen o conozca detalles que revelen la infidelidad del asesor o del funcionario que emitió el informe.
- **Solicitar a la entidad pública la respectiva certificación de la condición de asesor o del funcionario denunciado.** Es importante que en esa certificación quede establecido detalles como experiencia en el puesto, descripción de las funciones, los deberes del cargo, entre otros.
- **Secuestrar los expedientes judiciales o administrativos y la documentación pública y privada** relacionada con la “actividad ilícita” del asesor o funcionario cuestionado.
- **Entrevista de testigos.** Debe entrevistarse al jerarca o jefe del despacho que solicitó el dictamen, para establecer en cuanto resultó afectada la administración pública por el dictamen infiel del asesor o del funcionario cuestionado. Lo mismo debe entrevistarse a las partes interesadas en el asunto, en tanto no resulten sospechosas

de haber “influido” o “motivado” al asesor o funcionario cuestionado. Debe tratar de establecerse con estas entrevistas, qué motivo hubo para que el dictamen no correspondiera a la realidad. Eventualmente, podrían configurarse otros delitos como concusión, cohecho, tráfico de influencias o enriquecimiento ilícito. Si el asesor es un abogado que además labora como profesional liberal, hay que tener cuidado con las entrevistas al personal que

colabora o auxilia a dicho profesional, pues eventualmente podrían estar cobijados por el secreto profesional. Será un aspecto que deberá someterse a consideración del juez de garantías.

6. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXIII

Peculado

Con respecto a este delito, el Código Penal establecía en el **artículo 354**:

“Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Y con prisión de tres meses a dos años el que empleare en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración Pública...”

La Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en La Gaceta N° 212 del **29 de octubre del 2004**, en el artículo 64 reformó el artículo 354 del Código Penal, que en lo sucesivo debe leerse:

“Artículo 354. Peculado. *Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años,*

el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.

Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado lo constituyen “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Peculado de dineros o bienes públicos

2.1. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae sobre el **patrimonio público** (pecunia pública) en su sentido más amplio, compuesto por **bienes, servicios o fondos públicos**.

Se procura a través de esta conducta prohibida, conservar el patrimonio público, como sustrato esencial de los servicios públicos y la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios.

Si bien el objeto de la acción tiene carácter patrimonial, dado que se procura su conservación y destino, esto no debe llevarnos a confundir el objeto material con el bien jurídico protegido. Ciertamente es que la conducta típica se concreta en el tema patrimonial, pero la protección de ese patrimonio no es un fin en sí mismo, sino que se establece en consideración de la función pública administrativa que cumple.

Por ello, desde la óptica del bien jurídico, la tutela penal no está dirigida a la integridad del patrimonio público, sino al correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y en especial la propia **fidelidad** de los funcionarios encargados de velar por el mismo, a través de la observancia, respeto y cumplimiento de los deberes de la función pública.

Por eso, la sola acción de sustraer o distraer recursos públicos de su esfera de custodia administrativa, por el funcionario

público encargado, consume el delito en consideración a la infracción de los deberes funcionales (probidad, legalidad, entre otros), independientemente del efectivo perjuicio patrimonial o del reintegro de lo sustraído al patrimonio estatal.

En el uso, manejo y disposición de los bienes, servicios o fondos públicos que integran el patrimonio estatal, el funcionario encargado debe manejarlos con probidad y legalidad. En un Estado de Derecho, el empleo de los recursos públicos se debe hacer como ha sido dispuesto en la ley, y no como decida disponerlos por la sola voluntad del funcionario público.

2.2. Conducta típica

Las acciones típicas básicas del peculado consisten en **sustraer** o **distraer** dineros o bienes públicos, que el funcionario público tiene a su cargo por razón de sus funciones.

Por **sustraer** se entiende la acción de apartar, separar, extraer, y en el peculado se materializa en la idea de separar o apartar los dineros o bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública.

Por **distraer** la **Sala Tercera** en el Voto N° 1006-2004 de las 11:45 horas del 20 de agosto de 2004, señaló: "...Sobre la acción de "distraer", si tomamos su definición semántica, tenemos que *El Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa León-Calpe, 1984, página 508, lo define entre otras voces, como: "*divertir, apartar, desviar, alejar*". Por su parte, tratándose

del delito que nos ocupa, el sentido que se le debe dar a la acción de “distraer” sería apartar o desviar de su destino correcto los dineros o bienes cuya administración, percepción o custodia le han sido confiados al funcionario público en razón de su cargo. Sobre este concepto esta Sala de Casación también ha tenido oportunidad de referirse en los siguientes términos: *“Luego, para que se configure el delito de Peculado, no es necesario que el agente ejerza acto alguno de dominio del bien, porque éste podría ser puesto a disposición de otro sujeto, o únicamente retenerlo. Basta, a efectos de configurar la acción típica, que aquél sea sacado intencionalmente del ámbito de custodia de la administración. De ahí precisamente la conveniencia del verbo “distrajere”, contenido en el tipo objeto del artículo 352 del Código Penal, protegiendo con ello el patrimonio público de conductas no constitutivas de una sustracción, pero lesivas al funcionamiento de la administración.”* (Ver Voto 430-94 de las 8:55 horas del 21 de octubre de 1994). Igualmente en doctrina, se ha considerado sobre esta acción lo siguiente: *“El verbo distraer no solamente se refiere a la hipótesis del vaciado de caja, –hipótesis en la que el funcionario público tiene que responder, no de especie, sino de cantidad–, sino también de darle, en provecho propio o ajeno, al dinero o a las cosas de las que se debe responder en especie, otro destino o de dirigir los recursos a otro uso.”* [Manzini, P.E., citado por CASTILLO, Francisco, “El Delito de Peculado”, editorial Juritexto, 2000, p. 70]....

El peculado del primer párrafo del artículo 354 no contempla la **conducta omisiva**

de la persona funcionaria pública responsable de la administración, custodia o percepción de dineros o bienes públicos. Sin embargo, resulta admisible la punición de esa clase de conductas acudiendo a la teoría de los delitos de **comisión por omisión**, también denominados de omisión impropia.

En efecto, la persona funcionaria pública que administra, percibe o custodia recursos públicos, asume por ley una **posición de garante** respecto de estos. Si un funcionario omite –dolosamente– realizar las acciones que impidan su distracción o sustracción por parte de un tercero, tal conducta omisiva equivaldría a la comisión de una acción positiva y en ese tanto, sería aplicable el párrafo segundo del artículo 18 del Código Penal: **“Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.”**

Lo decisivo en el peculado es el quebranto del vínculo que une a la persona funcionaria pública responsable de la administración, custodia o percepción con los recursos públicos confiados a su cargo. Por ello, el delito requiere que la sustracción o distracción de los recursos la realice el funcionario que los tiene a su cargo; con esa acción se quebranta la buena marcha patrimonial de la administración pública, mediante la violación de sus deberes de probidad.

Si la persona funcionaria pública que distrae o sustrae dineros o bienes públicos que no le han sido confiados en razón

de su cargo, no comete peculado, sino los delitos comunes contra la propiedad (hurto o robo, por ejemplo).

Por no representar una verdadera y significativa lesión o peligro para la buena marcha patrimonial del Estado, quedan por fuera de la conducta típica las “**pequeñas e insignificantes**” sustracciones o distracciones de bienes, como bolígrafos, lápices, pocas cantidades de papel y otros objetos de poco monto que suelen llevarse algunas personas de las oficinas públicas en que trabajan y que son típicos ejemplos de comportamientos de bagatela adecuados, permitidos o tolerados socialmente dentro de la administración pública.

2.3. Dineros o bienes públicos

El concepto de **dinero**, en general, está relacionado con los billetes y monedas de curso legal dentro de la economía de un país. También es de curso legal algunas divisas extranjeras como el dólar estadounidense, el euro, u otro.

Como elemento típico de este delito, para ser considerados **dineros públicos** deben formar parte del patrimonio estatal y estar funcionalmente bajo la administración, custodia o percepción de un funcionario público.

Por su parte, los **bienes públicos** son todas aquellas cosas –muebles e inmuebles– así como los derechos, cuya titularidad corresponda a los entes públicos. Los bienes del Estado pueden distinguirse en bienes de dominio público y, o bienes patrimoniales. Ejemplo de bienes de dominio

público, son los ríos, mar, las reservas forestales, los recursos minerales del suelo y subsuelo, entre otros. Ejemplo de bienes patrimoniales, son aquellos que se producen o derivan de la actividad económica del Estado, sea por recaudación o prestación de servicios. El delito de peculado se enfoca específicamente en el manejo o conservación de los bienes patrimoniales del Estado, pero no hay razón para excluir bienes de dominio público.

2.4. Administración, percepción y custodia

El concepto **administración** está referido al funcionario “administrador”, que posee facultades de disposición de los bienes, es decir, que tiene legal o reglamentariamente facultades para aplicarlos a finalidades determinadas por el orden jurídico, aunque no se detente la posesión material de los bienes.

La **percepción** es la facultad por la cual el funcionario público recibe bienes o dineros para la administración pública, lo que tiene indudable referencia a la cobranza de tributos o derechos

Por **custodia** se entiende la función de guardar con cuidado y vigilancia los dineros o bienes públicos.

La custodia implica la tenencia de los dineros o bienes, lo que no exige una relación permanente, pero al menos debe determinarse el momento en que fueron confiados en custodia a la persona funcionaria pública, en razón del cargo.

2.5. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. El peculado de dineros o bienes públicos no requiere de la comprobación de elementos anímicos del autor, por ello, es suficiente con la acreditación del dolo. Requiere el **dolo directo**, por tratarse de una acción lesiva a los deberes de la función pública. No es admisible el dolo eventual.

emplean en beneficio de la propia persona funcionaria pública o de terceros, en contraposición de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

En principio, como presupuesto de la acción típica, debe tratarse de trabajos o servicios a disposición del funcionario, es decir, que tenga poder para disponer jerárquicamente de ellos.

3. Peculado de trabajos y servicios

La actual redacción del **artículo 354** del Código Penal, luego de la reforma introducida por el artículo 64 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, es la siguiente:

“... asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.”

3.1. Conducta típica

La conducta típica del peculado de trabajos o servicios pagados por la Administración Pública, se concreta en la acción “**emplear**”, ya sea en provecho propio o de un tercero, esos trabajos o servicios.

Se trata de supuestos en que el funcionario público competente, **desafecta** los trabajos o servicios de los destinos a los que estaban destinados. En estos supuestos, los trabajos o los servicios se

3.2. El pago por la administración pública

La esencia de esta clase de peculado reside no sólo en quien presta o realiza el trabajo o servicio, sino que **el precio** de ese trabajo o servicio resulta cubierto por la administración pública, y no por el funcionario propiamente dicho.

Por ello no se da el delito, cuando el trabajo o servicio es pagado con recursos del propio funcionario, en tanto no importa desviación del destino administrativo.

Si lo que se desvía no es el trabajo o servicio propiamente, sino el monto del dinero para el pago que se debe a las personas que trabajan, la acción constituye peculado de dineros o bienes públicos, y no peculado de trabajos o servicios.

3.3. Tipo subjetivo

El delito es **doloso**. Requiere el **dolo directo**. Los peculados de trabajos o servicios requieren de un elemento subjetivo adicional al dolo, cual es, el aprovechamiento del trabajo, para el funcionario que lo dispone o para un tercero.

3.4. Consumación y tentativa

El peculado de trabajos o servicios pagados por la administración, se consuma en el momento que comienzan a ser **utilizados** en provecho del funcionario o del tercero, no antes. Se trata de delitos de mera actividad (disvalor de acción), por lo que la acción de emplear consuma la figura.

Resulta difícil aceptar la tentativa. En el momento de darse el hecho objetivo del “**aprovechamiento**” por el “**empleo**” del trabajo o servicio, automáticamente se da la consumación. Es el aprovechamiento ilegítimo por el empleo, como hecho objetivo, lo que lesiona el bien jurídico; antes de ese aprovechamiento, lo que haya dispuesto el funcionario constituye un mero acto preparativo impune penalmente, aunque no así disciplinaria y administrativamente.

4. Peculado de uso

El denominado **peculado de uso** hasta hace poco era impune en nuestro país.

Fue con la reforma del **artículo 354** del Código Penal, introducida con la promulgación de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que el peculado de uso de bienes públicos quedó tipificado y sancionado con penas de tres meses a dos años de prisión.

Así se extrae de la actual redacción del citado artículo: “...*asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario*

público que emplee, en provecho propio o de terceros, ... bienes propiedad de ella”. Esto es, bienes propiedad de la Administración Pública.

El peculado de uso se da cuando el funcionario público, hace uso *animus domini* de cosas pertenecientes a la administración pública, sin que el uso implique la sustracción o distracción de la cosa. Es requisito esencial que los bienes sobre los que recae el peculado de uso, estén bajo la administración, percepción o custodia del funcionario en cuestión.

5. Autoría común a todas las clases de peculado

Por ser un delito **especial propio**, sólo puede cometerlo el funcionario público, competente en razón del cargo, para su administración, custodia o percepción. Lo cual aplica también para el peculado de trabajos o servicios pagados por la administración o el peculado de uso de bienes propiedad de ella.

La participación es posible y en ese ámbito entraría el tercero, quien es beneficiado con los trabajos, servicios o con el uso de los bienes de la administración, dispuestos a su favor por el funcionario público competente. Sin embargo, dada la **interpretación ampliativa** que hace la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,⁸⁰ del artículo 49 del Código Penal sobre la comunicabilidad de las circunstancias, resulta posible en algunos casos admitir la coautoría del particular en las

⁸⁰ Ver entre otros el voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

distintas modalidades de peculado, si la condición de funcionario público era conocida por la persona particular que figura como coautora.

A partir de la reforma del artículo 354 del Código Penal, introducida por el artículo 64 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422, el 29 de octubre del 2004, la lista de autores del delito de peculado se amplió y ahora, además de las personas funcionarias públicas, se incluyen: a) los particulares; b) los gerentes, administradores o apoderados de organizaciones privadas; c) beneficiarios; d) subvencionados; e) donatarios; o f) concesionarios; con respecto a los bienes, servicios o fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.

6. Aspectos procesales

6.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36–2003 de Corte Plena así como de las circulares 10–2003 y 19–2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36–2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a

juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

6.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer el delito de peculado, van a estar condicionadas al tipo de peculado que se trate. Debe recordarse que en nuestra actual legislación, tanto los títulos originales del Código Penal como las modificaciones introducidas por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, tenemos tres tipos de peculados: el de bienes o dineros, el de servicios y trabajos pagados por la administración y el peculado de uso. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena a los hechos, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el

denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consistió la distracción o la sustracción de los bienes o dineros que tenía bajo su custodia, percepción o administración el funcionario, cómo los apartó de la esfera de custodia administrativa y cuál fue, si lo conoce, el destino que dio a esos bienes o dineros, lo cual resulta importante si se quiere recuperar lo sustraído o distraído.

- **Recopilar y analizar las noticias y reportajes periodísticos que eventualmente hagan referencia a testigos o hallazgos independientes de la prensa.** Eventualmente, según sea el caso, podría valorarse con sumo cuidado y discreción solicitar a los medios de prensa que hayan sacado la noticia a la luz pública, los documentos o nombres de testigos o eventuales responsables del delito.⁸¹ Resulta

⁸¹ Sobre las precauciones y cuidados al momento de tratar con representantes de la prensa, se puede consultar el tema “La corrupción en los medios de comunicación”, del autor Barahona Krüger, el cual señala: “Siendo que los medios de comunicación manejan un gran poder, pero sobre todo, una libertad casi irrestricta (discrecionalidad) para ejercer dicho poder, no resulta extraño que puedan ocurrir corruptelas en su histórico devenir, máxime que manejan, casi en forma monopólica, la facultad de denuncia. Poseen las fuentes de información, la organización para canalizar la información, y lo más importante, los canales para comunicar y distribuir la noticia... lo que no ocurre para

oportuno agregar el comentario de los integrantes del grupo de validación de este documento, en el sentido de que la recopilación y análisis de los reportajes periodísticos no constituyen propiamente una diligencia probatoria sino una fuente de información que debe ser corroborada por los medios probatorios legalmente admitidos.

- **Solicitar a la Contraloría General de la República, a la Auditoría Interna o al Órgano Director del Proceso o incluso a las comisiones investigadoras como las de la Asamblea Legislativa,** la remisión de los estudios especiales, estudios de auditoría realizados, dictámenes e informes, donde se documenten las irregularidades o anomalías que informen de la “sustracción o distracción de bienes o dineros públicos” o bien de “servicios o trabajos pagados por la administración” o de “usos indebidos de bienes o servicios públicos”. Si se trata de peculados de bienes o dineros, debe verificarse que esté documentada la violación del control interno vigente en la institución, cuantificarse la pérdida del activo así como la identificación de la persona responsable de su custodia, percepción o administración. Si se trata de peculados por servicios o trabajos pagados por la administración, deben los estudios acreditar los pagos con cargo al presupuesto de la institución ofendida o cancelados con recursos de

la Tesorería Nacional. Si se trata de peculados de uso, la acreditación del uso indebido y abusivo de los bienes o servicios del Estado se toma en cuenta que se trata de usos que no implican apropiación o distracción. Tratándose de estudios de auditoría, es de suma importancia solicitar los **papeles de trabajo** de esos estudios, dado que mucho de los informes que rinden los auditores son verdaderos resúmenes de los análisis de los hallazgos encontrados durante la investigación administrativa, los cuales en ocasiones dejan de lado información relevante para la solución del caso penal. Acá resulta oportuno agregar la observación realizada por el grupo de validación, en el sentido de que los papeles de trabajo (generalmente fotocopias de otros documentos) pertenecen al auditor y los puede utilizar en juicio. Ahora bien de existir documentos originales dentro de los papeles de trabajo se requiere el secuestro de ellos. Cuando se cuente con una auditoría interna, resulta conveniente entrevistar al auditor que hizo la investigación y con sus papeles de trabajo hacer un cotejo de los resultados o conclusiones.

- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del funcionario,** para determinar si las actividades de “sustracción” o “distracción” de bienes o dineros aún continúa, esto en caso de que aún permanezca en el puesto. También es importante verificar los vehículos que utiliza, las casas que frecuenta que

ellos, simplemente no existe...” Barahona Krüger, Pablo. *Corrupción e impunidad*. 1ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2004. Página 97.

pueden ser de su propiedad, los sitios exclusivos que visita, en fin, el estilo de vida del funcionario y de su núcleo familiar. Debe tratar de constatar si el estilo de vida resulta acorde con los ingresos normales que recibe el funcionario por el ejercicio de su cargo.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, sus ingresos económicos. No debe olvidarse que con la aprobación de la reforma introducida al peculado por la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, esta “...**disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión...**”, por lo que debe pedirse a la entidad pública titular del control o supervisión de los servicios prestados por esos particulares, la respectiva acreditación de sus cargos, funciones y obligaciones.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República una copia de la declaración jurada de bienes que haya rendido el funcionario ante esa dependencia.** Confrontar esta información con los resultados de las vigilancias móviles o estacionarias practicadas por la policía.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el delito investigado. En este sentido es importante revisar las copias o fotocopias de los papeles de trabajo de los estudios de auditoría, pues en ocasiones los auditores que realizan los estudios dejan los documentos “originales” en el lugar que los encontraron y al hacerse pública o notoria la investigación penal, dichas probanzas comienzan a correr riesgos adicionales de desaparición o de manipulación indebida. Una vez identificada estas probanzas documentales, debe procederse de inmediato a su secuestro y aseguramiento.
- **Solicitar el levantamiento del secreto bancario, bursátil o tributario al juez penal**, para conocer situación económica del funcionario cuestionado, lo cual podrá ser complementado con un estudio de bienes muebles e inmuebles del Registro Público y con la información que se derive de las declaraciones juradas de bienes de la Contraloría General de la República.
- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre el inexplicable estilo de vida del funcionario y explicación del posible origen del “enriquecimiento ilícito”. Si se trata de peculados de servicios o trabajos pagados por la administración debe entrevistarse

al personal que indebidamente fue utilizado en la realización de esos servicios o trabajos, lo que deberá además reforzarse con las certificaciones del pago de sus salarios u horas extra a cargo del Estado. Si se trata de peculados de uso, por lo general serán los compañeros o los jefes quienes puedan suministrar información útil de la utilización abusiva de los bienes o servicios del Estado realizados por el funcionario cuestionado; en especial, estas entrevistas deben determinar la relación existente entre el servicio o bien utilizado indebidamente y el funcionario en cuestión.

- **Solicitar a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en particular, a la Unidad de Lavado**, realizar el respectivo análisis de situación económica del funcionario, a fin de establecer si el nivel de ingreso promedio obtenido como servidor público, justifica el nivel económico que ostenta la persona investigada. Aquí resulta oportuno hacer la aclaración de que si se cuenta con un estudio de auditoría serio y bien documentado, resulta superabundante solicitar Dictámenes a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., salvo que se trate de un seguimiento o aseguramiento de bienes o que se requiera reforzar algún aspecto omiso en la auditoría interna.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la

negociación de criterios de oportunidad, con las personas que hayan tenido algún grado de participación en el enriquecimiento ilícito del funcionario. En estos casos, está por demás indicar, que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

7. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

7.1. Análisis de votos

En el presente apartado hemos considerado oportuno analizar algunos votos relacionados con el delito en estudio. Hemos procurado sintetizar el contenido del voto y señalar con palabras nuestras la solución dada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Para el mejor entendimiento, hemos también expuesto bajo el título “caso práctico” el resumen de los hechos que dio lugar al voto y en algunos de ellos, nos hemos permitido hacer un comentario.

7.1.1. Improcedencia de la obediencia debida, si el imputado actuaba dentro de un plan común con otros imputados

En el **Voto N° 557-2006** de las 14:10 horas del 7 de junio de 2006, la **Sala Tercera** conoció el alegato de un sentenciado dentro de un procedimiento de revisión, que insistía haber sido condenado injustamente por cuanto actuó bajo el supuesto de la obediencia debida. La Sala rechazó el argumento, no solo porque el artículo 36 del Código Penal exige que la actuación no tenga un evidente carácter ilícito, sino porque se demostró que su actuación formaba parte de un plan común compartido con otros funcionarios que tenían la administración y custodia de los fondos sustraídos.

CASO PRÁCTICO

GCC fue contratado en la DGAC como mensajero, sin embargo luego de un tiempo se ganó la confianza de sus superiores, quienes en varias oportunidades le encargaron ir a los bancos para hacer efectivos cheques emitidos por la institución, con los que pagaban contrataciones ficticias, lo que era conocido por GCC. En su defensa, GCC alegó que actuó bajo el supuesto de la obediencia debida, planteamiento que fue rechazado por el Tribunal y por la Sala Tercera.

Comentario

En forma acertada la Sala rechazó el argumento de la obediencia debida, máxime al comprobar que GCC formaba parte del

plan común para sustraer dineros públicos en perjuicio de la institución pública para la cual trabajaba y como tal, no ignoraba el carácter ilícito de su conducta. Sobre el particular, indicó la Sala: "...Los Juzgadores hacen ver que la actuación dolosa del sentenciado, de común acuerdo con los restantes encartados y conociendo de la falsedad de la prestación de servicios que motivaba la erogación de fondos públicos, permite excluir que éste actuara bajo la eximente de obediencia debida. Ello es así porque la procedencia de dicha eximente se hace depender no sólo de que se actúe en cumplimiento de una orden que provenga de un superior jerárquico competente, sino también que la orden '*...no revista el carácter de una evidente infracción punible...*', condición esta que no se cumple en la especie. Tal y como se ha venido señalando, el Tribunal acreditó de manera adecuada que el imputado sabía que eran falsas las firmas de los personeros del taller a quienes correspondía los supuestos primeros endosos de cada uno de los cheques y en tales circunstancias no cabe discutir la concurrencia de la figura prevista en el numeral 36 del Código Penal..."

7.1.2. Comunicabilidad de las circunstancias en el delito de peculado

En el **Voto N° 557-2006** de las 14:10 horas del 7 de junio de 2006, la **Sala Tercera** conoció el alegato formulado en un procedimiento de revisión, en el que el sentenciado insistía haber sido condenado injustamente por cuanto como simple mensajero no tuvo en razón de su cargo, la administración ni la custodia de los fondos

públicos sustraídos. La Sala rechazó el argumento por la irrelevancia del reclamo, pues el Tribunal lo había condenado por complicidad al interpretar restrictivamente el artículo 49 del Código Penal referido a la comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes y no a los autores. Más bien, a criterio de la Sala, el recurrente debió haber sido condenado como coautor y no como cómplice, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala sobre la interpretación ampliativa del artículo 49.

CASO PRÁCTICO

Conforme al plan delictivo, NRG como director general y JOS como jefe financiero, eran los encargados de emitir los cheques con que se pagaban los trabajos ficticios, supuestamente realizados por terceros a favor de DGAC, los que a su vez eran justificados por medio de órdenes de compra falsas elaboradas por JAM, Jefe de Proveeduría. A su vez, GCC, mensajero de la institución, era el encargado de hacer efectivos los cheques en el banco, mediante endosos falsos. En el debate, GCC alegó que como mensajero, no tenía en razón de su cargo la administración y custodia de los fondos públicos sustraídos. El Tribunal lo condenó por complicidad. Según la Sala debió ser condenado como coautor, aunque no tuviera la administración ni la custodia de los fondos.

Comentario

Acá interesa traer a colación la discutida **interpretación ampliativa** que sigue la Sala Tercera en relación con el **artículo 49**

del Código Penal sobre la comunicabilidad de las circunstancias. Según la Sala cuando el artículo 49 señala que las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los “**partícipes**” que no las posean, si eran conocidas por ellos, se refiere a “partícipes” en forma amplia, que incluye tanto a cómplices e instigadores como a coautores. Esa ha sido la jurisprudencia reiterada de la Sala y por ello, en el caso del mensajero GCC debió ser condenado como coautor del peculado (en este sentido, resoluciones N° 565 de las 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994; 617 de las 11:10 horas del 9 de junio de 2000, y 975 de las 9:30 horas del 31 de octubre de 2003, entre otras). Por el contrario, el Tribunal de Juicio señaló que la comunicabilidad de las circunstancias no permitía estimar que se le transfiriera la condición de tener los fondos bajo su custodia en razón de su cargo al mensajero GCC. En criterio del Tribunal: “...la acepción de partícipe contenida en la norma debe entenderse en su sentido restringido y además: ‘... *en el delito de peculado, la condición de funcionario público tiene una doble esfera de valoración, puesto que se considera tanto para determinar al sujeto activo del tipo objetivo, como el objeto material de la acción...*’ Fue puntualmente la comunicabilidad de esta última condición la que no estimó posible el Tribunal”. A partir de ello, el Tribunal concluyó que: “... *en sana aplicación de la garantía constitucional de legalidad, la participación que han tenido los coimputados... (GCC y JAM)... en los hechos demostrados, al facilitar esas contrataciones ficticias para que se giraran esos cheques, y al endosar y hacer efectivos los cheques, respectivamente,*

no se les puede atribuir en calidad de coautores, sino de cómplices, dado que sus participaciones fueron y deben considerarse como cooperación para la realización del hecho punible que en calidad de coautores realizaron los imputados... (NRG y JOS)..., según el artículo 47 del Código Penal.”

7.1.3. Comete peculado el tercero que dispone de dineros públicos, con la complacencia de quienes tienen su administración y custodia

En el **Voto N° 198-2006** de las 9:35 horas del 13 de marzo de 2006, la **Sala Tercera** al declarar con lugar un recurso del MP, sugiere tipicidad de la conducta de un tercero que dispuso de dineros públicos que estaban a nombre de una asociación, cuyos miembros facilitaron y complacieron al extraño en la utilización de esos recursos que estaban bajo su administración y custodia. Al declarar con lugar el recurso y ordenar el reenvío, la Sala dispone que en el nuevo debate se analice la tipicidad de la conducta de ese tercero.

CASO PRÁCTICO

CESS diputado a la Asamblea Legislativa, logró la modificación del presupuesto extraordinario para la asignación de una partida para ayudas a unos damnificados de su zona. Los dineros fueron transferidos a la cuenta de una asociación de desarrollo comunal, en la cual CEJS y CMBH eran miembros de su junta directiva. Conforme a la ley, los dineros serían distribuidos por la Asociación a

las personas necesitadas previo estudio socioeconómico que acreditara la necesidad de la ayuda. Pese a ello, CESS dispuso de los dineros en otros fines con la complacencia de CEJS y CMBH, quienes actuaron a espaldas del resto de la junta directiva de la asociación. Para ello, utilizaron facturas proformas y otros documentos a nombre de personas damnificadas, cuyos montos se determinó que no correspondían a la realidad. El Tribunal absolvió por estimar que CESS como diputado no tenía la administración y custodia de los dineros sustraídos y en cuanto a CEJS y CMBH no quedó claro si conocían las acciones que realizaba CESS.

Comentario

Resulta acertada la decisión de la Sala al anular la sentencia absolutoria del Tribunal. Si bien el diputado, como extraneus, no tenía a su cargo la administración y custodia de los dineros públicos destinados a las ayudas, lo cierto era que en la práctica disponía a su antojo de esos recursos porque dos miembros de la junta directiva de la Asociación, CEJS y CMBH, así se lo permitían. Como el diputado, CESS conocía la naturaleza pública de los recursos así como las circunstancias personales de CEJS y CMBH como responsables de la custodia y administración de los fondos, por comunicabilidad de las circunstancias (artículo 49 del Código Penal), siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala Tercera, CESS sería coautor de peculado y no cómplice.

7.2. Reseña de votos⁸²

7.2.1. Reseña de peculado de bienes y dineros

7.2.1.1. Reseña: El objeto de protección esencial es la probidad en el ejercicio de las funciones públicas

Voto: 673-2003 Fecha:
07/08/2003 Hora: 10:00

7.2.1.2. Reseña: Procedencia de los bienes. Configuración

Voto: 569-F-94 Fecha: 21/12/1994
Hora: 08:55

7.2.1.3. Reseña: Para que se configure el delito se requiere que al agente activo, además de ostentar la condición de funcionario público, se le debe haber encomendado, como parte de las atribuciones o funciones asignadas a su puesto, la administración, custodia o percepción de dinero o bienes. El bien jurídico tutelado no es la propiedad estatal o pública, sino el celo, cuidado o probidad con que la Administración Pública protege o administra, según la naturaleza y destino, los bienes o efectos (dineros o valores) que han entrado en su esfera de acción. Por tanto, autor de este delito únicamente puede serlo el funcionario público que: 1. está facultado o autorizado legalmente para disponer de los bienes, según el destino que se les ha dado (administración); 2. ha recibido los dineros o bienes para ingresar-

los o egresarlos a la esfera de custodia o disposición de la administración (percepción); o bien 3. debe cuidar o vigilar, como parte de las funciones propias asignadas, los bienes y dineros que le fueron entregados o señalados (custodia).

Voto: 1312-2000 Fecha: 10/11/2000
Hora: 09:30

7.2.1.4. Reseña: Concurso ideal entre peculado y falsedad Ideológica. Diferencia con el concurso aparente de normas. Análisis de los delitos de pasaje

Voto: 651-2002 Fecha: 05/07/2002
Hora: 08:55

7.2.1.5. Reseña: Cabe la tentativa en este tipo de delitos que no pueden ser conceptuados como “formales”

Voto: 334-F-96 Fecha: 05/07/1996
Hora: 08.50.

7.2.1.6. Reseña: El delito de peculado, en su modalidad de sustracción y distracción de dineros o bienes públicos, no exige necesariamente, ya sea como elemento subjetivo del injusto o bien como elemento objetivo del tipo, el “aprovechamiento” propio o a favor de terceros, de esos dineros o bienes públicos, elementos que sí se presentan en el peculado de servicios, sin perjuicio de que en la realización de las conductas ilícitas mencionadas, surja el factor “provecho” referido, y que en la mayoría de los casos va aparejado con su comisión.

Voto: 822-2003 Fecha: 22/09/03
Hora: 10:50

⁸² Tomado de la Reseña del catálogo de votos, organizados y sistematizados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su Índice General de Jurisprudencia 1990-2004. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004.

7.2.1.7. Reseña: Diferencias con el delito de malversación

Voto: 673-2003 Fecha: 07/08/2003
 Hora: 10:00

7.2.1.8. Reseña: Consideraciones sobre el concepto de funcionario público a los efectos de catalogar bajo ese concepto a los particulares que administran fondos públicos

Voto: 673-2003 Fecha: 07/08/2003
 Hora: 10:00

7.2.1.9. Reseña: Defraudación entre particulares y funcionarios que constituyeron empresas y suscribieron cuentas corrientes para hacer sobregiros. Comunicabilidad de las circunstancias para los imputados que no eran funcionarios públicos.

Voto: 975-2003 Fecha: 31/10/03
 Hora: 09:30

7.2.1.10. Reseña: El beneficio patrimonial para el funcionario no es elemento del tipo. Diferencia con el delito de peculado

Voto: 692-F-93 Fecha: 10/12/1993
 Hora: 09:00

7.2.1.11. Reseña: Complicidad. La calidad de funcionario público del autor se le comunica al cómplice que no la posee si éste último tiene conocimiento de la condición de funcionario público de aquel

Voto: 451-F-92 Fecha: 02/10/1992
 Hora: 08:25

7.2.1.12. Reseña: Complicidad. Necesidad de acreditar el conocimiento de las irregularidades del uso de los fondos públicos y la voluntad de colaborar en la distracción de tales fondos

Voto: 1173-1997 Fecha: 31/10/1997
 Hora: 09:30

7.2.1.13. Reseña: Los cheques pueden enlistarse dentro de la categoría de “dinero” o “de bienes”

Voto: 265-F-91 Fecha: 14/06/1991
 Hora: 08:57

7.2.1.14. Reseña: Faltante cierto y determinado debido a los manejos irregulares que efectuó el sentenciado

Voto: 352-F-90 Fecha: 23/11/1990
 Hora: 14:30

7.2.1.15. Reseña: Configuración. Bien jurídico tutelado. La lesión efectiva del patrimonio no es un elemento objetivo configurativo del tipo

Voto: 476-1998 Fecha: 22/05/1998
 Hora: 08:55

7.2.1.16. Reseña: Tipicidad

Voto: 659-1999 Fecha: 28/05/1999
 Hora: 09:50

7.2.1.17. Reseña: Común y Peculado de fondos privados. Diferencias

Voto: 659-1999 Fecha: 28/05/1999
Hora: 09:50

7.2.1.18. Reseña: Diferencia entre peculado y malversación

Voto: 221-90 Fecha: 10/08/1990
Hora: 09:15

7.2.1.19. Reseña: Funcionario público. Concepto objetivo amplio. Es la naturaleza de la actividad y no el ligamen con la administración lo que entre otros aspectos, caracteriza, al funcionario público

Voto: 208-F-94 Fecha:
10/06/1994 Hora: 09:30

7.2.1.20. Reseña: Atipicidad. Sobre el bien jurídico tutelado

Voto: 1006-2004 Fecha: 20/08/2004
Hora: 11:45

7.2.2. Reseña de peculado de servicios

Reseña: Improcedencia cuando se trata de uso de vehículos discrecionales, pues no existe prohibición para utilizar los vehículos de uso discrecional en actividades que no sean las normales de la institución o el ministerio. Considerando LXVII.

Voto: 176-2003 Fecha: 20/03/2003
Hora: 17:20

Unidad XXIV

Facilitación culposa de sustracciones

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 355**:

“Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. El objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae sobre el **patrimonio público** (pecunia pública) concretamente, los **dineros** o los **bienes públicos**.

Por medio de la tipificación de la conducta culposa del funcionario, se pretende proteger y conservar el patrimonio público, como sustrato esencial de los servicios públicos y la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios.

Se trata de una protección adicional, esta vez de naturaleza culposa. Se pretende sancionar a la persona funcionaria pública que faltando a los deberes de la función pública, incurre en una falta del **deber de cuidado** y por negligencia o imprudencia da ocasión para que otra persona sustraiga de la esfera de custodia administrativa dineros o bienes públicos.

3. Conducta típica

La acción típica consiste en “**hacer posible o facilitar**” por **culpa** que otra persona sustraiga dineros o bienes públicos.

El funcionario público que tiene a su cargo la administración, custodia o percepción de dineros o bienes públicos, asume con ello un **deber objetivo de cuidado** sobre esos recursos públicos.

En la facilitación culposa de sustracciones, el funcionario se concreta o limita a la tolerancia permisiva o a la facilitación ejecutiva de la sustracción de dineros o bienes públicos a su cargo, realizada por un tercero.

Pero es importante señalar, que quien realiza la sustracción dolosa de los dineros o bienes públicos es el tercero, no el funcionario responsable de la administración, custodia o percepción. El dolo debe estar ausente en la conducta de la persona funcionaria responsable de los recursos públicos. Quien sí debe actuar dolosamente es el tercero que realiza la acción de sustraer los dineros o bienes públicos.

La facilitación culposa de sustracciones se diferencia de otras figuras culposas, por cuanto la violación al deber objetivo de cuidado por el funcionario, lleva a un resultado dañoso para la administración pública, provocado por la acción dolosa realizada por un tercero.

Si la sustracción de los recursos públicos realizada por el tercero, no se debe a la infracción objetiva del deber de cuidado del funcionario o funcionaria, no se da la figura culposa.

Si el funcionario conocía que iba a producirse la sustracción de los dineros o bienes por parte del tercero y pese a ese conocimiento no evitó el resultado, el funcionario comete el delito de peculado impropio, (esto es, la comisión por omisión), ya que al haber asumido una **posición de garante**, respecto de esos recursos públicos estaba jurídicamente obligado a

evitar la sustracción de estos (artículo 18 del Código Penal).

Entre la violación del **deber de cuidado** del funcionario público y la sustracción de los dineros o bienes públicos debe haber una **relación directa** por la cual el tercero se aprovecha y sustrae. Si la sustracción no tiene relación con la negligencia o imprudencia no se configura el delito culposo.

4. Tipo subjetivo

El delito es de naturaleza **culposa**. La observancia del deber de cuidado y la diligencia debida, constituyen el punto de referencia obligado.⁸³

A diferencia de los peculados dolosos, en la sustracción culposa de sustracciones la conducta de la persona funcionaria pública no va dirigida a lesionar los deberes de la función pública, pero objetivamente los lesiona. Con la conducta imprudente o negligente, el funcionario demuestra un menosprecio a los deberes del cargo, al no cuidar y proteger como es debido, los dineros o bienes públicos a su cargo, afectando con ello el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública.

Como cualquier otro delito culposo, la facilitación culposa de sustracciones es un **tipo penal abierto**. La actuación de la persona funcionaria pública no está descrita en forma precisa en tipo penal.

⁸³ Rojas Chacón, José Alberto y Sánchez Romero, Cecilia. Curso de Teoría del Delito. Aspectos teóricos y prácticos. Segundo Módulo Instruccional Tipicidad. Págs. 138-151.- Material suministrado en disco compacto por la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público. 1ª versión mayo 2007.

El fiscal y luego el juez, deben analizar la actuación de la persona funcionaria ex post facto con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho y con base en ello establecer si faltó al deber de cuidado, que a su vez permitió o facilitó que un tercero sustrajera los dineros o bienes públicos.

Constatada la infracción al deber de cuidado y el nexo de causalidad entre esa falta de cuidado de la persona funcionaria y la sustracción dolosa realizada por el tercero, para que sea merecedor de la sanción penal.

5. Consumación y tentativa

Por su estructura culposa, este delito requiere de la producción de un **resultado**. Debe verificarse en el caso concreto la sustracción de los dineros o bienes públicos.

No es admisible la tentativa en esta figura culposa. Aunque podría darse el caso que el tercero que realiza la acción de sustraer los dineros o bienes, vea interrumpida su acción por causas ajenas a su voluntad y quedar en tentativa su delito doloso, la facilitación culposa de sustracciones como tal se habría consumado por haberse permitido que diera lugar la acción dolosa del tercero, aunque esta haya quedado tentada.

6. Autoría

Es un tipo remisivo, en el tanto remite a los dineros o bienes de que trata el artículo 354 (anterior). Por ello, la persona autora

sólo puede ser el funcionario que tenga una relación funcional con los dineros o bienes públicos en razón del cargo, porque los administra, custodia o percibe.

Es importante señalar que, la conducta del autor o autora de la facilitación culposa de sustracciones, es **independiente** de la conducta que despliega el tercero que dolosamente sustrae los dineros o bienes del Estado.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública,

ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar

–según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Para establecer las diligencias útiles de investigación del delito de facilitación culposa de sustracciones, se debe tomar en cuenta que, como se indicó en los puntos anteriores, se trata de una protección adicional que se le da a los bienes o dineros del Estado, pero esta vez de naturaleza culposa. Se pretende sancionar a la persona funcionaria pública que faltando a los deberes de la función pública, incurre en una falta del **deber de cuidado** y por negligencia o imprudencia da ocasión para que otra persona sustraiga de la esfera de custodia administrativa dineros o bienes públicos. Por ello estimamos como diligencias útiles:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena a los hechos, pero que conoce por razones personales la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el

Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consistió la distracción o la sustracción de los bienes o dineros que tenía bajo su custodia, percepción o administración el funcionario, cómo los apartó de la esfera de custodia administrativa y cuál fue, si lo conoce, el destino que dio a esos bienes o dineros, lo cual resulta importante si se quiere recuperar lo sustraído o distraído.

- **Recopilar y analizar las noticias y reportajes periodísticos que eventualmente hagan referencia a testigos o hallazgos independientes de la prensa.** Eventualmente, según sea el caso, podría valorarse con sumo cuidado y discreción solicitar a los medios de prensa que hayan sacado la noticia a la luz pública, los documentos o nombres de testigos o eventuales responsables del delito. Resulta oportuno agregar el comentario de los integrantes del grupo de validación de este documento, en el sentido de que la recopilación y análisis de los reportajes periodísticos no constituyen propiamente una diligencia probatoria sino una fuente de información que debe ser corroborada por los medios probatorios legalmente admitidos.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República, a la Auditoría Interna o al Órgano Director del Proceso o incluso a las comisiones investigadoras como las de la Asamblea Legislativa,** la remisión de los estudios especiales, estudios de auditoría realizados,

dictámenes e informes, donde se documenten las irregularidades o anomalías que informen de la “sustracción o distracción de bienes o dineros públicos” por parte de terceras personas ajenas a la función pública y que evidencie falencias de control interno de las personas responsables de su administración y custodia. Tratándose de estudios de auditoría, es de suma importancia solicitar los **papeles de trabajo** de esos estudios, dado que mucho de los informes que rinden los auditores son verdaderos resúmenes de los análisis de los hallazgos encontrados durante la investigación administrativa, los cuales en ocasiones dejan de lado información relevante para la solución del caso penal. Acá resulta oportuno agregar la observación realizada por el grupo de validación, en el sentido de que los papeles de trabajo (generalmente fotocopias de otros documentos) pertenecen al auditor y los puede utilizar en juicio. Ahora bien, de existir documentos originales dentro de los papeles de trabajo se requiere el secuestro de ellos. Cuando se cuente con una auditoría interna, resulta conveniente entrevistar al auditor que hizo la investigación y con sus papeles de trabajo hacer un cotejo de los resultados o conclusiones.

- **Ordenar la investigación al O.I.J.** para determinar la identidad de la persona ajena a la función pública que de manera dolosa se apropió de los dineros o bienes públicos. Esto por cuanto documental, pericial y

testimonialmente se puede establecer con relativa facilidad quién fue la persona funcionaria pública que culposamente permitió la sustracción de los recursos públicos, pero no siempre resulta de fácil determinación la identidad de quien dolosamente aprovechó la negligencia del encargado y “sustrajo” o “distrajo” el recurso público.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuales eran sus funciones y en especial, sus ingresos económicos. No debe olvidarse que con la aprobación de la reforma introducida al peculado por la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, esta “...**disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión...**”, por lo que debe pedirse a la entidad pública titular del control o supervisión de los servicios prestados por esos particulares, la respectiva acreditación de sus cargos, funciones y obligaciones.
 - **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el delito investigado. En este sentido es importante re-
- visar las copias o fotocopias de los papeles de trabajo de los estudios de auditoría, pues en ocasiones los auditores que realizan los estudios dejan los documentos “originales” en el lugar que los encontraron y al hacerse pública o notoria la investigación penal, dichas probanzas comienzan a correr riesgos adicionales de desaparición o de manipulación indebida. Una vez identificadas estas probanzas documentales, debe procederse de inmediato a su secuestro y aseguramiento.
- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre el proceder negligente del funcionario encargado de la custodia o administración de los recursos sustraídos. Es importante en todo momento establecer el comportamiento “culposo” del funcionario cuestionado, pues en el momento en que existan indicios de que más bien se trata de una actuación dolosa, se debe cambiar la calificación del hecho y redireccionar la investigación a un delito de peculado de bienes o dineros públicos, con las diligencias de investigación que se han sugerido para ese delito funcional.
 - **Solicitar a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en particular, a la Unidad de Lavado,** realizar el respectivo análisis de control interno de los procedimientos administrativos vigentes al momento de darse la

sustracción de los recursos públicos. Es importante solicitar a los auditores forenses, en caso de que no lo hayan considerado, realizar trabajo de campo (esto es, visitar el lugar donde se custodiaban o administraban los recursos) y proceder a la revisión para investigar si en la práctica se aplicaban los manuales o instructivos de control que debían seguirse en la custodia o administración de los recursos. Aquí resulta oportuno hacer la aclaración de que si se cuenta con un estudio de auditoría serio y bien documentado,

resulta superabundante solicitar dictámenes a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., salvo que se trate de un seguimiento o aseguramiento de bienes o que se requiera reforzar algún aspecto omiso en la auditoría interna.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

(*) No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXV

Malversación

Con respecto a este delito, el Código Penal establecía en el **artículo 356**:

“Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente a aquélla a que estuvieren destinados. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.”
(Así reformado mediante Ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

A partir del 29 de octubre de 2004, fecha en la cual salió publicada en La Gaceta N° 212, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, se introdujo en el **artículo 64** la reforma del **artículo 356** del Código Penal, con el siguiente texto:

“Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o

fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. El objeto de la acción típica

El objeto de la acción en este delito, al igual que en los peculados, recae sobre el **patrimonio público**.

Antes de la reforma introducida por el **artículo 64** de la Ley N° 8422, la malversación únicamente estaba referida a los caudales o efectos. Luego de la reforma,

la nueva estructura alcanza: los **caudales, bienes, servicios y fondos públicos**, a los cuales, a contrario sensu, pretende que el funcionario respete el destino de estos establecidos en la ley.

3. La conducta típica

La acción consiste en **dar** a los caudales, bienes o servicios **una aplicación diferente** de la que corresponde. De manera que el destino dado no es el establecido, sino otro, que arbitrariamente impone el funcionario, dentro de la esfera pública.

Se trata de una **desviación** de caudales, bienes, servicios o fondos públicos, sin que medie sustracción o distracción de la esfera administrativa. Si la desviación saca fuera de la custodia administrativa los recursos públicos, deja de ser malversación para convertirse en peculado.

4. Caudales, bienes, servicios o fondos públicos

La expresión “**caudales**” comprende toda clase de bienes; no se reduce solo al dinero.

Los **bienes públicos** son las cosas –muebles e inmuebles– y los derechos cuya titularidad corresponde a los entes públicos. Los bienes del Estado pueden distinguirse en bienes de dominio público y, o los bienes patrimoniales. La malversación se enfoca específicamente en el manejo de los bienes patrimoniales del Estado.

Los **servicios públicos**, constituyen la ordenación de un conjunto de elementos y actividades dirigidos a satisfacer una necesidad pública mediante la gestión directa o delegada de una personalidad pública y de conformidad a un régimen jurídico especial y distinto del que rige en los servicios privados. El concepto de servicio público, en cierto sentido, ha sustituido al concepto de ejercicio del poder soberano como base del Derecho Administrativo.⁸⁴

Los **fondos públicos**, es una expresión asociada a los activos líquidos del Estado. Sin embargo, de acuerdo con la definición contenida en el **Reglamento N° 32333-MP-J** a la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, **fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos, propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.**

5. Administración por el autor

Los caudales, bienes, servicios o fondos públicos, deben ser administrados por la persona autora, es decir, por el funcionario público **competente** que tiene la función de manejarlos o tenga poder de disposición en su función.

⁸⁴ Esta evolución se produce al aumentar el intervencionismo estatal y, al mismo tiempo, al justificar este por los beneficios que del mismo se derivan para toda la comunidad ciudadana. La progresiva asunción por la administración del creciente número de servicios que demanda la ciudadanía, se pretende explicar señalando que la administración debe proveer a las necesidades fundamentales de los administrados sin exponerlos al juego de los intereses particulares que asumirían, en otro caso, la prestación libre de tales servicios.

6. El destino de los caudales, bienes, servicios o fondos públicos

La esencia de la malversación consiste en que los caudales, bienes, servicios o fondos públicos tengan un **destino asignado por ley, reglamento u orden de autoridad competente**.

El destino establecido puede ser de carácter genérico. Por ejemplo, el 6% del presupuesto nacional corresponde al Poder Judicial. O bien, puede tratarse de un destino específico, por ejemplo, la tasa que cobra las municipalidades por concepto de recolección de basuras, solo puede destinarse específicamente a la manutención de ese servicio público.

Si los caudales, bienes, servicios o fondos públicos no tienen un destino establecido, no puede hablarse del delito de malversación.

Un nuevo destino no implica que se gaste el dinero o los fondos o los bienes, ni tampoco que existe un perjuicio concreto para la administración pública en el sentido económico, ni menos aún que el funcionario tenga el dolo del perjuicio.

Se trata que impere, en todo momento, el principio de legalidad, sea específicamente la legalidad presupuestaria o la legalidad administrativa en general, en el uso, disposición y destino de los caudales, bienes, servicios o fondos públicos. El objetivo: impedir que el funcionario disponga a su antojo los recursos públicos, aunque no se sustraigan de la esfera de custodia administrativa.

7. Autoría

Se trata de un delito **especial propio**. Sólo puede ser autora la persona funcionaria pública, que tenga a su cargo la administración de los caudales, bienes, servicios o fondos públicos.

Es necesario, al igual que el peculado, que exista una relación especial entre el funcionario y los caudales, bienes, servicios o fondos públicos cuyo destino ha sido cambiado. Para efectos típicos, ese cambio de destino solo lo puede realizar el funcionario que tiene competencia para ello.

Pueden presentarse supuestos de coautoría. Por ejemplo, la administración de los caudales, bienes, servicios o fondos públicos, a cargo de dos o más funcionarios públicos y todos actúan como una sola voluntad de malversar. Obviamente, la figura penal no alcanza al coadministrador que se niega a cambiarle el destino legal a los recursos.

La participación es posible, sea por la complicidad o por la instigación de un tercero (un particular u otro funcionario público que no tiene competencia sobre los recursos públicos malversados). Sin embargo, dada la **interpretación amplia** que hace la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,⁸⁵ del artículo 49 del Código Penal, sobre la comunicabilidad de las circunstancias, resulta admisible que se comunique la condición de funcionario público a esos terceros (sobre todo, particulares) que no ostentan esa calidad.

⁸⁵ Ver entre otros el voto N° 451-F-92 de las 8:25 horas del 02 de octubre de 1992.

A partir de la reforma del artículo 356 del Código Penal, introducida por el artículo 64 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422, el 29 de octubre del 2004, la lista de autores del delito de malversación se amplió (como sucedió con el peculado) y ahora, además de las personas funcionarias públicas, se incluyen: a) los particulares; b) los gerentes, administradores o apoderados de organizaciones privadas; c) beneficiarios; d) subvencionados; e) donatarios; o f) concesionarios; con respecto a los bienes, servicios o fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.

8. Tipo subjetivo

Es una figura **dolosa**. Requiere el **dolo directo**. La persona funcionaria pública debe **saber** el destino que tenían los caudales, bienes, servicios o fondos públicos y pese a ese conocimiento **querer** hacer el cambio de destino de estos.

9. Consumación

La malversación es un delito de peligro de resultado material. Se consuma con la **efectiva aplicación** de los caudales, bienes, servicios o fondos públicos a un destino distinto a los asignados por la ley.

10. El daño o entorpecimiento (malversación agravada)

De configurarse el delito de malversación, el **artículo 356** del Código Penal dispone en su parte final que:

“Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.”

Si tomamos en cuenta que con la reforma del artículo 356, introducida por el artículo 64 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, la pena de la malversación (tipo básico) pasó de ser reprimida con treinta a noventa días multa, a tener en la actualidad penas de uno a ocho años de prisión, tenemos que concluir que para el legislador la malversación se convirtió a partir del 29 de octubre del 2004 en un delito grave.

Más grave para la persona autora, si producto de la malversación se causa un daño o entorpecimiento del servicio, pues la pena se aumenta en un tercio. Lo que significa que la **malversación agravada** tendría una pena mínima de un año y cuatro meses de prisión y un extremo máximo de diez años y seis meses de prisión.⁸⁶

⁸⁶ En lo personal siempre estuve en desacuerdo con semejante desproporcionalidad en las penas de este delito. Después de todo, los caudales, bienes, servicios o fondos públicos si bien son redestinados ilegalmente por el funcionario hacia otros fines, dichos recursos no salen de la esfera de custodia administrativa del Estado. Y como se ha indicado, en muchos de estos casos existen verdaderos estados de necesidad que obligan al funcionario a tomar decisiones urgentes sobre esos recursos. El proyecto de ley, que motivó la promulgación de la Ley N° 8422 había sido presentado años atrás por la Contraloría General de la República y posiblemente, con el aumento de las penas pretendió corregir un problema que ha afligido siempre al órgano contralor: el desorden en el manejo de los recursos públicos que hacen los funcionarios públicos.

Como indica expresamente el artículo 356, la agravante se da cuando la conducta vista en la malversación produce un daño o un entorpecimiento de un servicio.

Debe entenderse por **daño**, todo efecto perjudicial para el servicio. Puede ser de carácter económico, pero también incluye la afectación de la prestación misma del servicio.

En tanto que, por **entorpecimiento** se entiende cualquier inconveniente en la prestación de servicios según los programas estipulados o las posibilidades que estos tienen.

El tipo agravado exige que realmente exista daño o entorpecimiento y que estos sean consecuencia directa del cambio de destino los caudales, bienes, servicios o fondos públicos, realizado por el funcionario.

El daño o entorpecimiento del servicio, como consecuencia de la malversación, no puede imputársele a la persona funcionaria pública a mero título causal o de responsabilidad objetiva, sino que debe haber por lo menos dolo o culpa. De lo contrario, sería inconstitucional por violentar el principio de culpabilidad.

11. Aspectos procesales

11.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que

instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

11.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer el delito de malversación, puede ser similar a las del delito de peculado, van a estar condicionadas al tipo de malversación de que se trate, pues con las modificaciones introducidas por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en la actualidad el delito de malversación cubre, según vimos, los siguientes supuestos:

“...el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados...”

Además, si a lo anterior le sumamos que el delito se agrava si ocurre daño o entorpecimiento, esto también tendrá que cubrir la base probatoria que se procura con la investigación. Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena a los hechos, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consistió la **desviación** de los caudales, bienes, servicios o fondos que tenía el funcionario o los particulares que menciona el tipo penal, bajo su administración, custodia, explotación bajo cualquier título o modalidad de gestión. El denunciante además informará si

sabe si ocurrió daño o entorpecimiento del servicio. Su declaración servirá para orientar la investigación en este y otros aspectos.

- **Recopilar y analizar las noticias y reportajes periodísticos que eventualmente hagan referencia a testigos o hallazgos independientes de la prensa.** Eventualmente, según el caso, podría valorarse con cuidado y discreción solicitar a los medios de prensa que hayan sacado la noticia a la luz pública, los documentos o nombres de testigos o eventuales responsables del delito. Resulta oportuno agregar el comentario de los integrantes del grupo de validación de este documento, en el sentido de que la recopilación y análisis de los reportajes periodísticos no constituyen propiamente una diligencia probatoria sino una fuente de información que debe ser corroborada por los medios probatorios legalmente admitidos.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República, a la auditoría interna o al órgano director del proceso o incluso a las comisiones investigadoras como las de la Asamblea Legislativa,** la remisión de los estudios especiales, estudios de auditoría realizados, dictámenes e informes, donde se documenten las irregularidades o anomalías que informen de la “desviación” de los caudales, bienes, servicios o fondos que tenía el funcionario o los particulares que menciona el tipo penal. Tratándose de estudios de auditoría, es de suma importancia

solicitar los **papeles de trabajo** de esos estudios, dado que mucho de los informes que rinden los auditores son verdaderos resúmenes de los análisis de los hallazgos encontrados durante la investigación administrativa, los cuales en ocasiones dejan de lado información relevante para la solución del caso penal. Acá resulta oportuno agregar la observación realizada por el grupo de validación, en el sentido, que los papeles de trabajo (generalmente fotocopias de otros documentos) pertenecen al auditor y los puede utilizar en juicio. Ahora bien, de existir documentos originales dentro de los papeles de trabajo se requiere el secuestro de ellos. Cuando se cuente con una auditoría interna, resulta conveniente entrevistar al auditor que hizo la investigación y con sus papeles de trabajo hacer un cotejo de los resultados o conclusiones.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo del funcionario denunciado,** cuáles eran sus funciones y en especial, sus ingresos económicos. No debe olvidarse que con la aprobación de la reforma introducida al peculado por la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, esta “...**disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y**

- fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión...***, por lo que debe pedirse a la entidad pública titular del control o supervisión de los servicios prestados por esos particulares, la respectiva acreditación de sus cargos, funciones y obligaciones.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República una copia de la declaración jurada de bienes que haya rendido el funcionario ante esa dependencia.** Debe verificarse que el recurso público que se dice desviado a favor de la misma administración, no resulte incluido dentro del patrimonio personal del funcionario cuestionado o de alguno de sus parientes, pues ello haría cambiar la calificación legal al delito de peculado.
 - **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el delito investigado. En este sentido es importante revisar las copias o fotocopias de los papeles de trabajo de los estudios de auditoría, pues en ocasiones los auditores que realizan los estudios dejan los documentos “originales” en el lugar que los encontraron y al hacerse pública o notoria la investigación penal, dichas probanzas comienzan a correr riesgos adicionales de desaparición o de manipulación indebida. Una vez identificada estas probanzas documentales, debe procederse de inmediato a su secuestro y aseguramiento.
 - **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre el motivo de la “desviación” del recurso público. En ocasiones, los recursos públicos resultan desviados de sus fines originales para atender emergencias importantes, lo cual eventualmente podría afectar la parte jurídica del caso con la demostración de una causal de justificación o exculpación.

12. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

12.1. Reseña de votos⁸⁷

12.1.1. Reseña: Diferencia con el peculado

Voto: 221-90 Fecha: 10/08/1990
Hora: 09:15

12.1.2. Reseña: De caudales. Diferencia con el peculado

Voto: 241-85 Fecha: 06/12/1985
Hora: 10:25

⁸⁷ Tomado de la Reseña del catálogo de votos, organizados y sistematizados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en su Índice General de Jurisprudencia 1990-2004. Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004.

Unidad XXVI

Peculado y malversación de fondos privados

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 356 bis**:

“Quedan sujetos a las disposiciones de los tres artículos anteriores, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares.”

(Adicionado mediante Ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

Al igual que sucede con otras figuras delictivas, en este tipo penal se hace una equiparación de sujetos privados, como si fueran funcionarios públicos; además, se equiparan los bienes privados, como si fueran bienes públicos.

El peculado y malversación de fondos privados, constituye un **tipo penal remisivo**, pues como lo indica el artículo 356 bis, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares, quedan sujetos a las disposiciones del **artículo 354** (peculado), **artículo 355** (facilitación

culposa de sustracciones) y **artículo 356** (malversación).

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae, no sobre los caudales, bienes, servicios o fondos públicos, sino en bienes **embargados, secuestrados, depositados o confiados** por autoridad competente, pero que pertenecen a particulares.

Precisamente por tratarse de bienes privados y por no ser funcionarios públicos los que usualmente asumen la administración o custodia de estos, es que algún sector de la doctrina cuestiona la ubicación de

este delito en esta parte del Código Penal. Pareciera que la infidelidad de quienes tienen a su cargo la administración o custodia de esa clase de bienes, podrían encuadrar en otro tipo de figuras penales como el estelionato o la desobediencia a la autoridad.

En fin, lo esencial es que el delito existe y como tal, hay que aplicarlo si se presenta el supuesto fáctico. Se trata entonces de una doble equiparación:

- a) Los administradores o custodios particulares se equiparan a funcionarios públicos;
- b) Los bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, perteneciente a particulares, se equipara a bienes públicos.

3. Conducta típica

Por tratarse de un tipo penal remisivo, la conducta típica del artículo 356 bis, está referida a las acciones “**sustraer, distraer o emplear**” los “**bienes**” que hayan sido embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente.

En consideración a ese elemento típico “**bienes**”, solo podrán ser aplicables de las disposiciones anteriores las acciones que se refieran a ese elemento: el peculado de bienes, el peculado de uso de bienes, la malversación de bienes, la facilitación culposa de bienes. Quedan excluidos, los peculados de trabajos o servicios pagados por la administración.

Se trata de bienes que pertenecen a los “**particulares**” y no a la administración pública. Así se desprende de la frase (nomen iuris) que identifica al artículo 356 bis: “**Peculado y malversación de fondos privados**”. Además, si se tratara de bienes públicos no existiría ninguna diferencia respecto de las otras figuras de peculado.

Los bienes deben haber sido embargados, secuestrados, depositados o confiados por una autoridad competente.

En el trámite y ejecución del embargo, el secuestro, el depósito o entrega (confiada) de los bienes, la autoridad competente debe cumplir con todas las formalidades establecidas en la ley.

Se excluye de la conducta típica del artículo 356 bis del Código Penal, los bienes privados entregados en depósito o confiados a un particular, por haberse establecido así en un contrato.

4. Embargo de bienes públicos

A partir del año 1918 surgió la Ley N° 12 de 26 de setiembre de 1918, seguida por la Ley N° 70 de 9 de febrero de 1925, según las cuales se estableció que los bienes del Estado no están sujetos a embargo, salvo las excepciones previstas en los convenios internacionales. Con esas leyes, se estableció como principio que los bienes del Estado eran inembargables.

No obstante, con la aprobación en el año 2006 del Código Procesal Contencioso Administrativo, las referidas leyes fueron

derogadas, con lo cual ahora sí resulta factible encontrar casos de embargo de bienes públicos.⁸⁸

En consecuencia, es posible pensar en bienes del Estado que embargados o secuestrados, sean confiados y dejados en custodia, por una autoridad competente, en manos de una persona particular o bien de un funcionario que no tuviera funciones de custodia pero que las asume al ser nombrado por imperio del acto administrativo.

5. Tipo subjetivo

El artículo 356 bis del Código Penal, como se ha indicado, es un tipo penal remisivo a las tres disposiciones anteriores. De modo que, de acuerdo con el supuesto que se trate, podríamos estar ante un delito doloso o de naturaleza culposa.

Si se está en los supuestos de los **artículos 354 y 356**, referidos respectivamente al peculado y la malversación, el delito será **doloso**. En ese sentido, la persona particular debe **saber** de su condición de administrador, custodio o depositario de los bienes, por haberlo impuesto así una autoridad competente, y pese a ese conocimiento, tener la **voluntad** de sustraer, distraer o cambiar el destino de los bienes privados confiados a su cargo.

Si se está en el supuesto del **artículo 355** referido a la facilitación culposa de sustracciones, el delito tendrá naturaleza **culposa**.

En ese sentido, la persona particular como administradora, custodia o depositaria de bienes privados, que una autoridad competente puso a su cargo, faltando al **deber de cuidado** permite, con su negligencia o imprudencia, que otra persona sustraiga los bienes confiados a su cargo.

6. Consumación y tentativa

Dependerá del alcance de cada uno de los elementos del tipo objetivo a que remite el artículo 356 bis.

Así, en la remisión a facilitación culposa de sustracciones, en este caso, de bienes privados embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente a un particular, por su estructura culposa se requerirá la producción de un **resultado**, que se verifica en el caso concreto cuando se da la sustracción de los bienes por un tercero. No es admisible la tentativa.

En la remisión a la malversación, en este caso, de bienes privados, por tratarse de delito de peligro de resultado material, el delito se consuma con la efectiva aplicación de los bienes privados a un destino distinto al asignado por la ley o por la autoridad competente.

En la remisión al peculado de uso, en este caso, de bienes privados, el delito se consuma en el momento que los bienes comienzan a ser utilizados en provecho del sujeto activo, no antes.

En la remisión al peculado de bienes, en este caso, de bienes privados, el delito se consuma en el momento en que los bienes son

88 Para mayor ilustración consultar el libro de Jiménez Meza, Manrique y otros coautores, El nuevo proceso contencioso administrativo, San José: Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, 2006, páginas 600-604.

apartados de la esfera de custodia privada del particular, en las condiciones que haya establecido la autoridad competente.

7. Autoría

Pueden ser autores del peculado y malversación de fondos privados, el **administrador** o el **custodio** (guarda), designado por la autoridad competente.

A parte de las autoridades judiciales, algunas autoridades administrativas también son competentes para encargar o confiar a ciertos particulares la administración y custodia de bienes privados embargados, secuestrados o depositados. Tal es el caso de las autoridades del MINAE respecto del recurso forestal, o de la Policía de Control Fiscal respecto de bienes decomisados por defraudación fiscal que son confiados a la custodia de los almacenes fiscales, u otros.

Las diligencias de embargo, secuestro, depósito de bienes privados, son actuaciones previas que para ser elementos típicos de este delito deben realizarse necesariamente por **autoridad competente**, con observancia de las formalidades legales. Si el embargo, el secuestro o el depósito, no fue realizado por autoridad competente, no se tipifica la conducta del autor.

8. Aspectos procesales

8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se

encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

8.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación para establecer el delito de peculado y malversación de fondos privados, van a estar condicionadas al tipo de peculado o malversación de que se trate. Como se explicó anteriormente, estamos en presencia de un **tipo penal remisivo**, como lo indica el artículo 356 bis, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados

o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares, quedan sujetos a las disposiciones del **artículo 354** (peculado), **artículo 355** (facilitación culposa de sustracciones) y **artículo 356** (malversación). Por ello, estimamos pertinente las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena a los hechos, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consistió la desviación, la distracción o la sustracción de los bienes o dineros de naturaleza privada que tenía bajo su custodia, percepción o administración el funcionario, cómo los desvió o los apartó de la esfera de custodia administrativa y cuál fue, si lo conoce, el destino dado a esos bienes o dineros, lo cual resulta importante si se quiere recuperar lo sustraído o distraído.
- **Recopilar y analizar las noticias y reportajes periodísticos que eventualmente hagan referencia a testigos o hallazgos independientes de la prensa.** Eventualmente, según sea el caso, podría

valorarse con sumo cuidado y discreción solicitar a los medios de prensa que hayan sacado la noticia a la luz pública, los documentos o nombres de testigos o eventuales responsables del delito.

- **Solicitar a la Contraloría General de la República, a la auditoría interna o al órgano director del proceso o incluso a las comisiones investigadoras como las de la Asamblea Legislativa**, la remisión de los estudios especiales, estudios de auditoría realizados, dictámenes e informes, donde se documenten las irregularidades o anomalías que informen de la “desviación, sustracción o distracción bienes o dineros públicos”. Tratándose de estudios de auditoría, es de suma importancia solicitar los **papeles de trabajo** de esos estudios, dado que muchos de los informes que rinden los auditores son verdaderos resúmenes de los análisis de los hallazgos encontrados durante la investigación administrativa, los cuales en ocasiones dejan de lado información relevante para la solución del caso penal.
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del funcionario**, para determinar si las actividades de “desviación”, “sustracción” o “distracción” de bienes o dineros aún continúa, esto en caso de que aún permanezca en el puesto.
- **Solicitar a la Autoridad Competente que ordenó el embargo, el secuestro o el depósito de los bienes o dineros**, la respectiva certificación del nombramiento del cargo de depositario o administrador de esos bienes así como las condiciones, deberes y obligaciones que debía cumplir el funcionario responsable de estos.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República una copia de la declaración jurada de bienes que haya rendido el funcionario ante esa dependencia**. Confrontar esta información con los resultados de las vigilancias móviles o estacionarias practicadas por la policía.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el delito investigado. En este sentido es importante revisar las copias o fotocopias de los papeles de trabajo de los estudios de auditoría, pues en ocasiones los auditores que realizan los estudios dejan los documentos “originales” en el lugar que los encontraron y al hacerse pública o notoria la investigación penal, dichas probanzas comienzan a correr riesgos adicionales de desaparición o de manipulación indebida. Una vez identificada estas probanzas documentales, debe procederse de inmediato a su secuestro y aseguramiento.
- **Entrevista de testigos**. Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre el desvío, sustracción o distracción de los bienes o dineros privados puestos en custodia y administración del funcionario cuestionado.

Es importante también entrevistar a los particulares, propietarios de los bienes o dineros sustraídos, no solo para determinar la naturaleza y valor pecuniario de lo desviado o sustraído, sino también para informarles de su derecho de constituirse en querellantes y actores civiles contra los imputados y el Estado.

- **Solicitar a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J.**, realizar análisis complementarios sobre la vigencia de los controles internos que pretendían proteger los bienes o dineros privados a cargo de quien fuera nombrado depositario o administrador de estos. También podría analizar la situación económica de la persona acusada de la desviación o de la sustracción de los bienes privados, a fin de establecer si el nivel de ingreso promedio obtenido como custodio o administrador, unido a otras actividades que pudiera tener, justifica el nivel económico que ostenta la persona investigada.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría ana-

lizar la negociación de criterios de oportunidad, con las personas que hayan tenido algún grado de participación en el enriquecimiento ilícito del funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXVII

Demora injustificada de pagos

Con respecto a este delito, el Código Penal establece en el **artículo 357**:

“Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario decretado por la autoridad competente o no observare en los pagos las prioridades establecidas por la ley o sentencias judiciales o administrativas.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción

y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción típica recae en el oportuno cumplimiento de las obligaciones del Estado, por la persona funcionaria pública obligada a hacerlo. Sea que el pago de la obligación lo haya decretado una autoridad competente (judicial o administrativa), o que no observe las prioridades de ley, o que se niegue a la entrega de algo que ha sido depositado o puesto bajo su custodia o administración.

La demora injustificada del pago o el rehusarse a entregar algo, constituyen conductas omisivas, propias del delito de desobediencia, pero que en el tipo penal del artículo 357 constituye un delito cualificado por la calidad del sujeto activo.

Las desobediencias de los funcionarios, podría perturbar el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado. Si bien no se sustraen o distraen bienes de su esfera de custodia ni se cambia el destino de estos, se impide que cumplan el fin que tienen asignados.

3. Conducta típica

Es importante tomar en cuenta que la conducta típica del **primer párrafo del artículo 357** no consiste pura y simplemente en no pagar.

Consiste en **demorar injustificadamente** un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

La **demora** puede consistir en no efectuar el pago en el tiempo debido cuando es el mismo funcionario quien debe hacerlo, o en dar, en ese tiempo, la orden de pagar cuando el pago debe efectuarlo otro funcionario o funcionaria, o un tercero, previa orden del autor.

Otra forma de demorar injustificadamente, es cambiando ilegalmente las **prioridades** de pago. Esto sucede, por ejemplo, cuando el funcionario tiene los fondos disponibles y **arbitrariamente** deja de último el pago que debió efectuar primero, de acuerdo con la ley. Las prioridades establecidas en la ley, deben ser disposiciones expresas y conocidas por el funcionario desobediente.

Por pagos ordinarios decretados por la autoridad competente, se entienden aquellos que son motivados por una decisión especial. Es decir, se trata de pagos que surgen de una resolución de una autoridad judicial o administrativa.

También resulta esencial, que existan fondos expeditos para afrontar el pago y exista un tiempo para satisfacerlo.

El elemento normativo "**injustificadamente**", está referido a que no existe ninguna

razón o justificación para el funcionario que pudiendo haber efectuado el pago, al disponer de los fondos, no lo haya hecho, por así haberlo conocido y querido el funcionario.

En cuanto a la conducta típica del **segundo párrafo del artículo 357**, el funcionario ha sido requerido previamente por la autoridad competente, pero **se rehúsa a entregar** una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

En esencia, el **requerimiento de la autoridad competente** consiste en un mandato, que simplemente el funcionario se rehúsa a cumplir. Por ello, se rehúsa el funcionario que se niega explícita o implícitamente a la entrega, una vez que esta le ha sido ordenada.

Para que se configure la conducta típica, es necesario que lo requerido por la autoridad competente, efectivamente se encuentre bajo la custodia o administración de la persona funcionaria pública.

Resulta **atípica** la conducta del párrafo segundo del artículo 357, si la autoridad competente **equivocadamente** requiere la entrega a un funcionario o funcionaria, que a su vez debe requerir la entrega a otro funcionario, porque éste es quien tiene funcionalmente la custodia o la administración de lo que interesa a la autoridad competente.

En ese segundo párrafo del artículo 357, se hace referencia igualmente a la entrega de una **cantidad o efecto depositado**.

El término **cantidad**, presenta algunos problemas de interpretación en la doctrina comparada, respecto a su alcance. Algunos estiman que solo es aplicable a los bienes determinados por cantidad, no por unidad: constituiría el delito la no entrega de una cantidad de cereal. Por el contrario, si lo requerido puede ser determinado por unidad, por ejemplo la entrega de un automóvil, no concreta el delito en cuestión.

Por **efecto depositado**, se refiere a dineros o títulos valores.

4. Tipo subjetivo

Los supuestos de los párrafos primero y segundo del artículo 357, se refieren conductas **dolosas**. Requieren el **dolo directo**.

En el caso del párrafo primero, el funcionario **sabe** que tiene los fondos para pagar, que puede hacerlo y, sin embargo, se niega a hacerlo porque **no quiere**.

En el caso del párrafo segundo, el funcionario **conoce** la situación de los bienes, **conoce** el requerimiento que se le formula, **sabe** de su obligación de entregar y, sin embargo, se niega a hacerlo porque **no quiere**.

5. Consumación y tentativa

En cuanto al párrafo primero, el delito se consuma con la **omisión** de pagar en el debido tiempo, **no debiendo exigirse** ningún tipo de interpelación por parte de

la persona a quien se le debe el dinero, o de la autoridad que ha dispuesto el pago. No se admite la tentativa.

En cuanto al párrafo segundo, el delito se consuma ante la **omisión** de hacer la entrega **pese al previo requerimiento** de la autoridad competente. Tampoco admite la tentativa.

6. Autoría

En cuanto al párrafo primero, solo el funcionario que tiene a su cargo el pago, y que puede disponer del dinero, puede ser autor de este delito.

En cuanto al párrafo segundo, solo el funcionario que tiene bajo su custodia o administración la cantidad o efectos depositados, puede ser autor de la conducta típica.

En ambos párrafos, se trata de delitos **especiales y de propia mano**. Se requiere entonces doble requisito:

- a) por un lado que sean personas funcionarias públicas las destinatarias de los requerimientos de la autoridad competente y,
- b) por otro, que esas personas funcionarias públicas tengan la posibilidad de pagar por tener a su disposición fondos expeditos o de entregar las cantidades o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración.

Las demás personas que intervengan en el hecho serán castigadas a título de partícipes.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como

las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Como vimos, el objeto de la acción típica de este delito recae en el oportuno

cumplimiento de las obligaciones del Estado, por la persona funcionaria pública obligada a hacerlo. Por ello estimamos como útiles las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena a los hechos, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar por qué considera que se ha demorado injustificadamente el pago, señalar en lo posible cuál autoridad ordenó realizarlo y con qué prioridad se hizo. Su declaración servirá para orientar la investigación en este y otros aspectos.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República o a la Auditoría Interna o al despacho encargado del control presupuestario a lo interno de la institución,** la correspondiente certificación de que existen fondos suficientes disponibles para realizar los pagos ordenados. Debe pedirse además que se certifique si existe algún obstáculo o razón para no realizar los pagos, pese a la existencia de los fondos. Finalmente, la identidad de la persona responsable de realizar los pagos.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuales son sus funciones.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el delito investigado. En este sentido es importante revisar las copias o fotocopias de los papeles de trabajo de los estudios de auditoría, pues en ocasiones los auditores que realizan los estudios dejan los documentos “originales” en el lugar que los encontraron y al hacerse pública o notoria la investigación penal, dichas probanzas comienzan a correr riesgos adicionales de desaparición o de manipulación indebida. Una vez identificadas estas probanzas documentales, debe procederse de inmediato a su secuestro y aseguramiento.
- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, los compañeros de trabajo, jefes, subalternos, que puedan suministrar información sobre el motivo de por qué el funcionario teniendo fondos disponibles para realizar los pagos, rehúsa o retarda injustificadamente a realizarlos.

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXVIII

Tráfico de influencias

Con respecto a este delito, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece en el **artículo 52**:

“Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos

Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.”

1. Consideraciones previas

La conducta antijurídica de influir en los funcionarios públicos, se encontraba dispuesta en diversos cuerpos normativos. Tal es el caso, por ejemplo, de la prohibición de influencias establecida en el **artículo 24** de la **Ley de la Contratación Administrativa**, N° 7494, de 2 de mayo de 1995 y que sancionaba en el artículo siguiente (25) con nulidad absoluta todos los actos generados de la influencia prohibida.⁸⁹

⁸⁹ ARTÍCULO 24. **Prohibición de influencias.** A las personas cubiertas por el régimen de prohibiciones se les prohíbe intervenir, directa o indirectamente, ante los funcionarios responsables de las etapas del procedimiento de contratación administrativa, en favor de terceros.

El delito de **tráfico de influencias**, con ese nombre **no existía** en Costa Rica hasta antes de la promulgación y publicación de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en La Gaceta N° 212 del **29 de octubre de 2004**.

No significaba que existiera, por ello, una laguna de punibilidad de estas conductas, pues existían algunos tipos ligados al tema del tráfico de influencias. Por ejemplo, uno de los supuestos del enriquecimiento ilícito, del **artículo 346** del Código Penal, señalados en el **inciso 1)**:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:

Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones...”

Esta modalidad de enriquecimiento ilícito continúa vigente. Pero, como lo demuestra nuestra historia judicial, ha sido poco efectiva para combatir el tráfico de influencias, tal vez por dos razones. La primera, el tráfico de influencias del inciso 1) del artículo 346, está estructurado como delito especial propio, dado que solo puede cometerlo otra

persona funcionaria pública, en tanto haga valer la influencia derivada de su cargo, reduciendo significativamente el círculo de posibles autores. La segunda, este tráfico de influencias es de carácter subsidiario, solo aplica contra el funcionario que practica la influencia en tanto no incurra en **un delito más severamente penado**.

Con el nuevo delito de tráfico de influencias del artículo 52 de la Ley N° 8422, se abroga o deroga tácitamente el viejo supuesto de tráfico de influencias del inciso 1) del artículo 346 del Código Penal, el cual queda vigente para ser aplicado únicamente a los casos anteriores al 29 de octubre de 2004 (fecha de publicación de la nueva ley).

El tráfico de influencias de la Ley N° 8422 contiene todos los elementos del inciso 1) del artículo 346. Es ley posterior que deroga (expresa o tácitamente) la anterior, y es legislación especial que priva sobre la general contenida en el Código Penal.

Además, el tráfico de influencias de la Ley N° 8422 realiza varios aportes importantes para el combate a la corrupción en la función pública, como son:

- 1 **Amplía el círculo de posibles autores:** el delito lo puede cometer tanto un funcionario público que ejerce su influencia sobre otro funcionario público, prevaleciendo de su cargo o de la situación jerárquica, pero también lo puede cometer un particular que ejerza su influencia sobre el funcionario público prevaleciendo de una situación personal, supuesto en el

ARTÍCULO 25. **Efectos del incumplimiento.** La violación del régimen de prohibiciones establecido en este capítulo originará la nulidad absoluta de la oferta, el acto de adjudicación o el contrato, recaídos en favor del inhibido y acarrearán, a la parte infractora, las sanciones previstas en esta ley.

Así reformado por el artículo 1, inciso g), de la ley No. 7612 del 22 de julio de 1996.

cual también podría incluirse el funcionario público que sin tener una relación jerárquica influya en el otro funcionario prevaliéndose igualmente de una situación personal (no funcional).

- 2) **El tráfico de influencias se convierte en delito autónomo**, deja de tener el carácter subsidiario del inciso 1) del artículo 346, aparte de que se aumentan las penas de prisión (de seis meses a dos años, pasa en el nuevo delito a tener extremos de pena de dos a cinco años de prisión), lo que refleja la importancia que le dio el legislador a esta conducta delictiva.
- 3) **Establece el tráfico de influencias agravado**, en consideración a la influencia que ejerzan los máximos jerarcas de los poderes e instituciones del Estado, sin escapar los miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.
- 4) Se sanciona tanto a quien personal y directamente ejerce la influencia, como a quien utiliza y la ofrece, con lo cual, queda cubierto todo el círculo de posibles intervinientes de la ilícita influencia.

2. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

3. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción típica recae en la imparcialidad o la objetividad, en la toma de decisiones por parte de la persona funcionaria pública encargada de hacerlo, libre de influencias extrañas a los intereses públicos.

4. Conducta típica

La conducta típica se centra en la acción “*influir*”, el cual se puede conceptualizar como sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra, para alterar el proceso motivador, en la toma de una decisión.

Al influir sobre el funcionario público, se introduce en la **motivación** de la decisión, elementos ajenos a los intereses públicos, que debieron ser los únicos ingredientes.

No se trata de una mera interferencia en la función pública. Para que sea típica, la conducta de influir en un funcionario público, debe ser una acción realmente disvaliosa y para ello se pueden tomar en cuenta los otros elementos típicos que integran este delito, como son los **beneficios económicos o ventajas indebidos** directos o indirectos que se producen o que se espera se generen a partir de la decisión del funcionario influido.

La influencia ejercida sobre el funcionario tiene una finalidad: ***para que este haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones.***

Es decir, la acción de influir está dirigida a lograr del funcionario, una decisión en materia de las facultades que son propias de su cargo.

Es esencial que el funcionario destinatario de la influencia, no participe de la influencia. En otras palabras, el funcionario “influido” **debe ser ajeno** a la conducta típica de la persona que promueve la influencia, pues de lo contrario, podría estarse en presencia de otro delito funcional, como el abuso de autoridad, el incumplimiento de deberes. Si hubo algún pago o promesa de pago para el funcionario entonces estaríamos en los delitos de cohecho o corrupción agravada, el enriquecimiento ilícito, u otro.

La expresión “**directamente o por interpósita persona**”, se refiere a la forma en que el sujeto consigue influenciar en el funcionario público.

Al establecerse que la influencia puede ser **directa** o por **interpósita persona**, se admite la posibilidad del **tráfico de influencias en cadena**. Se efectuaría cuando la relación personal no se da directamente con el funcionario que tiene que adoptar la decisión, sino con otro sujeto (funcionario o particular) que a su vez influye también, ellos responderían, si actúan con dolo, por el delito de tráfico de influencias.

Pero es posible admitir que la interpósita persona, mediante la cual se instrumentaliza la influencia sobre el funcionario, no tenga conocimiento que está siendo utilizada para influir en el funcionario. Ese sería un típico caso de **autoría mediata**, en el

cual la persona intermediaria constituye un instrumento ciego de la persona de “atrás” que procura obtener el beneficio patrimonial o la ventaja indebida, con la decisión que adopte el funcionario influido.

5. Situación de prevalectencia, real o simulada

Como se indicó, el delito del **artículo 52** de la Ley N° 8422 está diseñado para castigar la conducta típica de quien “**influya**” en un servidor público. Se sanciona que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a una persona funcionaria pública a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo.

No se trata de castigar la simple influencia sin más. No se trata de penalizar la famosa “**carta de recomendación**” o la “**recomendación verbal**” que suele ocurrir, unas veces por amistad u otras por simple compromiso y que constituye una práctica por lo demás habitual, y que por inmoral que pueda parecer en algunos casos, no afecta directamente, o no tiene por qué afectar el proceso motivador de la decisión que se adopte.

Por ello, es importante tomar en cuenta que lo que verdaderamente constituye el sentido de la conducta prohibida, es el influir “**prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor pública, ya sea real o simulada**”.

Es esencial establecer el elemento típico de la situación de “**prevalectencia**”, sea

que esta derive de una relación jerárquica o personal.

La **prevalencia jerárquica** constituye un abuso de la superioridad de orden jerárquico o político respecto de la persona funcionaria sobre la que influye.

Pero también la **prevalencia** puede provenir de una **situación personal**, que sería la que usualmente proviene de la persona particular, comprendiendo por ejemplo relaciones de carácter familiar, afectivas o amistosas. Incurrir en este delito el amigo o pariente próximo que influye en el funcionario en la toma de una decisión, esperando obtener un beneficio patrimonial o una ventaja indebida para sí o para un tercero.

La prevalencia derivada de relaciones jerárquicas o de índole personal, puede presentar diversas facetas. Por ejemplo, casos de “intimidación implícita” o de “chantaje moral”, derivados del “clientelismo político”, “relaciones amorosas o afectivas”, u otras.

Se deben analizar con cuidado esas “intimidaciones implícitas” o “chantajes morales”, debido a que, quien pretende influir debe hacerlo de manera sutil y en modo alguno coaccionar abiertamente a la persona funcionaria pública. Si se coacciona u obliga a adoptar la decisión que interesa, dejar de ser tráfico de influencias para configurar otros tipos penales del Código Penal, como son los delitos contra la autoridad pública de **atentado** (artículo 304) o **amenaza a un funcionario público** (artículo 309) o bien las figuras comunes de **coacción** (artículo 193) o **extorsión simple** (artículo 214).

Si la “influencia” o la “prevalencia”, se ejerce ofreciendo una dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración a la persona funcionaria pública, no configura el tráfico de influencias sino uno de los delitos de **cohecho** y, o **penalidad del corruptor**.

Según el artículo 52, la influencia puede derivar de una situación personal o jerárquica con la persona funcionaria pública “influida” o con otro servidor público, que puede ser **real** o **simulada**. Esta mala redacción del tipo, parece dar a entender que lo que real o simulado es la influencia, cuando en realidad, interpretamos que está refiriendo a la **situación personal o jerárquica** que antecede a la influencia.

Es **real** la situación personal o jerárquica, cuando en efecto existe y es comprobable en la realidad esa relación entre la persona influyente y la persona funcionaria pública “influida”. Será **simulada** cuando esa relación resulta ficticia, falaz o eventual.

Puede suceder que la persona funcionaria pública influida perciba a la persona influyente desde una perspectiva que no es real, sea por su propio error o porque deliberadamente fue inducido en error por la persona que pretende ejercer la influencia. Así sucedería, por ejemplo, cuando el funcionario cree que la otra persona se trata de un pariente o amigo suyo y por ello presta atención a la sutil sugerencia, consejo o recomendación que le hace para la toma de una decisión; o porque cree erróneamente que la sugerencia, consejo o recomendación proviene de una persona que ocupa una posición jerárquica superior a la suya y estima conveniente seguir su

recomendación bajo la falsa premisa de que quien ocupa el puesto más alto sabe más de los asuntos públicos, cuando en realidad no es así, sea porque la persona influyente no era pariente o amigo suyo, o porque no era cierto que ocupara puesto jerárquico alguno.

En todo caso, al señalar el tipo penal que la situación personal o jerárquica puede ser real o simulada, simplifica mucho el análisis, pues para efectos típicos resulta irrelevante la forma como pasivamente perciba el funcionario influido a la persona que genera la influencia.

6. Finalidad de la influencia

Para que sea típica la conducta, la influencia que se realiza sobre la persona funcionaria que ha de tomar una decisión, debe ser en todos los casos para obtener un **beneficio económico o ventajas indebidas**, sea para la misma persona que ejerce la influencia o para otro.

El beneficio económico y la ventaja indebida constituyen elementos normativos de este tipo penal y deben estar presentes tanto en la tipicidad objetiva como subjetiva.

El **beneficio económico** claramente señala su carácter **patrimonial**, por lo que dicho elemento normativo está referido a todas aquellas prestaciones de carácter objetivo, estimables en dinero, como lo es el dinero mismo, los títulos valores, los vehículos, los inmuebles, los préstamos de dinero con bajos intereses, los descuentos especiales, las condonaciones de deudas

y tantos otros beneficios de carácter económico que puede perseguir la persona traficante de la influencia.

En tanto que la **“ventaja indebida”**, como elemento normativo, incluye todos aquellos supuestos referidos a beneficios de carácter **subjetivo** carentes de contenido patrimonial, que persigue obtener quien ejerce la influencia o un tercero. Dentro de esos beneficios de carácter subjetivo podría señalarse: los ascensos laborales, los reconocimientos honoríficos o publicitarios, los favores sexuales, las membresías e inclusiones en círculos exclusivos sociales, políticos, deportivos, faranduleros, u otros.

Si quien realiza la conducta de **“influir”** sobre el funcionario público sin la finalidad de obtener ningún beneficio patrimonial o ventaja indebida para sí o para un tercero, **no configura el delito** por carecer de uno de sus elementos objetivos.

Es factible pensar en supuestos, en los cuales se ejerza influencia sobre el funcionario para que adopte una decisión, pero no con la finalidad de obtener beneficios o ventajas indebidas, sino por otras razones, como por ejemplo: **amistad, patriotismo, solidaridad o de cualquier otra índole**, que técnicamente no constituyen ventajas indebidas para la persona que ejerce la influencia.

El fundamento punitivo de este delito se basa en la protección o tutela penal, que interesa al Estado, para mantener la observancia y el cumplimiento de los deberes de probidad de sus funcionarios, evitando que ejerzan influencias indebidas sobre

sus subordinados y puedan afectar la rectitud del ánimo, la integridad y honradez en la toma de las decisiones. De paso, el delito procura sancionar también a todos aquellos particulares, que con su influencia indebida sobre las personas funcionarias públicas, lesionan o ponen en peligro esos mismos deberes funcionales.

7. Tipo subjetivo

Se trata de un delito **doloso**. Se exige el **dolo directo**. La persona autora de la influencia, debe **saber y querer** realizarla ante el funcionario público, persiguiendo una finalidad específica: lograr un beneficio económico o ventajas indebidas sea para sí o para otro, lo cual explica el “**para que**” de la influencia.

8. Consumación

El delito se consuma con el mero acto de “**influir**” en el funcionario, teniendo en cuenta de antemano que con esa conducta podría alcanzar un fin determinado: el beneficio económico o ventaja indebidas para sí o para otro. No requiere que efectivamente logre el beneficio o la ventaja que busca con la influencia, pero sí que el funcionario influido haya adoptado la decisión (hacer, retardar u omitir) que se espera de él o ella, producto de la influencia.

9. Agravante

Establece el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función

Pública, el **aumento de un tercio** de los extremos de pena establecidos en el párrafo primero de este mismo artículo, cuando la influencia provenga de las siguientes personas:

- Presidente o del Vicepresidente de la República.
- Los miembros de los Supremos Poderes (los diputados a la Asamblea Legislativa, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los ministros con cartera del Poder Ejecutivo).
- Los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones.
- El Contralor o el Subcontralor generales de la República.
- El Procurador General o el Procurador General Adjunto de la República.
- El Fiscal General de la República.
- El Defensor o el Defensor Adjunto de los Habitantes.
- Los miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección nacional.

Cualquier persona que ocupe algunos de los puestos anteriores, sin duda, se encuentra en una posición de mucho poder y consecuentemente, la ilícita influencia que ejerzan sobre otros funcionarios será un factor altamente determinante en la toma de decisión del influido.

Ahora bien, la ilícita influencia la pueden ejercer los jefes mencionados, sea directa o indirectamente, esto por medio “...**del superior jerárquico de quien debe resolver...**” No se trata de incluir a la persona funcionaria, superior jerárquico

inmediato de quien debe resolver, en la exclusiva lista de jerarcas a quienes se les aplica la agravante, pues entendemos que está reservada en efecto a las máximas jerarquías del Estado y no a quienes siendo jefes ocupan niveles inferiores, a quienes se aplicará las penas del tipo básico.

10. Aspectos procesales

10.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las

solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar

lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

10.2. Elementos probatorios y de investigación

Como vimos, la conducta típica del delito del tráfico de influencias se centra en la acción “*influir*”, que significa sugerir, inclinar, invitar o instigar que una persona lleva a cabo sobre otra (en este caso, una persona funcionaria pública), para alterar el proceso motivador, en la toma de una decisión. Por ello, estimamos útiles las siguientes diligencias de investigación:

- **Recibir la denuncia.** Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consiste “la influencia” ilícita que ejerce una tercera persona sobre el funcionario que debe tomar una decisión propia de sus funciones públicas. Debe tratar dejar claro cual es la situación de prevalecencia, de que se vale esa tercera persona para influir sobre el funcionario. Si conoce cuál es la razón de la influencia (si es para obtener una ventaja o un beneficio para sí o para otra persona). Del análisis minucioso de estos detalles dependerá en definitiva la calificación legal de los hechos (podría ser alguna de las modalidades del cohecho o de enriquecimiento ilícito). En todo caso, el denunciante debe señalar cuáles son los elementos de convicción que le hacen suponer que el funcionario está siendo objeto de influencias indebidas. Esta información orientará en definitiva el rumbo de la investigación.
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del funcionario y, o de la persona que lleva a cabo la influencia indebida,** para determinar nexos personales o funcionales entre ellos, que sean la base de la prevalecencia.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** tanto del funcionario denunciado, como del funcionario que es objeto de la influencia indebida, indicándose sus funciones.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el trámite, procedimiento, nombramiento o negociación, en que esté interesada la persona que ejerce la influencia indebida sobre el funcionario que debe adoptar la decisión.
- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre la relación de prevalecencia, personal o funcional

existente entre la persona que pretende influir o que está influyendo indebidamente en las decisiones del funcionario decisor.

- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, con las personas que hayan tenido algún grado de participación en el proceso de motivación o influencia indebida del funcionario decisor. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General,

como de la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

11. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXIX

Soborno transnacional

Con respecto a este delito, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece en el **artículo 55**:

“Será sancionado con prisión de dos años a ocho años, quien ofrezca u otorgue, a un servidor público de otro Estado o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución u otra ventaja indebida, a cambio de que dicho funcionario, en el ejercicio de sus funciones, realice u omita cualquier acto o, indebidamente haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes.

La misma pena se aplicará a quien reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.”

1. Consideraciones previas

Como señalamos en el punto N° 9) de esta guía, al referirnos al **artículo 343 bis del**

Código Penal, que sanciona el delito de ofrecimiento u otorgamiento de dádiva o retribución a funcionarios públicos de otro Estado, tal disposición quedó abrogada o derogada tácitamente a partir del **29 de octubre de 2004**, cuando se publicó en La Gaceta N° 212, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

El **artículo 55** de la Ley N° 8422, no solo es ley posterior que deroga la anterior, sino que establece penas más graves, contiene mayores elementos típicos, resultando por ello una regulación más específica, que priva sobre la normativa general del Código Penal.

Para los casos anteriores al 29 de octubre del 2004, el artículo 343 bis del Código Penal, mantiene su vigencia. Textualmente dispone:

“Será reprimido con prisión de dos a seis años, quien ofreciere u otorgare, directa o indirectamente, dádiva, retribución u otra ventaja indebida a un funcionario público de otro Estado, para que realice u omita cualquier acto en el ejercicio

de sus funciones”. (Así adicionado mediante Ley N° 8185 de 18 de diciembre del 2001, publicada en La Gaceta del 15 de enero del 2002).

Como se desprende de su simple lectura, ambas disposiciones (artículo 342 bis del Código Penal y artículo 55 de la Ley N° 8422) se refieren a lo mismo, una más completa que la otra, pero en el fondo ambas referidas a la sanción del **soborno transnacional**.

El antecedente de esta figura delictiva se encuentra en la **Convención Interamericana contra Corrupción**, de la Organización de Estados Americanos, del 29 de marzo de 1996, ratificada por Costa Rica, mediante Ley N° 7670, de 17 de abril de 1997. Sobre este tema, la referida convención establece:

“...8. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omite cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”

2. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

3. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción versa sobre las actuaciones imparciales, objetivas y legales, tanto de las personas funcionarias públicas extranjeras como de los servidores de organismos o entidades internacionales, en el ejercicio de sus funciones, siempre que se trate de actos de naturaleza económica.

En aras de garantizar esa imparcialidad, objetividad y legalidad, el delito de soborno transnacional del **artículo 55** de la Ley N° 8422, indica que se castiga tanto a los particulares que corrompan o quieran corromper a funcionarios públicos de otro

Estado o a servidores de organismos o entidades internacionales, como a las personas que reciban la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.

Al igual que sucede con los delitos comunes de cohecho, el objeto de la acción típica recae en el ejercicio legal e imparcial de los cargos públicos pero a nivel internacional.

El funcionario público de otro Estado o servidor de un organismo o entidad internacional que ha recibido una dádiva, ventaja indebida o promesa de retribución, para que realice u omita cualquier acto propio de sus funciones, no hace otra cosa que atentar contra el prestigio del Estado extranjero u organismo o entidad internacional. La imparcialidad de la actuación de los funcionarios y servidores internacionales constituye una garantía de igualdad, transparencia y legalidad para los demás Estados de la comunidad internacional.

4. La conducta típica

La conducta típica está guiada por las acciones “**ofrecer**” u “**otorgar**” directa o indirectamente, a una persona funcionaria de otro Estado o servidor de un organismo o entidad internacional, cualquier dádiva, retribución o ventaja indebida, con el fin de que el funcionario o servidor internacional realicen u omitan realizar un acto propio de sus funciones.

También contempla la conducta típica regida por la acción “**hacer valer**” ante otros funcionarios internacionales la **influencia** derivada del cargo.

La conducta típica del primer párrafo del artículo 55 de la Ley N° 8422, es similar a la **penalidad de corruptor** (artículo 345 del Código Penal).

En tanto la conducta del párrafo segundo de ese artículo 55, resulta similar a las figuras de **cohecho** (impropio y propio) de los artículos 340 y 341 del Código Penal, con la diferencia de que el funcionario público o servidor debe tener **carácter internacional** y pertenecer a otro Estado, organismo o entidad internacional.

Se entiende la conducta de “**ofrecer**”, cuando el sujeto corruptor pone en conocimiento del funcionario o servidor internacional, que está dispuesto a darle “algo” (dádiva, retribución o ventaja indebida) a cambio de una actuación u omisión concreta inherente a su cargo. “Ofrecer” también podría significar la promesa de entrega futura o la manifestación de que se está en “disposición” de pagar.

Se entiende por “**otorgar**” conceder algo deseado o pedido. De igual manera, puede significar la entrega material de la dádiva, la retribución o la ventaja indebida.

Debe tratarse de actuaciones u omisiones relacionadas con las **funciones del cargo** del funcionario público de otro Estado o con las funciones del cargo de los servidores del organismo o entidad internacional. Se trata de un requisito de tipicidad. Si lo pretendido no figura dentro de las competencias de la persona funcionaria o servidor internacional, no se configura el delito de soborno internacional.

En el soborno internacional del artículo 55 de la Ley N° 8422, el sujeto corruptor puede perseguir una de dos finalidades con su soborno, cuya diferencia se ve reflejada en los extremos de pena.

Si la persona corruptora tiene como finalidad que el funcionario público o servidor del organismo o entidad internacional, **realice u omita un acto propio de sus funciones**, la pena será de dos a ocho años de prisión; es decir, si se paga para que el funcionario haga u omita algo, que debía cumplir, por ser propio de sus funciones.

Por el contrario, si la persona corruptora persigue la finalidad de que el funcionario o servidor internacional ejecute un **acto contrario a sus deberes**, los extremos de penas se incrementan de tres a diez años de prisión.

En cuanto a la conducta típica de “**hacer valer**” ante otro funcionario o funcionaria la **influencia** derivada de su cargo, sin duda, nos acerca ya no a los cohechos sino al tráfico de influencias. Aquí entra en juego el tema de la **prevalecencia**, derivada de la superioridad jerárquica entre el funcionario que recibe la dádiva, retribución o ventaja indebida y el funcionario o servidor internacional a quien se pretende influir. Solo así se explica que la influencia que hace valer el funcionario corrupto “**derive de su cargo**”.

5. Tipo subjetivo

Es un delito **doloso**. Se exige el **dolo directo**, tanto en lo que corresponde al párrafo primero como al párrafo segundo del artículo 55.

La persona corruptora debe conocer que realiza un ofrecimiento u otorga una dádiva, retribución o ventaja indebida, a un funcionario de otro Estado o servidor de un organismo o entidad internacional, para un fin determinado, de manera que debe **conocer** la calidad de ese funcionario o servidor internacional a quien entrega la dádiva, retribución o ventaja indebida.

De igual forma, el funcionario del otro Estado o servidor del organismo o entidad internacional, debe **conocer** que “recibe” la dádiva, retribución o ventaja indebida, para cumplir u omitir un acto propio o contrario a sus deberes. Lo cual, exige igualmente el **dolo directo**.

6. Consumación

En cuanto a la conducta típica de “**ofrecer**”, el delito se consuma con la sola proposición al funcionario del otro Estado o servidor del organismo o entidad internacional.

En cuanto a la conducta típica de “**otorgar**”, el delito se consuma cuando se verifica la entrega de la dádiva, retribución o ventaja indebida.

En cuanto a la conducta típica de “**recibir**”, el delito se consuma cuando el funcionario del otro Estado o servidor del organismo o entidad internacional “**aceptan**” el ofrecimiento que le hace el sujeto corruptor o cuando “**reciben**” materialmente la dádiva, retribución o ventaja indebida que le presentan.

7. Autoría

En cuanto a las conductas de ofrecer u otorgar del párrafo primero del artículo 55 de la Ley N° 8422, el delito no exige ninguna cualidad especial en el autor. Cualquier persona puede ser autora de este delito de soborno internacional. Así se desprende del elemento típico “**quien ofrezca u otorgue...**”

En cuanto a la conducta “**hacer valer**” indebidamente la influencia derivada del cargo ante otro funcionario, consignada en el mismo párrafo primero del artículo 55, este elemento típico exige la doble cualidad especial en el autor: tratarse de un funcionario público y además, tener una relación jerárquica de superioridad, solo así entenderíamos la relación de preva-
lecencia derivada “**de su cargo**”.

8. Aspectos procesales

8.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a

juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

8.2. Elementos probatorios y de investigación

Las diligencias de investigación del soborno transnacional van a estar condicionadas al tipo de asunto de que se trate, y el éxito en la obtención de las pruebas va a estar sujeto al grado de colaboración y coordinación que se obtenga de las autoridades extranjeras. Estimamos útiles las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena al pacto corruptor, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar en qué consiste el pacto corruptor, esto es, qué dádiva, ventaja indebida o promesa de remuneración ofreció la persona corruptora y qué debía hacer, a cambio, la persona funcionaria pública venal. En este punto el denunciante debe establecer si la entrega de la dádiva es para que el funcionario haga valer su influencia ante otro funcionario, para que haga o deje de hacer algo propio de sus funciones, para que suministre informaciones o datos reservados de los que tuvo conocimiento en razón de su cargo, o dádivas que fueron ofrecidas al funcionario en razón de su cargo.
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del funcionario, para determinar los vehículos que utiliza, las casas que frecuenta que pueden ser de su propiedad, los sitios exclusivos que visita, en fin, el estilo de vida del funcionario y de su núcleo familiar.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe tratar de constatar si el estilo de vida resulta acorde con los ingresos normales que recibe el funcionario por el ejercicio de su cargo.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la**

certificación del puesto o cargo del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y, en especial, sus ingresos económicos. Debe tomarse en cuenta que el soborno transnacional está referido al ofrecimiento o pagos indebidos a servidores públicos de otro Estado o de un organismo o entidad internacional, por lo que deberá gestionarse por medio de “**carta rogatoria**” o solicitud de auxilio o cooperación internacional (convenios o tratados) la obtención de esta certificación al Estado u Organismo Internacional al que pertenezca el funcionario involucrado en el soborno transnacional.

- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el enriquecimiento ilícito del funcionario, en particular la información bancaria, bursátil o tributaria (con el previo levantamiento del secreto por parte del juzgado penal. Por ser un delito transnacional, también se debe gestionar la obtención de estas probanzas en el exterior, por medio de cartas rogatorias o requerimientos de auxilio o cooperación internacional.
- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre el inexplicable estilo de vida del funcionario y explicación del posible origen del “enriquecimiento ilícito”. Por ser un delito transnacional, también se debe gestionar la obtención de

estas probanzas en el exterior, por medio de cartas rogatorias o requerimientos de auxilio o cooperación internacional.

- **Solicitar a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en particular, a la Unidad de Lavado,** realizar el respectivo análisis de situación económica del funcionario, a fin de establecer si el nivel de ingreso promedio obtenido como servidor público, justifica el nivel económico que ostenta la persona investigada.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, con las personas que hayan tenido algún grado de participación en el enriquecimiento ilícito del funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas por la Fiscalía General, como por la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la fiscalía encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).
- **Cartas rogatorias para obtener información del exterior.** Por

tratarse, de un delito transnacional, que trasciende el ámbito de nuestras fronteras, debe acudirse como ningún otro delito funcional a los instrumentos internacionales vigentes,⁹⁰ entre ellos la carta rogatoria. Sin embargo, tal como lo señala en su manual el autor Jorge Chavarría Guzmán, se deben respetar algunos principios como la aplicación del procedimiento vigente en el Estado requerido, la doble incriminación, el non bis ídem, la especialidad, la denegación en caso de delitos políticos y la denegación en caso de amenaza del orden público. Se debe tener presente el artículo 154 del Código Procesal Penal que también establece el tema de los exhortos a autoridades extranjeras. Sin olvidar el respeto a lo establecido en la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Nº 3008 de 18 de julio de 1962), la cual dispone en su artículo 1º que las gestiones ante gobiernos e instituciones extranjeras deben hacerse por medio de ese ministerio, de lo contrario, se incurriría en actividad procesal defectuosa de carácter absoluto como lo sancionó la Sala Tercera de la Corte Suprema, en una oportunidad en que se irrespetó el canal diplomático establecido en esa ley y no se hizo uso de ningún mecanismo internacional alterno.⁹¹

En lo que respecta a mecanismos alternos para la obtención expedita de pruebas en el exterior, no puede dejarse de mencionar la utilización del Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, Ley Nº 7696 de 9 de setiembre de 1997, (Decreto de ratificación 26597 del 2 de diciembre de 1997), así como la Convención Interamericana contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996, la cual Costa Rica ratificó mediante Ley Nº 7670 del 17 de abril de 1997, que establece la figura de la **autoridad central** en cada país (en el nuestro, la Procuraduría General de la República), como encargada de tramitar los requerimientos de ayuda en la obtención de prueba y más recientemente, la Convención Mundial contra la Corrupción, firmada en Mérida, México, en el 2005. En la tramitación de las cartas rogatorias que se expidan al exterior se deben realizar las coordinaciones respectivas ante la Fiscalía General de la República, concretamente, con la Oficina de Apoyo Técnico y Relaciones Internacionales (**OATRI**).

9. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

90 Para mayor información sobre este tema se puede consultar a Chavarría Guzmán, Jorge. Manual de actuaciones del Fiscal. 1ª edición. Guilá Imprenta y Litografía. San José, Costa Rica, 2006, páginas 147 y siguientes.

91 Consultar Voto Nº 1999-01386 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:00 horas del cinco de noviembre de 1999.

Unidad XXX

Falsedad en la declaración jurada

Con respecto a este delito, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece en el **artículo 46**:

“Será reprimido con prisión de seis meses a un año, quien incurra en falsedad, simulación o encubrimiento al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de la República.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

El objeto de la acción recae en la **veracidad** de la declaración jurada de bienes que cada cierto tiempo deben presentar, obligatoria-

mente, ciertos funcionarios públicos ante la Contraloría General de la República.

Se procura a través de esta figura, garantizar la transparencia en el ejercicio de la función pública, como una forma de tutela del correcto y sano manejo de la función pública, se sanciona a la persona funcionaria pública que maliciosamente omita incluir bienes, simule o encubra, de alguna forma, los que haya incluido, de modo que resulte inexacta la declaración jurada respecto a su patrimonio.

Por medio de esta amenaza penal en contra de los funcionarios públicos, se busca que la Contraloría General de la República, pueda llevar un registro nacional actualizado y exacto de los ingresos y egresos patrimoniales de aquellos funcionarios que, según el legislador, podrían estar por su posición más propensos a incurrir en actividades de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de la función pública.

3. Conducta típica

Con respecto a la conducta típica, lo primero por señalar es la existencia de un

especial deber jurídico de la persona funcionaria pública, no solamente de presentar la declaración jurada de sus bienes sino, ante todo, que esa declaración resulte cierta y que en consecuencia corresponda a la realidad.

Ese deber jurídico de presentar la declaración se encuentra en la misma Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el **artículo 21**: “*Deben declarar la situación patrimonial, ante la Contraloría General de la República, según lo señalan la presente Ley y su Reglamento, los...*” funcionarios que luego el mismo numeral detalla y que complementa el **artículo 55** del Reglamento 32333-MP-J.

Aunque son **tres acciones típicas** que establece el **artículo 46** de la Ley N° 8422, en realidad se resume a una sola clase de falsedad, la que ordinariamente se conoce como falsedad ideológica, pero sin exigir como requisito típico el perjuicio que caracterizan las figuras de los artículos 359 y 360 del Código Penal.

La fórmula de la declaración jurada, en su aspecto exterior o físico no interesa mayormente al tipo penal, pero si su **contenido**, por eso el tipo penal refiere a la falsedad y no a la falsificación.

Se tipifica la conducta de la falsedad de la declaración, cuando **su contenido** resulta ideológicamente falso, por haber el funcionario declarante **insertado u omitido** informaciones o datos relacionados con sus bienes, rentas, derechos y obligaciones, que en suma constituye su patrimonio, contrariando lo que al efecto

dispone el **artículo 29** de la Ley N° 8422 y su reglamento.

De acuerdo con el **artículo 46**, son tres las formas típicas mediante las cuales el funcionario comete la conducta de falsear la declaración. En primer lugar, cuando incurre propiamente en “**falsedad**”; en segundo, cuando se incurre en “**simulación**”; en tercero, cuando incurre en “**encubrimiento**”.

Incurre en **falsedad**, el funcionario que no solo asienta una declaración de bienes que no le corresponden, porque realmente no son suyos, como cuando lo asentado es sustancialmente menor de lo que realmente posee en su haber patrimonial. Podría decirse, que incurre en la conducta de falsear la declaración de dos maneras: por **acción positiva** (inserta activos o pasivos que no le corresponden en realidad) o bien, por **acción negativa u omisiva** (omite insertar activos o pasivos existentes en su patrimonio).

En cuanto al elemento típico, de carácter normativo, de la “**simulación**”, es necesario remitirnos a lo que la Ley N° 8422 establece en el **artículo 32**:

*“**Simulación.** Podrá concluirse que existe simulación, si no hay concordancia entre los bienes declarados ante la Contraloría General de la República y los que se estén usufructuando de hecho.*”

Para que la simulación se configure, será necesario que el usufructo sea sobre bienes de terceros, que por ello no aparezcan en la declaración del funcionario, que

este no pueda exhibir ningún título sobre ellos, y que el usufructo sea público y notorio, parcial o total, permanente o discontinuo.

Se entiende que existe usufructo de hecho sobre los bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio familiar y los pertenecientes a cualquiera de sus parientes por consaguinidad o afinidad, incluso hasta el segundo grado, o a cualquier persona jurídica, siempre que exista la indicada forma indicada (sic) de usufructo.

Todos los bienes de los cuales se goce un usufructo de hecho, por cualquier motivo, deberán ser declarados.”

La previsión de regular el denominado **usufructo de hecho**, como contenido esencial del elemento típico de la “**simulación**”, se orienta a contrarrestar ciertas maniobras en que suelen incurrir algunos funcionarios públicos, que utilizando o gozando directa o indirectamente ciertos bienes, deciden simplemente no inscribirlos a su nombre para no tener que declararlos. Sin embargo, como se desprende de la disposición del **artículo 32**, el que tales bienes no figuren a su nombre, por ejemplo, en registros públicos, no elimina la obligación de la persona funcionaria de consignarlos so pena de incurrir en el delito del **artículo 46**.

El elemento típico del “**encubrimiento**”, está referido al ocultamiento de los activos o pasivos de la declaración jurada. El funcionario público, pese a conocer la existencia de los activos o pasivos que

conforman su patrimonio, simplemente omite mencionarlos en su declaración, con lo cual incurre en la conducta del encubrimiento.

4. Autoría

Se trata de un delito **especial en sentido estricto**, dado que solo ciertas funcionarias o funcionarios públicos pueden infringir el deber jurídico específico de rendir las declaraciones juradas de bienes.

El círculo de autores está determinado en el párrafo primero del **artículo 21 de la Ley N° 8422** y además se amplía por la remisión que hace el párrafo segundo de este artículo a la enumeración del Reglamento de esa ley. A su vez, el **artículo 55 del Reglamento N° 32333-MP-J**, detalla la lista de los funcionarios obligados a presentar declaración de bienes.

De acuerdo con la Ley y el Reglamento citado, solo podrían ser autores de falsedad en la declaración jurada de bienes, quienes ocupen los siguientes puestos o realicen las funciones correspondientes a dichos puestos y estén nombrados (según el artículo 54 del Reglamento): *en propiedad, en forma interina, a plazo fijo o con recargo o asignación de funciones mediante resolución expresa.*

i. En el Poder Ejecutivo en general, serían autores de este delito:

- El Presidente de la República.
- Los Vicepresidentes de la República.

- Ministros de Gobierno con cartera y sin ella.
- Viceministros de Gobierno.
- Secretario del Consejo de Gobierno.
- Oficiales Mayores de los Ministerios de Gobierno.
- Asesores o funcionarios de Gobierno con rango de ministros.
- Auditores y subauditores Internos de los ministerios de Gobierno.
- Jefes o encargados de los departamentos de aprovisionamiento de materiales, proveedurías internas, o a cargo similar, de los ministerios de Gobierno.
- Director y subdirector de división de los ministerios de Gobierno.
- Director y subdirector generales de los ministerios de Gobierno.
- Jefes y subjefes de departamento de los ministerios de Gobierno.
- Directores y subdirectores regionales de los ministerios de Gobierno.
- Coordinadores generales de unidad y específicos de los ministerios de Gobierno.
- Directores y subdirectores de área de los ministerios de Gobierno.
- Oficial presupuestal, director, jefe o encargado del área financiera de los ministerios de Gobierno.
- Director, jefe o encargado del área, dirección, departamento, oficina o sección de tesorería.
- Jefes o encargados de bodega de materiales y suministros, repuestos, combustibles y artículos de oficina, bienes embargados, u otros, cuyo inventario mínimo de existencias sea igual o mayor a 50 millones de colones.

En el **Poder Ejecutivo en particular**, serían autores de este delito:

i. Ministerio de Gobernación y Policía

- Miembros del Consejo Nacional de Migración.
- Director y subdirector General de Migración.
- Jefe Departamento de Residencias.
- Jefe Departamento de Permisos Temporales y Prórrogas.
- Jefe Departamento de Migración.
- Jefe de la Unidad o Departamento de la Policía Especial de Migración.
- Directores, jefes y subjefes de Departamento o Dirección.

ii. Ministerio de Hacienda

- Directores y subdirectores generales de las Administraciones Tributarias.
- Contador y subcontador nacionales.
- Coordinador de la Unidad de Contabilidad Nacional.
- Profesional, licenciado o bachiller de la Contabilidad Nacional.
- Profesional en informática de la Contabilidad Nacional.
- Técnico en informática, contabilidad y en operaciones de la Contabilidad Nacional.
- Tesorero y subtesorero nacionales.
- Director General del Presupuesto Nacional.
- Subdirector general del Presupuesto Nacional.
- Analistas de sistemas, profesional y técnico del Presupuesto Nacional.

- Proveedor y subproveedor nacionales.
- Coordinadores de informática y profesional del Presupuesto Nacional.
- Técnico en Computación del Presupuesto Nacional.
- Jefe y subjefe de la Pagaduría Nacional o pagador y subpagador nacionales.
- Jefes y subjefes de departamento de la Dirección General de Hacienda.
- Profesional y técnicos hacendarios.
- Coordinadores generales hacendarios.
- Subcoordinadores generales hacendarios.
- Coordinadores profesionales hacendarios.
- Director, jefe o encargado de la Policía de Control Fiscal.
- Coordinador de área de la Policía de Control Fiscal.
- Profesionales y técnicos de investigación fiscal.
- Gerentes de división de la Tesorería Nacional.
- Miembros del Tribunal Fiscal Administrativo.
- Abogado instructor, asistente del Tribunal Fiscal Administrativo.
- Auditor del Tribunal Fiscal Administrativo.
- Miembros del Tribunal Aduanero Nacional.
- Abogado instructor del Tribunal Aduanero Nacional.
- Técnicos de proceso, Unidad, Apoyo, Auditoría, Operaciones, Informática, Contabilidad, computación e investigación fiscal.
- Profesionales en auditoría.
- Director de normas y procedimientos.

- Director de control y supervisión.
- Jefe de operaciones tecnológicas.
- Asesor jurídico de la Dirección General de Bienes y Contratación Administrativa.
- Encargado de servicios administrativos de la Dirección General de Bienes y Contratación Administrativa.

En la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria

- Director Ejecutivo.
- Coordinadores de Unidad de Análisis y Seguimiento Fiscal, Análisis del Ingreso y Gasto Público y Asuntos Jurídicos.
- Coordinadores de Proceso.

Dirección General de Tributación Directa

- Director general.
- Director general adjunto.
- Director y subdirector generales de la Administración Tributaria.
- Subdirectores generales o subdirectores tributarios.
- Administradores y subadministradores regionales tributarios.
- Auditor, gestor, resolutor y valuador tributario.
- Técnicos tributarios.
- Administrador tributario.
- Coordinadores de proceso: De División Tributaria.
- Coordinadores de la División y el Proceso en Informática Tributaria.
- Directores de División Tributaria.
- Directores de División de Informática Tributaria.

- Profesionales de Informática Tributaria.

Dirección General de Aduanas

- Jefes de sección.
- Jefes y subjefes de división.
- Jefes y subjefes de departamento.
- Administradores o gerentes.
- Subadministradores o subgerentes.
- Jefe y subjefe del Departamento de Investigaciones Técnicas Aduaneras.
- Jefe Control de Depósitos Libres.
- Jefes o encargados de los puestos de aduana.
- Profesionales aduaneros.
- Técnicos aduaneros o técnicos en operaciones aduaneras y tramitadores.
- Los empleados de aduanas que, a juicio de la Contraloría General, intervengan en forma directa en los procedimientos de aduanas.

iii. Ministerio de Obras Públicas y Transportes

- Miembros del Directorio de la Comisión Nacional de Emergencias.
- Director y subdirector Generales de cada una de las divisiones generales de Obras Públicas y Transportes.
- Director general de Transporte Automotor.
- Director y subdirector generales de Abastecimiento y Servicios.
- Jefe o encargado de las bodegas de materiales y suministros, repuestos, combustibles y artículos de oficina, cuyo inventario mínimo de existencias sea igual o mayor a 50 millones de colones.

- Jefes administrativos.
- Jefes de bodegas.
- Delegados regionales de la Policía de Tránsito.
- Encargados de presupuestos de compra por dirección.
- Técnicos en exoneraciones.

iv. Ministerio de Justicia y Gracia. En el Registro Nacional

- Director y subdirector generales.
- Directores y subdirectores generales de los Registros del Registro Nacional.
- Coordinadores generales.
- Jefes de registradores.
- Registradores del Registro Nacional.
- Director: informática, administrativo y de regionales del Registro Nacional.
- Profesionales informáticos del Registro Nacional.
- Topógrafos del Registro Nacional.

En la Procuraduría General de la República

- Procurador General y Procurador General Adjunto.

v. Órganos adscritos a los Ministerios de Gobierno

- Miembros propietarios y suplentes de las juntas directivas administrativas y concejos directivos, excepto fiscales sin derecho a voto.
- Director y subdirector ejecutivos.
- Secretario ejecutivo.
- Director, director general y subdirector general.

- Administrador y subadministrador generales.
- Administradores.
- Auditor interno.
- Subauditor interno.
- Directores, jefes y subjefes de Departamento o Dirección.
- Jefes y subjefes de unidad.
- Director, jefe o encargado del área, dirección, departamento de oficina o Sección Financiera, Ingresos, Egresos, Contrataciones y de Tesorería.
- Asistente director administrativo financiero.
- Director, jefe o encargado de las Direcciones o Departamentos de Aprovisionamiento, Proveeduría Interna o cargo similar.
- Gerentes específicos.
- Subgerentes específicos.
- Jefes y subjefes de departamento.
- Directores y subdirectores regionales.
- Coordinadores generales, de unidad y específicos.
- Directores y subdirectores de área.
- Jefes o encargados de bodega de materiales y suministros, repuestos, combustibles y artículos de oficina, bienes embargados, u otros, cuyo inventario mínimo de existencias sea igual o mayor a 50 millones de colones.

III. En el Poder Legislativo

- Diputados.
- Director ejecutivo.
- Auditor interno.
- Subauditor interno.

- Director o jefe del departamento, área, oficina o sección financiera.
- Proveedor o cargo similar.
- Directores y subauditores de departamento.
- Jefes y subjefes de área.

IV. En el Poder Judicial

- Magistrados propietarios.
- Magistrados suplentes.
- Integrantes del Consejo Superior del Poder Judicial.
- Secretario General de la Corte Suprema de Justicia.
- Director de Despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
- Director y subdirector Ejecutivo.
- Auditor interno.
- Subauditores internos.
- Jefes y subjefes de departamento.
- Coordinadores generales, de unidad y específicos.
- Director o jefe del departamento, área, oficina o sección financiero contable.
- Proveedor judicial o cargo similar.
- Fiscal general y fiscal general adjunto.
- Director y subdirector generales del Organismo de Investigación Judicial.
- Jefes y subjefes de departamento del Organismo de Investigación Judicial.

V. En el Tribunal Supremo de Elecciones

- Magistrados propietarios.
- Magistrados suplentes.
- Secretario general.

- Director general del Registro Civil.
- Oficiales mayores.
- Director o jefe del departamento, área, oficina o sección financiera (jefe de la Contaduría).
- Auditor interno.
- Subauditor interno.
- Proveedor o cargo similar.
- Directores, jefes y subjefes de departamento o dirección.
- Coordinadores generales, de unidad y específicos.

VI. En la Contraloría General de la República

- Contralor General de la República.
- Subcontralor general de la República.
- Gerentes de división.
- Gerentes asociados y de área.
- Jefes de unidad.
- Asistentes administrativos.
- Jefe del Departamento Financiero.
- Jefe del Departamento de Proveeduría o cargo similar.
- Auditor interno general.

VII. En la Defensoría de los Habitantes de la República

- Defensor
- Defensor adjunto.
- Directores generales, directores y jefes de departamento.
- Jefe Unidad Financiera Contable.
- Auditor interno.
- Subauditor interno.

Además de los funcionarios mencionados, el **artículo 56** del referido Reglamento, adiciona la lista de personas obligadas a

declarar que ocupen puestos o realicen funciones correspondientes a dichos puestos, y que estén nombrados en los órganos y entes de la administración pública descentralizada, tanto estatales como no estatales, en las empresas públicas y en los órganos desconcentrados: I. Miembros propietarios y suplentes de las juntas directivas o administrativas y consejos directivos, excepto fiscales sin derecho a voto; II. En la Superintendencia General de Entidades Financieras, de Valores y de Pensiones y el CONASSIF; III. En las universidades estatales e Instituto Tecnológico de Costa Rica; IV. En los colegios universitarios; V. En las corporaciones municipales y; VI. Miembros que integran las juntas AD-HOC.

Finalmente, el **artículo 57** también del reglamento, incluye en la lista de personas obligadas a presentar declaración, a quienes se encuentren nombrados en las comisiones de adjudicación de contrataciones administrativas en los órganos y entes que conforman la administración pública.

5. Tipo subjetivo

Se trata de un **delito doloso**. El dolo cubre todos los elementos del tipo objetivo: la persona sabe que es funcionaria pública, que ejerce funciones u ocupa un cargo en el cual existe obligación legal de rendir declaración jurada exacta de su patrimonio y, pese a ese conocimiento, tiene la voluntad de presentar a la Contraloría General de la República, una declaración de bienes que sabe que no guarda concordancia con su patrimonio real.

6. Consumación

Este delito se consuma en el momento mismo en que la declaración jurada es presentada por el funcionario o un tercero (por ejemplo, un subalterno siguiendo instrucciones) y es recibida por parte de la Contraloría General de la República.

Los actos previos realizados por el funcionario a la entrega de la declaración ante el órgano contralor, se consideran actos preparatorios impunes. Por ello, la tentativa es inadmisibles.

7. Aspectos procesales

7.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales,

entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en la circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

7.2. Elementos probatorios y de investigación

Para las diligencias de investigación de la falsedad en la declaración jurada de bienes ante la Contraloría General de la República, estimamos útiles las siguientes:

- **Recibir la denuncia.** Puede tratarse de una persona ajena al pacto corruptor, pero que conoce por razones personales de la forma de comisión del delito. Algunas veces, el denunciante prefiere el anonimato o la confidencialidad acerca de su identidad, lo cual es posible respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Debe explicar por qué estima que la declaración rendida por el funcionario resulta incongruente con su realidad patrimonial.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República las correspondientes declaraciones juradas de bienes así como los estudios y análisis patrimoniales** realizados para comprobar su veracidad.
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) del funcionario, para determinar los vehículos que utiliza, las casas que frecuenta que pueden ser de su propiedad, los sitios exclusivos que visita, en fin, el estilo de vida del funcionario y de su núcleo familiar.** La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe tratar de constatar si el estilo de vida resulta acorde con los ingresos normales que recibe el funcionario por el ejercicio de su cargo y sobre todo, si fueron en su momento incluidos en la declaración jurada de bienes.
- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y, en especial, sus ingresos económicos. Solicitar a la Contraloría General de la República que certifique si en razón del puesto y funciones que cumple el funcionario denunciado se encuentra dentro de la lista de personas obligadas a rendir dicha declaración.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con la falsedad de la declaración jurada de bienes o con el enriquecimiento ilícito del funcio-

nario, en particular la información bancaria, bursátil o tributaria (con el previo levantamiento del secreto por parte de juzgado penal).

- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, u otros, que puedan suministrar información sobre el inexplicable estilo de vida del funcionario y explicación del posible origen del “enriquecimiento ilícito”, omitido en la declaración jurada de bienes.
- **Solicitar a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en particular a la Unidad de Lavado,** realizar el respectivo análisis de situación económica del funcionario, a fin de establecer si el nivel de ingreso promedio obtenido como servidor público, justifica el nivel económico que ostenta la persona investigada.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, con las personas que hayan tenido algún grado de participación en la

falsedad de la declaración o en el enriquecimiento ilícito del funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas de la Fiscalía General, como la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia es la encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

8. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

Unidad XXXI

Receptación, legalización o encubrimiento de bienes

Con respecto a este delito, la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece en el **artículo 47**:

“Será sancionado con prisión de uno a ocho años, quien oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera o dé apariencia de legitimidad a bienes o derechos, a sabiendas de que han sido producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de un funcionario público, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda.”

1. Bien jurídico

Como se explicó en el punto 2.2 de la primera unidad, el bien jurídico tutelado está constituido por “Los deberes de la función pública”, entendido en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3° de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

2. Objeto de la acción típica

Se trata de una figura especial de encubrimiento, que no resulta novedosa en nuestro ordenamiento jurídico penal, excepto porque versa sobre bienes o derechos producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de una persona funcionaria pública, lo que le da, una característica especial al objeto de la acción típica.

Al indicar que no es novedosa la figura del artículo 47, estamos haciendo referencia a que ya con anterioridad existía y aún hoy están vigentes las figuras de encubrimiento de la Sección III, bajo el Título XIV “Delitos contra la Administración de Justicia” del Código Penal.

En efecto, el delito de la receptación del **artículo 323**, establece:

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con diez a treinta días multa, al que adquiriere, recibiere y ocultare dinero, cosas o bienes provenientes de un delito en que no participó, o interviniera en su adquisición, recepción u ocultación.”

Se aplicará la respectiva medida de seguridad cuando el autor hiciere de la receptación una práctica que implique profesionalidad.”

También, está la figura de la receptación de cosas de procedencia sospechosa, del **artículo 324**:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, recibiere cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito.

Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual se le impondrá la respectiva medida de seguridad.”

Finalmente, encontramos la figura del favorecimiento real del **artículo 325**, que establece:

“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de este procurare o ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho del mismo.

Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito o al que incurriere en el hecho de evasión culposa.”

Como se desprende de la lectura de las figuras de los artículos 323, 324 y 325 del Código Penal, ya de alguna manera se encontraba sancionada la conducta

de quien, sin promesa anterior al delito, ayudare a otro con la adquisición, el recibimiento, el ocultamiento, la alteración o el aseguramiento del producto del delito o de su aprovechamiento.

Entonces, por qué regular una vez más, ahora en una ley especial dedicada a combatir la corrupción, las mismas conductas típicas de encubrimiento. Varias pueden ser las razones: la primera que se nos ocurre es que existía la necesidad de enfatizar, por medio del endurecimiento de las penas, la política criminal de enviar a prisión no solo a la persona funcionaria pública corrupta que se enriquecía ilícitamente a costa de la función pública, sino también a quienes ayudaran a sacar provecho de los bienes o derechos mal habidos.

Una segunda razón, podría ser que Costa Rica suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción el 29 de marzo de 1996 y la ratificó mediante Ley N° 7670 del 17 de abril de 1997 y desde entonces el país había asumido el compromiso internacional de sancionar el denominado lavado de activos provenientes de actos de corrupción, conforme a la definición que daba la misma convención en el artículo VI:

“ACTOS DE CORRUPCIÓN

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

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

Hay que recordar que antes de diciembre de 2001, en Costa Rica solo era delito la legitimación de capitales o lavado de activos, provenientes de actividades de narcotráfico y actividades conexas. Luego, a raíz de la amenaza del GAFIC (Grupo de Acción Financiera del Caribe-CICAD) de incluir a Costa Rica dentro de la lista de países que no sancionaban el lavado de activos por otros delitos igualmente graves al narcotráfico, fue que en forma urgente y sin mucho estudio, se hizo una adición a la Ley de Psicotrópicos y Sustancias de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, con lo cual, quedó también tipificado el lavado de activos por otros delitos graves distintos al narcotráfico. La nueva disposición ha resultado francamente ineficaz, debido a que en la misma ley se definió “delito grave” aquel que tuviera como mínimo una pena de cuatro años de prisión, lo cual redujo significativamente el número de delitos graves que pudieran dar lugar a una investigación por legitimación de capitales.

Una tercera razón para incluir la nueva figura de lavado dentro del catálogo de nuevos delitos en la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, sería la objetiva necesidad de dar una respuesta clara y contundente al odioso fenómeno de la corrupción y al escandaloso enriquecimiento ilícito que estaban haciendo algunas personas desde sus puestos públicos. Como veremos, la figura del artículo 47 de la Ley N° 8422, a diferencia del delito de lavado de dinero de la Ley de Psicotrópicos, ofrece la ventaja de que no quedó sujeto a delito grave, por lo que cualquier delito funcional—independientemente de la pena

establecida— haría posible investigar y acusar el lavado (receptación, legalización o encubrimiento de bienes).

3. Conducta típica

La conducta típica establecida en el artículo 47 de la Ley N° 8422, puede consistir en nueve tipos de acción, todas con una misma finalidad: encubrir a la persona funcionaria pública que se ha enriquecido o que ha sacado provecho patrimonial de su cargo o con ocasión de este, en suma, aprovechar las oportunidades que el puesto público le brinda.

Esas nueve acciones típicas son: 1. ocultar; 2. asegurar; 3. transformar; 4. invertir; 5. transferir; 6. custodiar; 7. administrar; 8. adquirir y, 9. dar apariencia de legitimidad.

Ocultar, significa esconder el bien o el derecho mal habido, de modo que no pueda ser visto o encontrado por terceros (autoridades, órganos de fiscalización y supervisión, prensa u otros interesados). También ocultar quiere significar tapar, guardar e incluso trasladar el objeto para que se desconozca su paradero; también podría consistir en callar, cuando existe la persona encubridora, esta ha tenido el deber legal o contractual de indicar el destino dado a los bienes o derechos mal habidos provenientes de la persona funcionaria pública.

Asegurar, significa prestar ayuda o prestar asistencia de cualquier forma, auxiliar, conceder seguridades para el resguardo o conservación de los bienes o derechos

en beneficio de la persona funcionaria pública que ha incurrido en algún delito funcional precedente. Así, mediante esta modalidad de encubrimiento (acción positiva), la persona encubridora asegura a la persona funcionaria pública corrupta, la utilización o disfrute de los bienes o derechos mal habidos.

Transformar, significa alterar, cambiar, modificar el bien o derecho, en otro distinto, de modo que se haga irreconocible. En el caso de bienes, la transformación podría significar incluso el cambio de su esencia, forma, color, apariencia, tamaño, de manera que no se parezca al bien producto de la ilicitud de la persona funcionaria pública. En cuanto a transformar un derecho por otro, podría ser el caso en que la persona encubridora cambia, por ejemplo, un derecho real de posesión por uno de propiedad o viceversa; cambia o modifica un derecho de crédito por otro, de modo que la transformación impida o dificulte a las autoridades, órganos de fiscalización y supervisión, prensa u otros interesados, reconocer el origen ilícito. Podría incluso pensar en supuestos en los cuales un activo líquido que ha ingresado en los estados financieros de una empresa, sea transformado en otro tipo de activo (cuenta por cobrar, por ejemplo), como una forma de encubrimiento para hacerlo irreconocible.

Invertir, significa emplear los recursos en actividades que generan utilidades, sea acudiendo al mercado bursátil (mercado primario o secundario) o empleándolos en el mercado de bienes raíces. Las inversiones realizadas en el mercado bancario o bursátil, por lo general, son de corto plazo y se caracterizan por su liquidez.

Transferir, significa traspasar o ceder el bien o el derecho mal habido por la funcionaria pública a otra persona, bajo cualquier título. Esta modalidad significa tanto la transferencia del bien o derecho de una persona a otra, como del traslado físico del bien de un lugar a otro. Recordemos que las modernas transmisiones electrónicas de fondos, hacen posible transferir importantes sumas de dinero no solo de una cuenta a otra dentro de la misma entidad financiera o bien a otras entidades locales, sino incluso a nivel internacional, con relativa facilidad.

Custodiar, significa guardar con cuidado y vigilancia los bienes o derechos mal habidos por la persona funcionaria pública, lo cual implica por parte de la persona encubridora, poseer la tenencia material de estos, lo que no exige una relación permanente.

Administrar, significa disponer del bien o el derecho obtenido ilícitamente. La persona encubridora asume el gobierno y dirección del recurso, y le da el destino que considere pertinente según sus intereses o los que le haya confiado la persona funcionaria pública corrupta.

Adquirir, significa, en sentido amplio, cualquier medio de adquisición de los bienes o derechos, que se haya acordado entre la persona funcionaria pública corrupta y la persona encubridora. Puede tratarse de una compraventa, una donación, una permuta, una cesión a título gratuito u oneroso, u otros; es decir, cualquier tipo de negocio jurídico permitido por el Código Civil y el Código de Comercio.

Dar apariencia de legitimidad, significa, de manera muy amplia, prácticamente cualquier tipo de actividad realizada –de hecho o de derecho– por la persona encubridora para lograr la finalidad propuesta, que es encubrir el origen ilícito de los bienes o derechos, para darles una apariencia de legalidad o legitimidad a su origen, que en realidad no tienen. Con esta fórmula abierta e indiscriminada, cabe la posibilidad de que cualquier actividad u operación imaginable en el presente o en el futuro, que de algún modo encubra el producto patrimonial obtenido ilícitamente por la persona funcionaria pública, pueda perseguirse bajo esta modalidad típica.

En cuanto a los objetos del delito, tenemos que son: los “**bienes**” o “**derechos**” producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de una persona funcionaria pública, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda.

Para configurar la conducta típica, los bienes o derechos objeto de la actividad de lavado, pueden ser de cualquier naturaleza y monto. Lo que verdaderamente interesa al tipo penal es el origen de esos bienes o derechos: esto es, que provengan de una persona funcionaria pública que los ha obtenido ilícitamente con ocasión del cargo o por los medios y oportunidades que la función pública le depara.

Puede tratarse de bienes de naturaleza pública, cuando estos han sido apartados de la esfera de custodia administrativa del Estado, por haberse cometido un peculado y son entregados, trasladados, ocultados, transferidos, etcétera., a la persona

encubridora, para que disponga de ellos. También son de naturaleza pública los bienes que aunque no forman parte de la actividad económica patrimonial del Estado, son bienes de dominio público como ocurre, por ejemplo, con los terrenos ubicados en zonas restringidas y públicas de los litorales.

Pueden ser bienes o derechos de naturaleza privada, también, pero que fueron obtenidos por la persona funcionaria pública con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda. Por ejemplo, en los cohechos tenemos que la dádiva, ventaja indebida o remuneración que entrega o promete la persona corruptora, es por lo general de naturaleza privada, pues se trata de recursos privados que pertenecen a la persona física o jurídica que está dando el soborno, a cambio de que la persona funcionaria pública haga u omita algo propio o contrario a sus funciones. Lo que interesa, al tipo penal, es que esa dádiva, ventaja indebida o remuneración, sea entregada, trasladada, ocultada, transferida, etcétera, por parte de la persona funcionaria pública a la persona encubridora para su lavado o legitimación.

4. Procedimiento del lavado de bienes o derechos

Como indicamos, el delito de receptación, legalización o encubrimiento de bienes establecido en el artículo 47 de la Ley N° 8422, en muchos aspectos resulta similar a la figura del lavado o legitimación de capitales del artículo 69 de la Ley de Psicotrópicos, delito muy anterior y que

ha recibido atención especial en el ámbito teórico por parte de expertos internacionales encargados de su combate.

Por ello estimamos oportuno repasar acá lo que se ha mencionado sobre el procedimiento usualmente utilizado por la persona encubridora, encargada de lavar o legitimar activos provenientes de actividades ilícitas, haciendo hincapié en que, para los fines del artículo 47, lo que interesa es que los bienes o derechos objeto de lavado provengan de actividades ilícitas de personas funcionarias públicas, en razón del cargo o por los medios y las oportunidades que este le haya brindado.

El proceso para legitimar o lavar derechos o bienes provenientes de actividades ilícitas, para garantizar su aprovechamiento o darle una apariencia de legalidad, sigue al menos tres etapas.

1. **Una primera fase de colocación u ocultación:** en la que se pretende hacer desaparecer o transformar el bien o derecho ilícitamente obtenido, en otros bienes o derechos que faciliten su manejo, o que eviten despertar sospechas de su ilícito origen.
2. **Una segunda fase de control y cobertura:** que pretende ocultar o encubrir la previa sustitución, modificación o transformación de los bienes o derechos, realizada en la primera fase, para alejar lo más posible, por medio de otras actividades u operaciones del origen ilícito, muchas veces por medio de complejas operaciones contables y financieras, dificultando al máxi-

mo cualquier investigación que se pretenda hacer al respecto.

3. **Fase final de integración, reinversión o blanqueo:** para esta tercera fase, ya se habrá conseguido dar la apariencia de legalidad o legitimidad a los bienes o derechos mal habidos, y podrán ser utilizados en el ámbito económico y financiero como activos lícitos, pues ya se encuentran plenamente “justificados”.

En cualquiera de estas tres fases, intervienen las nueve modalidades típicas a que hace referencia el artículo 49 de la Ley N° 8422, como son el ocultamiento, el aseguramiento, la transformación, la inversión, la transferencia, la custodia, la administración, la adquisición y en suma, la apariencia de legitimidad de lo que en forma ilegítima ha obtenido la persona funcionaria pública a través del ejercicio de sus funciones públicas o con ocasión o motivo de ellas.

Dependiendo de la cantidad o tipo de bienes o derechos de que se trate, así podrían diferenciarse en el caso concreto las tres fases anteriores. No siempre las actividades de lavado o legitimación resultan ser complejas, la experiencia pareciera indicar que tratándose de personas funcionarias públicas lo usual es que se limiten a ocultar bienes entre familiares o amigos cercanos, y no en forma tan profesional y sofisticada como suelen hacerlo los miembros de los carteles de drogas o de otras actividades del crimen organizado.

5. Autoría

Se trata de un delito común, que puede ser cometido por cualquiera. El sujeto activo

puede ser una persona particular o bien otra persona funcionaria pública, distinta de la que incurrió en actividades delictivas con las cuales se obtuvieron los bienes o derechos objeto de lavado.

Lo esencial en esta figura, lo mismo que en los otros delitos de encubrimiento, es que estén presentes dos presupuestos: 1. que exista el delito anterior y 2. que en ese delito precedente, no haya tenido ninguna participación la persona encubridora.

Ese delito anterior debe estar referido, según lo que el artículo 47 establece, a que los bienes o derechos sean producto del enriquecimiento ilícito⁹² o bien de actividades delictivas cometidas por la persona funcionaria pública con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le haya brindado. El segundo presupuesto, es que en ese enriquecimiento ilícito o en esas actividades delictivas cometidas por la persona funcionaria pública, no haya tenido participación alguna la persona encubridora que está receptando, legalizando o realizando el encubrimiento de los bienes.

6. Tipo subjetivo

El delito es de naturaleza dolosa. Exige el dolo directo. Así quedó enfatizado en la Ley N° 8422, al exigir que la persona encubridora debe saber que está ocultando, asegurando, transformando, invirtiendo, transfiriendo, custodiando, administrando, adquiriendo o dando una apariencia de legalidad a bienes o derechos, que han sido

92 Delito previsto en el artículo 346 del Código Penal y en el artículo 45 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

producto de un enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas cometidas por la persona funcionaria pública. Sin embargo, el saber que los bienes o derechos tienen un origen ilícito de naturaleza funcional, no implica que la persona encubridora haya participado en modo alguno en el delito precedente, pues de ser así deja de ser una persona encubridora (lavador) y se convierte en partícipe del delito anterior.

No es admisible el dolo eventual. Aunque algunos estudiosos del tema, como Carlos A. Manfroni, consideran que si se quiere dar una respuesta razonable al fenómeno del lavado de bienes y que se ajuste a una política criminal verdaderamente efectiva, habría que aceptar la tesis del dolo eventual en estos delitos.⁹³

7. Consumación

Se trata de un delito de mera actividad, por lo que la sola realización de la acción típica resulta suficiente para consumir la figura. Así, el delito se consume con realizar cualquiera de las nueve acciones previstas en el artículo 47, que como hemos indicado consisten en: 1. ocultar; 2. asegurar; 3. transformar; 4. invertir; 5. transferir; 6. custodiar; 7. administrar; 8. adquirir, y 9. dar apariencia de legitimidad.

93 “Habría que decidir, para agotar el análisis, si también el “dolo eventual” resulta suficiente para calificar el aprovechamiento como un acto de corrupción. En otras palabras, hay que saber si esta conducta constituye un acto de corrupción cuando quien aprovecha los bienes tiene, o debería razonablemente tener, una sospecha sobre el origen de ellos pero sus acciones u omisiones revelan indiferencia frente a tal incertidumbre.” Ver Manfroni, Carlos A. *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada*. 2º edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001. Pág. 99

Un mismo bien o derecho puede pasar por diferentes modalidades por una misma persona encubridora; es decir, primero lo oculta, luego lo asegura, después lo transforma, después lo invierte, luego lo transfiere, lo custodia o lo administra, o finalmente lo adquiere. Cualquiera que sea el trato que se le haya dado a ese bien o derecho, consume por una sola vez la figura del lavado, lo mismo que si se trata de un conjunto de bienes o derechos que conjuntamente son sometidos a este proceso de legitimación o lavado.

Si se trata de bienes o derechos que son producto de otro enriquecimiento o de otras actividades delictivas de la misma persona funcionaria pública o de otras, y de nuevo son requeridos los servicios de la persona encubridora, entonces estaríamos en presencia de la consumación de otro u otros delitos de lavado, los cuales podrían acusarse y juzgarse en concurso material, pues cada actividad de lavado por sí misma consumó en su momento la figura delictiva.

8. Confluencia de figuras delictivas

Al coexistir la figura de lavado de dinero o legitimación de capitales en materia de narcotráfico o proveniente de delitos graves, según el artículo 69 de la Ley de Psicotrópicos, Sustancias de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, así como los delitos de encubrimiento del Código Penal, en particular los delitos de receptación (artículo 323), receptación de cosas de procedencia sospechosa (artículo 324) y favorecimiento real (artículo 325), y la figura de receptación, legalización o

encubrimiento de bienes del artículo 47 de la Ley N° 8422, podría presentarse la controversia de cuál disposición es la que debe aplicarse.

El tema de la confluencia de figuras delictivas, se resuelve con las reglas del concurso aparente de normas (o de delitos, como también se denomina), que establece el **artículo 23** del Código Penal:

“Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria”.

En razón de lo anterior, si se presenta un caso de lavado o legitimación de bienes o derechos provenientes de actividades delictivas de la persona funcionaria pública, se debe aplicar en primer término la figura del artículo 47 de la Ley N° 8422, aun cuando se tratase de una persona funcionaria pública que obtuvo provecho económico de un asunto ligado al narcotráfico o proveniente de delito grave. Por ejemplo, una persona jueza o miembro de la policía judicial o de la fiscalía, que con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le haya brindado, obtenga bienes o derechos que luego transfiere o traslada a otra persona (encubridora) para el proceso de lavado o legitimación. En segundo término, de no aplicarse la figura del artículo 47, entonces se aplicaría el delito del artículo 69 de la Ley de Psicotrópicos, en tanto se den los

supuestos para su configuración. Finalmente, si ninguna de las anteriores resulta viable, entonces el caso se resolvería con los tipos penales de encubrimiento, previstos y sancionados en el Código Penal.

9. Aspectos procesales

9.1. Jurisdicción penal de hacienda y la función pública

Conforme se expuso en el punto 3 de la primera unidad de esta guía, en tanto se encuentre vigente la Ley N° 8275 que instauró la jurisdicción penal de hacienda y la función pública para conocer y resolver, definitivamente, sobre los delitos contra los deberes de la función pública, en la tramitación de estos casos se deben observar y cumplir las reglas prácticas establecidas en la circular 36-2003 de Corte Plena así como de las circulares 10-2003 y 19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Lo anterior significa que, en observancia de los principios de juez natural y del debido proceso, las actuaciones de investigación del Ministerio Público y de la policía, que requieran de autorización jurisdiccional como son las órdenes de allanamiento, el levantamiento del secreto bancario, los anticipos jurisdiccionales, entre otros, los debe autorizar el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Las solicitudes de medidas cautelares, las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento, se deben formular ante el Juzgado

Penal de Hacienda y la Función Pública, lo mismo que las acusaciones con solicitud de apertura a juicio. Conforme a las reglas prácticas N° 3 y N° 7 de la circular 36-2003 de Corte Plena, tanto las solicitudes de salidas alternas, las solicitudes de desestimación y sobreseimiento como las acusaciones, las deben trasladar los fiscales y fiscalas territoriales a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios, ubicada en el Primer Circuito Judicial de San José, para su respectiva aprobación y traslado al Juzgado Penal de Hacienda.

El Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública será el responsable no solo de autorizar las actuaciones de investigación de la etapa preparatoria cuando así lo exija la ley, puede, una vez autorizado el acto, comisionar al Juzgado Penal del lugar donde se requiera presencia de juez, además como parte de la etapa intermedia llevar a cabo la audiencia preliminar y decretar, cuando corresponda, la apertura a juicio de los casos acusados por el Ministerio Público o por la parte querellante.

El debate oral y público le corresponde realizarlo al Tribunal de Juicio Penal de Hacienda y la Función Pública, ubicado igualmente en el Segundo Circuito Judicial de San José.

El irrespeto a las reglas establecidas en las circulares mencionadas, podrían derivar –según el caso– en actividades procesales defectuosas de carácter absoluto, que invalidarían los resultados de los procesos penales. De ahí la necesidad de observar lo dispuesto por la Ley N° 8275 durante su vigencia.

9.2. Elementos probatorios y de investigación

Por tratarse, según vimos, de una figura especial de encubrimiento, que versa sobre bienes o derechos producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de una persona funcionaria pública, estimamos útiles las siguientes diligencias:

- **Recibir la denuncia.** La notitia criminis puede provenir de una persona que conoce o sospecha fundadamente de la relación existente entre el funcionario corrupto y una tercera persona, que pretende encubrir el enriquecimiento ilícito o provecho patrimonial que ha obtenido ilegítimamente el funcionario de su cargo o con ocasión de este, aprovechando las oportunidades que el puesto público le brinda. Es posible, que la persona denunciante prefiera el anonimato o confidencialidad de su identidad, lo cual se puede respetar si la información fue receptada por la Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Lo esencial es que la persona denunciante explique en qué consiste el encubrimiento; es decir, cual de las nueve acciones o modalidades de receptación, legalización o encubrimiento están presentes en el caso: si la tercera persona únicamente
- está ocultando los dineros o bienes, o si los está asegurando de cualquier modo, si los está transformando para dificultar su rastreo, si los está invirtiendo, simplemente custodiando o administrando para luego devolverlos al funcionario cuando el escándalo haya pasado o se hayan finalizado las investigaciones del delito primario que dio origen al enriquecimiento, o bien si simplemente adquirió los bienes para darle a cambio dinero en “efectivo” al funcionario corrupto, para evadir la acción de la justicia, o si el funcionario en asocio con esa tercera persona está utilizando técnicas o procedimientos más complejos para dar apariencia de legalidad a los dineros o bienes sustraídos u obtenidos de actividades ilícitas desde la función pública (por ejemplo, uso de contratos económicos modernos como el fideicomiso, joint venture, fondos de inversión, entre otros). Los detalles que se obtengan de la denuncia, marcarán en gran medida el rumbo y éxito de la investigación, por ello, resulta recomendable recibirla conjuntamente con oficiales de investigación y al menos uno de los auditores forenses de la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J..
- **Ordenar la vigilancia (móvil o estacionaria) tanto del funcionario, como de la persona encubridora, para determinar los vehículos que utiliza, las casas que frecuenta que pueden ser de su propiedad, los sitios exclusivos**

que visita; en fin, el estilo de vida del funcionario y de la persona encubridora y de sus respectivos núcleos familiares y sociales. La policía judicial debe montar, según la información suministrada por la persona denunciante, una vigilancia de los movimientos del funcionario, para acreditar los hechos denunciados. Debe tratar de constatar si el estilo de vida resulta acorde con los ingresos normales que recibe el funcionario por el ejercicio de su cargo así como de la persona encubridora, la cual normalmente suele ser persona de mucha confianza (amigos cercanos, familiares, u otro), del funcionario corrupto.

- **Solicitar al departamento de personal o recursos humanos la certificación del puesto o cargo** del funcionario denunciado, cuáles eran sus funciones y en especial, sus ingresos económicos. Es posible, que la persona encubridora también sea funcionaria pública, por lo que igualmente debe certificarse su nombramiento, funciones e ingresos económicos.
- **Solicitar a la Contraloría General de la República una copia de la declaración jurada de bienes que haya rendido el funcionario ante esa dependencia.** Confrontar esta información con los resultados de las vigilancias móviles o estacionarias practicadas por la policía. Si la persona encubridora es funcionaria pública, también se deberá gestionar la obtención de su declaración de bienes, si está dentro de la lista de funcionarios declarantes.
- **Secuestrar los expedientes administrativos y documentación pública y privada** que pueda tener relación con el enriquecimiento ilícito del funcionario, en particular, la información bancaria, bursátil o tributaria (con el previo levantamiento del secreto por parte del juzgado penal).
- **Entrevista de testigos.** Entre ellos, vecinos, compañeros de trabajo, jefes, subalternos, amistades, personas del vecindario, u otros, que puedan suministrar información sobre el inexplicable estilo de vida del funcionario, explicación del posible origen del “enriquecimiento ilícito” o de su relación con la persona encubridora, de quien se sospecha que está “blanqueando” los activos obtenidos ilícitamente por el funcionario corrupto. .
- **Solicitar a la Sección de Delitos Económicos y Financieros del O.I.J., en particular, a la Unidad de Lavado,** realizar el respectivo análisis de situación económica tanto del funcionario corrupto como de la persona encubridora o lavadora, a fin de establecer si el nivel de ingreso promedio obtenido tanto por servidor público como del encubridor, justifican el nivel económico que ostentan.
- **Negociar criterios de oportunidad por colaboración.** En algunos casos convendría analizar la negociación de criterios de oportunidad, con las personas que hayan tenido algún grado de participación en el proceso de recepción, legalización o legitimación de los

bienes obtenidos del enriquecimiento ilícito del funcionario. En estos casos, está por demás indicar que cualquier negociación está condicionada a que cumpla con lo establecido en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, al cumplimiento de las directrices emanadas por la Fiscalía General, como por la circular 02-PPP-2008, y la aprobación previa de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Corrupción (FADECT), la cual por la especialidad de la materia

es la encargada de controlar la actuación de las demás fiscalías en materia de corrupción. (Circular N° 36-2003 de la Secretaría de la Corte y 10-2003 de la Fiscalía General de la República).

10. Tratamiento de la figura en la jurisprudencia costarricense

No hay jurisprudencia nacional en torno a este delito, según consulta realizada de 1990 a 2004, ni de 2006, de la Sala Tercera.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Editorial Juricentro. San José. 2ª edición corregida y actualizada, 1985.
- BACIGALUPO, Enrique y otros autores. *Derecho penal económico*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires: Argentina, 2000.
- BARAHONA KRÜGER, Pablo. *Corrupción e impunidad*. 1ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2004.
- BUOMPADRE, Jorge E. *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Mave, Mario A. Viera, Editor. Buenos Aires, Argentina, 2001.
- CARRERA, Daniel P. *Peculado de bienes y servicios públicos*. Segunda edición actualizada por Alejandro Sánchez Freytes. Editorial Mediterránea. Córdoba, Argentina, 2005.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de peculado*. 1ª edición. San José, Costa Rica: JURITEXTO, 2000.
- CESPEDES SALAZAR, Carlos y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Marvin. *Dictamen pericial en los delitos patrimoniales*. Oficina de Prensa del Organismo de Investigación Judicial. San José, Costa Rica, 2000.
- CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1981.
- CREUS, Carlos. *Derecho penal, parte especial*. 6ª edición. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1999.
- CORRUPCIÓN: una visión desde la sociedad civil*. Editado por Roxana Salazar Cambroner. 1ª edición. San José, Costa Rica, Fundación Ambio, 2004.
- CORRUPCIÓN MÁS ALLÁ DE LAS PERCEPCIONES*. Editores Juan Manuel Villasuso, Francisco Flores, Marco Arroyo Flores. 1ª edición. San José, Costa Rica: CEDAL; Alemania: Fundación Friederich Ebert, 2005.
- CUSGÜEN OLARTE, Eduardo. *Aspectos investigativos, jurídicos y financieros de los delitos contra la administración pública*. 1ª edición. Biblioteca Jurídica Díké. Medellín, Colombia, 1994.

- CHAVARRÍA GUZMÁN, Jorge. *Manual de actuaciones del fiscal*. 1ª edición. Guilá Imprenta y Litografía. San José, Costa Rica, 2006.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Rubinzal-Culzoni, editores. Santa Fe, Argentina, 2000.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Manual de derecho penal, parte especial*. 11ª edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1987.
- GONZÁLEZ MONTERO, José Pablo. *Manual de delitos ambientales*. 1ª edición. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 2007.
- HENDERSON GARCÍA, Osvaldo. *Abordaje y planeación de la investigación penal*. 1ª edición. Guilá Imprenta y Litografía. San José, Costa Rica, 2005.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. 3ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2006.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1972.
- MANFRONI, Carlos A. *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada*. Prólogo de Enrique Lagos. 2ª edición actualizada. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, junio del 2001.
- MELÉNDEZ SEQUEIRA, Carlos Alberto. *Manual teórico-práctico en delitos económicos*. 1ª edición. Guilá Imprenta y Litografía. San José, Costa Rica, 2006.
- MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico. *Enriquecimiento Ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la Administración Pública*. Talleres Gráficos de La Ley. Buenos Aires, Argentina, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. 11ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho penal argentino*. Tomo VIII. Lerner, Córdoba, 1974.
- SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Índice general de jurisprudencia 1990-2004 (Jurindex)*. Departamento de Publicaciones e Impresos. Poder Judicial. San José, Costa Rica, 2004.
- SANCINETTI, Marcelo A. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 1997.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo V. Editorial Tea. Buenos Aires, Argentina, 1992.
- RIMONDI, Jorge Luis. *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*. 1ª edición. Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina, 2005.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, España, 1999.

VIRGONI, Julio E. S. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. 1ª edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, 2004.

VIRGOLINI, Julio E. S. *La razón ausente: Ensayo sobre criminología y crítica política*. 1ª edición. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*. Editorial Ediar, Buenos Aires. 4ª edición, 1985.

Anexo 1

Convención Interamericana Contra la Corrupción

Preámbulo

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS,

CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la

finalidad de materializar sus propósitos;

CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente;

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que

socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva; y

DECIDIDOS a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, HAN CONVENIDO en suscribir la siguiente

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo I Definiciones

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

“Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

“Bienes”, los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Artículo II Propósitos

Los propósitos de la presente Convención son:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Artículo III Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a preve-

- nir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.
2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.
 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.
 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.
 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.
 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.
 7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.
 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.
 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.
 10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.
 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.
 12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

Artículo IV Ámbito

La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.

Artículo V Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.
2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.
3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.
4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

Artículo VI Actos de corrupción

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.

Artículo VII

Legislación interna

Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Artículo VIII

Soborno transnacional

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de

valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo IX

Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo X Notificación

Cuando un Estado Parte adopte la legislación a la que se refieren los párrafos 1 de los artículos VIII y IX, lo notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien lo notificará a su vez a los demás Estados Partes. Los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito serán considerados para ese Estado Parte acto de corrupción para los propósitos de esta Convención, transcurridos treinta días contados a partir de la fecha de esa notificación.

Artículo XI Desarrollo progresivo

1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:
 - a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.
 - b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.
 - c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.
 - d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.
2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, éstos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo XII

Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo XIII

Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.
2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.
3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a éste de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

Artículo XIV

Asistencia y cooperación

1. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.
2. Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

Artículo XV

Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la

identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

Artículo XVI

Secreto bancario

1. El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.
2. El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas

por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido.

Artículo XVII

Naturaleza del acto

A los fines previstos en los artículos XIII, XIV, XV y XVI de la presente Convención, el hecho de que los bienes obtenidos o derivados de un acto de corrupción hubiesen sido destinados a fines políticos o el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastarán por sí solos para considerar dicho acto como un delito político o como un delito común conexo con un delito político.

Artículo XVIII

Autoridades centrales

1. Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos.
2. Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención.
3. Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención.

Artículo XIX

Aplicación en el tiempo

Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

Artículo XX

Otros acuerdos o prácticas

Ninguna de las normas de la presente Convención será interpretada en el sentido de impedir que los Estados Partes se presten recíprocamente cooperación al amparo de lo previsto en otros acuerdos internacionales, bilaterales o multilaterales, vigentes o que se celebren en el futuro entre ellos, o de cualquier otro acuerdo o práctica aplicable.

Artículo XXI

Firma

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXII Ratificación

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIII Adhesión

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIV Reservas

Los Estados Partes podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo XXV Entrada en vigor

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo XXVI Denuncia

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualesquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes.

Artículo XXVII Protocolos adicionales

Cualquier Estado Parte podrá someter a la consideración de los otros Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención con el objeto de contribuir al logro de los propósitos enunciados en su Artículo II.

Cada protocolo adicional fijará las modalidades de su entrada en vigor y se aplicará sólo entre los Estados Partes en dicho protocolo.

Artículo XXVIII Depósito del instrumento original

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro de

publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

Anexo 2

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

Preámbulo

Los Estados Parte en la presente Convención,

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero,

Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados,

Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para

convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella,

Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción,

Convencidos asimismo de que la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones,

Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley,

Decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación

internacional para la recuperación de activos,

Reconociendo los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad,

Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces,

Teniendo presentes también los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción,

Encomiando la labor de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en la prevención y la lucha contra la corrupción,

Recordando la labor realizada por otras organizaciones internacionales y regionales en esta esfera, incluidas las actividades del Consejo de Cooperación Aduanera (también denominado Organización Mundial de Aduanas), el Consejo de Europa, la Liga de los Estados Árabes, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, la

Organización de los Estados Americanos, la Unión Africana y la Unión Europea,

Tomando nota con reconocimiento de los instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos, entre otros la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997, el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999 y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003,

Acogiendo con satisfacción la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I Disposiciones generales

Artículo 1. Finalidad

La finalidad de la presente Convención es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Artículo 2 Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

- a) Por “funcionario público” se entenderá:
 - i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del

ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

- b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;
- c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;
- d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;
- e) Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole

derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

- f) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente;
- g) Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente;
- h) Por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención;
- i) Por “entrega vigilada” se entenderá la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión.

Artículo 3
Ámbito de aplicación

1. La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el

decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo 4
Protección de la soberanía

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.
2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Capítulo II
Medidas preventivas

Artículo 5
Políticas y prácticas
de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la par-

ticipación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.
3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.
4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

Artículo 6

Órgano u órganos de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:

- a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;
- b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.

2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.
3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción.

Artículo 7

Sector público

1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contrata-

ción, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos:

- a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;
 - b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos;
 - c) Fomentarán una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado Parte;
 - d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.
2. Cada Estado Parte considerará también la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, a fin de establecer criterios para la candidatura y elección a cargos públicos.
3. Cada Estado Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para aumentar la transparencia respecto de la financiación decandidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos.
 4. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

Artículo 8

Códigos de conducta para funcionarios públicos

1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.
2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios orde-

- namientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.
3. Con miras a aplicar las disposiciones del presente artículo, cada Estado Parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996.
 4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.
 5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.
 6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

Artículo 9

Contratación pública y gestión de la hacienda pública

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:
 - a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
 - b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
 - d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;
 - e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.
2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:
- a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;
 - b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;
 - c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;
 - d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y
 - e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.
3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.

Artículo 10
Información pública

Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

- a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al

público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

- b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y
- c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.

Artículo 11

Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público

1. Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.
2. Podrán formularse y aplicarse en el ministerio público medidas con idéntico fin a las adoptadas conforme al

párrafo 1 del presente artículo en los Estados Parte en que esa institución no forme parte del poder judicial pero goce de independencia análoga.

Artículo 12

Sector privado

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.
2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:
 - a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;
 - b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones

contractuales de las empresas con el Estado;

- c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas;
- d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales;
- e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo;
- f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas

empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

- 3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:
 - a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros;
 - b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas;
 - c) El registro de gastos inexistentes;
 - d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;
 - e) La utilización de documentos falsos; y
 - f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.
- 4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los

delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.

Artículo 13

Participación de la sociedad

1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

- a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;
- b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;
- c) Realizar actividades de información pública para fomentar la integridad con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;

d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;
- ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 14

Medidas para prevenir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

- a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios

- oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas;
- b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.
3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:
- Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;
 - Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y
 - Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.
4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

5. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Capítulo III **Penalización y aplicación de la ley**

Artículo 15 *Soborno de funcionarios* *públicos nacionales*

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, en forma directa o indirecta, 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, en forma directa o indirecta, 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.

Artículo 16 *Soborno de funcionarios públicos* *extranjeros y de funcionarios* *de organizaciones* *internacionales públicas*

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, 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 ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, 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 ejercicio de sus funciones oficiales.

*Artículo 17**Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público*

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

*Artículo 18**Tráfico de influencias*

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar 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 o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de

un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

*Artículo 19**Abuso de funciones*

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

*Artículo 20**Enriquecimiento ilícito*

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

*Artículo 21**Soborno en el sector privado*

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar

las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;
- b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

Artículo 22

Malversación o peculado de bienes en el sector privado

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor

que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Artículo 23

Blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
 - a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
 - ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
- b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:
 - i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

- ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.
2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:
- a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;
 - b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
 - c) A los efectos del apartado b) *supra*, entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;
 - d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;
 - e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.

Artículo 24
Encubrimiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 25
Obstrucción de la justicia

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

- a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
- b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Artículo 26
Responsabilidad
de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Artículo 27
Participación y tentativa

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.
3. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

*Artículo 28**Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito*

El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

*Artículo 29**Prescripción*

Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

*Artículo 30**Proceso, fallo y sanciones*

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.
2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser

preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.
4. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.
5. Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.
6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su or-

denamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

7. Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:
 - a) Ejercer cargos públicos; y
 - b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.
8. El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.
9. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados

Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

10. Los Estados Parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 31

Embargo preventivo, incautación y decomiso

1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
 - a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
 - b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.
3. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole

que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.
5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.
6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.
7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente

párrafo amparándose en el secreto bancario.

8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.
9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.
10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Artículo 32
Protección de testigos,
peritos y víctimas

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir,

entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en:

- a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;
 - b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.
3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
 4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.
 5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Artículo 33

Protección de los denunciantes

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 34

Consecuencias de los actos de corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Artículo 35

Indemnización por daños y perjuicios

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables

de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

Artículo 36
Autoridades especializadas

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

Artículo 37
Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto.
2. Cada Estado Parte considerará la

posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
4. La protección de esas personas será, *mutatis mutandis*, la prevista en el artículo 32 de la presente Convención.
5. Cuando las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo se encuentren en un Estado Parte y puedan prestar cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

Artículo 38
Cooperación
entre organismos nacionales

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con

su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. Esa cooperación podrá incluir:

- a) Informar a esos últimos organismos, por iniciativa del Estado Parte, cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15, 21 y 23 de la presente Convención; o
- b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud.

Artículo 39

Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre los organismos nacionales de investigación y el ministerio público, por un lado, y las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras, por otro, en cuestiones relativas a la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a denunciar ante los organismos nacionales de investigación y el ministerio público la comisión de todo delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 40

Secreto bancario

Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario.

Artículo 41

Antecedentes penales

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 42

Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando:
 - a) El delito se cometa en su territorio; o
 - b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:
 - a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;
 - b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o
 - c) El delito sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención; o
 - d) El delito se cometa contra el Estado Parte.
3. A los efectos del artículo 44 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.
4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.
5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.
6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

Capítulo IV

Cooperación internacional

Artículo 43

Cooperación internacional

1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles

y administrativas relacionadas con la corrupción.

2. En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

Artículo 44
Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención en el caso de que la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Parte cuya legislación lo permita podrán conceder la extradición de una persona por cualesquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención que no sean punibles con arreglo a su propio derecho interno.
3. Cuando la solicitud de extradición incluya varios delitos, de los cuales al menos uno dé lugar a extradición conforme a lo dispuesto en el presente artículo y algunos no den lugar a extradición debido al período de privación de libertad que conllevan pero guarden relación con los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de esos delitos.
4. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Éstos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí. Los Estados Parte cuya legislación lo permita, en el caso de que la presente Convención sirva de base para la extradición, no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
5. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.
6. Todo Estado Parte que supedite la extradición a la existencia de un tratado deberá:

- a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y
- b) Si no considera la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.
7. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos.
8. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.
9. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.
10. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.
11. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.
12. Cuando el derecho interno de un Estado Parte sólo le permita extraditar o entregar de algún otro modo a uno de

sus nacionales a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se solicitó la extradición o la entrega y ese Estado Parte y el Estado Parte que solicita la extradición acepten esa opción, así como toda otra condición que estimen apropiada, tal extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 11 del presente artículo.

13. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.
14. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.
15. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de

extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

16. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.
17. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.
18. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Artículo 45

Traslado de personas condenadas a cumplir una pena

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión u otra forma de privación de libertad por algún delito tipificado con arreglo a la presente Convención a fin de que cumpla allí su condena.

*Artículo 46**Asistencia judicial recíproca*

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención.
2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 26 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.
3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:
 - a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
 - b) Presentar documentos judiciales;
 - c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
 - d) Examinar objetos y lugares;
 - e) Proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
 - f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
 - g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
 - h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;
 - i) Prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido;
 - j) Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención;
 - k) Recuperar activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención.
4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría

dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.
6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.
7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación.
8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.
9.
 - a) Al atender a una solicitud de asistencia con arreglo al presente artículo, en ausencia de doble incriminación, el Estado Parte requerido tendrá en cuenta la finalidad de la presente Convención, enunciada en el artículo 1;
 - b) Los Estados Parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado Parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos de minimis o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención;

- c) En ausencia de doble incriminación, cada Estado Parte podrá considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo al presente artículo.
10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:
- a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;
- b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.
11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:
- a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;
- b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;
- c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;
- d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.
12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.
13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlos a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia

judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General
- de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que le son aceptables. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.
15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:
 - a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;
 - b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;
 - c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
 - d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;
 - e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
 - f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

16. El Estado Parte requerido podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.
17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.
18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.
19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculporias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.
20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.
21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:
 - a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;
 - b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
 - c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a

- sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;
- d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.
22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.
23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.
24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requirente podrá pedir información razonable sobre el estado y la evolución de las gestiones realizadas por el Estado Parte requerido para satisfacer dicha petición. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto del estado y la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud al Estado Parte requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.
25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.
26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá cumplir las condiciones impuestas.
27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período

do acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

29. El Estado Parte requerido:

- a Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;
- b Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.

30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones.

Artículo 47

Remisión de actuaciones penales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse a actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito tipificado con arreglo a la presente Convención cuando se estime que esa remisión redundará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Artículo 48

Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados Parte adoptarán medidas eficaces para:
 - a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos

- comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;
- b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:
- i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;
 - ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;
 - iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;
- c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;
- d) Intercambiar, cuando proceda, información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados para la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención, entre ellos el uso de identidad falsa, documentos falsificados, alterados o falsos u otros medios de encubrir actividades vinculadas a esos delitos;
- e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;
- f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.
2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, los Estados Parte podrán considerar que la presente Convención constituye la base para la cooperación recíproca en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte aprovecharán plenamente los acuerdos y arreglos, incluidas las organizaciones internacionales o regionales, a fin de aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a los delitos comprendidos en la presente Convención que se cometan mediante el recurso a la tecnología moderna.

Artículo 49
Investigaciones conjuntas

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de tales acuerdos o arreglos, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

Artículo 50
Técnicas especiales de investigación

1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación

como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.
3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.
4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

Capítulo V

Recuperación de activos

Artículo 51

Disposición general

La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

Artículo 52

Prevención y detección de transferencias del producto del delito

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes y no deberá ser concebido de forma que desaliente

o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela.

2. A fin de facilitar la aplicación de las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno e inspirándose en las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, deberá:
 - a) Impartir directrices sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros o expedientes respecto de ellas; y
 - b) Notificar, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionan en su territorio, a solicitud de otro Estado Parte o por propia iniciativa, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma.
3. En el contexto del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo, cada Estado Parte aplicará medidas para velar por que sus instituciones finan-

cieras mantengan, durante un plazo conveniente, registros adecuados de las cuentas y transacciones relacionadas con las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, los cuales deberán contener, como mínimo, información relativa a la identidad del cliente y, en la medida de lo posible, del beneficiario final.

4. Con objeto de prevenir y detectar las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte aplicará medidas apropiadas y eficaces para impedir, con la ayuda de sus órganos reguladores y de supervisión, el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Además, los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a sus instituciones financieras que se nieguen a entablar relaciones con esas instituciones en calidad de bancos corresponsales, o a continuar las relaciones existentes, y que se abstengan de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras que permitan utilizar sus cuentas a bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación.
5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, de conformidad con su derecho interno, sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes y dispondrá sanciones adecuadas para todo incumplimiento del deber de declarar. Cada Estado

Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes compartan esa información con las autoridades competentes de otros Estados Parte, si ello es necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias, con arreglo a su derecho interno, para exigir a los funcionarios públicos pertinentes que tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole sobre alguna cuenta financiera en algún país extranjero que declaren su relación con esa cuenta a las autoridades competentes y que lleven el debido registro de dicha cuenta. Esas medidas deberán incluir sanciones adecuadas para todo caso de incumplimiento.

Artículo 53

Medidas para la recuperación directa de bienes

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

- a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;

- b) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y
 - c) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.
- b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes, cuando tengan jurisdicción, puedan ordenar el decomiso de esos bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno; y
 - c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

Artículo 54

Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso

1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:
 - a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte;
2. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca solicitada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 55 de la presente Convención, de conformidad con su derecho interno:
 - a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal o autoridad competente de un Estado Parte requirente que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen

razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo;

- b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una solicitud que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo; y
- c) Considerará la posibilidad de adoptar otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes.

Artículo 55
Cooperación internacional
para fines de decomiso

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el

equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

- a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o
- b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 31 y en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31

de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 46 de la presente Convención serán aplicables, *mutatis mutandis*, al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 46, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:
 - a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso, así como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;
 - b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden, una declaración en la que se indiquen las medidas adoptadas por el Estado Parte requirente para dar notificación adecuada a terceros de buena fe y para garantizar el debido proceso y un certificado de que la orden de decomiso es definitiva;
 - c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas, así como, cuando se disponga de ella, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso en la que se basa la solicitud.
4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.
5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga de tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.
6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente

artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. La cooperación prevista en el presente artículo también se podrá denegar, o se podrán levantar las medidas cautelares, si el Estado Parte requerido no recibe pruebas suficientes u oportunas o si los bienes son de escaso valor.
8. Antes de levantar toda medida cautelar adoptada de conformidad con el presente artículo, el Estado Parte requerido deberá, siempre que sea posible, dar al Estado Parte requirente la oportunidad de presentar sus razones a favor de mantener en vigor la medida.
9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 56

Cooperación especial

Sin perjuicio de lo dispuesto en su derecho interno, cada Estado Parte procurará adoptar medidas que le faculten para remitir a otro Estado Parte que no la haya solicitado, sin perjuicio de sus propias investigaciones o actuaciones judiciales, información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado Parte destinatario a poner en marcha o llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales, o que la información

así facilitada podría dar lugar a que ese Estado Parte presentara una solicitud con arreglo al presente capítulo de la Convención.

Artículo 57

Restitución y disposición de activos

1. Cada Estado Parte dispondrá de los bienes que haya decomisado conforme a lo dispuesto en los artículos 31 ó 55 de la presente Convención, incluida la restitución a sus legítimos propietarios anteriores, con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y con su derecho interno.
2. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes procedan a la restitución de los bienes decomisados, al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte, de conformidad con la presente Convención, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe.
3. De conformidad con los artículos 46 y 55 de la presente Convención y con los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Estado Parte requerido:
 - a) En caso de malversación o peculado de fondos públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados a que se hace referencia en los artículos 17 y 23 de la

- presente Convención, restituirá al Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido;
- b) En caso de que se trate del producto de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención, restituirá al Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido, y cuando el Estado Parte requirente acredite razonablemente ante el Estado Parte requerido su propiedad anterior de los bienes decomisados o el Estado Parte requerido reconozca los daños causados al Estado Parte requirente como base para la restitución de los bienes decomisados;
- c) En todos los demás casos, dará consideración prioritaria a la restitución al Estado Parte requirente de los bienes decomisados, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito.
4. Cuando proceda, a menos que los Estados Parte decidan otra cosa, el Estado Parte requerido podrá deducir los gastos razonables que haya efectuado en el curso de las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados conforme a lo dispuesto en el presente artículo.
5. Cuando proceda, los Estados Parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados.

Artículo 58
Dependencia
de inteligencia financiera

Los Estados Parte cooperarán entre sí a fin de impedir y combatir la transferencia del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y de promover medios y arbitrios para recuperar dicho producto y, a tal fin, considerarán la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas.

Artículo 59
Acuerdos y arreglos bilaterales
y multilaterales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a

aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada de conformidad con el presente capítulo de la Convención.

Capítulo VI

Asistencia técnica e intercambio de información

Artículo 60

Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de prevenir y combatir la corrupción. Esos programas de capacitación podrán versar, entre otras cosas, sobre:
 - a) Medidas eficaces para prevenir, detectar, investigar, sancionar y combatir la corrupción, incluso el uso de métodos de reunión de pruebas e investigación;
 - b) Fomento de la capacidad de formulación y planificación de una política estratégica contra la corrupción;
 - c) Capacitación de las autoridades competentes en la preparación de solicitudes de asistencia judicial recíproca que satisfagan los requisitos de la presente Convención;
 - d) Evaluación y fortalecimiento de las instituciones, de la gestión de la función pública y la gestión de las finanzas públicas, incluida la contratación pública, así como del sector privado;
 - e) Prevención y lucha contra las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y recuperación de dicho producto;
 - f) Detección y embargo preventivo de las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
 - g) Vigilancia del movimiento del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como de los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto;
 - h) Mecanismos y métodos legales y administrativos apropiados y eficientes para facilitar la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;
 - i) Métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos que cooperen con las autoridades judiciales; y
 - j) Capacitación en materia de reglamentos nacionales e internacionales y en idiomas.
2. En la medida de sus posibilidades, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse la más amplia asistencia técnica, especialmente en favor de los países en desarrollo, en sus respectivos planes y programas para combatir la corrupción, incluido

apoyo material y capacitación en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, así como capacitación y asistencia e intercambio mutuo de experiencias y conocimientos especializados, lo que facilitará la cooperación internacional entre los Estados Parte en las esferas de la extradición y la asistencia judicial recíproca.

3. Los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, los esfuerzos para optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales y en el marco de los acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.
4. Los Estados Parte considerarán, previa solicitud, la posibilidad de ayudarse entre sí en la realización de evaluaciones, estudios e investigaciones sobre los tipos, causas, efectos y costos de la corrupción en sus respectivos países con miras a elaborar, con la participación de las autoridades competentes y de la sociedad, estrategias y planes de acción contra la corrupción.
5. A fin de facilitar la recuperación del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, los Estados Parte podrán cooperar facilitándose los nombres de peritos que puedan ser útiles para lograr ese objetivo.
6. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de recurrir a la organización de conferencias y seminarios subregionales, regionales e internacionales

para promover la cooperación y la asistencia técnica y para fomentar los debates sobre problemas de interés mutuo, incluidos los problemas y necesidades especiales de los países en desarrollo y los países con economías en transición.

7. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de establecer mecanismos voluntarios con miras a contribuir financieramente a los esfuerzos de los países en desarrollo y los países con economías en transición para aplicar la presente Convención mediante programas y proyectos de asistencia técnica.
8. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de hacer contribuciones voluntarias a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito con el propósito de impulsar, a través de dicha Oficina, programas y proyectos en los países en desarrollo con miras a aplicar la presente Convención.

Artículo 61

Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la corrupción

1. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de analizar, en consulta con expertos, las tendencias de la corrupción en su territorio, así como las circunstancias en que se cometen los delitos de corrupción.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir, entre sí y por conducto de organizaciones internacionales y regionales, estadísti-

cas, experiencia analítica acerca de la corrupción e información con miras a establecer, en la medida de lo posible, definiciones, normas y metodologías comunes, así como información sobre las prácticas óptimas para prevenir y combatir la corrupción.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de vigilar sus políticas y medidas en vigor encaminadas a combatir la corrupción y de evaluar su eficacia y eficiencia.

Artículo 62

Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la corrupción en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.
2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:
 - a) Intensificar su cooperación en los diversos planos con los países en desarrollo con miras a fortalecer la capacidad de esos países para prevenir y combatir la corrupción;
 - b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para prevenir y combatir la corrupción con eficacia y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;
 - c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Con arreglo a su derecho interno y a las disposiciones de la Convención, los Estados Parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de ingresar en esa cuenta un porcentaje del dinero decomisado o de la suma equivalente a los bienes o al producto del delito decomisados conforme a lo dispuesto en la Convención;
 - d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capacitación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los ámbitos bilateral, regional o internacional.
 4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la corrupción.
3. La Conferencia de los Estados Parte aprobará el reglamento y las normas que rijan la ejecución de las actividades enunciadas en el presente artículo, incluidas las normas relativas a la admisión y la participación de observadores y el pago de los gastos que ocasione la realización de esas actividades.
 4. La Conferencia de los Estados Parte concertará actividades, procedimientos y métodos de trabajo con miras a lograr los objetivos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, y en particular:
 - a) Facilitará las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 60 y 62 y a los capítulos II a V de la presente Convención, incluso promoviendo la aportación de contribuciones voluntarias;
 - b) Facilitará el intercambio de información entre los Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la corrupción y sobre prácticas eficaces para prevenirla y combatirla, así como para la restitución del producto del delito, mediante, entre otras cosas, la publicación de la información pertinente mencionada en el presente artículo;
 - c) Cooperará con organizaciones y mecanismos internacionales y regionales y organizaciones no gubernamentales pertinentes;

Capítulo VII

Mecanismos de aplicación

Artículo 63

Conferencia de los Estados Parte en la Convención

1. Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Parte a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. Posteriormente se celebrarán reuniones periódicas de la Conferencia de los Estados Parte de conformidad con lo dispuesto en las reglas de procedimiento aprobadas por la Conferencia.

- d) Aprovechará adecuadamente la información pertinente elaborada por otros mecanismos internacionales y regionales encargados de combatir y prevenir la corrupción a fin de evitar una duplicación innecesaria de actividades;
 - e) Examinará periódicamente la aplicación de la presente Convención por sus Estados Parte;
 - f) Formulará recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación;
 - g) Tomará nota de las necesidades de asistencia técnica de los Estados Parte con respecto a la aplicación de la presente Convención y recomendará las medidas que considere necesarias al respecto.
5. A los efectos del párrafo 4 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en la aplicación de la presente Convención por conducto de la información que ellos le faciliten y de los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de los Estados Parte.
6. Cada Estado Parte proporcionará a la Conferencia de los Estados Parte información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de los Estados Parte. La Conferencia de los Estados Parte tratará de determinar la manera más eficaz de recibir y procesar la información, incluida la que reciba de los Estados Parte y de organizaciones internacionales competentes. También se podrán considerar las aportaciones recibidas de organizaciones no gubernamentales pertinentes debidamente acreditadas conforme a los procedimientos acordados por la Conferencia de los Estados Parte.
7. En cumplimiento de los párrafos 4 a 6 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte establecerá, si lo considera necesario, un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la presente Convención.

Artículo 64 *Secretaría*

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención.
2. La secretaría:
 - a) Prestará asistencia a la Conferencia de los Estados Parte en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 63 de la presente Convención y organizará los períodos de sesiones de la Conferencia de los Estados Parte y les proporcionará los servicios necesarios;

- b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de los Estados Parte según lo previsto en los párrafos 5 y 6 del artículo 63 de la presente Convención; y
 - c) Velará por la coordinación necesaria con las secretarías de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.
2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

Capítulo VIII **Disposiciones finales**

Artículo 65 *Aplicación de la Convención*

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.
 2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción.
3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de la adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.
 4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 66 *Solución de controversias*

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.

Artículo 67 *Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 9 al 11 de diciembre de 2003 en Mérida,

México, y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 9 de diciembre de 2005.

2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.
3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.
4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Conven-

ción. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 68
Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.
2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Artículo 69
Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas y transmitir las al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención para que la examinen y adopten una decisión al respecto. La Conferencia de los Estados Parte hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la reunión de la Conferencia de los Estados Parte.
2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo y viceversa.
3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.
5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 70
Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuando la hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Artículo 71
Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

2. El original de la presente Convención, cuyo texto en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso es igualmente auténtico, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.