



LA CORRUPCIÓN DE PERSONAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS COMO FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

(antología)

Rafael Mayid González González

CONTENIDO

Presentación 4	
Introducción general.....	4
1. La corrupción de personas funcionarias como parte de una red de criminalidad organizada.	7
1.1. Introducción.....	8
1.2. La relevancia de la corrupción de personas funcionarias públicas para el fenómeno de la criminalidad organizada.....	8
2. Corrupción política.....	15
2.1. Introducción.....	16
2.2. Sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias.....	16
2.2.1. El delito de enriquecimiento ilícito.....	16
2.2.2. El delito de tráfico de influencias.....	22
2.2.3. El delito de influencia en contra de la Hacienda pública.....	26
3. Corrupción policial.....	30
3.1. Introducción.....	31
3.2. La relevancia de la corrupción policial dentro de la criminalidad organizada.	31
3.3. Sobre los delitos de enriquecimiento ilícito (Código Penal), y divulgación de secretos.....	38
3.3.1. El delito de enriquecimiento ilícito.....	38
3.3.2. Divulgación de secretos.....	44
3.3.3. Divulgación de secretos del artículo 346 del Código Penal.....	48
3.3.4. El delito de divulgación o utilización de información de la Ley N.° 7425.....	50
3.4. Sobre los delitos de procuración de impunidad y legitimación de capitales (artículo 47 de la Ley N.° 8422).....	60
3.4.1. El delito de procuración de impunidad o evasión.....	60
3.4.2. El delito de legitimación de capitales (artículo 47 de la Ley N.° 8422).....	70
4. Corrupción judicial.....	79
4.1. Introducción.....	80
4.2. Sobre los delitos corrupción de jueces, cohecho y prevaricato.	80

4.2.1. El delito de corrupción de jueces y cohecho propio.....	80
4.2.2. El cohecho impropio.....	87
4.2.3. El prevaricato.....	88
5. Corrupción funcional o técnica.....	96
5.1. Introducción.....	97
5.2. Aspectos básicos de la contratación administrativa.....	97
5.2.1. Los principios básicos de la contratación administrativa.....	98
5.2.2. La licitación pública.....	103
5.2.3. La licitación abreviada.....	109
5.2.4. Otras modalidades de contratación administrativa.....	110
5.2.5. Procesos de excepción (contratación directa).....	113
5.3. Corrupción en la contratación administrativa, muestra de tipos penales.....	120
5.3.1. Prevaricato administrativo.....	120
5.3.2. Legislación o administración en provecho propio.....	123
5.3.3. Sobreprecio irregular.....	126
5.3.4. Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados.....	129
5.3.5. Pago irregular de contratos administrativos.....	131
Bibliografía.....	135

PRESENTACIÓN

Esta antología didáctica se desarrolla dentro de un módulo de la capacitación de las personas juzgadoras de criminalidad organizada, en cumplimiento del precepto de la Ley de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, N.º 9481, la cual ordena al Poder Judicial, por medio de la Escuela Judicial, implementar e iniciar un proceso de capacitación por competencias de aquellas personas operadoras de esta jurisdicción especializada.

Así, en este trabajo, se trata de analizar uno de los fenómenos de la criminalidad organizada que más beneficio trae a la existencia misma de la agrupación ilícita, procura su permanencia, colabora en su estructuración, incrementa su red de alcance y genera réditos que permiten seguir financiando su actividad, como lo es la corrupción de personas funcionarias públicas.

El objetivo general es que, aunque la corrupción de personas funcionarias públicas no es un tema novedoso, con las lecturas, análisis y comentarios que se realizan en esta obra, quien opera el derecho reconozca que la corrupción se transformó en un medio esencial para los fines de la delincuencia estructural, a partir de la identificación de las consecuencias que produce y de los tipos penales especiales dispuestos para proteger los bienes jurídicos en juego.

Asimismo, no se trata aquí de abordar todos y cada uno de los delitos especiales propios que tengan relación con la corrupción del funcionariado público sino de mostrar, a través de una selección de delitos, el patrón que puede tener la corrupción al servicio de la criminalidad organizada, y facilitar recursos didácticos para que las personas juzgadoras dominen el tema de estudio, desde sus competencias en la jurisdicción especializada.

Rafael Mayid González González
Antologador

INTRODUCCIÓN GENERAL

Con el afianzamiento de la globalización y el desarrollo en las tecnologías de la información, la sociedad y el sistema penal han tenido que tratar con fenómenos de criminalidad que otrora no eran comunes y que se limitaban a ciertos grupos cuya influencia, a lo mucho, era nacional.

Desde la teoría del delito, la participación criminal siempre se abordó conforme al dominio del hecho y la participación funcional; empero, dirigida al acto ilícito y no poniendo énfasis en la agrupación delincinencial que lo orquestaba.

Acorde con este contexto, la corrupción de personas funcionarias públicas también se conoció como un fenómeno criminal aislado, donde se sancionaba a quien se desempeñaba en la función pública y era descubierto realizando un acto contrario a la probidad; no obstante, sin escudriñar y menos sancionar, más allá de la mera persona corruptora, y obviando a quiénes estuvieron detrás de aquel acto contrario a la eficiencia y eficacia pública, y cuáles eran los intereses detrás de su génesis.

Salta a la vista la interrogante: ¿Cómo se debe abordar la corrupción de la persona funcionaria pública como un fenómeno de la corrupción organizada? Como cita Cancio Meliá (2018)¹, la creciente globalización de la economía (y de la sociedad) no puede producirse sin que se genere también una criminalidad globalizada, marcando una nueva agenda para el derecho penal que también responda con una internacionalización de la política criminal. Dentro de esta, la relación entre corrupción y criminalidad organizada ha sido uno de los temas de gran preocupación, en especial en lo que atañe a cierto tipo de delincuencia económica, como lavado de activos (de tráfico de drogas, trata de personas, etc.), ciertos supuestos transnacionales de responsabilidad por el producto o algunas modalidades de daños ambientales de carácter internacional.

En su preámbulo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) reconoce que existe un vínculo estrecho entre la corrupción y la delincuencia organizada que socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de mayor inseguridad.

Esto también se reconoció en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), donde el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi A. Annan, consideró en el prefacio de la primera como un complemento equilibrado, sólido y pragmático que ofrecía un nuevo marco para la acción eficaz y la cooperación internacional para el tratamiento de estos flagelos.

1 Cancio Meliá, M. (2018). El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación. En A. Alonso Rimo, M. L. Cuerda Arnau & A. Fernández Hernández. *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, pp. 27-34. Valencia: Tirant lo Blanch.

Así, no puede soslayarse que la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos, como, incluso antes, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Venezuela, 1996) reconoció junto a la intimidación, la violencia y la extorsión, y que, como tal, forma parte de un sistema de criminalidad moderna.

Corolario, de este modo, surge la necesidad de que las personas juzgadoras identifiquen las características de este tipo de fenómeno delincencial, algunos de los métodos más comunes que se utilizan para su ejecución y los instrumentos legales (de carácter nacional e internacional) con que se cuenta para abordarlos.

Tengo la esperanza de que este trabajo sea un aporte en la ardua tarea de especializar a las personas juzgadoras en temas de criminalidad organizada, lo que finalmente se traducirá en el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva, para las miles de víctimas que produce este tipo de fenómeno criminal.

Rafael Mayid González González
Antologador

UNIDAD 1

La corrupción de personas funcionarias públicas como parte de una red de criminalidad organizada

SUMARIO

La relevancia de la corrupción de personas funcionarias públicas
para el fenómeno de la criminalidad organizada

1.1. Introducción

En esta primera unidad, se analiza la relevancia de la corrupción de personas funcionarias públicas para el fenómeno de la criminalidad organizada; es decir, como la facción criminal, llámense cartel, banda, comando, mara, etc., la cual es la parte más visible del sistema, crea relaciones complejas que establecen conexiones entre el mundo legal e ilegal (red criminal), a través de los servicios recíprocos en los que se involucran delincuentes profesionales, personas políticas, funcionariado público, personal jurisdiccional, policías, clientes privados o instituciones (corrupción política, policial, judicial y funcional), quienes giran en torno a la producción, distribución y consumo de bienes ilegales.

De este modo, en conjunto con los artículos propuestos: Aboso, G.E. (2019), *Criminalidad organizada y derecho penal*; Merino Herrera, J. (2016), *Lecciones de criminalidad organizada* y Palazón Pagán, M. J. (2019), *Delincuencia organizada y corrupción*, se comprende cómo la totalidad de quienes integran la macrored criminal no siempre están involucrados en las actividades ilícitas en todo momento, y pueden darse supuestos en que algunos de sus miembros participan antes o después de la transacción ilegal o, incluso, figuran en este grupo estructurado y permanente para actividades criminales específicas. Esto resulta relevante para definir quiénes forman parte o no de las agrupaciones criminales y, por ende, el modo en que se les tratará dentro del sistema penal.

1.2. La relevancia de la corrupción de personas funcionarias públicas para el fenómeno de la criminalidad organizada

La corrupción es uno de los fenómenos criminales más antiguos y persistentes, al punto de que resultaría imposible establecer un acontecimiento histórico a partir del cual pueda hablarse de los orígenes de la corrupción.

Así, uno de los principales retos que se tiene es lograr definir la corrupción, en tanto el amplio número de supuestos que la integra ha diluido su concepto, el cual se sustituye, por lo general, con acepciones individuales que mencionan cada uno de los tipos penales que la describe.

Kjellberg, citado por Paíno Rodríguez y Palazón Pagán (2022), define la corrupción pública como:

una quiebra de las normas legales o de las normas éticas no escritas, pero con apoyo social generalizado, relativas a cómo se debe ejercer el servicio público, para proporcionar servicios o beneficios a ciertos grupos o ciudadanos de forma oculta, con voluntad de ganancia directa o indirecta en mente.

En la sociedad contemporánea, como se definió, la corrupción es un tema que genera mucha preocupación por su notable e incesante incremento y, por lo que parece ser, desde la perspectiva del funcionariado, un privilegio inherente al cargo, es decir, obtener un lucro personal por las actividades públicas que se ejecutan.

Además, la corrupción se ha enquistado en el sistema y pasó a formar parte de un modo de vida de muchas personas servidoras públicas; mientras la sociedad, de manera insana, la ha normalizado, ya que, aun ante la publicidad de casos graves, tiende a permanecer impassible o resignada ante la merma en las arcas públicas y la vulneración de sus derechos, por la satisfacción de los intereses personales de algunos pocos.

Es así como, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se describe la preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades, ya que socava las instituciones, los valores de la democracia, la ética y la justicia, compromete el desarrollo sostenible y el imperio de la ley y amenaza la estabilidad política.

En la mayoría de los casos, la corrupción entraña vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados y producen el enriquecimiento personal ilícito. Esta situación es nociva para las instituciones democráticas y la economía de las naciones.

En este contexto, aunque es difícil de calcular cuál es el costo de la corrupción de la Administración pública, ya que, por obvias razones, las personas corruptas no reportan cuánto dinero obtienen, lo cierto es que existen estimaciones como la del Foro Económico Mundial que en promedio ubica el impacto de la corrupción en alrededor del 5% del Producto Interno Bruto (PIB) de todo el planeta (es decir, 3.6 billones de dólares de los Estados Unidos (USD) para el año 2017).

Igualmente, otra forma de medir los efectos de la corrupción es en torno a la recaudación tributaria. De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI), tras un estudio aplicado a 180 países, las naciones menos corruptas recaudan el 4% más del PIB en impuestos que los países más corruptos. En un país como Costa Rica, que tuvo en el 2019 un PIB de 63.95 billones de dólares², esto implica un monto de 2.55 billones de dólares que se pierde por actos de corrupción, lo que implica menos dinero para la inversión social o para la competitividad económica en la región.

2 Cfr. <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD?end=2020&locations=CR&start=1961>.

Esto explicaría por qué, en América Latina y el Caribe, según una encuesta del Banco Mundial, para el año 2017, el 14.3% de las empresas esperan tener que dar “regalos” a personas funcionarias públicas, para poder asegurar un contrato con el Gobierno, y cómo estos regalos tienen un coste de aproximadamente el 0.5% de la obra contratada³.

Así, aunque el porcentaje parece bajo, en obras cuyo costo ronda los 780 millones de dólares (v. gr. ampliación de algunas carreteras nacionales), ello representaría cerca de 3.9 millones de dólares (¢2 730 000.000 de colones), lo que conforma una porción significativa de recursos que se pueden utilizar de mejor forma.

De este modo, las grandes sumas de dinero que se obtienen ilícitamente del Estado responderían al cuestionamiento de por qué las organizaciones criminales vieron en la corrupción un instrumento imprescindible para lograr obtener réditos económicos y tener acceso a redes de corrupción dentro de las instituciones que antes no le eran tan accesibles.

Estos ligámenes ilícitos fueron advertidos por las Naciones Unidas en la Convención contra la Corrupción, cuando señalaron la existencia de vínculos entre la corrupción y la delincuencia organizada, y cómo esto dejó de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afectaba a todas las sociedades y a la economía global.

Así mismo, estas organizaciones criminales propiciaban círculos viciosos de inseguridad, al procurar que los y las miembros de las redes criminales colaboraran con gobernantes corruptos, organizaciones paramilitares o grupos terroristas para legitimar los activos y contribuir a debilitar al Estado, al impactar las actividades económicas desde la piratería, el tráfico de drogas, armas y personas o atentar contra los derechos humanos.

Según el último *Informe de transparencia internacional* (2021), en Costa Rica, el 49% de las personas entrevistadas consideraron que la corrupción se incrementó en los últimos 12 meses, y el 7% de las personas usuarias aceptó que pagaron un soborno por servicios públicos⁴.

Esto es un ejemplo de la crisis que dicha organización considera que hay en la región, la cual incluye veintidós países que no muestran estadísticamente un cambio significativo en sus niveles de corrupción, y que enfatiza que, en los últimos diez años, solo Guayana y Paraguay han mostrado mejoras notables, mientras que tres de las democracias más estables (Estados Unidos, Chile y Canadá) evidenciaron un declive. No se omite que países como Venezuela, Haití y Nicaragua marcaron puntajes bajos debido a sus estados no democráticos y a la crisis humanitaria que experimentaban.

3 Cfr. <https://www.enterprisesurveys.org/en/data/exploretopics/corruption#--1>.

4 Cfr. <https://www.transparency.org/en/countries/costa-rica>.

No cabe duda de que la región representa un caldo de cultivo importante para este tipo de flagelo, al que debe unirse que, si bien la delincuencia organizada en Latinoamérica ha sido considerada una criminalidad mafiosa y conformada por personas delincuentes establecidas permanentemente, con jerarquías y disciplina, con la finalidad, generalmente, de obtener grandes ganancias económicas, poder e impunidad, a través de un sinfín de conductas ilegales⁵, es decir, un modelo de jerarquía estándar o regional, con especialidad en narcotráfico, tráfico de armas, vehículos, especies, etc., donde a mayor estructura, organización y jerarquía, mayor escala de poder, lo cierto es que, en la actualidad, el entramado relacional de las organizaciones criminales que, para el cumplimiento de sus fines y dependiendo de su envergadura, ocupan una determinada capacidad operativa y logística, compuesta de bienes y servicios lícitos e ilícitos, acerca los grupos delincuenciales a funcionar como sector empresarial, mostrando cada vez mayor estructuración, profesionalización y tecnificación de la organización criminal⁶.

Así, no resulta extraño que las organizaciones criminales actúen bajo empresas pantallas o fantasma que fueron creadas únicamente para cometer delitos, y para camuflar sus fines ilícitos cuando se muestran frente al Estado, especialmente, cuando se trata de obtener beneficios económicos a través de los delitos funcionales o modelos que requieran de una forma jurídica específica de participación (v. gr., la participación en la contratación administrativa para la legitimación de activos).

Al igual que, en las empresas legales, las criminales parten de dos factores para lograr la cohesión y orden en su funcionamiento, y eso es la política selectiva del personal que se incorpora y el condicionamiento de la disposición a permanecer en ellas respetando sus reglas. Empero, se diferencian en que las empresas ilegales parten de un modelo sancionatorio muy rígido y violento, para quienes incumplen estos mandatos, y de ahí surgen las cifras alarmantes de homicidios que tiene la región latinoamericana.

Esta categorización de las organizaciones criminales en un modelo estándar o jerárquico, o uno de perfil empresarial no solo tiene su relevancia para los fines de investigación y explicación criminológica, sino también para comprender la operatividad planificada y funcional con la que se ejecutan los actos ilegales y, desde la teoría del delito, para lograr determinar los grados de autoría o participación de sus miembros, o desde la legislación especial, para determinar si estamos antes supuestos que ameritan su conocimiento en la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada (JEDO) o es un asunto de delincuencia común.

Así, la Ley de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, N.° 9481, dispone que, para arrogarse la competencia de este tipo de asuntos, la JEDO debe verificar, además de que se trate de uno o más delitos graves (aquel cuyo extremo mayor de

5 Alvarado Martínez. (2012). *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*. México, pp. 19 ss.

6

la pena de prisión sea de cuatro años o más), ser un hecho complejo (a causa de la multiplicidad de los hechos, del elevado número de imputados o de víctimas, según lo dispone el artículo 376 del Código Procesal Penal) o mediar razones de seguridad, que se presenten los criterios de:

1) Participación colectiva. Grupo compuesto por tres o más personas, que no haya sido formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. 2) Grupo organizado. Que se trate de un grupo con una estructura organizada, porque existe un rol o una tarea específica para cada miembro del grupo. 3) Permanencia en el tiempo. Que exista durante cierto tiempo o por un período de tiempo indefinido. 4) Actuación concertada para cometer delitos. Que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves⁷.

En este sentido, dependiendo del modelo funcional con que opera la organización que implica la manera en que se utilizan sus insumos personales (los integrantes) y materiales (activos), el criterio de actuación concertada para cometer delitos mostrará diferencias que pueden incidir en si se considera a una persona como una mera colaboradora de la organización o un miembro activo de aquella y, por ende, cómo se le trata jurídicamente desde la teoría de la participación delictiva.

Como lo expone Sánchez García de Paz, citado por Requejo Conde (2020)⁸, la peligrosidad de la organización radicará en la comisión de varios tipos de delitos: los que constituyen el fin último de la organización (tráfico de drogas, tráfico ilegal de trabajadores, trata de seres humanos, explotación sexual, terrorismo, etc.), los cuales son medio para lograr los anteriores (violencia y corrupción, bajo la forma de coacciones, amenazas, secuestros, homicidios, lesiones, falsedades, etc.) y los cometidos para reciclar las ganancias obtenidas de su actividad delictiva (el blanqueo de bienes), todo con la finalidad última de obtener un poder económico y político, así como diferenciarse de otros grupos y ganarse prestigio y respeto frente a estos.

Así, es sumamente importante diferenciar las actividades delictivas principales del grupo de sus actividades instrumentales, para dimensionar la peligrosidad del grupo y sus alcances estructurales.

Tradicionalmente, en un modelo de organización criminal estándar o jerárquico, es común que estas actividades intermedias o, incluso, de bagatela se asuman por la misma organización a través de la asignación y distribución de funciones, y conforme al plan común de la actividad criminal que se acordó.

7 Artículo 9.

8 Requejo Conde Carmen. (2020). *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal*. España: Thomson Reuters, pp. 59 y ss.

De este modo, podría aplicarse la teoría del dominio del hecho o funcional del hecho, o del dominio del hecho por aparatos organizados de poder para determinar en qué calidad de participación criminal (imputación) actuaron sus miembros para la ejecución de determinado hecho ilícito.

Corolario, la persona ejecutora inmediata del delito, los mandos intermedios y la cúpula central poseen distintas formas de dominar el hecho: su producción material (el primero), el dominio de la organización (los segundos), lo que hace que, a través del aparato que está a su disposición, se pueda producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción o error.

Es decir, dominando el aparato y su estructura, se domina a la persona ejecutora (persona física) que está integrada y cohesionada en él, pero que es solo la “ruedecilla sustituible en la maquinaria del poder y el engranaje, a través de una «red de reemplazo», responsabilidad de dominio que se niega por ello en organizaciones basadas en relaciones estrictamente familiares y de círculos muy reducidos”. Así, ya sean los mandos intermedios o la cúpula, responderán por la coautoría mediata, por control o dominio del aparato de poder, y es aplicable a las organizaciones jerárquicas (verticales) y de fungibilidad de las meras personas ejecutoras.

Sin embargo, cada vez es más común encontrar grupos del crimen organizado, cuya actividad principal es la realización de las llamadas actividades instrumentales para otros grupos, como pueden ser la falsificación de documentos, extorsión, blanqueo de capitales o tener acceso de redes de corrupción por medio de las cuales se obtienen sus fines ilícitos, cuyos servicios son prestados, ya sea conformando un nódulo más dentro de una gran red criminal o a organizaciones externas.

También se presentan supuestos donde una persona contribuye con un miembro o la organización criminal como un todo, sin acuerdo previo, necesidad o pacto social específico para el mantenimiento y fortalecimiento de la empresa criminal.

En estos supuestos, empiezan a tener dificultades el poder determinar cuándo se está o no ante una actuación concertada para cometer delitos y si se cumple con el criterio de pertenencia a una agrupación criminal. Esto toma relevancia y se complica aún más cuando fenómenos tan complejos y difíciles de investigar se interrelacionan, tales como la corrupción y la criminalidad organizada.

En este contexto, los problemas de imputación irradian, tanto hacia adentro de la organización (la pertenencia), como hacia el lado (en forma de participación externa, mediante la imputación del *extraneus*). La pertenencia a la organización criminal requiere además de la adhesión (formal de ingreso, sometimiento a una línea de mando y asunción de un rol), de una contribución causal o activa al fin delictivo, sin que sea suficiente con la mera integración en la organización.

Empero, si el modelo delictual no es jerárquico, es decir, no hay una inserción dentro de un organigrama de mando o un ritual de iniciación, también se puede dar este criterio de pertenencia cuando exista una contribución sistemática y reiterada para el mantenimiento y fortalecimiento de la organización criminal. En este caso, el criterio de pertenencia requiere de un conocimiento cierto sobre el funcionamiento interno de la agrupación, para ser considerado un miembro, mientras que la colaboración criminal se agota, cuando se da el apoyo material de relevancia típica.

En estos supuestos, donde las relaciones criminales se dan desde el plano horizontal, se debe recurrir a la coautoría que se caracteriza conforme a un plan común previamente concertado, en distribución de roles y funciones, con la especificación de que unos son de carácter organizativo, mientras otros de carácter más cercano a la ejecución, pero, incluso, no a la ejecución misma.

En este escenario, podría tenerse a un jefe, una jefa, un líder o una lideresa, quien coordina, tiene poder de decisión y da órdenes a otros miembros de la organización; a una persona administradora, quien es la persona que asume la gestión económica o una persona encargada, quien tiene el cuidado de determinadas cosas, o quien dirige el negocio en representación de la persona propietaria. Empero, también se da la posibilidad de la existencia de jefas o jefes intermedios que adoptan un enfoque compartido de liderazgo, que enfatizan y dimensionan el esfuerzo del grupo, la complementariedad de competencias y una mayor colaboración.

Conforme a este modelo, las redes criminales, cuyo núcleo de liderazgo es más amplio, presentan una relación relativamente más estable y cohesiva entre sus miembros, que las que tienen por jerarquía a un solo líder o a una sola lideresa.

Expuesto lo anterior, queda claro que la vinculación entre corrupción de personas funcionarias públicas y criminalidad organizada no solo produce grandes réditos a las agrupaciones criminales, sino también plantea dificultades para la política criminal de los países y la aplicación de las normas penales que, generalmente, estaban dispuestas para la delincuencia común.

Por estos motivos, el estudio de este tópico resulta ser imprescindible para comprender el fenómeno criminal; pero, sobre todo, para poder abordarlo conforme a la normativa nacional y a los instrumentos internacionales.

UNIDAD 2

Corrupción política

SUMARIO

Sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias

2.1. Introducción

La criminalidad organizada utiliza la corrupción política como un instrumento para afectar la estabilidad de los Estados democráticos y republicanos de derecho, al ir minando la transparencia pública, el buen gobierno y obstaculizar la consolidación de las instituciones.

Así, las bandas emplean a las personas políticas y a los partidos políticos, crean partidos políticos con una génesis ilícita o financian las contiendas electorales para mantener activa y viva la red criminal, como medio para lograr sus fines ilícitos e incrementar los réditos económicos.

En esta unidad, se tratarán algunos tipos penales descritos en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.° 8422, tales como el delito de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, e influencia en contra de la Hacienda pública, los cuales están diseñados para prevenir y sancionar este tipo de conductas corruptas, en aras de comprender el porqué de su especialidad y los alcances legales que tienen en esta materia.

2.2. Sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias

2.2.1. El delito de enriquecimiento ilícito

El tipo penal de enriquecimiento ilícito aparece en el Código Penal costarricense en el artículo 353, del título XV, el cual está relacionado con el bien jurídico de los deberes de la función pública, en su sección II, el cual califica los delitos como la corrupción de funcionarios.

No obstante, en este acápite del compendio, se tratará el delito de enriquecimiento tipificado en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.° 8422, 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.

En la resolución número 2014-1847 de las once horas veinte minutos, del veintiuno de noviembre de dos mil catorce, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia analiza ambas normas y resuelve:

XXI. [...] Conforme al recuadro anterior, es posible desprender que con la Ley 6872, Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, del 17 de junio de 1983, vigente hasta la promulgación de la Ley 8422, del 29 de octubre de dos mil cuatro, el delito de Enriquecimiento Ilícito contemplado en el antiguo numeral 346 del Código Penal, lejos de ser derogado tácitamente, se mantuvo vigente, al conservar el delito de Enriquecimiento Ilícito la descripción de conductas delictivas que no estaban incluidas en el artículo 26 de la Ley 6872. Nótese, verbi gracia, que las acciones típicas contempladas en el numeral 346 citado, incluían la admisión de dádivas presentadas u ofrecidas al funcionario público en razón de su cargo (Artículo 346, inciso 3) del Código Penal); la aceptación y promesa de dádiva para hacer valer la influencia derivada del cargo de funcionario (Artículo 346, inciso 1) del Código Penal) y la utilización con fines de lucro para sí o para un tercero de informaciones o datos de carácter reservado obtenidos en razón del desempeño de la función pública (Artículo 346, inciso 3) del Código Penal), mientras que las acciones contempladas en el numeral 26 de la Ley 6872, Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos del 17 de junio de 1983, aparte de aumentar la sanción en su extremo máximo y presentar la novedad de ser aplicadas a sujetos sobre los cuales ya había cesado la relación de servicio en un año anterior, presentó la descripción de conductas diversas a las contenidas en el artículo 346 del Código Penal, [...]. De esta manera, al no contradecirse ambas normas, sus acciones delictivas descritas se mantuvieron vigentes, conforme a la letra de los numerales 32 de la misma Ley 6872 y de la vigencia posterior de los artículos 69 y 70 de la Ley 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, del 29 de octubre de 2004, que a su entrada en vigencia derogaron de manera expresa, únicamente el inciso 4 del artículo 346 supra citado (artículo 69 de la Ley 8422) y la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos, N° 6872, de 17 de junio de 1983 (artículo 70 de la Ley 8422), siendo que en dicha derogatoria debió entenderse incluido el artículo 26 de la Ley 6872, lo que comprueba, que el legislador, también reconoció su vigencia simultánea en nuestro ordenamiento jurídico y por ello, debió decretar la derogatoria del inciso cuatro del antiguo artículo 346 y del 26 de la Ley 6872 en su totalidad.

Puede advertirse que la diferencia entre ambas figuras típicas es de género a especie, ya que el descrito en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública es un modo específico de comisión de la figura descrita en el Código Penal.

El bien jurídico tutelado

Por la ubicación del tipo penal en una ley especial destinada a combatir la corrupción de las personas funcionarias públicas, el bien jurídico tutelado es: “[...] *el deber de la función pública. Cuando un funcionario comete un hecho delictivo, pone en peligro la función estatal. El contenido injusto del delito de enriquecimiento ilícito, es el de cumplir bien con el cargo, deber que tiene todo ciudadano que acepta una investidura como servidor público*”⁹.

En su artículo 3, la Ley N.° 8422 caracteriza este deber de probidad al señalar:

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.

Asimismo, debido a que el artículo 45 de la Ley N.° 8422 describe que quien comete el delito puede ser aquel que tenga “[...] *la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión*”; es decir, que podría ser ejecutado por cualquiera y podría no requerir ser funcionario público, en este supuesto, el bien jurídico tutelado bien podría ser la Hacienda pública.

En la resolución n.° 2015-0693 de las catorce horas cuarenta minutos del once de mayo de dos mil quince, sobre el bien jurídico tutelado del artículo 45 de la Ley N.° 8422, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José indicó:

Para iniciar, debe decirse que los tipos penales de enriquecimiento lícito, reconocimiento ilegal de beneficios e influencia en contra de la hacienda pública, sancionados respectivamente en los artículos 45, 56 y 57 de la Ley de Enriquecimiento ilícito N° 8422, sancionan aquellas conductas que atentan contra la hacienda pública y del deber de probidad en el ejercicio del cargo como funcionario público. Sugieren que todo servidor está obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público, a atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para todos los

9 Cubero Monge Odily. (1985). *El delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos*. San José. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 61. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura Tesis 1501).

habitantes de la República. También, obligan a demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que confiere la ley, y a asegurarse de que las decisiones que se adopten en cumplimiento de las atribuciones se ajusten a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución a la que pertenece. Finalmente, a administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente (cfr. artículo 3, Ley 8422).

Sujeto activo

El tipo penal de enriquecimiento ilícito puede ser tanto ordinario por sancionar a cualquier persona que cometa el ilícito, como especial propio, en tanto requiere, en ciertos supuestos, la condición de persona funcionaria pública del sujeto activo.

El artículo 2 de la Ley N.° 8422 describe que:

[...] 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.

La Ley General de la Administración Pública dispone algo similar en su artículo 111, al sancionar que:

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia de carácter imperativo, represivo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. 2. A este efecto considerarse equivalente los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público”, “encargado de servicio público” y demás similares [...].

La Procuraduría General de la República, fungiendo como órgano consultor de la Administración pública, advirtió al respecto:

[...] [E]l artículo 2° de ese mismo cuerpo normativo amplía su cobertura bajo la acepción de “servidor público”, contenida por el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública [...]. Llegando incluso a incluir tanto a los denominados funcionarios de hecho como a las personas que laboran para empresas públicas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común, que la citada Ley General excluye de aquel concepto (Art. 111. 3 op. cit.); igualmente somete a los apoderados, administradores,

gerentes y representantes legales de personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión. Amplitud que se reafirma al constatar que con base en la conjunción armónica de los artículos 1° de la comentada Ley General y 1° inciso 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Administración Pública está constituida por el Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en cuanto estos últimos realizan, excepcionalmente, función administrativa) y los demás entes públicos (municipalidades, instituciones autónomas y todas las demás entidades de Derecho Público). C-061-2005 del 14 de febrero de 2005¹⁰.

Por su parte, el artículo 45 de la Ley N.° 8422 señala como sujeto activo “[...] quien”, de modo que no exige, *prima facie*, que tenga la condición de funcionario público.

De acuerdo con lo anterior, cualquier persona que cometa una conducta en las circunstancias descritas en el tipo penal podría ser considerada autora del delito de enriquecimiento ilícito. El hecho de que no se establezca el carácter de persona funcionaria pública como uno de los elementos del delito descrito en el artículo 45, se explica en el hecho de que no se pretende únicamente proteger la probidad en el ejercicio de la función pública sino la Hacienda pública, la cual podría verse afectada también mediante conductas cometidas por particulares bajo algunos de los supuestos descritos por la norma¹¹.

La conducta típica

El verbo activo es “acrecentar” y está dirigido al patrimonio del sujeto activo o el de personas jurídicas, en cuyo capital social, estos tenga participación, ya sea directamente o por medio de otras personas.

Se trata de un acrecentamiento del activo patrimonial o una disminución del pasivo patrimonial que, en razón de la capacidad económica de la persona en el momento de asumir el cargo o empleo y de sus posibilidades económicas ulteriores, exige una justificación particular. Será apreciable cuando resulte considerable con relación a la situación económica del agente al momento de asumir el cargo y que no esté de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo de desempeño de la función [...]. El enriquecimiento por parte del funcionario debe haberse producido con posterioridad a la asunción del cargo¹².

10 Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica N.° OJ-107- 2005 del 1 de agosto de 2005. Recuperada de: <http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/DICTAMENES/1/P/J/2000-2009/2005-2009/2005/91C55.HTML>. En fecha: 16 de junio de 2022.

11 *Ibid.*

12 Buompadre, Jorge Eduardo. (2013). *Manual de derecho penal*. Parte especial. Editorial Astrea, p. 704.

Además, el tipo penal contiene otros elementos que obligatoriamente deben estar presentes en la conducta cometida por el sujeto activo, para que pueda definirse su comportamiento como típico del delito de enriquecimiento. En este sentido, es preciso mencionar que el incremento en el patrimonio se debe llevar a cabo mediante *el aprovechamiento ilegítimo, sea del ejercicio de la función pública o de la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier modalidad.*

Respecto a lo anterior,

[...] es importante poner énfasis en que el aprovechamiento sea del ejercicio de la función pública o de la custodia, explotación, uso o administración de fondos, servicios o bienes públicos, debe ser ilegítimo; es decir, aquel que no es conforme a lo dispuesto por ley. Así las cosas, es posible afirmar que la conducta de quien incremente su patrimonio, a través del ejercicio legítimo de la función pública o la custodia, explotación, uso o administración de fondos, servicios o bienes públicos, no sería típica y por tanto, no podría ser castigada penalmente, con base en el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 45 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito¹³.

El tipo subjetivo es doloso, por dolo directo. La conducta se consume cuando se da:

[...] la efectiva y real obtención de un aumento o crecimiento patrimonial por parte del agente, lo cual implica la necesaria comparación, para la tipicidad del hecho, entre el patrimonio que poseía al momento de comenzar el ejercicio de sus funciones y el actual. El incremento se manifiesta en un aumento o crecimiento de las relaciones económicas de una persona con estimación jurídica desde el punto de vista activo. Si el patrimonio es universalidad jurídica compuesta de activos y pasivos, sin duda en la acción descrita se incrementan los activos patrimoniales, su capacidad adquisitiva. La norma no determina la cuantía del incremento, pero como desde este punto de vista el bien jurídico tutelado es parte de la tipicidad, debe exigirse que el incremento injustificado lesione efectivamente los bienes protegidos de la administración pública¹⁴.

Otra característica es que, para completar la conducta típica, no se requiere de los complementos descriptivos del medio; es decir, se prescinde de los medios utilizados por el agente para obtener el resultado.

13 Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica N.º OJ-107- 2005 del 1 de agosto de 2005. Recuperada de: <http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/DICTAMENES/1/P/J/2000-2009/2005-2009/2005/91C55.HTML>. Fecha: 16 de junio de 2022.

14 Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2013). *Manuel de derecho penal*. Parte especial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. 1098.

El objeto activo material sobre el que recae la acción es el patrimonio que, como *supra* se indicó, es universal, por lo que también abarca adquirir bienes, gozar derechos, cancelar deudas o extinguir obligaciones que afectan tanto al patrimonio de la persona funcionaria, como “[...] el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas”.

La discusión se centra en que si la mera falta de justificación del incremento patrimonial es suficiente para completar el elemento normativo. Sin embargo, parece que la respuesta es negativa, por cuanto la acción típica, el incremento patrimonial, se debe producir a causa de un aprovechamiento ilegítimo del ejercicio de la función pública o de la custodia, explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos. Es decir, debe acreditarse un nexo de causalidad ilegítimo entre el ejercicio de la función y el incremento del patrimonio, donde la mera falta de justificación por parte de la persona servidora pública no lo configura, ni autoriza la inercia en la actividad probatoria y la investigación del Estado.

2.2.2. El delito de tráfico de influencias

La descripción típica se encuentra en el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422, el cual señala:

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. 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.

El sujeto activo

En principio, parece que el tipo penal no es uno especial propio o funcional, debido a que señala que puede ser cometido por “quien” influya en un servidor público, sin indicar una condición especial del sujeto activo, es decir, puede ser cualquiera.

No obstante, sí se transforma en uno funcional cuando señala que los extremos de pena se elevarán en un tercio cuando la influencia provenga de: i) el presidente o vicepresidente de la República; ii) de los miembros de los Supremos Poderes; iii) de los miembros del Tribunal Supremo de Elecciones; iv) del contralor o el subcontralor general de la República; v) del fiscal general de la República; vi) del defensor o defensor adjunto de los habitantes; o vii) del superior jerárquico del servidor público de quien deba resolver.

En estos supuestos, además de la condición de persona funcionaria pública, se requerirá que el o la agente esté ejerciendo alguno de los cargos antes descritos para el momento en que se dé la influencia. Claro, cuando se dé la influencia indebida, la ausencia de alguno de estos cargos deja subsistente la figura base.

El bien jurídico

En el tráfico de influencias, como tipo penal, en sentido estricto, lo que se persigue tutelar es: “[...]el cumplimiento de la obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, aunque estas finalmente resulten ajustadas a Derecho [...]”¹⁵.

IV. [...] El delito en cuestión es complejo en diversos niveles. En primer lugar, desde el ámbito de protección a bienes jurídicos que se le reconozca, el cual va desde la concepción tradicional de probidad en el ejercicio de la Administración, hasta categorizaciones más modernas que incluyen a lo anterior, la igualdad en el acceso a la Administración. [...] Ahondando en lo primero: los bienes jurídicos que se protegen en el delito de tráfico de influencias, la doctrina se debate entre la protección de la imparcialidad del decisor, el correcto funcionamiento de la Administración, e incluso algunos sectores han ampliado el elenco, considerando como bienes jurídicos protegidos, el acceso a la Administración por las vías establecidas regularmente, y la igualdad entre las partes. La determinación del bien jurídico protegido, es de la mayor trascendencia. Esto es así, porque dependiendo de si se incluye como objeto de protección, además de los referentes tradicionales relacionados con la objetividad e imparcialidad en la función pública, la igualdad de trato o acceso en condiciones de igualdad, ello puede abrir pie a la consideración del dictado de resoluciones ajustadas a Derecho, como constitutivas

15 Muñoz Llorente, José. (septiembre 2014-febrero 2015): “El delito de tráfico de influencias”. En: *Revista Eunomía*. N.º 7, p. 251.

del delito de tráfico de influencias, si es que existió al menos la posibilidad de una decisión distinta [...]»¹⁶.

La conducta típica

Es un tipo de mera conducta. Se consuma con el hecho de “influir” que no es otra cosa que ejercer predominio o fuerza moral sobre una persona¹⁷; en este caso, una persona servidora pública. Incluye una circunstancia modal: la necesidad de que el agente influya prevaliéndose (con dominio o preponderancia sobre la libertad del sujeto pasivo, al punto de que debe ser una intromisión de tal grado que logre imponer su voluntad sobre aquel¹⁸) de su cargo o de cualquier otra condición derivada de su situación personal o jerárquica, ya sea con la persona servidora pública pasiva (directa) o con otra persona servidora pública (indirecta).

El tipo penal “Q]uedará estructurado cabalmente con el simple hecho de cometer la acción descrita [influir] supeditado a los elementos estructurales señalados en la norma, sin que se exija, en el proceso de adecuación, que acaezca determinados efectos o resultados, como puede ser el obtener acto indebido o parcializado, ni alcanzar el beneficio perseguido”¹⁹.

La Sala de Casación Penal, agrega:

[...] En segundo lugar, existe discordancia entre las dimensiones objetiva y subjetiva de la estructura típica del delito de tráfico de influencias. En lo objetivo, no se requiere la realización del resultado para su consumación: no se requiere que, en efecto, se consiga el beneficio económico o ventaja indebidos. Pero desde el punto de vista subjetivo, la búsqueda de dicho fin es un elemento intencional distinto del dolo, necesario para la configuración del tipo. Nos hallamos entonces, ante un delito de resultado cortado: además del dolo de influir con prevalimiento, es necesario que en el autor concorra otro elemento intencional: que dicha influencia se ejerza para conseguir un beneficio económico o ventaja indebidos. Existe un resultado que se valora a nivel subjetivo, pero cuya materialización es innecesaria para que se consuma el tipo. [...] El segundo de los aspectos mencionados es digno de mencionarse, porque quiebra la concepción tradicional según la cual, en los delitos de peligro concreto o mera actividad, carece de importancia el resultado pretendido por quien actúa. [...] Volviendo a la redacción del tipo en nuestra legislación, el componente: “[...] de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro [...]”, sí interesa, pero no como resultado que debe materializarse, sino como un elemento

16 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.° 2017-00967 de las 9: 42 horas, del 20 de octubre de 2017.

17 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. Versión 23.5 en línea. <<https://dle.rae.es>> Recuperado el 16 de junio de 2022.

18 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.° 2011-01163 de las 16:02 horas del 22 de septiembre de 2011.

19 Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2013). *Manuel de derecho penal*. Parte especial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. 1094.

intencional que compone la estructura subjetiva del tipo de tráfico de influencias. Se trata de un elemento subjetivo distinto del dolo, que se identifica con la finalidad querida por el sujeto activo. Por lo tanto, es esencial que se verifique a nivel de finalidad, para que la conducta sea típica. Sin embargo, al encontrarnos ante un delito de resultado cortado, el hecho de que no se materialice el fin, no implica que el delito se encuentre tentado. Nos hallamos ante un delito de mera actividad, y de resultado cortado. Un concepto que puede parecer confuso, si no reparamos en que lo primero atañe a la parte objetiva (el delito se consuma sin necesidad de que se verifique el resultado) y lo segundo, a la parte subjetiva (deben comprobarse de forma conjunta en el autor, el dolo de influir con prevalimiento y la finalidad de alcanzar a través de dicha influencia, un beneficio económico o ventaja indebidos)²⁰.

Pavón Parra, al explicar el complemento subjetivo, expone:

« En la nueva norma, el enunciado [un beneficio económico o ventaja indebidos] [...] implica ilicitud, pues tal hecho siempre se concretará en parcialidad del funcionario o en tratamiento privilegiado, situaciones que siempre vulneran el principio de igualdad de los ciudadanos ante la administración. Sin embargo, es indiferente que el acto finalmente proferido por el funcionario sea o no lícito justo o injusto; estas acciones no pueden ser incriminadas en el presente tipo penal, pero podrían configurar delitos de falsedad o prevaricato. Asume esta misma calidad el provecho propio o del tercero que el agente también persigue con su acción, el cual no es necesario que efectivamente se produzca para la tipicidad subjetiva del comportamiento»²¹.

Sobre el actuar con prevalimiento, pero dirigido a obtener un resultado legítimo, se ha indicado:

[E]xiste una amplia discusión doctrinaria, sobre la posibilidad de considerar típicas, las conductas constitutivas de influencia “con prevalimiento”, que dan como resultado una resolución ajustada a Derecho. [...] Las anteriores consideraciones nos acercan al tercer aspecto de interés, para la correcta solución de los reclamos que plantea el representante de la Fiscalía. Se trata de la interpretación y alcance que merece la frase “beneficio económico o ventaja indebidos”, correctamente dimensionados aquí, no como resultado en sentido estricto, sino como componente intencional del sujeto activo del delito de tráfico de influencias. Una interesante mezcla, pues nos encontramos con un resultado de mera actividad o peligro, en el que el resultado sí interesa, no para distinguir la tentativa del delito consumado, sino para algo mucho anterior a ello: para definir si existe delito. [...] En definitiva, lo que la figura en cuestión sanciona, es que una parte busque beneficiarse de manera irregular, afectando el proceso motivador de quien tiene en sus manos la resolución del asunto. [...] Los reclamos

20 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.° 2017-00967 de las 9:42 horas del 20 de octubre de 2017.

21 Pabón Parra. (2013). Op. cit., pp. 1094-1995.

del Ministerio Público llevan razón en cuanto a que el tipo penal no exige que el acto solicitado por el sujeto activo a beneficio de él mismo o de un tercero, sea contrario a Derecho. Abona a esta interpretación, el hecho de que el tipo bajo examen reúna dos conceptos en apariencia contradictorios: el dictado de un acto o resolución “propio de las funciones” del servidor público, y la generación de un “beneficio económico o ventaja indebidos”. La única forma de armonizar ambos conceptos, es partiendo del hecho de que una labor de competencia del funcionario (y por lo tanto, ajustada a Derecho, pues no es propio de las funciones de ningún servidor, el dictado de actos ilegales), genera ventajas indebidas cuando para obtenerla, el sujeto activo ha ejercido presión para obtenerla, contaminando el proceso de debate interno imparcial que le compete solo a quien corresponde dictar la resolución o el acto. Puede tratarse de una decisión factible desde el punto de vista legal, de modo que la “ventaja indebida”, no equivale a la ilicitud del acto o resolución que le compete dictar al funcionario (sujeto pasivo), sino a la posición en quien se coloca el que accede o se busca obtener dicha decisión, a través de canales irregulares, afectando el deber de imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de sus decisiones, y el acceso a la justicia en condiciones de regularidad e igualdad. [...] ²².

El tipo penal también sanciona a quien influya en una persona servidora pública, prevaliéndose de la simulación de una situación personal o jerárquica con esta o con otra persona servidora pública. Este supuesto típico se refiere, según Carrara, citado por Pabón Parra (2013) a:

[...] una especie particular de delincuentes llamados asiduos, sicofantes o vendedores de humo. Son aquellos, que abusando de la familiaridad que tienen o -simulan tener con algún oficial público o con el soberano mismo (y por esto se llaman asiduos o favoritos), van dispensando protección y promesas de obtener gracias o favores... ejercen extorsión de donativos y dinero sobre crédulos a quienes venden una influencia que realmente no tienen [...] ²³.

Finalmente, también se sanciona a quien “[...] utilice u ofrezca la influencia”, y ello ratifica que el tipo penal puede ser ejecutado por particulares que no tienen la condición de personas funcionarias públicas y da pie a considerar, en una modalidad muy específica de “tráfico de influencia de particulares”.

2.2.3. El delito de influencia en contra de la Hacienda pública

El tipo penal se describe en el artículo 57 de la Ley N.° 8422, el cual indica:

22 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.° 2017-00967 de las 9:42 horas del 20 de octubre de 2017.

23 Op. cit., pp. 1092-1093.

Serán penados con prisión de dos a ocho años, el funcionario público y los demás sujetos equiparados que, al intervenir en razón de su cargo, influyan, dirijan o condicionen, en cualquier forma, para que se produzca un resultado determinado, lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público, o se utilice cualquier maniobra o artificio tendiente a ese fin.

Como se aprecia, por técnica legislativa, se sanciona una modalidad del delito de tráfico de influencias como un delito autónomo, ya que, como se verá, presenta diferencias importantes.

Para la Sala Constitucional, la conducta típica del delito de tráfico de influencias es diferente a la de la norma de estudio, ya que, en la primera, la influencia se produce en otro “*para que haga retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones*”, pero con una consecuencia diversa al tráfico de influencias del artículo 57 de la Ley N.° 8422, ya que no implica, necesariamente, el perjuicio de la Hacienda pública, sino: «*que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro*»²⁴.

En otras palabras, parece que el afán legislativo por agravar la sanción frente al delito base de tráfico de influencias radica en que existe un mayor reproche por el resultado perseguido con el actuar típico, en tanto se le otorga un mayor desvalor, si la influencia pretende afectar la Hacienda o el interés público.

A diferencia del tráfico de influencias en su modalidad tradicional, el bien jurídico tutelado en la norma de estudio no pone su énfasis en la probidad de la persona funcionaria y el buen funcionamiento de la Administración pública, sino la protección del patrimonio del Estado, lo que da pie a su autonomía típica.

Es un delito de los llamados especiales propios, por cuanto se requiere de una condición especial: ser una persona funcionaria pública o un sujeto equiparados a este (atendiendo a la descripción del artículo 2 de la Ley 8422), para ser sujeto activo.

El contenido mismo del tipo penal evidencia que el accionar del sujeto activo, ya sea influir, dirigir o condicionar, debe darse en aquellos asuntos en los que deba intervenir por razón de su cargo. De este modo, cualquier persona funcionaria pública o sujeto equiparado tampoco puede ser sujeto activo, sino únicamente quien estaba autorizado a intervenir, en el ejercicio de sus funciones, en el asunto que afectó o que pretendía afectar los intereses patrimoniales de la Hacienda pública o el interés público.

24 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2012-13892, de las 14:30 horas del 3 de octubre de 2012.

Conforme lo estipula el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Hacienda pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de las personas funcionarias públicas.

Con respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado.

En este contexto, el patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda pública.

Por su parte, deberá explicarse el “interés público” de acuerdo con el artículo 113.1 de la Ley General de la Administración Pública, el cual lo considera como “[...] *la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados*”. En su apreciación, se tomarán en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.

Como se adelantó, la conducta típica puede cumplirse con el verbo activo “influir”; es decir, se sanciona a la persona funcionaria pública que incide en el proceso motivador que conduce a otra persona a adoptar una decisión en un asunto que produzca un resultado que afecte los intereses patrimoniales del Estado o el interés público. Por tanto, se entiende que se sigue sancionando la influencia mediante el prevalimiento, ya que se abusa de una situación -la intervención en razón de su cargo- para procurar el resultado lesivo.

Por su parte, “dirigir” puede comprender la acción de quien guía mostrando las señas de los actos que deben tomarse para afectar el patrimonio del Estado, como quien gobierna y aconseja la conciencia de alguien para que ejecute los actos que lesionarán el bien jurídico tutelado. Mientras “condicionar” implica una influencia de mayor intensidad sobre el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo, a través de estímulos que se terminan por asociar con patrones específicos de comportamiento (un aprendizaje) que finalmente afectará la Hacienda pública.

También se sanciona a quien “utilice”, es decir, emplee “cualquier maniobra o artificio” que resulta el objeto sobre el que recae la acción. En otras palabras, quien maneje el ingenio o habilidad de las operaciones o actuaciones en torno a la función pública que se cumple (en razón de su

cargo), con disimulo y cautela, en procura de ocasionar un resultado lesivo al patrimonio estatal o al interés público comprometido.

Consecuentemente, se trata de una conducta dolosa donde el conocimiento debe abarcar que la influencia, la dirección, el condicionamiento o la utilización de cualquier forma, maniobra o artificio que se ejerce sobre otra persona, o algo tenga la potencialidad de producir un resultado determinado, y que este sea lesivo de los intereses patrimoniales de la Hacienda pública o del interés público.

El tipo penal exige que el influir, dirigir o condicionar estén direccionados para que se “produzca un resultado determinado”, y que este resultado sea “lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda pública o al interés público”, que la utilización de la maniobra o el artificio también tiendan a ese fin, por lo que se entiende que la conducta delictiva se consume cuando se produce el perjuicio en el patrimonio del Estado.

UNIDAD 3

Corrupción policial

SUMARIO

La relevancia de la corrupción policial
dentro de la criminalidad organizada

Sobre los delitos de enriquecimiento ilícito (Código Penal)
y divulgación de secretos

Sobre los delitos de procuración de impunidad
y legitimación de capitales (artículo 47 de la Ley N.º 8422).

3.1. Introducción

La corrupción policial es parte esencial dentro de la red criminal. Sobre esta relación, es claro que el incremento y recrudecimiento del crimen y la violencia impactan fuertemente sobre la función del orden público y la seguridad del Estado (Wielandt & Artigas, 2007). Esta aseveración se evidencia con mayor intensidad respecto de las organizaciones criminales, en tanto “*La renovación de la violencia está sin duda ligada al aumento del poder y de las actividades de los grupos criminales dedicados al tráfico de drogas y otras actividades ilícitas*”. (Bataillon, 2015).

Por eso no es extraño que, en determinados casos, las fuerzas de seguridad del Estado encargadas de combatir a la delincuencia sean quienes proporcionan a las facciones criminales armas, personal, redes, territorios, inmunidad o, incluso, capacitación a sus miembros.

Así en esta unidad se enfatizará no solo su relevancia para la lucha contra este tipo de ilicitud estructural, sino también se analizarán los delitos de enriquecimiento ilícito (Código Penal), divulgación de secretos, procuración de impunidad y legitimación de capitales (artículo 47 de la Ley N.º 8422), como supuestos típicos que tratan de contener la corrupción policial.

3.2. La relevancia de la corrupción policial dentro de la criminalidad organizada

William F. Hughes, ex director general de la Agencia contra el Crimen Organizado del Reino Unido, prologando el *Informe de la organización Transparencia Internacional* de dicho país, señaló que:

[...] Alrededor del mundo, los policías honestos se ven desacreditados por las acciones de sus colegas corruptos. Su habilidad de servir apropiadamente a sus compatriotas se ve degradada por los sistemas policiales corruptos. En los países en donde los principios democráticos y el estado de derecho son débiles, las prácticas corruptas tales como las asociaciones delictivas, sobornos y el complot entre la policía y el crimen organizado son mucho más prolíficas. Aun en los países con un estado de derecho fuerte, la realidad es que la corrupción policial continua ocurriendo ²⁵.

Podría debatirse sobre las causas o raíces de la corrupción, pero lo indiscutible es que resulta inaceptable en la Policía, por cuanto es la institución que representa la primera línea de defensa del Estado de derecho, democrático y republicano, al ser quienes, *prima facie*, protegen a la ciudadanía y velan por el cumplimiento de la ley.

²⁵ Transparencia Internacional UK. *Informe de trasfondo: arrestando la corrupción policial*. Noviembre de 2013. Recuperado en: https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2016/03/2013-03_ArrestingCorruptionInPolice_Spanish.pdf. Fecha: 16 de junio de 2022.

Según una encuesta global, finalizada en el año 2011 por Transparencia Internacional, ciudadanos de decenas de países categorizan a la Policía como la institución nacional más corrupta, esto, en comparación con la corrupción de otros sectores de la sociedad, como son el entorno político, el sistema penal y los medios de comunicación. Y dentro de estos, se indica que América Latina es una de las regiones más afectadas.

La corrupción policial se vuelve aún más complicada debido al perenne problema de su definición y a la dificultad de estimar el grado de penetración por lo complicado de su medición, debido a la existencia de “códigos de silencio” en muchas fuerzas policiales que ocultan su evidencia en encuestas o entrevistas.

Otro problema está con el tema de la transparencia, las denuncias sobre corrupción tienden a permanecer de carácter interno y confidencial, a menos de que sean filtradas o hechas públicas.

Para crear una imagen precisa de la corrupción, debe entenderse que aquella, desde una concepción general, no es otra cosa que el abuso del poder delegado para beneficio propio²⁶, lo que puede incluir el lucro -real o potencial- propio o de terceras personas, o hasta beneficios para el departamento o división policial.

No cabe duda de que la búsqueda de una definición para la corrupción policial siempre pasa por un matiz subjetivo, ya que la mayoría vería como corrupta la recepción de un soborno en dinero para que un o una oficial evite el arresto de alguien; pero notaría poco claro si aquel acepta un café o una comida gratis, como agradecimiento por un acto cumplido de parte de una persona comerciante o vecina que, conforme a su cultura (regalos a personas funcionarias públicas) vería mal que aquel o aquella oficial se la rechace.

Ante estos dilemas éticos que implican aspectos culturales, se ha tratado de solucionar la divergencia a través de propuestas, como la de Transparencia Internacional que señala como una buena práctica que a los oficiales se les permita aceptar regalos solo “en casos en que han sido claramente definidos, deberán ser de poco valor y recibidos con poca frecuencia²⁷.”

Según el Barómetro Global de Corrupción de Transparencia Internacional del año 2011, la Policía es la institución reportada que, con mayor frecuencia, recibe sobornos, y como se sabe, según el informe del 2021, la situación de los países latinoamericanos no ha mejorado en esta última década.

26 J.G. Roebuck, T. Barker. (1974). *A typology of police corruption*, p. 424.

27 Transparencia Internacional. (2011). *Codes of conduct in defence ministries and armed forces*, p.36.

Sin embargo, la obtención de un lucro por la labor policial que se realiza no es una consecuencia aislada de la corrupción, sino que está unida a que la percepción de la corrupción en la fuerza policial daña la confianza de la ciudadanía y su seguridad en la Policía como institución, además exacerba otros problemas como el crimen organizado.

Sobre este tópico, en la mayoría de los casos, los actos de corrupción policial se trataban a través de comisiones de investigación ocasionales que recurrían a la técnica de considerar a la o al oficial corrupto como una “manzana podrida”, por lo que, con solo removerla, la fuerza policial quedaba libre de este flagelo.

Sin embargo, aunque este criterio tiene cierta validez, cuando se ocupa de supuestos de corrupción aislada, lo poco equipadas que estaban estas comisiones o la ausencia de un verdadero poder legal para realizar reformas legales o duraderas las hizo caer en desuso, por su poca eficacia, cuando se trataba de redes de corrupción o una corrupción masiva.

La evolución se presentó en casos específicos, como ocurrió para la década de 1970, cuando en New York, se creó la primera comisión especial con la facultad de promover cambios (Comisión Knapp), la cual permitió evidenciar que la corrupción policial podía estar ampliamente extendida dentro de un departamento o fuerza policial, debido a que las redes de corrupción y la actividad criminal tenían los recursos y medios para permear los departamentos y, a través de ellos, realizar chantajes sistemáticos y extorsionaban a los negocios, entre otros actos criminales, mientras que los oficiales buscaban además ser asignados a casos que facilitaran su corrupción, como en brigadas antidrogas, trata de personas, apuestas ilegales, etc., las cuales regularmente estaban asociadas al crimen organizado.

Así, el reconocimiento de que la corrupción no solo se trataba de “manzanas podridas”, sino también podía involucrar una corrupción sistémica, el Reporte Knapp, citado por Transparencia Internacional, aunque presenta una tipología muy discutida, al categorizar a los oficiales corruptos –o los actos de corrupción-, en herbívoros, carnívoros y pájaros, sí debe reconocerse que dicho símil es práctico y facilita el entendimiento de que la categorización se realizó en torno a la gravedad o intensidad del acto corrupto realizado o la posición del oficial frente a este.

Así, los “herbívoros” son oficiales que aceptan sobornos y regalos de una manera oportunista, y esto resulta peligroso porque puede institucionalizarse y llevar a faltas más severas. Los “carnívoros” son quienes activa y agresivamente buscan actividades corruptas para mejora personal o departamental. Los “pájaros” que “vuelan encima” de la corrupción, buscando la protección de los altos mandos, son quienes pueden constituir una parte esencial en el proceso de reforma si se les otorgan altos cargos directivos.

Se reconoce que existe una relación progresiva entre la corrupción “herbívora” y la “carnívora”. Autores como Sherman (1985), citado por Kleining (1996), sugieren que un oficial que acepta sobornos “herbívoros” se embarca en una redefinición gradual de su carácter que puede conducirle a una corrupción mayor, “carnívora”, más adelante en su carrera²⁸, y representa el arquetipo de la teoría del “borde resbaladizo” de la corrupción que postula Kleining.

Precisamente, en el año 2002, un estudio efectuado sobre la corrupción policial en Australia²⁹ confirmó lo expuesto, al sostener que la corrupción policial comenzaba con pequeños actos que, en la mayoría de los casos, escalaban a partir de allí, y que se evidenciaban por medio de indicadores tempranos de oficiales que estaban en alto riesgo de volverse “carnívoros”, en especial, si trabajaban en áreas de los mal llamados crímenes “sin víctimas”, como los juegos de azar, la trata de personas (prostitución), el narcotráfico, etc.³⁰.

Holmes (2010) propuso que muchos oficiales también se aproximaban al “borde resbaladizo” no por aceptar regalos o cometer actos pequeños de corrupción para beneficio personal, sino debido a la “corrupción por una causa noble”³¹.

Ejemplos de ello son aquellos casos donde la Policía falsifica evidencia, altera la cadena de custodia, oculta líneas de investigación o crea nuevas sin sustento probatorio, etc. con el fin de condenar a una presunta persona criminal, como un resultado de la desilusión ocasionada por la incapacidad del Poder Judicial de hacer justicia.

Corolario, si se asume que casi todas las personas que cometen un acto serio de corrupción “carnívora” comenzaron con corrupción menor “herbívora”, ya sea de buena o mala fe, y se ha considerado que el mejor método de lucha contra la corrupción es a través de acciones preventivas, como lo expone Transparencia Internacional (2013) se debe educar a las personas oficiales de policía sobre los instrumentos para combatir la corrupción, a medida que progresan en su carrera policial, con el afán de evitar que cometan actos de corrupción. Mientras que, para combatir la corrupción de la “causa noble” que proviene de la desconfianza del sistema judicial, se propone que debe haber más “diálogo” entre la Policía y el Poder Judicial, a través de seminarios, talleres u otro tipo de foros que impliquen interacción directa entre ambos.

En países con democracias estables, se aplica el modelo policial funcionalista que dicta que la Policía debe imponer el orden para el bien público. Este modelo no excluye la corrupción, pero es menos probable que la corrupción se institucionalice, porque implica un nivel básico de ética profesional. No obstante, si el modelo policial cambia para adaptarse a una “sociedad dividida”, la

28 J. Kleinig. (1996). *The ethics of policing*.

29 Committee on the Office of the Ombudsman and the Police Integrity Commission. (Dec. 2002). Research report on trends in police corruption. New South Wales, Australia, p.iv.

30 La teoría del borde resbaladizo fue apoyada por Cerrah. (2000). En *Ethical conduct in law enforcement*, p.71., agregó que era correcto que la mayoría de los “carnívoros” comenzaron como “herbívoros”, pero no todo “herbívoros” se transformará en “carnívoro” en la práctica, debido a que siempre existirá un punto en la corrupción en la que la mayoría de los oficiales se detendrán.

31 L. Holmes. (2010). *Australian police corruption in comparative perspective*, p. 9.

Policía empieza a poner orden para servir al interés de la élite dominante: por ejemplo, suprimiendo a las minorías o a miembros de la oposición política.

En estos supuestos, la corrupción se da natural, ya sea porque se abusa del poder al seguir señales informales de las personas superiores políticas o porque los y las oficiales ven su propio bien como recompensa por la protección de esas personas superiores.

Un tercer modelo define “la vigilancia policial depredadora”, donde la Policía impone el orden de acuerdo con sus propios intereses personales. Este tipo de modelo policial es aquel que puede irrumpir en un Estado democrático, al velar casi exclusivamente por su enriquecimiento personal y la preservación del grupo, transformándose en un modelo peligroso porque representa en sí mismo una criminalidad organizada (hacia lo externo: procurando “tumbonzos” de droga, realizando asaltos a viviendas, participando en la trata de personas, etc.).

La corrupción interna de los modelos de policía funcional no es menos peligrosa, por cuando en ellos pueden incrustarse redes de corrupción que son apoyadas, controladas y sostenidas por grupos criminales que ven en estas los medios para conseguir sus réditos económicos, a través de la impunidad, asesoramiento y protección.

No puede obviarse, como lo explica Peter Lupsha (1996), que el crimen organizado presenta tres etapas en su desarrollo: la predatoria donde las bandas criminales están en la etapa de pandillas que no amenazan a la institucionalidad y que son controlables por los cuerpos de seguridad; la parasítica donde el crimen organizado corrompe al Estado y a sus instituciones, al contar con complicidades dentro de este y así maximizar la empresa criminal y lograr mayores beneficios económicos, aunque siguen siendo entidades separadas y diferenciables; y la simbiótica donde el crimen organizado se apodera del Estado, y este se pone al servicio de la delincuencia. En este supuesto, el crimen organizado y el Estado son prácticamente lo mismo³².

No puede negarse que, si bien desde la etapa predatoria ya el crimen organizado empieza a generar problemas de gobernabilidad y estabilidad en las democracias, a través de la inseguridad y violencia que emplean, desde la etapa parasitaria es donde realmente las bandas empiezan a afectar la estructura misma de un Estado de derecho democrático y republicano, y su funcionamiento a través de la corrupción.

Precisamente, la penetración constante de las instituciones (y el Estado mismo), el desarrollo de conexiones corruptas con el sistema político y económico, la existencia de instituciones débiles, la ausencia de una cultura de legalidad enraizada en la sociedad y el aumento de los beneficios patrimoniales provenientes de las actividades ilícitas permiten a la organización criminal evolucionar

32 Peter A. Lupsha. (1996). *Transnational organized crime versus the nation-state, transnational organized crime*, vol. 2, n.º. 1, Primavera, pp. 21-48.

hacia la etapa simbiótica, y el Estado se transforma en una “mafia” o “fallido”, donde los grupos criminales son los que lideran y monopolizan el poder político y económico de la nación.

De ahí surge la importancia de contar con instituciones de seguridad y justicia robustas y fuertes, y sociedades con menos desigualdades socioeconómicas para evitar que, aunque un gran número de bandas criminales estén operando (como sucede en Estados Unidos de América o Europa), el crimen organizado se mantenga en su etapa predatoria, donde será menos difícil su erradicación, al no poner en riesgo la estabilidad del régimen democrático, y que no avance a la parásita (situación de muchos países latinoamericanos), donde se enquistaba aquel círculo vicioso en el cual la corrupción es alimentada por el crimen organizado, y esta, a su vez, lo protege e impulsa a continuar con la obtención de beneficios económicos ilícitos que, nuevamente, nutrirán a las personas funcionarias corruptas para que sigan proporcionando los insumos que les permitan a los grupos criminales subsistir.

En la etapa predatoria, así como en los inicios de la parasitaria, las bandas de crimen organizado suelen dedicarse a pocas actividades y, por lo general, se especializan en un delito, como ventaja competitiva frente a otras bandas. Por eso evitar la evolución de la etapa predatoria a la parasitaria o impedir que esta última se desarrolle es elemental para el tratamiento de la criminalidad organizada.

Como explica Chabat (2010), la evidencia que existe muestra que la penetración total del Estado en una etapa simbiótica, por más que signifique un medio a través del cual maximizar sus ganancias, no es la más racional para hacer negocios, pues atrae la presión internacional y el Estado penetrado, por lo mismo, pierde legitimidad interna e internacional y tiene dificultades para sobrevivir como tal³³. Esto, finalmente, acabaría con el Estado y, a su vez, con quien actúa en simbiosis: el crimen organizado.

Consecuentemente, lo común es que las organizaciones criminales se fortalezcan, tiendan a ampliar su rango de actividad criminal (la transnacionalización del delito) e incursionen en actividades lícitas (economía global), para lograr incrementar sus ganancias, pero sin afectar totalmente la gobernabilidad de una nación, en lo interno y frente a sus pares.

Como sostiene Alda Mejías (2022), para estas redes criminales, es particularmente importante capturar, mediante la corrupción, instituciones que les garanticen el mayor grado posible de impunidad, junto con la maximización de su ganancia ilícita. Por este motivo, las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado, el sistema judicial y el penitenciario -y su complicidad- son trascendentales.

Citando a Matías Dewey (2018): “*Nadie más que un criminal necesita protección y nadie tiene más posibilidades de otorgarla que un agente estatal*”.

33 Chabat, Jorge. (2010). El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales. En *Revista de Historia Internacional*. Año 11, n.º 42. Recuperado de: http://www.istor.cide.edu/archivos/num_42/dossier1.pdf. Fecha: 16 de junio de 2022.

De este modo, no es extraño que la corrupción sea el medio fundamental del crimen organizado para avanzar frente a sus competidores criminales, desarrollar y fortalecer la estructura delictiva y procurar la impunidad, y los datos en relación con la corrupción y la impunidad ponen de manifiesto esta cultura en América Latina.

Ejemplo de ello es Costa Rica, quien, a pesar de mantenerse en un rango de impunidad medio, como lo determinó el Índice Global de Impunidad para el año 2020 (39,51 puntos en una posición 37), esto representa un decrecimiento en la tabla global y, por ende, un aumento de la impunidad, con respecto al año 2017, cuando se encontraba dos puestos arriba, con un puntaje de 54.57³⁴.

Para Alda Mejías (2022), esta impunidad es la que convierte a los criminales en privilegiados, ya que podrán evadir una detención, un juicio o una condena mediante la complicidad de los representantes del Estado. Así, aunque estos criminales no hayan podido evadir su detención y un juicio que los condene, en su calidad de privilegiados, podrán seguir participando, desde el centro penitenciario, en sus actividades ilegales. Tampoco se descarta que, mediante dicha complicidad, un líder o una banda tome el control de la cárcel y de sus recursos hasta el punto de establecer las normas de convivencia penitenciarias y dirigir la vida del centro. Para lo cual, es imprescindible la complicidad del Estado.

Precisamente, un mecanismo internacional relevante para el combate de la corrupción en los y las agentes del orden es la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual entró en vigor en el año 2003. Esta Convención no solo trata de definir el crimen organizado y sus vínculos con la corrupción y el lavado de activos, sino también sienta las bases para una mayor, eficiente y efectiva cooperación internacional entre los Estados y, como apoyo a la legislación nacional que trata, en unos de sus frentes, a este tipo de vínculos criminales desde la política criminal represiva, a través de tipos penales especiales y específicos para la criminalidad organizada, como se tratarán en las sesiones de este curso virtual.

34 Le Clerq, Juan y Rodríguez, Gerardo. *Índice Global de Impunidad 2020 (IGI-2020)*. San Andrés Cholula: Fundación Universidad de las Américas. Puebla. Recuperado de: <https://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-0/autores-casede/gerardo-rodriguez-sanchez-lara/574-indice-global-de-impunidad-2020>. Fecha: 16 de junio de 2022.

3.3. Sobre los delitos de enriquecimiento ilícito (Código Penal) y divulgación de secretos

3.3.1. El delito de enriquecimiento ilícito

El tipo penal de enriquecimiento ilícito aparece en el Código Penal Costarricense en el artículo 353 del título XV, relacionado con el bien jurídico de los deberes de la función pública, en su sección II, el cual califica los delitos como: corrupción de funcionarios.

La acción típica es:

Artículo 353.- 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. 4) (Derogado por el artículo 69 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 de 6 de octubre de 2004).

El bien jurídico

Por la ubicación del tipo penal en el Código Penal, en la sección de corrupción de funcionarios, no cabe la menor duda de que el bien jurídico tutelado es, precisamente, ese deber de probidad que viene con el cargo.

En su artículo 3, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.° 8422, caracteriza este deber de probidad al señalar:

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.

Por supuesto, ese deber de probidad, como bien jurídico general, tiene ciertos matices con respecto a los supuestos típicos de la norma en análisis, en tanto, cuando se utiliza información privilegiada por el funcionario, este se caracteriza por la lesión a la imparcialidad de los órganos de la Administración pública frente a terceras personas, la cual es atacada por quienes se valen de la función para lucrar con el poder que ella les otorga, o para hacer lucrar a terceras personas.

Sujeto activo

El tipo penal de enriquecimiento ilícito descrito en el artículo 353 del Código Penal es especial propio, debido a que sanciona como sujeto activo al “*funcionario público*”.

En fallos reiterados desde la década de los noventa, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el concepto de funcionario público es mucho más amplio en derecho penal que en otras áreas del ordenamiento jurídico, y utiliza un criterio que la doctrina moderna señala como objetivo, según el cual lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es pública. Es entonces la naturaleza de la actividad y no su ligamen con la Administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público³⁵.

Si este tipo penal es uno especial propio no implica que una persona que carezca de tal condición (*extraneus*) no pueda ser autora o partícipe de esta delincuencia, en tanto sea de aplicación el principio de comunicabilidad de las circunstancias descritos en el artículo 49 del Código Penal.

Esta norma dispone que las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos. Al igual que las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho, solo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso. Es diferente con las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto es disminuir o excluir la penalidad, por cuanto estas no tendrán influencia, sino únicamente respecto a los y las partícipes en quienes concurren.

Corolario, en virtud de la comunicabilidad de las circunstancias, un sujeto que no ostenta la calidad de funcionario público puede responder como coautor de un delito especial propio, si participó junto al servidor en la lesión al deber de probidad, aunque aquel (*extraneus*) no tuviera la calidad de servidor público cuando se cometió el delito, y siempre que conociera que, con quien se unía en el entendimiento criminal, sí lo era (*intraneus*).

La comunicabilidad de las circunstancias tampoco es exclusiva de la fase ejecutiva del delito, porque legalmente está previsto que debe tener lugar en cualquier estadio punible, ya que el artículo 49 del Código Penal no hace distinción alguna.

35 Resolución n.° 208-F-94 de las 9:30 horas del 10 de junio de 1994 y resolución n.° 00619-2010 de las 11:00 horas del 4 de junio de 2010.

La Sala de Casación Penal sostuvo que lo relevante era la participación (que podía tener lugar en cualquier estadio, como se indicó), no el nivel de desarrollo de la acción punible, por lo que, si uno de los partícipes solo actúa en la etapa preparatoria de las acciones perseguidas, eso no impediría que la calidad de funcionario público le resultara extensiva en calidad de cómplice o coautor del delito especial propio³⁶.

El término “partícipe” que se utiliza en la estructura normativa del artículo 49 del Código Penal también ha sido uno de discusión en el entorno nacional³⁷. La jurisprudencia considera que este debe interpretarse en un sentido amplio, donde “partícipes” pueden ser todos aquellos sujetos que no posean la condición especial del agente activo, previsto en el tipo especial, si tal circunstancia personal -como lo es la condición de funcionario público- era conocida por dichos sujetos, lo que jurídicamente se traduce en la transmisión de la calidad especial determina la posibilidad de ser considerados como autores de un hecho punible regulado en un tipo penal especial propio.

Al respecto, la Sala de Casación Penal señaló:

La interpretación y aplicación del artículo 49 del Código Penal en los términos antes expuestos, ha sido sostenida por esta Sala, en reiterados antecedentes jurisprudenciales (en este sentido, ver las resoluciones números: 565-F-94, de las 16:15 horas, de 12 de diciembre de 1994; 1364-2000, de las 9:45 horas, de 24 de noviembre de 2000; 975-2003, de 9:30 horas, de 31 de octubre de 2003 y 339-2007, de las 9:30 horas, de 13 de abril de 2004), lo cual en modo alguno determina la violación del principio de legalidad, o la inobservancia de la prohibición de aplicación analógica de la ley penal, establecidos no sólo en los artículos 1 y 2 del Código Penal, sino en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, pues el fundamento de la línea jurisprudencial en cuestión, deriva de la interpretación sistemática de los artículos 48 y 49 del cuerpo legal sustantivo antes referido, y no implica la vulneración del contenido normativo de dichos artículos, o la interpretación extensiva de su contenido jurídico formal y sustancial. La noción que de la norma objeto de reclamo se ha establecido por parte de esta Cámara, como la que corresponde conforme a nuestro ordenamiento jurídico penal, ha sido amparada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia -tal y como se considera en el fundamento del fallo de mérito atinente al punto en cuestión-, cuya jurisprudencia de carácter vinculante ha establecido que: “[...] La jurisprudencia cuestionada no viola el principio de legalidad, sino que lo que hace es interpretar sistemáticamente la norma al afirmar que los

36 Resolución n.º 2007-00339 de las 09:30 horas del 13 de abril de 2007.

37 Castillo González, Francisco. (2010). *Derecho penal. Parte general*. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 379. Considera que el (extraneus) solo puede tener la condición de cómplice o instigar, mas no de coautor, en la realización de un delito especial propio, por cuanto no puede violar el bien jurídico “deberes de la función pública” y critica la posición de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que, mediante jurisprudencia, creó una “forma de coautoría” que requería el conocimiento por el “extraneus” de la calidad constitutiva de la infracción del autor “intraeus” y estimó que esa comunicabilidad de la condición especial de autor solamente funcionaba del autor al partícipe, pero no de este al autor.

artículos 48 y 49 del Código Penal utilizan el término “partícipes” para incluir no sólo a los instigadores y cómplices –partícipes en sentido estricto- sino también a los coautores. Este tipo de interpretación en modo alguno vulnera la disposición normativa sino que, sin apartarse de ella la integra en forma coherente con el resto del articulado. No es cierto que como consecuencia de esa jurisprudencia se elimina la categoría de cómplice e instigador en los delitos especiales. Quienes determinen a otro a cometer el delito especial o quienes presten al autor cualquier auxilio o cooperación serán considerados como instigadores o cómplices; siempre y cuando fueren conocedores de esa calidad personal constitutiva de la infracción, pero, quienes tienen el dominio del hecho son coautores del delito pese a que no tengan la condición personal constitutiva de la infracción porque tal circunstancia también se comunica del autor al coautor que la conoce. Por lo expuesto se considera que la jurisprudencia no viola el principio de legalidad. [...]” (Resolución número 2000-4273, de las 17:15 horas, del 17 de mayo de 2000, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). [...]”³⁸.

La acción o conducta típica

El enriquecimiento ilícito descrito en el Código Penal es un tipo penal genérico o residual frente a figuras más complejas, por cuanto se aplicará a la persona funcionaria pública que no haya incurrido “en un delito más severamente penado”.

Así, en el primer supuesto típico del artículo 353, el verbo activo es “aceptar”, cuya acepción es “1. tr. Recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga”³⁹.

La acción recae sobre “una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva” y requiere de una finalidad específica; es decir, “hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones”.

El tipo penal no exige que se materialice el tráfico de influencias sobre la otra persona funcionaria pública, ni interesa -en fase de tipicidad objetiva- el examen de actos ejecutivos posteriores a la materialización inicial, ya sea la “aceptación” de la dádiva o el ofrecimiento de esta, lo que requiere es que se haga con esa finalidad.

La segunda conducta típica recae sobre la persona funcionaria pública que: “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”.

38 Resolución n.º 2008-00232 de las 17:00 horas del 11 de marzo de 2008.

39 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. versión 23.5 en línea. <<https://dle.rae.es>> Recuperado el 16 de junio de 2022.

La acción típica se caracteriza por “utilizar” informaciones o datos de carácter reservado, esto es:

[...] emplear, hacer uso o valerse de estos informes o datos para obtener un beneficio económico y a los que tuvo acceso o conocimiento en razón del cargo desempeñado. La “información” es una noticia, mientras que el “dato” es un antecedente, aclarando que éstos deben referirse a actos, decisiones, hechos o circunstancias relacionados con el ejercicio de la función pública (Núñez). La información o el dato pueden ser o no de naturaleza económica, pero sí deben ser aptos para utilizarlos con finalidades lucrativas. Las informaciones o datos deben ser de carácter reservado, esto es, de conocimiento de un número determinado de personas dentro o fuera de la Administración. El carácter reservado puede tener su origen en la propia naturaleza de la información o dato, o por disposición expresa o implícita de la ley o de autoridad competente. Así también, debe tratarse de “informaciones o datos” que el autor haya conocido en razón de su cargo, es decir, en el desempeño de su actividad funcional⁴⁰.

El sujeto activo sigue siendo la persona funcionaria pública, mientras el tipo subjetivo es doloso, por dolo directo, empero:

[...] la figura requiere un elemento subjetivo del injusto, que se integra con el ánimo de lucro, esto es, con la finalidad de obtener un beneficio económico, para sí o para un tercero. Se trata de un delito intencional de resultado cortado»⁴¹.

«La información utilizada indebidamente debe haber llegado al conocimiento del agente por razón [...] de sus funciones, aspecto que exige examinar su campo de competencia funcional⁴².

Es un delito de mera actividad que se consume con la utilización del dato o la información reservada.

La tercera conducta típica descrita en el artículo 353 sanciona a la persona funcionaria pública que: “3) *Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo*”.

Por una parte, teniendo en cuenta que estamos ante una conducta dolosa en donde quien presenta la dádiva la hace en consideración al oficio del funcionario que la recibe y la acepta, habría necesidad de describir las circunstancias en las que este conocimiento tiene un papel, más allá de admitir, que tal elemento deduciría de la posición que [el sujeto activo]

40 Buompadre, Jorge Eduardo. (2013). *Manual de derecho penal*. Parte especial. Editorial Astrea, p. 701.

41 *Ibidem*. p. 702.

42 Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2013). *Manuel de derecho penal*. Parte especial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. 1132.

ostentaba en el ICE. Esta segunda condición del hecho típico también es dolosa, y requiere que el sujeto activo conozca la razón que motiva la presentación de la dádiva. Como bien se expresa en el voto salvado del Juez Camacho, el tipo penal del Enriquecimiento Ilícito puede cumplirse a partir de dos conductas alternativas: i) la aceptación de dádiva ofrecida y ii) la aceptación de dádiva presentada. Se trata, en efecto, de dos posibilidades para la tipicidad del hecho, que deben ser deslindadas para clarificar qué es lo que se atribuye al sujeto activo, quien es, en efecto un funcionario público, y es objeto de estos ofrecimientos en consideración a dicho cargo. Es por ello que determinando el ámbito de la prohibición, cumpliría el tipo penal el sujeto activo que entra en la tenencia material de la dádiva que es puesta en su presencia por otro sujeto; pero también sería punible el sujeto activo que acepta recibir en el futuro la dádiva que otro sujeto se ha comprometido a darle. Como puede verse, la figura penal es compleja, requiere la demostración de estas circunstancias alternativas, con el fin de fijar las condiciones del hecho atribuido. No obstante, como bien lo señala el Juez Camacho en su voto salvado, se trata de dos hechos que no tienen la misma significación jurídica (cfr. Voto Salvado del Juez Camacho, folios 2013 a 2015). La recepción de la dádiva tiene consecuencias diferentes en estas conductas típicas alternativas: en el caso donde se consuma con la sola aceptación de la dádiva ofrecida, no es necesario que haya demostración de la recepción de la dádiva misma, pues la consumación se da con la “aceptación”. En el otro caso, precisamente la fase consumativa requiere que haya una demostración de la recepción de la dádiva. Sostiene al respecto el voto salvado las siguientes consideraciones, que esta Cámara avala: “La recepción de una dádiva a partir de un ofrecimiento previamente aceptado y la aceptación de una dádiva presentada, no tienen el mismo significado jurídico. En el primer supuesto es un acto de agotamiento irrelevante y el segundo supuesto es el acto que consuma el delito. Todos los elementos del tipo penal deben estar presentes al momento de la consumación. Es al momento de la consumación que el sujeto activo debe ser funcionario público, que la dádiva debe serle presentada y ofrecida en consideración a su oficio y además, el funcionario debe permanecer para ese momento en el ejercicio del cargo. En el supuesto de la conducta típica de “aceptación de dádiva presentada”, todos los citados elementos típicos deben cumplirse cuando el sujeto activo entra en posesión de la dádiva. En el supuesto de la conducta típica de “aceptación de ofrecimiento de dádiva”, todos los elementos típicos deben estar presentes cuando se da la aceptación, pero no es necesario que todos los elementos típicos estén presentes para cuando el sujeto activo entra en posesión material de la dádiva, que como hemos visto, es un acto irrelevante, momento para el cual, podría haber dejado de ser funcionario público y ello en nada afectaría la tipicidad de la conducta al momento de la consumación (aceptación del ofrecimiento). Es por lo anterior, que es imprescindible determinar en cada caso, la conducta concreta realizada por el sujeto activo a la luz del tipo penal del enriquecimiento ilícito (Voto salvado del juez Jorge Camacho, folio 2015) ⁴³.

43 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolución n.º 2550-2012 de las 13:00 horas del 21 de diciembre de 2012.

Tratándose del artículo 346 inciso 3) del Código Penal, basta con que el funcionario público admita la dádiva que le fue presentada u ofrecida en consideración a su oficio mientras permanece en el ejercicio del cargo, lo que se ha tenido por demostrado aquí, pues según se extrae de la relación de hechos probados, [Nombre 006], en su condición de subjefe de la Dirección del Departamento de Conmutación del ICE y mientras permaneció en el cargo, aceptó dineros provenientes de [Nombre 060] que le fueron trasladados a través de [Nombre 058]. Se reitera, la búsqueda de otros propósitos adicionales no es elemento subjetivo adicional al dolo que esté contemplado en este tipo penal, con lo cual es intrascendente que no haya prueba al respecto⁴⁴.

3.3.2. Divulgación de secretos

El Código Penal tiene dispuestos dos tipos penales con el mismo *nomen iuris*, “divulgación de secretos”. Sin embargo, como se expondrá, su diferencia es notoria, no solo por la descripción típica, sino también por cuanto están conformados para proteger distintos bienes jurídicos.

Así, el artículo 203 del título VI del Código Penal dispone en la sección denominada violación de secretos:

Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa. Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años. // La pena será de cuatro a seis años de prisión, cuando se trate de información de las entidades o empresas supervisadas por las superintendencias del Sistema Financiero Nacional, o de los clientes de dichas entidades o empresas, cuando tal información esté protegida por el secreto, la confidencialidad o la prohibición de divulgación. Si la divulgación la realiza un funcionario público o profesional, además de la pena señalada en este párrafo se impondrá la inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos o de profesionales titulares de uno a tres años.

Este tipo penal, como resulta notorio, protege el “ámbito de intimidad” de las personas, lo que marca ya una diferencia importante con el tipo penal descrito en el artículo 346 del mismo cuerpo normativo, el cual protege la probidad de la persona funcionaria. Así, a pesar de que también es un delito especial propio, solo puede ser autor quien reúne las calidades jurídicas que prevé la norma; es decir, quien por su estado, oficio, empleo, profesión o arte adquirió un conocimiento que puede ser catalogado como un “hecho secreto” para alguien, y aun así lo revela.

⁴⁴ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.° 2015-1620 de las dieciséis horas diez minutos del dos de diciembre de dos mil quince.

La conducta típica recae, precisamente, en el quebrantamiento del deber de confidencialidad que tienen ciertas personas, ya sea por el acatamiento de determinados roles sociales (el clérigo, los líderes religiosos, etc.), o por razones jurídicas, actividad profesional que realiza (abogacía, psicología, medicina, etc.), oficio que cumple (actividad privada) o empleo que ejecuta (relación laboral de dependencia).

Los y las oficiales de policía tienen el deber de guardar secreto respecto de asuntos confidenciales que puedan dañar el honor de las personas y que los hayan conocido en razón de sus funciones⁴⁵, por lo que están dentro de los sujetos activos sobre los que recae la norma de estudio.

Los y las agentes de investigación del Organismo de Investigación Judicial están en igual condición, ya que tienen la obligación de guardar absoluto secreto con respecto a las investigaciones en que intervengan, para evitar que trasciendan al público (v. gr. las denuncias confidenciales sobre un determinado hecho criminal)⁴⁶. En específico y, sin agotar los supuestos, deben mantener la confidencialidad sobre aquella información secreta que las personas les revelen, de manera reservada, sobre hechos relacionados al tráfico de drogas, a las actividades conexas, la legitimación de capitales y al financiamiento al terrorismo⁴⁷, o sobre la que se conozca en el ámbito de protección de las víctimas, testigos y otros sujetos (jueces, fiscales, oficiales, etc.) a quienes se les otorga protección -procesal o extraprocésal- en razón de su intervención en un proceso penal⁴⁸.

En este contexto normativo, el sujeto pasivo no es otro que el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, es a quien se le quebrantó su esfera de reserva que constituye su intimidad y que resulta de interés público amparar, por cuanto los secretos fueron captados por el agente activo a raíz de su estado, profesión, cargo o arte, y fueron confiados por necesidad o utilidad por el titular, a pesar de que podrían afectarlo dañosamente.

Por supuesto, la revelación de un secreto puede evidenciar a terceras personas perjudicadas; empero, al no encontrarse estas en una relación de confianza con el agente activo que las revela, pues no podrían considerarse sujetos pasivos, al no verse lesionado el deber de confidencialidad. Eso sí, no puede descartarse que este resulte un delito pluriofensivo, en tanto, cuando lo realiza una persona funcionaria pública, también lesiona el deber de probidad y la confidencialidad que impone el ejercicio del cargo, sobre la información que aquella conozca.

El verbo activo de la conducta es “revelar” y recae sobre un objeto típico, un secreto que para Creus (1998) es lo no divulgado, lo no conocido por un número indeterminado de personas. A este concepto vulgar se le suma, en lo jurídico, que medie interés del titular en mantenerlo fuera de

45 Ley General de Policía, N.° 7410, artículo 10, inciso e).

46 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, N.° 5524, artículo 27.

47 Reforma integral a Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, N.° 8204, artículo 11.

48 Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal, N.° 8720, artículo 2.

ese conocimiento (por eso el consentimiento dado para la revelación quita el carácter de secreto al hecho o circunstancia reservados)⁴⁹.

Este mismo autor agrega que no es necesario que se trate de un interés expresamente manifestado: puede inferírsele del carácter del secreto. Por eso, es secreto tanto lo que el sujeto pasivo conoce y quiere mantener en ese carácter, como aquello que, siéndole personal, no conoce (p. ej. que sufre de una determinada enfermedad), pero que, si lo conoce, tendría interés en que no se divulgara. La protección de la ley se extiende a ambas hipótesis.

En principio, lo secreto desaparece cuando ese conocimiento se difunde a un número indeterminado, así como también cuando el o la titular manifiesta expresamente su carencia de interés en preservarlo, admitiendo que se lo comunique a terceras personas.

El mero interés de la persona titular no convierte lo reservado en un secreto y, menos aún, en el que normativamente se dispone en el artículo 203 de cita, ya que se requiere uno “*cuya divulgación pueda causar daño*”. Así, lo que se requiere es la existencia de una potencialidad de daño (delito de peligro concreto), no su constatación efectiva y puede ser de cualquier índole (física, patrimonial, moral), siempre que tenga relación con la naturaleza del hecho o de la circunstancia revelada, o por la particular situación en que se encuentra el sujeto pasivo (p. ej. poder ser sometido a un proceso)⁵⁰ por cuanto el tipo penal no realiza diferencia alguna.

El objeto de este tipo penal representa otra diferencia con la conducta descrita en el artículo 346 del Código Penal, por cuanto, aunque también se divulgan hechos (además de actuaciones o documentos), la potencialidad de causar daño, como un juicio *a priori* que indica la dañosidad de la eventual divulgación del secreto (por supuesto partiendo de las particularidades de cada caso concreto), el agente activo ya no la debe determinar, sino que está reconocida propiamente en la ley.

La ausencia de justa causa es otro elemento normativo. En este supuesto, conforme a las causas de justificación de la parte general del Código Penal, no delinque quien obra en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 25); cuenta con el consentimiento de quien válidamente puede darlo (artículo 26); ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro para evitar un mal mayor (artículo 27), y quien ejerce la defensa legítima sobre bienes propios o ajenos (artículo 28).

Así, por ejemplo, recurriendo al Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, emitido por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el secreto profesional podría ser revelado, en lo indispensable, frente al derecho de defensa del abogado o de la abogada cuando sea acusado (a), a efectos de medir y, claro está, demostrar la complejidad del asunto para

49 Creus, Carlos. (1998). *Derecho penal*. Parte especial. Tomo I, 6ª Edición, p. 364.

50 Creus, Carlos. (1998). *Derecho penal*. Parte especial, p. 365.

el ejercicio del derecho de cobro de honorarios, y excepcionalmente, para evitar la eventual condena de un inocente (artículo 42).

Incluso se ha llegado a definir que si un cliente comunica a la persona profesional sobre su intención de cometer un ilícito, esta confidencia, por más que resulte un secreto y produzca consecuencias ulteriores para su persona representada, no está dentro del cobijo del secreto profesional y, por ende, de la protección normativa del artículo 203 del Código Penal, por lo que agotados los medios de disuasión, el abogado o la abogada deberá hacer las revelaciones necesarias para prevenirlo (artículo 43).

Los y las oficiales de policía tampoco son la excepción, pues aunque tengan el deber de confidencialidad de los secretos que conocieron en razón de su cargo, se les releva de esa obligación cuando deben cumplir con un deber legal, entre estos, el de denunciar todo delito de acción pública que conozcan, en especial, los actos de corrupción⁵¹.

El tipo subjetivo, como señala Donna (2001), es doloso y debe abarcar el conocimiento de que se está revelando un secreto sin la existencia de causa justa, por lo que, al no requerirse ningún elemento subjetivo particular, alcanzaría con el dolo eventual⁵².

El delito se consume con la revelación que no es otra cosa que comunicar el secreto a una tercera persona. Claro, esta tercera persona no debe tener la misma obligación legal de guardar secreto, por cuanto, de lo contrario, nunca se llegaría a concretar la potencialidad de causar un daño. Así, no incurría en delito quien transmite la información conocida a otro colega por las necesidades mismas de la profesión o el cargo, siempre y cuando el bien que trata de obtener (derecho a la salud, protección a la vida e integridad física, tutela judicial efectiva, etc.) sea de mayor entidad que la lesión que supone al derecho de la intimidad de la persona que la confió.

Puede consumarse tanto por una actividad como por una omisión, lo cual ocurre cuando el o la agente no impide (aunque sea con dolo eventual, por supuesto) el acceso al secreto de personas no obligadas a guardarlo.

La consideración de que el daño que puede proceder de la divulgación, aunque sea meramente potencial, es suficiente para la tipicidad y ha inducido a muchos a negar la posibilidad de la tentativa (Manzini, Maggiore).

Pero si se tiene en cuenta que esa es una característica del secreto, nada obsta a la admisión de aquella, puesto que “es posible ejecutar actos tendientes a constituir la revelación y que no

51 Ley General de Policía, N.° 7410, artículo 10, inciso e) - i).

52 Donna, Edgardo Alberto. (2001). *Derecho penal*. Parte especial. Tomo IIA. Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 375.

la impliquen ya; verbi gratia, si el portador destruye la nota por la que, en sobre cerrado, el autor revelaba el secreto a un tercero". (Núñez)⁵³.

3.3.3. Divulgación de secretos del artículo 346 del Código Penal

En otro orden, como *supra* se indicó, está la divulgación de secretos como conducta típica que lesiona el deber de la persona funcionaria pública, a guardar la confidencialidad de sus actuaciones y datos a los que accede en razón de su cargo; empero, poniendo énfasis en la calidad del objeto típico que se revela.

El artículo 346 del Código Penal describe:

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

Sujeto activo

Como se advierte, es un delito especial propio, pero no porque el agente activo ostente un estado, profesión, oficio o arte que le permitió captar del titular de la información un secreto que tenía la potencialidad de causar daño, sino por el deber de confidencialidad que tenía la persona funcionaria pública frente a las personas administradas y con la misma administración y la calidad de reserva que la ley impone a ciertos hechos, actuaciones o documentos.

La discusión se centra en si es requisito típico del sujeto activo que este se haya impuesto sobre los hechos, documentos o actuaciones, cuya reserva está definida por ley, en razón del cargo que ocupaba o por alguna circunstancia fuera de su actividad funcional.

Para Donna (2001), debe haberse dado en razón del cargo, porque de lo contrario, esta sería una extensión indebida del tipo que exige la relación funcional⁵⁴.

No obstante, conforme a la descripción típica del artículo 346, puede advertirse que no se exige tal condición, por lo que bien, como señala Creus (1998), el sujeto activo únicamente sería el funcionario público que tiene la obligación de guardar secreto, sin que sea necesario que se trate de un secreto que haya conocido en razón de su función (porque es de su competencia conocerlo), y puede ser con ocasión de la función o aun fuera de ella, cuando por razones extrañas al derecho, el funcionario toma conocimiento del secreto sabiéndolo como tal⁵⁵.

53 Creus. (1998), p. 367.

54 Donna. (2001), p. 376.

55 Creus. (1998), p. 370.

En la acción típica, al igual que con el tipo penal descrito en el artículo 203 del Código Penal, el verbo activo es “revelar”, para lo cual es suficiente con que se le comunique a otra persona (poner al descubierto) que no tenga el deber de reserva, sobre el secreto contenido en los datos, documentos o actuaciones.

El objeto típico sobre el que recae la revelación debe ser: “*hechos, actuaciones o documentos, que por la ley deben quedar secretos*”. Hechos son acciones, obras, cosas que suceden, asuntos, etc.⁵⁶, por lo que en ellos se pueden incluir tanto actividades como manifestaciones producidas; mientras que, desde una perspectiva procesal, las actuaciones pueden catalogarse como resoluciones o diligencias realizadas o dispuestas por la autoridad.

En cuanto a los documentos, estos pueden ser escritos o cosas en donde constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo o dejar testimonio de un hecho o informar de él⁵⁷, y se han considerado reservados a la esfera de intimidad de su titular o de quienes este autorice cualquier medio de registrar información de carácter privado, y sean utilizados con carácter representativo o declarativo para ilustrar o comprobar algo y que, claro está, no sean públicos, tales como, pero sin agotar los supuestos, la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio, los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías y las fotografías⁵⁸.

La disposición de secreto por parte de la ley, sobre los hechos, actuaciones o documentos que se revelan es un elemento normativo importante, sin el cual no se configuraría el delito. La ley es la que define, en este caso, la potencialidad dañosa de la revelación de cierta calidad de objetos, por la incidencia que su conocimiento por terceras personas pueda asumir respecto de aquella.

Así, se violenta esta norma cuando se revela aquella información que contenga el Archivo Criminal (por ejemplo, dar información a una organización criminal sobre si una persona tiene los antecedentes penales que dice tener, ya sea para reclutar miembros, evitar la infiltración de agentes encubiertos)⁵⁹, cuando se quebranta el deber de reserva que tienen las diligencias para la aplicación del Programa de Protección a Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal⁶⁰, cuando un oficial de policía, teniendo conocimiento sobre la infiltración de un agente encubierto en un grupo criminal y con el único fin de obtener un lucro personal, disponga revelar tal diligencia de investigación (artículo 10 y 11 de la Ley N.º 8204).

56 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Versión 23.5 en línea. <<https://dle.rae.es>> 16 de junio 2022.

57 *Ibid.*

58 Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425, artículo 1.

59 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, N.º 5524, artículos 27 y 41.

60 Ley N.º 8720, artículo 12, inciso f).

El tipo subjetivo es doloso, ya que requiere el conocimiento del carácter de secreto del objeto y la voluntad de comunicarlo a terceras personas no autorizadas para conocerlo y, como es un delito de peligro, ya que no exige la acreditación de un resultado dañoso, bien podría alcanzar el dolo eventual (v. gr., quien deja un informe policial, aún secreto, en un establecimiento comercial que sabe que pertenece o es frecuentado por asiduos delincuentes, a sabiendas de que estos pueden enterarse de su contenido y, por supuesto, acepta esa consecuencia de su actuar).

La consumación se produce cuando “lo secreto” de los documentos, actuaciones o hechos llega al conocimiento de una tercera persona que no tiene por qué conocerlos, ni mucho menos el deber de guardarlo. Ni se ocupa para su consumación la producción de un perjuicio para la Administración pública.

3.3.4. El delito de divulgación o utilización de información de la Ley N.º 7425

Un caso especial resulta el delito de divulgación o utilización de la información recabada mediante el secuestro de documentos o la intervención de comunicaciones autorizada por la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

El tipo penal describe:

ARTÍCULO 24.- Sanciones por dolo. Se reprimirá, con prisión de uno a tres años, al juez y al funcionario policial o del Ministerio Público, que divulgue o utilice la información recabada mediante el secuestro de documentos o la intervención de comunicaciones, con un propósito diferente del establecido en la orden». // Con igual pena, se reprimirá al funcionario que no observe las formalidades ni los requisitos prescritos en esta Ley, al ordenar o practicar un secuestro, un examen, un registro de documentos o una intervención de comunicaciones.

Por encontrarnos tratando el tema de la divulgación de secretos, se analizará la descripción típica del primer párrafo. Este marca un delito especial propio que además resulta especializado, ya que no solo se requiere de la condición de ser persona funcionaria pública y revelar información que por ley está reservada y es confidencial, para ser sujeto activo, sino también debe ser una persona juzgadora, persona funcionaria policial o del Ministerio Público.

Esto obedece a que la persona juzgadora tiene el deber, entre otros, de guardar la confidencialidad y el secreto de toda la información obtenida mediante la aplicación de las medidas autorizadas, salvo para los efectos que originaron el acto y de velar porque la medida se disponga solo en los casos y con las formalidades que, expresamente, prevé esta ley, siendo responsable directo de todas las actuaciones realizadas en la aplicación de las medidas (artículo 21).

De este modo, cuando se autoriza delegar el secuestro de los documentos o la intervención de las comunicaciones en personas funcionarias del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público, estas asumen también el deber de mantener el secreto y evitar utilizar esa información, más allá de las razones por las cuales fue ordenada su captación o recolección (artículos 2 y 10).

La discusión se centra en si la información recabada en un secuestro de documento o una intervención de comunicaciones es divulgada o utilizada por una persona juzgadora, funcionaria policial o del Ministerio Público, diferentes a quienes estaban autorizados por la orden jurisdiccional, ello puede dar pie a considerar a estos sujetos activos del delito en estudio. La respuesta parece negativa.

La confidencialidad y reserva de los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo tienen raigambre constitucional, al declararse inviolables (artículo 24) y disponerse que la única forma de obtener la información que se deriva de ellos es a través de una ley especial, aprobada de manera calificada por los diputados y las diputadas de la Asamblea Legislativa, y en la cual se fijarán los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar su captación -en caso de comunicaciones-, recolección, secuestro o registro -tratándose de documentos-, y siempre que sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento -en general- y delitos determinados en caso de intervención de las comunicaciones. El constituyente dispuso de manera expresa y contundente que esta ley especial “[...] señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción”.

Por tanto, las responsabilidades y sanciones que dispone la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.° 7425, están dispuestas en torno a la desaplicación de las disposiciones y formas que contempla la mencionada ley, por parte de las personas funcionarias autorizadas para excepcionar el derecho de intimidad de la ciudadanía de la república, en la investigación de los casos sometidos a su conocimiento.

De esta manera, por más que se tenga la calidad de juez, jueza, persona funcionaria policial o del Ministerio Público, y que la información que se captó provenga de un secuestro de documentos privados o de la intervención de las comunicaciones (v. gr., un policía que, visitando la oficina de un colega, observa las transcripciones de una intervención de las comunicaciones de un caso por narcotráfico y las revela a otros miembros de una red de corrupción que tiene lazos con el crimen organizado), la persona funcionaria nunca ostentaría ese deber de confidencialidad específica que dispone el artículo 21 de la Ley N.° 7425 y, por ende, no podría ser sujeto activo del tipo penal de divulgación y utilización de información de la ley especial. Mas sí incurriría en la conducta típica del artículo 346 del Código Penal, por cuanto, la información, diligencia o documentos están declarados confidenciales por ley, y los sujetos mencionados (persona juzgadora, funcionaria policial o del Ministerio Público) tienen ese deber de reserva por el cargo que ostentan y conocen del secreto que se impone a ese tipo de hechos, actuaciones o documentos.

Los verbos activos son divulgar que significa publicar o poner en conocimiento -al alcance- del público la información recabada en las diligencias judiciales, y utilizar que corresponde a emplear, hacer uso o valerse de la información.

Por tanto, aunque el tipo subjetivo es doloso, se requiere una finalidad específica, es decir, la divulgación y la utilización deben ser con un propósito diferente al que se dispuso y justificó en la orden jurisdiccional que autorizó la irrupción en el derecho fundamental de la intimidad, conforme lo autoriza el artículo 24 de la Constitución Política, de acuerdo con el principio de uso restringido de la información, el cual señala que “[...] no podrán ser utilizados para ningún propósito distinto del que motivó la medida”, aquellos resultados que se obtuvieron de la intervención en el derecho a la intimidad de la persona.

El registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado solo podrán ser autorizados por los tribunales de justicia cuando sean absolutamente indispensables y con la finalidad de “[...] esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento” (artículo 1). La justificación para intervenir las comunicaciones está dispuesta para el esclarecimiento de los delitos de:

[...] secuestro extorsivo, corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, N° 8204, del 26 de diciembre del 2001⁶¹.

Además, en todas las investigaciones emprendidas por el Ministerio Público, relacionadas con la delincuencia organizada, se puede autorizar la intervención de las comunicaciones tanto por la jurisdicción común, como por la especializada⁶², en el esclarecimiento de los delitos de:

61 Artículo 9, Ley N.° 7425.

62 Conforme lo disponen los artículos 11 y 12 de la Ley Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, N.° 9481, la intervención de las comunicaciones para esclarecer delitos que han sido cometidos en criminalidad organizada puede ser solicitada por el Ministerio Público ante el Juzgado Penal Especializado en Delincuencia Organizada, cuando se requiere conjuntamente que dicho órgano se arrogue el conocimiento de los hechos, o cuando, ya arrogado tal conocimiento, resulte indispensable para esclarecer los delitos investigados. En aquellos casos donde el Ministerio Público no pide que la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada se arrogue el conocimiento del asunto, siempre tendrá la potestad de gestionar la intervención o la escucha de las comunicaciones entre presentes o por las vías epistolar, radial, telegráfica, telefónica, electrónica, satelital o por cualquier otro medio, según lo establecido en la Ley N.° 7425, Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones del 9 de agosto de 1994 y en la Ley N.° 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada del 22 de julio de 2009, ante la jueza o el juez penal de la jurisdicción común, quien sigue conservando sus potestades, conforme dichas leyes.

a) Secuestro extorsivo o toma de rehenes; b) Corrupción agravada; c) Explotación sexual en todas sus manifestaciones; d) Fabricación o producción de pornografía; e) Corrupción en el ejercicio de la función pública; f) Enriquecimiento ilícito; g) Casos de cohecho; h) Delitos patrimoniales cometidos en forma masiva, ya sea sucesiva o coetáneamente; i) Sustracciones bancarias vía telemática; j) Tráfico ilícito de personas, trata de personas, tráfico de personas menores de edad y tráfico de personas menores de edad para adopción; k) Tráfico de personas para comercializar sus órganos, tráfico, introducción, exportación, comercialización o extracción ilícita de sangre, fluidos, glándulas, órganos o tejidos humanos o de sus componentes derivados; l) Homicidio calificado; m) Genocidio; n) Terrorismo o su financiamiento; ñ) Delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado; o) Legitimación de capitales que sean originados en actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de órganos, el tráfico de personas o la explotación sexual, o en cualquier otro delito grave; p) Delitos de carácter internacional; q) Todos los demás delitos considerados graves, según la legislación vigente⁶³.

Es notorio que la autorización que la ley otorga para el registro, secuestro y examen de documentos privados o la intervención de las comunicaciones gira en torno a una investigación por la imputación de hechos delictivos específicos (v. gr., tráfico de estupefacientes, trata de personas, legitimación de capitales, etc.), y no conforme a una atribución indeterminada o genérica (examinar si la persona comete delitos, “ir de pesca”).

Al respecto, la Sala Constitucional sostuvo que:

[...] Debe entenderse que, de la medida de intervención telefónica que necesariamente conlleva la intromisión en un derecho fundamental, no puede derivarse jamás, en forma antojadiza, cualquier efecto, puesto que ello haría nugatorias las exigencias constitucionales establecidas en el artículo 24 de la Carta Fundamental y a la vez, por que (sic) con el pretexto de investigar un delito de los contemplados en el artículo 8 (sic) de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, se podría encubrir, en realidad, cualquier investigación policial paralela, a partir de la cual se pueden derivar cualquier clase de efectos que, en definitiva, irían en detrimento de la garantía constitucionalmente establecida. Por esa misma razón, el artículo 24 constitucional establece que existirán sanciones y responsabilidad para los funcionarios que apliquen ilegalmente la excepción bajo la cual se permite la intervención de las comunicaciones y de igual manera, en el párrafo final de ese artículo se indica que, “[...] la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación, no producirá efectos legales.” De igual manera, el artículo 28 de la Ley de marras establece: “Art. 28: Los resultados de la intervención de las comunicaciones orales o escritas no podrán ser utilizados para ningún propósito distinto del que motivó la medida”. De este modo, puede concluirse que es violatorio del derecho a

63 Artículo 16 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, N.º 8754.

*la intimidad, el utilizar el resultado obtenido en intervenciones telefónicas autorizadas para la investigación de un delito, como fuente de prueba*⁶⁴.

Así será el fundamento con que se requirió la adopción de la medida y la justificación que medió para su autorización, los que marcarán el derrotero sobre el propósito que tiene la información o resultado que se obtuvo. Toda aquella divulgación o utilización de la información que sobrepase ese propósito estaría contemplada dentro de la conducta típica del tipo penal de estudio, con mucha más razón, cuando se persiguen fines ilícitos o la obtención de algún beneficio personal o en favor de un tercero.

El propósito legal es un tema distinto. El ejemplo más común es, cuando en la ejecución de una intervención telefónica por un delito, se obtiene información de otro acontecimiento delictual (descubrimiento casual); es decir, se refiere precisamente al encuentro de diversas situaciones como serían, sin agotar los supuestos: a) hechos delictivos de la persona acusada distintos del que motivó la intervención; b) hechos delictivos de una tercera persona no autora ni partícipe del delito investigado, pero relacionados con este; c) hechos delictivos de una tercera persona, pero sin relación alguna con el delito investigado; d) conocimientos provenientes de una tercera persona, pero relacionados con el hecho investigado; e) conocimientos que provienen de una tercera persona que se refieren a un hecho delictivo distinto del investigado.

En cuanto a la delincuencia organizada, parece que los descubrimientos casuales serían esperables en una intervención de comunicaciones, porque para su constitución se requiere, además de la participación colectiva (grupo de tres o más personas), de una estructura organizada (con roles y tareas específicas para cada miembro del grupo) y permanencia temporal (que no se haya formado fortuitamente y que exista por un período indefinido), el que se acredite la actuación concertada de sus miembros para cometer delitos (el propósito de cometer uno o más delitos graves).

Es decir, aunque la información resulte casual y no estaba, estrictamente, dentro de las justificaciones que originaron la intervención telefónica, sí podría entenderse, razonablemente, como parte del giro criminal de la organización (se conoce que, dentro de la investigación de una banda por narcotráfico, se dio muerte a competidores para mantener el negocio) y, por ende, es permitida su utilización dentro de las pesquisas, sin caer en la descripción típica del artículo 24.

Otro supuesto sería la intervención telefónica donde se descubre una actividad criminal paralela de alguno de sus miembros o la participación de otra red criminal diferente (entre muchos otros supuestos) que está fuera del giro criminal de la organización y, claro está, de la investigación que se está llevando a cabo y por la cual se justificó la irrupción en el derecho a la intimidad de las personas procesadas.

⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 01571-1996 de las 12:36 horas, del 29 de marzo de 1996.

La jurisprudencia ha reconocido únicamente dos supuestos que legalmente quedarían fuera de la conducta típica de divulgación de información proveniente de una intervención telefónica: *i)* cuando el hallazgo casual tiene relación con uno de los delitos que permiten la intervención de las comunicaciones y *ii)* cuando el hallazgo casual es un hecho ilícito donde no se autorice este tipo de medida.

En el primer caso, la Sala Constitucional sostiene que el hecho de que se esté investigando una actuación delictiva no es óbice para la persecución de otras distintas relacionadas, y que se descubren al investigar aquella. De este modo, al menos desde el punto de vista constitucional, no resulta ilegítima la persecución de otras conductas surgidas a raíz de las interceptaciones telefónicas ordenadas originalmente, sobre todo si, eventualmente, estas otras conductas podrían estar vinculadas con el ilícito originario y conducir a la averiguación de la verdad de los hechos⁶⁵.

Eso sí, es necesario que la intervención telefónica donde se efectuó el descubrimiento haya sido legítimamente ordenada, que su finalidad sea investigar alguno de los delitos que autorizan los numerales 9 y 10 de la “*Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones*”, N.º 7425, que el hallazgo tenga la característica de ser “casual”, y que la información obtenida esté referida a un hecho delictivo que también la normativa citada contempla. En este supuesto, se ha aceptado que el hallazgo tenga la calidad de indicio y que se pueda utilizar como tal en otro proceso⁶⁶.

En el segundo caso, cuando el hallazgo hace referencia a un delito que no está dentro del catálogo que permite la intervención de las comunicaciones y está fuera de la justificación de la orden (v. gr., una investigación que inició por el delito de tráfico de drogas, proceso donde se autorizó la intervención de las comunicaciones y que, en el transcurso de las pesquisas, se aludió a una estafa perpetrada por un miembro de la organización criminal), el tratamiento sustantivo y procesal varía un poco.

Por disposición constitucional y legal, es indiscutible que la facultad de autorizar una intervención telefónica está limitada a la investigación de cierto tipo de delitos previamente seleccionados por el legislador, los cuales en nuestro país están indicados en forma taxativa en el artículo 9 de la Ley N.º 7425.

Para la Sala Constitucional, esta delimitación realizada por el legislador constituye, sin lugar a dudas, un criterio objetivo de proporcionalidad entre el hecho que se pretende investigar, frente a la lesión que, con la autorización, se produce respecto del derecho fundamental que tienen las

65 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2014-00197 de las 09:05 horas del 10 de enero de 2014.

66 Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2016-0235 de las 14:30 horas, del 15 de febrero de 2016. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2016-00822 de las 10:12 horas, del 5 de agosto de 2016.

personas, al secreto de las comunicaciones contenido en el numeral 24 de la Constitución Política, lo que necesariamente debe ser así, puesto que no es posible que se lesione ese derecho fundamental bajo cualquier pretexto.

No obstante, reconoce que, frente a este criterio objetivo de proporcionalidad, se pueden presentar los llamados “*descubrimientos casuales*” que proporcionarán un conocimiento que no podrá eliminarse y que, por ende, estos solo podrán ser tomados en cuenta como “*notitia criminis*” (nunca como prueba), de ahí que: “[...] *a partir de ese conocimiento fortuito, el juzgador podría iniciar una investigación independiente sobre ese nuevo hecho en la que no podría de ningún modo, incluir las intervenciones a partir de las cuales obtuvo esa noticia*”⁶⁷.

Este criterio fue receptado por la Sala de Casación Penal, al resolver:

*Ahora bien, se extrae de la sentencia de la Sala Constitucional, recién transcrita, que los hallazgos casuales –entre ellos los que se relacionen con hechos punibles para los que el legislador restringió los medios a los que es posible recurrir en su esclarecimiento, cual sucede en la especie- pueden usarse sólo como noticia del hecho y no como prueba de su ocurrencia o autoría. En otros términos, resultan idóneos para que, con base en ellos, se ordene iniciar una investigación, o bien para señalar nuevos rumbos a una que ya se encuentra en curso. La situación de este tipo de datos o elementos –en lo que al ámbito probatorio concierne- no es extraña al proceso penal, sino que pueden encontrarse varias equivalencias, en particular las que se concretan en los informes que usualmente posee la policía sobre un hecho delictivo y que, aun cuando útiles para iniciar u orientar indagaciones, carecen de toda aptitud demostrativa individual y requieren ser corroborados por otras probanzas (independientes y objetivas) que sustenten una condena. Desde luego, lo anterior no significa que tales informes (o el registro de las conversaciones intervenidas, en este caso) ni siquiera puedan mencionarse en la sentencia, pues como “notitia criminis” que son, integran el desarrollo de los actos investigativos o, cuando menos, explican su origen o el rumbo que siguieron, a la vez que permiten constatar la legitimidad de las actuaciones que fueron realizadas. Lo que sí se les niega, conforme se apuntó, es aptitud probatoria para demostrar el hecho –desde que la mera noticia de su ocurrencia no es sinónimo de su demostración- y, en este sentido, constituyen simples hipótesis que habrán de descartarse o corroborarse a través de pruebas idóneas y nunca utilizarse para suplir la ausencia de estas. (Voto 872-2002, de las 09:00 horas, del 6 de septiembre de 2002)*⁶⁸.

67 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 01571-1996 de las 12:36 horas, del 29 de marzo de 1996.

68 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2016-0822 de las 10:12 horas, del 5 de agosto de 2016. En igual sentido, resolución n.° 2021-01348 de las 13:40 horas del 5 de noviembre de 2021.

En síntesis, con el fin de poder revelar y que resulte legítima para iniciar o acreditar algún hecho o circunstancia en otro proceso, la información obtenida de una intervención telefónica se requiere que: *i)* al decretarse la intervención de las comunicaciones, no se tuvo como objetivo investigar un delito distinto al que se autorizó (legitimidad de la medida); *ii)* el descubrimiento de los nuevos hechos delictivos resultó casual y no previsto; *iii)* si el descubrimiento casual obedece a un delito de los autorizados por la ley para justificar una intervención, podría tener la condición de indicio; *iv)* si aquel no está dentro del catálogo legal para justificar la medida, la información o el resultado de la intervención solo podrá divulgarse a manera de noticia criminal, y no podrá revelarse la comunicación como tal.

El otro cuestionamiento es quién debe autorizar la revelación de la información o el resultado de una intervención para que resulte legal, ya sea como *notitia criminis* o indicio en otro proceso, el juez, la jueza, las personas funcionarias policiales o el Ministerio Público.

En principio, la jueza o el juez que ordena la intervención “[...] será el responsable directo de todas las actuaciones realizadas en la aplicación de las medidas, sin que pueda haber delegación alguna en este sentido” y “[...] ordenará y velará porque la intervención se realice de la manera menos gravosa para terceras personas no investigadas” (artículo 16 de la Ley N.° 7425), mientras que el personal técnico encargado de ejecutar la medida quedará subordinado a su autoridad mientras dura la ejecución. Aunado a esto, es quien tiene la responsabilidad de todas las actuaciones -incluidos los descubrimientos casuales- y además es quien tiene la responsabilidad de:

*1.- Dictar las resoluciones que autorizan la intervención de las comunicaciones o el registro, el secuestro o el examen de documentos, según lo prescrito en la presente Ley. 2.- Guardar la confidencialidad y el secreto de toda la información obtenida mediante la aplicación de las medidas autorizadas, salvo para los efectos que originaron el acto. 3.- Velar porque la medida se disponga sólo en los casos y con las formalidades que, expresamente, prevé esta Ley. Además, será responsable directo de todas las actuaciones realizadas en la aplicación de las medidas, según las estipulaciones de la presente Ley*⁶⁹.

La Sala Constitucional, haciendo un análisis sobre lo delegable o no en una intervención de las comunicaciones, resolvió:

En criterio de este Tribunal, los derechos tutelados en el artículo 24, de la Constitución Política, están debidamente resguardados siempre que sea un juez de la República quien, por resolución debidamente motivada, y bajo su control, supervisión y vigilancia, ordene la intervención de ciertas comunicaciones orales o escritas, con determinación del tiempo que debe durar esa intervención, de las personas intervenidas, de los canales de comunicación interceptados y, además, que sea él quien filtre la información que se va a incorporar al

69 Artículo 21 de la Ley N.° 7425.

proceso, sin que sea indispensable su presencia física en el propio acto de escucha, pudiéndolo delegar en funcionarios debidamente identificados y calificados para realizarlo. Se debe entender, entonces, que lo que es indelegable, en los términos de la parte final, del párrafo 4°, del citado artículo constitucional, es la responsabilidad del juez por la aplicación y control de la intervención, pero no la escucha de las comunicaciones intervenidas. Lo que no es constitucionalmente posible, es que la diligencia de intervención de comunicaciones no esté bajo el control, vigilancia y responsabilidad del juez competente, ni que no haya sido ordenada por resolución debidamente motivada. Pero tanto los actos materiales de ejecución de la intervención, como la escucha de la intervención propiamente dicha, pueden ser delegadas en personal distinto al juzgador, debidamente instruido al efecto, según lo disponen tanto la Ley N° 7425, como el Reglamento de Actuaciones para el Centro Judicial de Interceptación de Comunicaciones, aprobado por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia en la Sesión N° 44-12 de 17 de diciembre de 2012 (artículos XXIII y XXIV). [...] El control de todos los actos es del juez, así como la decisión de cuáles partes de la intervención van a ser incorporadas al proceso, es decir, de su filtro. [...] Por el contrario, sí se justifica -e, incluso, resulta hasta necesario- que el constituyente haga expresa relación a la responsabilidad del juez si este puede delegar la escucha en determinados funcionarios, porque, entonces sí, tiene sentido que se le responsabilice por la aplicación y control de la intervención de la comunicación oral, no obstante que la escucha la practique materialmente otro servidor. De no existir esa norma, la responsabilidad caería sobre el funcionario delegado, no sobre el delegante como lo establece la norma constitucional. De una interpretación, no solo acorde con las nuevas exigencias de la realidad social y con la nueva concepción del juez en el proceso penal, sino también con el texto mismo del precepto constitucional contenido en el citado artículo 24, es dable afirmar que la responsabilidad, control y vigilancia del juez respecto de las intervenciones lo es sobre la orden, sobre el tiempo de la intervención, sobre el producto, la prueba o el contenido que genera esta intervención y que, posteriormente, se va a incorporar al proceso, lo que no implica la escucha directa por parte del juez de la intervención, la cual bien puede ser realizada por funcionarios designados al efecto. (El énfasis es suplido)⁷⁰.

Consecuentemente, siendo indelegables la responsabilidad, control y vigilancia del juez y de la jueza sobre la orden que autoriza la intervención de las comunicaciones, sobre el tiempo de esta, sobre el producto, la prueba o el contenido que genera esta intervención -incluidos los descubrimientos casuales- y que, posteriormente, se va a incorporar al proceso, por más que las personas funcionarias de la Policía o el Ministerio Público participen en la escucha de las comunicaciones y se enteren del contenido de aquella, no podrán revelarla -ni siquiera, como *notitia criminis*- sin que la persona juzgadora sea quien lo autorice, ya que la ley les impone, igualmente, el deber de guardar secreto y de utilizar esa información solo para lo que se ordenó.

70 Resolución n.° 2016-12771 de la 9:00 horas, del 7 de septiembre de 2016.

Como se indicó, el tipo subjetivo de este delito es doloso. Sin embargo, el legislador implementó la figura culposa⁷¹ en el artículo 25 de la Ley N.° 7425, al disponer:

Se reprimirá, con prisión de seis meses a dos años, al juez o al funcionario policial o del Ministerio Público que, por culpa, divulgue o permita que se divulgue información obtenida mediante el secuestro de documentos o la intervención de las comunicaciones.

En la ejecución de la intervención de las comunicaciones o el secuestro de documentos, es claro que se pueden presentar riesgos que pueden ocasionar que se divulgue la información obtenida, sin que medie dolo de las personas que tienen el deber de controlar y vigilar la diligencia, por lo que el legislador impone una serie de deberes jurídicos que se deben cumplir para mantener estos riesgos dentro de un rango permitido.

Cuando este riesgo se incrementa, a partir del conocimiento que tiene el agente activo de que debe guardar la confidencialidad y el secreto de toda la información obtenida mediante la aplicación de las medidas autorizadas, salvo para los efectos que originaron el acto, y velar porque la medida se disponga solo en los casos y con las formalidades que, expresamente, prevé la ley (elemento cognoscitivo), y que, como ejecutor de una medida de tal trascendencia sobre el derecho fundamental a la intimidad, su obligación es tomar las previsiones necesarias para que no se divulgue la información obtenida y se utilice para otros fines distintos a los ordenados en la medida, y aun así, el agente activo se arriesga dejando, por ejemplo, las resoluciones de la intervención, los medios que contienen las comunicaciones o un resumen de aquellos al alcance de terceras personas ajenas a la medida, o no mantiene el control de la diligencia (elemento volitivo), y esto produce que se divulgue la información secreta, se acreditaría el nexo de causalidad entre el resultado lesivo y el deber objetivo de cuidado infringido y, por ende, la responsabilidad por culpa.

En contraposición, si, aunque el agente activo guarda la atención exigida por el ordenamiento jurídico y otras normas del comportamiento humano, sobreviene la divulgación de la información obtenida de la intervención telefónica, es evidente que no existe el nexo causal entre la conducta examinada y el daño al bien jurídico tutelado, y la conducta no resultaría típica.

71 “La culpa penal es la falta a un deber objetivo de cuidado que causa directamente un resultado dañoso previsible y evitable. El tipo culposo tiene una estructura binaria: a) El tipo objetivo: lo constituye la falta a un deber de cuidado que causa directamente un resultado previsible y evitable; y b) El tipo subjetivo: basado en la culpa como relación personal entre acción y resultado, subestructurada por un elemento cognitivo y un elemento volitivo. El aspecto cognitivo consiste en la previsibilidad potencial (culpa sin representación) o en la previsión concreta (culpa con representación) del resultado; y el volitivo significa optar por medios contrarios al deber objetivo de cuidado pero sin aceptar el resultado”. Sala de Casación Penal. Resolución n.° 2013-00709 de las 9:58 horas, del 14 de junio de 2013.

3.4. Sobre los delitos de procuración de impunidad y legitimación de capitales (artículo 47 de la Ley N.° 8422)

3.4.1. El delito de procuración de impunidad o evasión

El tipo penal del artículo 62 de la Ley “Reforma integral ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”, N.° 8204 (en adelante LPFT), dispone:

Artículo 62.-Se impondrá pena de prisión de tres a diez años e inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas durante el mismo período, al servidor o funcionario público que procure, por cualquier medio, la impunidad o evasión de las personas sujetas a investigación, indiciadas o condenadas por la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta Ley. // La pena será de ocho a veinte años de prisión si los actos mencionados en el párrafo anterior son realizados por un juez o fiscal de la República. // Si los hechos ocurren por culpa del funcionario o empleado, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, en los presupuestos del primer párrafo del presente artículo, y pena de prisión de dos a cinco años cuando se trate de los actos contemplados en el segundo párrafo; en ambos casos, se impondrá inhabilitación para ejercer cargos públicos por el mismo plazo.

El bien jurídico

Este tipo penal, al estar dirigido a sancionar aquellos delitos relacionados con el narcotráfico y el financiamiento al terrorismo, y por su naturaleza intrínsecamente ligada a la criminalidad organizada, es un modo especial de encubrimiento y evasión efectuado por personas funcionarias públicas, y afecta a la Administración pública y, en particular, a la Administración de Justicia.

Por medio de este tipo penal, el legislador ha elevado a rango de delito un mero acto preparatorio, como podría ser la impunidad de los y las miembros de esta organización o la evasión de alguno de ellos, si se encuentran detenidos (resultado).

La Sala Constitucional, realizando una precisión sobre el bien jurídico tutelado en la conducta típica descrita en el artículo 62 de la Ley N.° 8204, indicó:

[...]III.- DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA FUNCIÓN PÚBLICA. En un Estado democrático como el nuestro, es necesario someter a la función pública a una serie de normas que garanticen un comportamiento objetivo a través del cual se evite, en la medida de lo posible, la manipulación del aparato del Estado para satisfacer los

intereses particulares de algunos funcionarios. Existen una serie de principios generales y preceptos fundamentales en torno a la organización de la función pública que conciben a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales: a) que la Administración debe actuar de acuerdo a una serie de principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración, desconcentración); b) que sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley; y c) que la ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. [...] No basta que la actividad administrativa sea eficaz e idónea para dar cumplida respuesta al interés público, así como tampoco que sean observadas las reglas de rapidez, sencillez, economicidad y rendimiento, sino que también es necesaria la aplicación de instrumentos de organización y control aptos para garantizar la composición y la óptima satisfacción global de los múltiples intereses expresados en el seno de una sociedad pluralista, de modo tal que los ciudadanos que se encuentren en igual situación deben percibir las mismas prestaciones y en igual medida. Es así como el principio de imparcialidad se constituye en un límite y –al mismo tiempo- en una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario. Este es entonces el bien jurídico protegido o tutelado en los delitos contra la administración pública en general o la administración de justicia en lo particular: la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales, entre los que debe incluirse la norma impugnada, como se verá a continuación. [...] ⁷².

El sujeto activo

Por la descripción típica, es un delito especial propio que requiere que el sujeto activo tenga la condición especial de “persona funcionaria pública”. Empero, se especializa aún más en la conducta del párrafo segundo que, además de que requiere la función pública como condición personal, demanda que aquella ostente el cargo de persona juzgadora, fiscal o fiscalía del Ministerio Público.

La cualidad de persona funcionaria o empleada pública es de fundamental importancia en la descripción típica, en tanto únicamente se configura el tipo si el sujeto activo o infractor tiene esa condición. Por tal debe entenderse, en un modo muy general, a la persona que está investida de ciertas facultades que la habilitan para desempeñar funciones estatales o públicas, y que constituye una manifestación del poder público.

72 Resolución n.° 11524-00 de las 14:48 horas, del 21 de diciembre de 2004.

La conducta activa

La acción típica es “procurar”: “1. tr. Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa. 2. tr. Conseguir o adquirir algo”⁷³.

En este caso, significa hacer diligencias o esfuerzos para conseguir la impunidad o la evasión de las personas sujetas a investigación (puede ser policial o judicial), indiciadas (en proceso judicial) o condenadas (sentencia firme de culpabilidad) por la comisión de alguno de los delitos tipificados en la ley.

La Sala Constitucional se refirió sobre esta conducta típica:

El contenido de esta norma es claro y preciso. Se sanciona al funcionario público que promueva la impunidad o evasión de las personas a las que se les sigue investigación policial o judicial o que han sido condenados por los delitos de narcotráfico. Efectivamente no se especifica ningún medio por el cual se pueda concretar esta acción, precisamente porque esa situación puede ser facilitada de muchas maneras, así por ejemplo –y sin que constituya una lista taxativa y cerrada- se pueden citar las siguientes, por ejemplo el juez que no valora correctamente una prueba, el retardo injustificado en la tramitación de la causa penal para que prescriba el asunto, la no firma de una sentencia condenatoria, el consignar declaraciones diferentes de los imputados o del imputado, contabilizar en forma errónea la pena, imponer menos pena de la que se debe, la sustracción o destrucción de las pruebas, etc. Nótese que lo que interesa es el resultado, esto es la impunidad o evasión de la acción de la justicia, no el medio mediante el cual se haga, porque bien puede afirmarse que en todos los casos hay un incumplimiento serio de los deberes y responsabilidades encomendados a los encargados de la investigación policial y judicial de los imputados por causas penales por la comisión de delitos de narcotráfico, así como del internamiento de los sentenciados por esos delitos. Bajo ningún concepto puede estimarse que el término “impunidad” sea indeterminado y sujeto a la arbitrariedad del operador del derecho, todo lo contrario. Por tal debe entenderse la falta de castigo, esto es procurar la libertad de una persona que ha cometido un delito, lo cual se explicó, puede ocurrir por múltiples motivos. Sus causas son variadas, pero todas ellas son responsabilidad de un funcionario público que no cumplió con las obligaciones y deberes encomendados, situación que evidencia el grado de corrupción del Estado, por implicar un uso abusivo y discriminatorio del poder estatal, sea por presiones políticas, por intereses económicos privados, por atender a amenazas que se le hacen a los funcionarios [...]”⁷⁴.

73 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. Versión 23.5 en línea. <<https://dle.rae.es>> 22 de junio de 2022.

74 Resolución n.º 11524-00 de las 14:48 horas, del 21 de diciembre de 2004.

También sobre la manera en que se consume el delito, la Sala de Casación Penal explicó al respecto:

La acción constituye el núcleo del tipo y generalmente se describe con un verbo; a partir de ella se reconocen delitos de mera actividad, de resultado y de peligro –obviamente existen otras categorías que no interesan en este caso concreto–. Debe notarse que en los delitos de mera actividad no se requiere para la consumación la producción de un resultado que supere la mera conducta típica; con la realización de los actos que debieran producir el delito, queda éste consumado, es decir, perfeccionada la manifestación de voluntad, ésta tiene ya valor de resultado. En estos delitos el momento consumativo se anticipa y las formas imperfectas quedan absorbidas por la consumación al tratarse de infracciones de las llamadas “de resultado cortado”. Y es que la consumación surge ab initio con la actividad del primer acto exterior –“procurar por cualquier medio”– encaminada a la impunidad o evasión de las personas sujetas a investigación policial, judicial o condenadas por la comisión de alguno de los delitos tipificados en la ley de marras (véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, tercera edición, página 291 y REY HUIDOBRO, Luis Fernando. El delito de tráfico de drogas, aspectos penales y procesales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, páginas 145 y siguientes). [...] El hecho de que no se haya materializado la “impunidad” o bien la “evasión” de los miembros de la banda investigada por narcotráfico no es un elemento que convierta en atípica la actividad que se acusa. El tipo penal regulado en el artículo [62] –como delito de mera actividad– solo exige la acción de “procurar” la impunidad o la evasión, por lo que no es necesario que estas últimas se produzcan para considerar típica, antijurídica y culpable la acción. Además, es irrelevante si el imputado conoce o no a las personas respecto de las cuales procura la impunidad, importa la acción de “procurar” pues en último término pueden existir motivaciones diferentes –que no son elementos esenciales del tipo penal–, como ayudar a un familiar, a un amigo e incluso a un desconocido por el simple afán de lucrar. Nótese que el lucro no es un elemento esencial del tipo penal de marras, pero para el caso concreto –caso de demostrarse la acusación fiscal– es un aspecto que debe ser considerado como parte de los hechos acusados y de los que el Tribunal tuvo por ciertos, pudiéndose visualizar también que la impunidad o la evasión se derivan inmediata y necesariamente de la posibilidad de que los interesados se impongan de que son seguidos e investigados por la policía, de que sus teléfonos están intervenidos o de que la policía o el Ministerio Público tiene noticias de sus actividades ilícitas⁷⁵.

El medio comisivo del verbo activo “procurar” se puede ejecutar “por cualquier medio”. Esto implica que, como *supra* se explicó, al ser una conducta de mera actividad que afecta a la Administración de Justicia, el tipo penal de estudio resume todos los tipos que sancionan los delitos contra los deberes

75 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2007-00714 de las 11:00 horas, del 6 de julio de 2007.

de la función pública, contenidos en el título XV del Código Penal, los cuales penalizan a la persona funcionaria que: abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario” (abuso de autoridad, artículo 338); “que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función “(incumplimiento de deberes, artículo 339); “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 por hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones (cohecho propio, artículo 348).

Asimismo, se sanciona al funcionario, juez o árbitro que favorezca o perjudique una parte en el trámite o resolución de un proceso, aunque este sea de carácter administrativo, así como el dictado de una resolución injusta (corrupción de jueces, artículo 351), el enriquecimiento ilícito (artículo 353):el 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 beneficio patrimonial” (concusión, artículo 355), “al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos “ (prevaricato, artículo 357), “al funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo” (peculado, artículo 361), “el funcionario público que hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes” cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo (facilitación culposa de subtracciones, artículo 362), “el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados” (malversación, artículo 363), disposiciones a las que quedan sujetos todos los que “administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares” (peculado y malversación de fondos privados, artículo 363 bis).

También, por ser un delito especial de encubrimiento, podría indicarse que: en la conducta típica, concurre la acción del funcionario público 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 de este” (favorecimiento real, artículo 332); altere, oculte, sustraída o haga desaparecer los rastros, las pruebas o los instrumentos de esos delitos, o asegure el provecho o producto de tales actos (artículo 61 de la Ley N° 8204); o ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de esta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo (artículo 329).

El elemento subjetivo

La figura penal puede cometerse tanto por dolo como por culpa. En cuanto al dolo, en su elemento más básico, su contenido consiste en conocer y querer realizar el tipo de injusto. El conocimiento constituye el elemento intelectual del dolo, el cual debe abarcar el conocimiento de

los hechos. La voluntad es el elemento volitivo del dolo y se refiere a la determinación del sujeto a ejecutar una determinada conducta.

Dentro del elemento intelectual, el conocimiento de los hechos debe abarcar que se ha producido un delito de los estipulados en la Ley N.º 8204. Esto se deriva de la descripción normativa “*de alguno de los delitos tipificados en esta Ley*”. También debe conocer que la persona sobre la que procura lograr la impunidad o su evasión, está sujeta a “investigación”, es decir, una persona que tenga la condición de “indiciada” o “condenada”.

Estos dos últimos elementos normativos no son de difícil determinación, por cuanto una persona indiciada es a quien ya se le considera sospechosa de haber cometido un delito, porque sobre ella recaen indicios sobre la comisión de una conducta punible⁷⁶; mientras que condenada es una persona a quien, por sentencia firme, se le impuso una pena, gravamen, carga u obligación⁷⁷.

La dificultad se presenta cuando se trata de precisar cuándo una persona está sujeta a “una investigación” por este tipo de delitos. Como punto de partida, el Organismo de Investigación Judicial es quien tiene la atribución de investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, a identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables, y a reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación⁷⁸.

No obstante, cuando la Policía Judicial no pueda actuar inmediatamente, la Policía Administrativa tiene el deber de actuar en casos de urgencia o cuando cumpla órdenes de autoridad judicial, para cuyo caso tendrá las mismas atribuciones de investigación que los investigadores judiciales⁷⁹.

Por su parte, la Policía de Control de Drogas tiene la competencia para prevenir los hechos punibles contemplados en la legislación sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, y para cooperar con la represión de esos delitos. Para ello, tiene la atribución de investigar los hechos ilícitos mencionados, identificar, de manera preventiva, a los presuntos responsables y ponerlos a la orden de la autoridad judicial competente; levantar los informes relacionados con este tipo de delincuencia; efectuar los decomisos; realizar todas las actuaciones policiales tendientes a esclarecer los hechos y poner a la orden de las autoridades judiciales competentes a los detenidos por estos delitos⁸⁰.

76 Salazar Carvajal, Pablo. (2020). *Diccionario usual del Poder Judicial*. Poder Judicial, Costa Rica. <https://dictionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario> [Indiciado(a)], tomada el 22 de junio, 2022.

77 Salazar Carvajal, Pablo. (2020). *Diccionario usual del Poder Judicial*. Poder Judicial, Costa Rica. <https://dictionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario> [condenado(a)], tomada el 22 de junio, 2022.

78 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, artículo 3.

79 *Ibidem*. Artículo 4.

80 Ley General de Policía, N.º 7410. Artículos 25 y 26.

Sumado a ello, estos órganos se activan, *prima facie*, por una *notitia criminis*, ya sea porque esta fue revelada por actuaciones de los grupos criminales que evidencian su actividad ilícita (actuación de oficio de las autoridades policiales), porque recibieron alguna información (sea confidencial o por un tercera persona -agencias de cooperación nacionales o internacionales-), o porque así lo dispuso alguna autoridad competente (v. gr., tribunales de justicia). Y, por lo general, la mayoría de estas investigaciones son de carácter confidencial, por lo que los datos de la investigación -qué se trata de descubrir, a quiénes se hace y cuáles son los avances de las pesquisas- están destinados a un número muy reducido de personas, en principio, a los y las agentes que llevan propiamente la investigación y un fiscal o fiscalía del Ministerio Público, como director o directora de las investigaciones penales.

Consecuentemente, parecen necesarias, como mínimo, la existencia de una noticia criminal y la ejecución de algún acto de investigación que dé como resultado el señalamiento de una o más personas -agrupación criminal- (plenamente identificadas), como presuntas responsables de alguno de los delitos establecidos en la Ley N.° 8204, como para poder concluir que una determinada persona está siendo investigada por un hecho de esta naturaleza, aunque todavía no se tenga un indicio grave, preciso y contundente sobre su participación.

Así, el elemento intelectual tiene que abarcar este conocimiento, ya sea que la persona que se pretende ayudar esté siendo investigada por alguno de los órganos competentes, como posible partícipe de la actividad criminal del giro de narcotráfico, la legitimación de activos y el financiamiento del terrorismo, y que es presuntamente partícipe de alguna de estas ilicitudes.

Sin embargo, no requiere que el agente activo conozca propiamente a quién procura beneficiar, por lo que bien puede ser una persona extraña (v. gr., un juez deja en libertad a un “desconocido” a quien se le investiga por narcotráfico, a sabiendas de que este, fuera del centro penal, saldrá de inmediato del país hacia su nación de origen, evadiendo el proceso penal que se persigue, con el afán de lograr su impunidad y, con esta, la del grupo criminal del que forma parte, para así beneficiar a su amigo, quien es miembro de este grupo criminal).

De la misma manera, el agente debe conocer que la acción u omisión que realiza tiene la entidad de servir para que el presunto responsable eluda la investigación, su procesamiento o condena, o bien pueda sustraerse de la persecución penal o de las consecuencias jurídicas de la pena.

El contenido del elemento volitivo supone que, conociendo todos los aspectos del elemento intelectual, el sujeto desea procurar la impunidad o evasión de alguna persona. Parece que, cuando el tipo recoge que el agente activo debe procurar “*la impunidad o evasión de las personas sujetas a investigación, indiciadas o condenadas por la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta Ley*”, está introduciendo un elemento subjetivo más allá del dolo genérico. No obstante, no se aprecia tal elemento subjetivo, a partir de que no se determina en la expresión normativa la

búsqueda de una finalidad específica -un para-, sino la aclaración necesaria para poder describir adecuadamente el hecho típico.

El dolo eventual queda excluido, porque la precisión que el conocimiento debe tener en esta figura, es decir, sobre la ayuda que se presta a personas sujetas a investigación, indiciadas o condenadas por la comisión de alguno de los delitos tipificados en la Ley N.º 8204, como sobre el abuso de la función pública que se ostenta, lo hacen incompatible con este.

La conducta típica de procuración de impunidad y evasión tiene también su figura comisiva culposa, cuando describe que:

[...] Si los hechos ocurren por culpa del funcionario o empleado, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, en los presupuestos del primer párrafo del presente artículo, y pena de prisión de dos a cinco años cuando se trate de los actos contemplados en el segundo párrafo; en ambos casos, se impondrá inhabilitación para ejercer cargos públicos por el mismo plazo.

La culpa es un efecto de imprevisión de las consecuencias que el agente tuvo capacidad u oportunidad de prever. Es decir, la finalidad del autor no se dirige a la realización de la conducta prohibida en un tipo penal; pero por falta al deber objetivo de cuidado de este, se produce el resultado típico. Así, se distinguen un aspecto objetivo y uno subjetivo. Asumir innecesariamente un riesgo evitable o incrementar uno existente, más allá del rango permitido, conforma el aspecto objetivo, mientras que la omisión al deber de diligencia y cuidado contemplará el subjetivo.

El deber objetivo de cuidado, en síntesis, es actuar con la diligencia y prudencia debida, la cual debe determinarse, tanto por parámetros normativos, como extrajurídicos. De este modo, la desaprobación recae en la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios utilizados para realizarla; en tanto, para establecerlo, interesa cuál era el cuidado requerido en la vida de relación social de acuerdo con una conducta determinada (objetivo) y la comparación de la conducta que haya seguido un hombre razonable y prudente, frente a la realizada por el autor (juicio normativo). Por eso se concluye que el concepto de deber objetivo de cuidado es uno objetivo y normativo. Así,

[...] el análisis judicial se hace ex-post facto con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado, pero, en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme a todo el deber de cuidado que le corresponde acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento dirigido al fin intrascendente para el Derecho. Si después de semejante examen el resultado siempre se produce (el resultado contrario a Derecho) la conducta analizada resulta atípica del delito culposos. En el caso contrario, si la conducta verificada de acuerdo a este marco hipotético, hace que el resultado no se produzca, la conclusión que se deduce es que la

*conducta que infringió el deber de cuidado fue idónea para producir el resultado y, por ende, resulta típica del delito culposo que se esté investigando*⁸¹ .

Conforme a la conducta típica descrita en el artículo 62 de la Ley N°. 8204, el bien jurídico tutelado es la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa, como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales. Esto lo convierte en un delito contra la Administración pública en general o la Administración de Justicia en lo particular.

En un Estado democrático y republicano de derecho, como el nuestro, existe una serie de normas (o principios) que garantizan un comportamiento objetivo de la persona funcionaria pública, por medio del cual se evita -o reduce- el riesgo de que se manipule el aparato del Estado, para satisfacer intereses particulares o ilegítimos y, en el caso de estudio, pueden estar al servicio de redes de corrupción o criminalidad organizada.

La mayoría de estas máximas se derivan del modelo político que marca nuestra Constitución Política con relación a los principios democráticos de responsabilidad del Estado, de legalidad en la actuación pública, el régimen de incompatibilidades de los miembros de los supremos poderes y los principios que rigen el servicio público, tanto en lo que se refiere al acceso como la eficiencia en su prestación.

La ley materializa una serie de principios generales y preceptos fundamentales que, como se mencionó, derivan de los preceptos constitucionales, en torno a la organización de la función pública que concibe a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales: a) que la Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración, desconcentración); b) que sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley; y c) que la ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones⁸².

Estos preceptos, incluso, tienden a reforzarse -o limitarse-, tratándose de investigaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes, los delitos conexos, la legitimación de capitales, el financiamiento del terrorismo y los delitos de criminalidad organizada en general.

Así, el principio de transparencia de la función pública y el acceso a la información están limitados, en aras de proteger la aplicación de la ley de manera cumplida, como un bien jurídico

81 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2013-00713 de las 10:06 horas, del 14 de junio de 2013.

82 Ley General de la Administración Pública, artículos 1°, 9, 11, 100, 109, 111, 112, 132, 191 y 192.

de mayor trascendencia (por lo menos en etapas iniciales de investigación o procesamiento de las personas)⁸³.

Por su parte, el deber de imparcialidad tiene una mayor exigencia cuando se trata de personas funcionarias que administran justicia, por cuanto, en el conocimiento de una causa, las personas juzgadoras deben ser competentes, independientes e imparciales⁸⁴ y, por ende, solo deben estar sujetas a la ley y a la constitución⁸⁵ para garantizar su objetividad y la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

En este contexto, la finalidad de la Ley N.° 8204, entre otros propósitos, es regular la prevención, el suministro, la prescripción, la administración, la manipulación, el uso, la tenencia, el tráfico y la comercialización de estupefacientes, psicotrópicos, sustancias inhalables y demás drogas y fármacos susceptibles de producir dependencias físicas o psíquicas.

El control, la inspección y la fiscalización de las actividades relacionadas con estas sustancias y de los productos, los materiales y las sustancias químicas que intervienen en su elaboración o producción sancionan las actividades financieras, con el fin de evitar la legitimación de capitales y las acciones que puedan servir para financiar actividades terroristas, y adoptar medidas necesarias para prevenir, controlar, investigar, evitar o reprimir toda actividad ilícita relativa a la materia dispuesta en la ley.

En otras palabras, lo que se procura es erradicar la impunidad de las personas que están relacionadas con estos delitos y pretender que, luego de una sentencia condenatoria emitida por una autoridad competente y conforme al debido proceso, aquellas cumplan con la consecuencia jurídica que se les imponga.

Por tanto, entre otros, si una persona funcionaria policial o judicial, una persona juzgadora o una fiscal del Ministerio Público, sin mediar un dolo de procurar la impunidad o la evasión de las personas relacionadas con este tipo de delincuencia, empero, si un conocimiento de los deberes funcionales que tiene en el ejercicio del cargo (v. gr., guardar confidencialidad y el secreto de toda información obtenida en la investigación; evitar la destrucción o sustracción de prueba; procurar que no sea un retardo injustificado en la tramitación de la causa que lleve a la prescripción del asunto; recolectar, incorporar y analizar la totalidad de la prueba esencial, sin obviar aquella indispensable para la determinación de la culpabilidad de las personas autoras del delito; mostrar sigilo y cuidado

83 El deber de confidencialidad dispuesto para los agentes de la Policía Judicial (artículo 27 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial), para los de la Policía Administrativa (artículo 10 de la Ley General de Policía), para los funcionarios judiciales durante la investigación preparatoria (artículo 295 y 296 del Código Procesal Penal).

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Las Palmeras contra Colombia, fondo. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, n.° 90, § 53.

85 Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 2.

de las llaves de los dispositivos de seguridad y evitar que terceras personas accedan a ellos para facilitar la evasión de alguno de los sujetos involucrados, etc.) y que la conducta que escogió -acción u omisión- no cumple con los deberes que, como persona funcionaria pública con potestades sobre la investigación y juzgamiento, o sobre la ejecución de la detención provisional o la pena impuesta, la obligaban a tomar las previsiones necesarias para que las personas involucradas en estos delitos no logren salir sin sanción o evadir las impuestas, y aun así la ejecuta, generando un riesgo o incrementando el existente (elemento volitivo), será responsable por culpa si el resultado se produce (v. gr., las personas logran no ser juzgadas, investigadas o se evaden del centro penal donde descuentan una pena) y, en el análisis *ex post facto*, se determina que, actuando conforme al deber de cuidado que le correspondía acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento, el resultado contrario a derecho no se presentaba (nexo causal entre la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado).

En contraposición, aunque el agente activo guarde la atención exigida por el ordenamiento jurídico y otras normas del comportamiento humano, y sobreviene el resultado dañoso, es evidente que no existe el nexo causal entre la conducta examinada y el daño al bien jurídico tutelado, y no resultaría típica la conducta.

3.4.2. El delito de legitimación de capitales (artículo 47 de la Ley N.° 8422)

En su artículo 47, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422, describe la siguiente conducta típica:

Receptación, legalización o encubrimiento de bienes o legitimación de activos. 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, activos 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. Cuando los bienes, dineros o derechos provengan del delito de soborno transnacional, a la conducta descrita anteriormente se le aplicará la misma pena, sin importar el lugar donde haya sido cometido el hecho ni si está tipificado como delito el soborno transnacional en dicho lugar.

Vargas González (2021)⁸⁶ sostiene que este es un delito especial frente al de legitimación de capitales, y el delito de facilitación de legitimación de capitales descrito en los artículos 69 y 70 de la Ley N.° 8204 y también es más amplio.

86 Vargas González, Patricia. (2021). Una aproximación al delito de legitimación de capitales (Leyes N.° 8204 y 8422). En *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*. Núm. 1(32)(13) (2021) - Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. Recuperado el 25 de junio de 2022: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/49508/49608>.

Para la autora, en primer término, aquí no interesa la gravedad del delito precedente, entiéndase, su penalidad en abstracto. Solo se requiere que los bienes se originen en conductas criminales cometidas por un funcionario público (entre las que se incluye el enriquecimiento ilícito) con ocasión del cargo o por los medios y oportunidades que el cargo brinda.

Explica que la pena prevista (de uno a ocho años de prisión) es menor que la contemplada en el artículo 69 de la Ley N.° 8204 (de ocho a veinte años de prisión) y que, si bien en el numeral 69, se prevé tanto el conocimiento sobre el origen de los bienes como de determinados propósitos (ocultar o encubrir el origen ilícito del patrimonio, o ayudar a quien intervino en la conducta criminal previa a eludir su responsabilidad), en el artículo 47 examinado, esto solo sucede con dos de los verbos típicos (ocultar y dar apariencia de legitimidad). De esta manera, tratándose de las demás acciones (asegurar, transformar, invertir, transferir, custodiar, administrar o adquirir), bastaría para que se configure el ilícito, con que el o la agente (que puede ser cualquier persona) conozca la procedencia de los capitales.

En esto estamos de acuerdo con Vargas González, por cuanto el dilema que se suscita con la redacción del artículo 69 y las posibles interpretaciones que se le den (si las conductas que se describen deben tener, o no, una finalidad básica de encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a las personas partícipes en la infracción a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones), en la norma examinada no se presentan más allá de aquellas acciones que, por su naturaleza, ya traen inmersa esa finalidad encubridora, como sería ocultar algo o darle una apariencia que no tiene.

Esto es relevante porque al no requerir las restantes acciones típicas una finalidad de encubrir, la norma atiende lo penalmente relevante como la afectación que sufre el orden socioeconómico por la inyección de bienes procedentes del delito de enriquecimiento ilícito, soborno transnacional 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), en el flujo de la economía legal, lo que afecta además la libre competencia y el mercado. En este contexto, la finalidad que persiga el sujeto carece de relevancia, al ser una conducta objetivamente descrita.

Precisamente, para lograr el blanqueo de activos, los bienes atraviesan distintas fases, y usualmente se acepta la definición elaborada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el cual distingue tres. La primera de ellas, conocida como sustitución o colocación, se caracteriza por la transformación de unos bienes en otros con el fin de evitar sospechas acerca de su procedencia o de facilitar su manejo. En la segunda fase, ocultación o transformación, se pretende borrar el rastro de la previa sustitución que ha tenido lugar. Finalmente, cuando los bienes aparecen ya totalmente desvinculados de su origen ilícito, estaríamos ante la tercera de las etapas, la cual recibe el nombre de reinversión o integración y en la que los bienes son reintroducidos en el flujo económico legal.

Como expone Vidales Rodríguez (2012)⁸⁷, es incuestionable que cuanto más avanzado esté el proceso legitimador, más difícil debe resultar su persecución y, por ello, la legislación castiga las fases más tempranas de este fenómeno; esto es, la conversión o la transferencia de bienes procedentes de una actividad delictiva y la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o derechos relativos a tales bienes.

Como se indicó, el precepto incorpora, junto a la conversión o transmisión de bienes, la adquisición de estos. Los dos primeros supuestos – de obligada tipificación – rememoran la fase de sustitución. La inclusión de la adquisición puede justificarse con base en el enmascaramiento que tal conducta supone.

En cuanto a los verbos comisivos, Vargas González explica que, con el verbo *adquirir*, se apunta a la acción de incorporar al patrimonio, entendiéndose, al acto de “*incorporar al patrimonio de un sujeto un derecho sobre un bien o un derecho, incluido el derecho de posesión, en virtud de cualquier título (tanto oneroso como lucrativo)*”. La *transformación* es una especie de *conversión*, por su parte, supone comportamientos que “[...] *han de recaer directamente sobre el bien procedente [...]*”, lo que implica el carácter esencial de establecer una relación entre el objeto material del delito y la acción típica que debe recaer sobre este.

De este modo, una vez que se realiza la conducta de conversión, el resultado, esto es el bien convertido o transformado, debe tener como base el bien originario. Caben conductas de mutación de los bienes, ya sea mediante la adición de nuevos elementos o su supresión, o su transformación sin necesidad de segregar ni incluir nada.

*Se trata de la transformación de los bienes, de la modificación de su naturaleza originaria que, dependiendo del bien que se trate, puede suponer una conversión material, inmaterial o ideal, sea reversible o no”. El transmitir (*transferir*) supone el traspaso de los derechos sobre los activos originados en un delito de los contemplados en la norma. Esta presupone “la previa adquisición o tenencia por parte del transmitente conociendo su origen ilícito; transmisión material o fáctica (desplazamiento o traslado físico) y jurídica. Hay que tener en cuenta que en el supuesto de transferencia electrónica pueden confundirse los sujetos de la acción en una misma persona, no existiendo, en puridad, transmisión.*

En cuanto *asegurar* la conducta activa, se dirigía a la ejecución de acciones con el afán de lograr preservar o resguardar los bienes, activos o derechos, que se sabe que son producto del enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional o de actividades delictivas de una persona

87 Vidales Rodríguez C. (2012). *El delito de tráfico de drogas en la legislación penal costarricense. Su adecuación a la normativa internacional*. Florida, EE.UU. Recuperado el 25 de junio de 2022. En: <https://caj.fiu.edu/publications/monographs/monograph11.pdf>.

funcionaria pública, lo que incluye el *custodiar* que significa guardar con cuidado y sigilo dicho activos.

Por su parte, *invertir* es, en esencia, depositar fondos en cualquier instrumento financiero con la expectativa de que genere ingresos positivos y/o conserve o aumente su valor⁸⁸, de modo que se reciban las retribuciones o rendimientos de la inversión, ya sea por ingresos corrientes (v. gr., los pagos periódicos de intereses provenientes de una cuenta de ahorro), por incrementos de valor (v. gr., el aumento de valor de una acción ordinaria comprada desde el momento de su adquisición y hasta el momento de su venta). Mientras, en su esencia, *administrar* es, sin asumir la titularidad, tener la autoridad y ejercer sobre los bienes, activos o valores actos de ordenación, organización, uso y disposición, a sabiendas de que estos tienen origen en los ilícitos que dispone el precepto de estudio, y para lograr los fines que le fueron encomendados por el titular de aquellos, quien por lo general coincide con la persona que lo designó para tal tarea.

Para Vargas González, *ocultar* es esconder, tapar, disfrazar. Hablamos de “[...] acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como en callar lo que se conoce, para evitar el conocimiento por terceros, de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave o la propiedad de los mismos”. Dentro de los cuales, se incluye la ocultación del sustrato material de los bienes, impidiendo, por ejemplo, que se localice el bien en un determinado tiempo y espacio.

Dar apariencia de legitimidad es encubrir como sinónimo de ocultar el origen ilícito de los bienes. Así, Vargas González, citando a Blanco Cordero, menciona que se debe interpretar el verbo encubrir en consonancia con lo que la legislación respectiva entiende como encubrimiento.

En el caso costarricense, el Código Penal contiene una sección titulada así y en la cual se ubican diversos tipos penales, entre los que se destacan los favorecimientos —real y personal— así como la receptación y la receptación de cosas de procedencia sospechosa. Lógicamente, existen distinciones entre las figuras que deben tomarse en cuenta, verbigracia, tratándose del blanqueo de dineros que estamos analizando, estos deben provenir de actos de corrupción de personas funcionarias públicas, lo que no sucede con las figuras ya mencionadas.

En cuanto a la actividad delictiva previa

El tipo penal refiere que, según los bienes, activos o derechos que se pretenden legitimar, se debe tener el conocimiento de que han sido producto de: i) enriquecimiento ilícito o soborno

88 Gitman, Lawrence J. (2009). *Fundamentos de investigación*. 10ª Edición. Pearson Educación. Recuperado el 25 de junio de 2022 de: <https://www.uv.mx/personal/clelanda/files/2016/03/Gitman-y-Joehnk-2009-Fundamentos-de-inversiones.pdf>.

transnacional; ii) o de actividades delictivas de un funcionario público, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinde.

En principio, aunque el precepto analizado hace referencia directa a dos tipos penales que se sancionan en la Ley N.° 8422, el enriquecimiento ilícito (artículo 45) y el soborno transnacional (artículo 55), parece que no puede inferirse de la norma que se haga alusión al vocablo “delito”, el cual incluiría suponer que se requiere demostrar una conducta típica antijurídica, culpable y punible precedente, de la cual se originen los bienes de los que se servirá el blanqueo.

Por el contrario, en el segundo supuesto, la norma explica que en realidad se está haciendo alusión a “actividades delictivas”, con el cual basta para la configuración del tipo de la legitimación de capitales, con que se acredite la existencia de un hecho antijurídico precedente del cual se originen los bienes, activos o derechos.

Parece que esa es la posición de la jurisprudencia nacional, la cual explica, haciendo referencia al artículo 69 de la Ley N.° 8204, que el tipo objetivo de legitimación de capitales lo que exige es la comprobación de una acción ilícita anterior que da origen a dichos bienes y que bien puede hacerse en la sentencia misma que juzga la legitimación de capitales⁸⁹.

El bien jurídico tutelado

Es claro que si bien la norma sobre blanqueo de capitales proveniente de actos de corrupción está dentro de una ley especial, la cual trata, precisamente, de los actos de corrupción y del enriquecimiento ilícito en la función pública, cuyo énfasis de lesividad es marcado por el quebrantamiento al deber de probidad y los fines legítimos de la administración, no cabe duda de que, como ocurre con el delito de legitimación de capitales descrito en el artículo 69 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, N° 8204, finalmente es un delito pluriofensivo que afecta el orden socioeconómico, entre otros.

La Sala de Casación Penal, coincidiendo con aquellos que señalan el orden socioeconómico -en general-, como el bien jurídico tutelado en el blanqueo de capitales, ha sostenido: “II. [...] en la legitimación de capitales el daño es para el sistema financiero de la economía en que se insertan los bienes provenientes de aquella actividad”⁹⁰.

89 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2016-00808 de las 9:58 horas, del 5 de agosto de 2016.

90 *Ibid.*

Vargas González, haciendo alusión a Castillo González (2012)⁹¹, señala que algunos autores consideran que otro bien jurídico tutelado es la Administración de Justicia, pues con las conductas de blanqueo, se lesiona la función del Estado de determinar cuáles objetos provienen del delito previo y quiénes son sus autores. Para él, además de esos dos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (orden económico y Administración de Justicia), la norma también protege los bienes jurídicos individuales tutelados por el delito previo del cual procede el objeto de interés económico esto, lógicamente, cuando los hay.

En cuanto al dolo del sujeto activo

La figura es dolosa, empero, como se explicó con anterioridad, dependiendo del supuesto típico que se esté ejecutando, esta puede requerir una finalidad específica.

Así, el elemento cognitivo del dolo se completaría con conocer que el objeto del blanqueo comprende los bienes, los activos o los derechos que provienen de un enriquecimiento ilícito, un soborno transnacional o una actividad delictiva de una persona funcionaria pública, cometidos con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda, cuando se realicen las conductas típicas de asegurar, transformar, invertir, transferir, custodiar, administrar o adquirir.

En este supuesto, coincidimos con Castillo González, en que basta el dolo eventual: “ [...] *el autor debe reconocer el encubrimiento u ocultación del origen, la ubicación, etc. de los bienes que el agente sabe provienen de un delito como una consecuencia probable de su acción y aceptarla si se produce (dolo eventual)*”⁹².

En cuanto a las acciones de ocultar o dar apariencia de legitimidad, por su naturaleza jurídica de encubrimiento, marca una intención adicional. Así el elemento cognitivo requerirá abarcar tanto el origen ilícito de los bienes, activos y derechos, como que con la acción que ejecuta está ayudando a los y las delincuentes a eludir las consecuencias jurídicas del delito precedente.

La Sala de Casación Penal, aunque haciendo referencia al delito de blanqueo de capitales proveniente de delito grave, y no a la descripción típica que aquí se examina, reconoce este elemento subjetivo adicional en este tipo de ilícitos:

[...] para tener por configurada la tipicidad, el legislador ha incluido la necesaria verificación de un elemento subjetivo, a saber, el conocimiento del sujeto activo de que los bienes se originan o proceden (directa o indirectamente) de un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con prisión de cuatro años o más. Se trata de un aspecto integrado por dos

91 Castillo González, Francisco. (2012). *El delito de legitimación de capitales*. San José: Editorial Jurídica Continental, p. 32.

92 Castillo González, p. 128.

vertientes, una de carácter cognitivo y otra de orden volitivo, las cuales deben insalvablemente acompañar el dolo del agente. En doctrina, se les denomina elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, o bien, elementos subjetivos del injusto: “Los otros elementos que constituye el tipo subjetivo, además del dolo, son los llamados “elementos subjetivos de lo injusto”, que son parte integrante de lo injusto personal y cuya función es particularizar y describir más precisamente la voluntad de acción del autor dirigida a la lesión del bien jurídico y acentuar en el tipo penal la descripción externa de un acto interior desvalorado [...] al lado del dolo hay otros elementos subjetivos de carácter personal que definen igualmente lo injusto personal y que, como el dolo, muestran igualmente la estructura de la finalidad”. (Castillo González, Francisco 2013. Derecho Penal Parte General Tomo I. San José: Editorial Jurídica Continental. P. 579)⁹³.

En estos supuestos, donde se exige un elemento subjetivo adicional al dolo, no podría configurarse el delito más que por dolo directo, excluyéndose así el dolo eventual.

Autoría y participación

Este delito no tiene ninguna particularidad en cuanto a este tema, con lo cual son aplicables las reglas generales en materia de autoría y participación (instigación y complicidad).

El autoblanqueo

La jurisprudencia ha receptado la posibilidad de que se sancione en nuestro medio el autoblanqueo. Es decir, cuando quien oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera o dé apariencia de legitimidad a bienes, activos o derechos, a sabiendas de que han sido producto del enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional o de actividades delictivas de una persona funcionaria pública, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que esta les brinda, sea autora o partícipe del delito precedente. Esto sucede a partir de que los bienes jurídicos en el delito precedente y el de legitimación de capitales son diferentes.

Así se sostuvo al resolverse:

Las acciones de encubrimiento pueden ser múltiples. Algunas son delito, otras no. Como ya se explicó, para ser punibles depende de que estén descritas en un tipo penal y que su disvalor no esté contenido en el delito principal. Si cumple esas dos condiciones (tipicidad y lesividad), aun cuando se trate del encubrimiento de un delito principal, también será punible conforme a la descripción típica correspondiente. Esta puede referirse a cualquier sujeto

93 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2019-00546 de las 16:00 horas, del 30 de abril de 2019.

activo o a sujetos activos determinados, ya sea por inclusión (se dice quiénes pueden asumir esa calidad) o por exclusión (se dice quiénes no pueden asumir la misma). Por otro lado, como ya se dijo, hay innumerables conductas de posible encubrimiento delictivo que se hallan a lo ancho de nuestra legislación penal, sin que aparezcan en un capítulo específico del Código Penal exclusivamente destinado a ellas. El encubrimiento, como categoría penal, es una relación delictiva, no una sección del Código Penal. En esa dirección, los delitos consignados bajo los numerales 329 a 332 del Código Penal, son algunos delitos de encubrimiento, pero no todos los posibles. Por lo tanto, no se puede generalizar las características de estos a todos los hechos susceptibles de buscar la impunidad o asegurar los resultados de un delito. De manera que los segmentos “[...] ayudare a alguien [...]” (artículo 329), “[...] delito en el que no participé [...]” (artículo 330), “[...] presumir provenientes de un delito [...]” (artículo 331), o “[...] procurare o ayudare a alguien [...]” (artículo 332), en la medida que exigen que el delito principal haya sido cometido por otra persona, son características propias de los delitos específico allí contenidos, pero que de ningún modo reducen las hipótesis de encubrimiento a esos tipos penales y sus características particulares. Por eso, aun admitiéndose que la recepción de dinero procedente del tráfico ilícito de drogas fuera un encubrimiento de este, no significa que tenga que ser ejecutado por una persona diversa a quien realizó aquella actividad ilícita. En todo caso, como ya se explicó en el segundo considerando, es un delito en sí mismo, tanto porque se encuentra tipificado como tal, como porque el disvalor por el daño de esa acción no está absorbido (no hay consunción) por el primer ilícito⁹⁴.

En realidad, si bien esos razonamientos se dieron en torno al delito de legitimación de capitales descrito en el artículo 69 de la Ley N.° 8204, bien pueden ser aplicados al delito descrito en el artículo 47 de la Ley N.° 8422, por cuanto los delitos de enriquecimiento ilícito, soborno transnacional y, en general, aquellos actos de corrupción funcional, lo que protegen son la legítima y eficiente actuación de las personas funcionarias públicas en procura de lograr los fines de la Administración pública, por lo que cualquier conducta que la quebrante termina por lesionar la probidad de las personas servidoras públicas y su deber de imparcialidad y equidad frente al administrado. Bien jurídico que difiere del aquí contemplado, que afecta directamente el orden socioeconómico y el buen funcionamiento del sistema financiero del Estado.

Vargas González (2021) añade que haber sido autor o partícipe del delito previo no convierte en impune el blanqueo posterior de los activos procedentes de aquel (hecho por la misma persona), porque los bienes jurídicos tutelados con la legitimación de capitales son otros. Y hace notar que esta posición es también la de buena parte de la doctrina española, la cual considera que el delito original y la legitimación posterior de los bienes procedentes de aquel son conductas cuyo contenido es distinto:

94 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2016-00808 de las 9:58 horas, del 5 de agosto de 2016.

Surge pues, la necesidad de analizar la relevancia del blanqueo desde la perspectiva del auto encubrimiento. Y es que, aun defendiendo -como nosotros hacemos- que la reconversión de capitales ostenta una naturaleza plenamente autónoma respecto del delito previo, resulta incuestionable que su ejecución responde a la intención del autor de éste último de poder disfrutar de esa riqueza mediante el ocultamiento de su carácter ilícito [...] analizada la cuestión desde una perspectiva material, conviene recordar que la existencia del delito que ahora estudiamos (refiriéndose al blanqueo) se fundamenta en la tutela de un objeto jurídico plenamente autónomo del que pueda ser afectado por el ilícito precedente, donosidad a la cual se agrega, a manera de suplemento —como referencia criminológica—, el citado fin encubridor /.../ Por todo ello, [...] el lavado de fondos, cuando es ejecutado por la misma persona que cometió el delito previo, no debe entenderse consumido bajo la responsabilidad que pudiera dimanar del mismo. Muy al contrario, creemos que el blanqueo merece ser castigado sin que esa identidad subjetiva repercuta en absoluto, máxime si apreciamos que su gravedad puede llegar a ser superior a la correspondiente a la acción ilícita anterior.

Concluye afirmando que no solo falta coincidencia en cuanto a los bienes jurídicos en juego, sino también el autoencubrimiento impune tiene como límite que el autoencubridor no lesione otra ley penal, lo que sí sucede aquí.

Consecuentemente, la punición autónoma del delito de legitimación de capitales, provenientes de actos de corrupción, lo que representaría es la concurrencia de figuras delictivas (descartándose la consunción de la conducta).

UNIDAD 4

Corrupción judicial

SUMARIO

Sobre los delitos de corrupción de personas juzgadoras,
cohecho y prevaricato

4.1. Introducción

La corrupción judicial marca un eslabón esencial para la criminalidad organizada. Busca a través de esta el quebranto de la probidad de las personas juzgadoras y representantes del Ministerio Público, y así perjudicar el sistema de justicia como tal con el afán de asegurar la no persecución de los actos criminales o el ocultamiento de las redes, con lo que logra mayores réditos de sus actividades económicas o, en su caso, la impunidad por hechos cometidos, ya sea por el prevaricato o las dilaciones procesales que ocasionan retardo de justicia y, con ello, la posibilidad de la pérdida de los medios probatorios con que se cuenta.

Asimismo, en caso de desarticulación de bandas organizadas, trata de que aquello no afecte a las redes criminales existentes, por cuanto de ellas depende la continuidad de la actividad delictiva organizacional.

En esta unidad, se desarrollarán algunos tipos especiales que sancionan este tipo de conductas, tales como el delito de corrupción de jueces y juezas, el cohecho y el prevaricato, con el afán de que se conozcan sus particularidades y alcances jurídicos.

4.2. Sobre los delitos de corrupción de personas juzgadoras, cohecho y prevaricato

4.2.1. El delito de corrupción de jueces y el cohecho propio.

La Constitución Política garantiza el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el principio de juez natural y la imparcialidad de las personas juzgadoras, al señalar que: i) a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (artículo 39); ii) toda persona es igual ante la ley (artículo 33); iii) las personas juzgadoras únicamente pueden ser nombradas conforme a las atribuciones que le otorgan al Poder Judicial y serán ellas quienes administren justicia, únicamente sometidas a la Constitución y la ley (artículos 35, 152, 153 y 154); y iv) acudiendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, debiendo hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes (artículo 41).

Estas garantías se asocian a aquellas garantías judiciales establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos; esto es, un proceso que haga realidad el derecho de toda persona *“a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* (art. 8.1. CADH).

Por ello, el artículo 154 de la Carta Magna establece que las personas juzgadoras, al emitir las resoluciones que dicten en los asuntos de su competencia, no tendrán otras responsabilidades más que “[...] las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”. Ello implica que las personas juzgadoras son penalmente responsables por una serie de delitos, ya sea por el acto que se emite (sentencias o resoluciones); por las funciones que se le asignaron (administrar justicia) o por las responsabilidades que vienen inherentes al cargo o en razón de este (juez o jueza de la república).

Así, entre otros tipos penales, las personas juzgadoras serán responsables por delitos, tales como el cohecho, la corrupción de jueces o el prevaricato, los cuales resultan de tratamiento en este acápite.

En su artículo 351, el Código Penal dispone el delito de corrupción de personas juzgadoras o que tengan la condición de árbitros (en un proceso arbitral). Así, la norma dispone:

En el caso del artículo 339, 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.

La primera acotación que se debe hacer es que la numeración de este artículo fue corrida por el inciso a) del artículo 185, de la “Ley Reguladora del Mercado de Valores N.º 7732 del 17 de diciembre de 1997, el cual la traspasó del antiguo artículo 342 al 344) y, posteriormente, por el artículo 3º de la Ley “Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del título VII del Código Penal”, N.º 9048 del 10 de julio de 2012, se traspasó del antiguo artículo 344 al 351, donde se encuentra actualmente.

Esto es importante, por cuanto al hacer la norma mencionada referencia a la conducta típica descrita en otro precepto, y para ello señalar su numeración (artículo 339), conviene aclarar si la norma referida mantiene su numeración o también varía, porque de ello depende la tipicidad de la conducta analizada, conforme al principio de legalidad.

En este caso, se corrobora que el artículo referido (339) sufrió una modificación en su numeración, ya que por así disponerlo la Ley N.º.7732, se traspasó al 341 y, posteriormente, por el artículo 3º de la Ley N.º 9048, se modificó la numeración, y ahora es el numeral 348.

Así, por referencia expresa de la ley, no cabe duda de que el tipo penal de corrupción de jueces es uno de los denominados “tipos penales en blanco”, por cuanto parte del supuesto de hecho o presupuesto viene recogido o regulado por otra norma, en este caso, el artículo 348 del Código Penal, a la cual se remite.

No cabe duda de que, por remisión expresa de la ley, estamos ante una modalidad especial del delito de cohecho propio⁹⁵, el cual se encuentra regulado en el actual artículo 348 del mismo cuerpo normativo, lo que impone un análisis conjunto para una mejor comprensión del tema que se quiere analizar.

En este contexto, la descripción típica del delito de corrupción de jueces se conforma con el siguiente supuesto de hecho:

Artículo 348. Será reprimido, con prisión de tres a ocho 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 reciba una dádiva o cualquier otra ventaja o acepte 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. Además, se le impondrá una multa hasta de treinta veces el monto equivalente al beneficio patrimonial obtenido o prometido.

Luego de realizar un ejercicio de conjugación de ambos artículos, la conducta típica sancionaría al juez, a la jueza o a una persona árbitra que, por sí o por persona interpuesta, reciba una dádiva o cualquier otra ventaja, o acepte 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, con el objeto o finalidad de favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo.

El bien jurídico tutelado

Este tipo penal se encuentra en el título XV del Código Penal, el cual tutela los deberes de la función pública.

Al respecto, Pabón Parra⁹⁶ señala que este tipo de conductas, de manera genérica, lesiona o amenaza el adecuado desarrollo de la actividad estatal y su dinámica, al enturbiar, alterar, obstaculizar o impedir el normal funcionamiento de los órganos del poder público.

El actuar del Estado en procura de sus finalidades esenciales debe ser oportuno, pronto, eficaz y objetivo. Estas características de la actividad administrativa son sus valores esenciales, y el Estado las ha desarrollado por medio de los sujetos investidos de autoridad, con legalidad y justicia, con imparcialidad e independencia, dentro de estrictas órbitas de competencia. Estos principios se convierten en intereses colectivos, tutelados también en la generalidad de los tipos penales.

95 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 901-97 de las 14:40 horas, del 2 de septiembre de 1997.

96 Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2013). *Manual de derecho penal*. Parte especial. Tomo II. 9ª Edición, p. 991.

La Sala de Casación Penal, desde vieja data, reconoce este tipo de lesividad, al señalar 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 venalidad⁹⁷; y que, por ende, el bien jurídico tutelado 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 servidores⁹⁸. Reconoce, incluso que, en este tipo de asuntos, no puede reconocerse la insignificancia de la lesión al bien jurídico tutelado, ya que las pequeñas retribuciones (munúscula) que, en ciertos tiempos se consideraban excluidas, no pueden descartarse, porque su poder cohechante depende efectivamente de que tengan carácter retributivo en el acuerdo celebrado y, sobre todo, que como retribuciones sean apreciadas por el funcionario y recibidas para realizar el acto⁹⁹.

En el caso del tipo penal de corrupción de jueces, el bien jurídico, en particular, resultaría el deber de probidad de los jueces, juezas y personas ábitras, cuyo incumplimiento afectaría propiamente a la Administración de Justicia y, más ampliamente, a la democracia.

Sobre este bien jurídico, Transparencia Internacional¹⁰⁰ señala que el trato equitativo frente a la ley es un pilar de las sociedades democráticas. Cuando las Cortes ceden ante la corrupción por avaricia o conveniencia política, la balanza de la justicia se inclina, y la ciudadanía común se ve perjudicada. La corrupción judicial implica que la voz de la persona inocente no es escuchada, mientras que los y las culpables son libres de actuar con impunidad.

El sujeto activo

El delito de cohecho es uno cualificado, por cuanto solo quien tiene la condición de persona funcionaria pública puede ser sujeto activo. El delito de corrupción de jueces y personas ábitras, como su *nomen iuris* lo indica, es aún más cualificado, ya que solo pueden ser autoras del delito las personas juzgadoras o que han sido nombradas como ábitras.

En cuanto a las personas juzgadoras y las ábitras, no está de más advertir que aquellas son quienes han sido designadas en dichos cargos en apego a la ley, por cuanto solo así podría verse quebrantado el bien jurídico tutelado (los deberes de probidad e imparcialidad de las personas funcionarias designadas dentro del sistema de justicia).

Con respecto a las personas juzgadoras, les corresponde a la Corte Suprema de Justicia (categorías 4 y 5) y al Consejo Superior del Poder Judicial (Categorías 1, 2 y 3) la designación de

97 Resolución n.° 256-F-8 de las 9:40 horas, del 25 de septiembre de 1987.

98 Resolución n.° 183-F-95 de las 11:20 horas, del 24 de marzo de 1995.

99 Resolución n.° 219-98 de las 9:55 horas, del 6 de marzo de 1998.

100 Transparency International Secretariat. *Informe global de la corrupción 2007: Corrupción en sistemas judiciales*. Recuperado el 27 de junio de 2022 de: https://transparency-org-backup.netlify.app/whatwedo/publication/informe_global_de_la_corrupcion_2007_corrupcion_en_sistemas_judiciales/index.html.

las personas que administrarán justicia, conforme al capítulo XIII del Estatuto de Servicio Judicial, Ley N.° 5155 del 10 de enero de 1973, el cual fue reformado por la Ley N.° 7338 denominada “Ley de Carrera Judicial”, y respetando la competencia asignada legalmente, no podrán avocarse las personas juzgadoras al conocimiento de causas pendientes ante otra¹⁰¹.

En cuanto al arbitraje, existen distintos modos de nombramiento. Es incuestionable que las partes que así lo hayan convenido podrán resolver las controversias relacionados con su contrato o relación jurídica por medio del arbitraje, siempre y cuando el convenio suscrito no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de la Ley¹⁰².

Los arbitrajes podrán ser de derecho o equidad, y se entenderá, cuando no haya pacto expreso, que aquel es de derecho. Para este último tipo de arbitraje, el tribunal deberá estar compuesto, exclusivamente, por abogados y abogadas y deberá tener como mínimo cinco años de incorporados al colegio respectivo. Pero si se trata de un arbitraje de equidad, cualquier persona podrá integrarlo, sin requerimiento alguno de oficio o profesión, excepto los que las partes dispongan para este efecto. Eso sí, para ambos casos, se exige que las personas se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no tengan nexos alguno con las partes o sus apoderados y abogados¹⁰³.

Así, en caso de que se nombre un tribunal arbitral unipersonal, cada una de las partes propondrá a la otra el nombre de una o más personas que puedan ejercer las funciones de árbitro o árbitra, y su designación deberá recaer por acuerdo y, si este no existe, cualquiera de las partes podrá requerir el nombramiento del árbitro a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, de la lista que, para ese efecto, la Corte Plena disponga; al Colegio de Abogados y Abogadas o cualquier entidad debidamente autorizada para administrar arbitrajes, según las reglas de esa entidad y, en caso de conflicto, será la Secretaría General de la Corte quien lo nombre¹⁰⁴.

Cuando las partes acuerden que una tercera persona nombre al tribunal arbitral, el nombramiento se hará por este, conforme a la naturaleza de la controversia y garantizando la idoneidad de los árbitros, su independencia e imparcialidad, y en caso de que este nombramiento no se haga dentro del plazo establecido, cualquiera de las partes podrá pedir que lo haga la Secretaría General de la Corte, el Colegio de Abogados y Abogadas o cualquier otra entidad autorizada para administrar procesos arbitrales¹⁰⁵.

En caso de que se requiera un tribunal arbitral, cada una de las partes deberá nombrar uno, y estos serán quienes escojan al tercero de ellos, quien ejercerá las funciones de presidente del tribunal¹⁰⁶.

101 Ley Orgánica del Poder Judicial. N.° 8. Artículos 3 y 4.

102 Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. N.° 7727. Artículo 18.

103 *Ibidem*. Artículos 19, 20 y 25.

104 *Ibidem*. Artículo 26.

105 *Ibidem*. Artículo 27.

106 *Ibidem*. Artículo 28.

Delito bilateral

El cohecho no puede existir sin la intervención de una tercera persona que incita a la corrupción de la persona funcionaria pública. Las conductas establecidas en el cohecho propio 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 contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones. Como se puede analizar, debe existir un acuerdo previo mediante el cual, a cambio de una dádiva u otra ventaja que ofrece una tercera persona, el funcionario o la funcionaria acepta realizar una acción y omisión funcional y contraria a sus deberes.

Así, la iniciativa del particular es la que promueve la corrupción de la persona funcionaria pública y, si es, al contrario, la persona funcionaria es quien obliga o induce a alguien o a prometer indebidamente para sí o para una tercera persona un bien o un beneficio patrimonial, se estaría en presencia de la concusión. (Artículo 355 del Código Penal).

Por ello se estima que este resulta un tipo bilateral, porque en el cohecho ambos sujetos, la persona funcionaria pública y la tercera, son sujetos activos del delito; la primera, de cohecho propio, y la segunda, de corruptora¹⁰⁷.

La conducta típica

El tipo penal es uno de mera conducta, se perfecciona con tan solo realizar la conducta descrita (recibir una dádiva o cualquier otra ventaja, o aceptar la promesa directa o indirecta de una retribución), sin que se exija la producción del resultado, es decir, sin que finalmente se requiera que el acto contrario a los deberes sea cumplido (v. gr., condenar a una persona sin pruebas; dejar de resolver sobre la pérdidas de activos a favor del Estado y no afectar la economía de una organización; retardar el trámite de una causa para ocasionar su prescripción).

Según Pabón Parra (2013), el efectivo daño o lesión al bien jurídico protegido en su especificación de probidad, honestidad, rectitud e imparcialidad de la persona juzgadora, en el ejercicio de la Administración de Justicia, se produce de acuerdo con el despliegue cronológico del hecho, con solo haberse materializado la recepción o aceptación descrita en la norma, de modo que se perfecciona y agota el tipo, sin interesar –para efectos de tipicidad- la eventual suspensión o no obtención efectiva del resultado pretendido, lo que convierte el tipo en uno de conducta instantánea que no acepta la tentativa.

107 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2014-2374 de las 11:08 horas, del 10 de diciembre de 2014.

La acción típica se completa con recibir o aceptar: recibir es tomar efectivamente lo que otra persona entrega o remite, puede ser cualquier cosa, siempre que represente una utilidad (v. gr., un activo económico, dinero, etc.) o una ventaja que no es otra cosa que recibir algo que mejore la condición del sujeto activo o de una tercera persona (v. gr., un nombramiento propio o de un o una familiar). Por su parte, aceptar es asentir o aprobar la promesa remuneratoria que otra persona realiza.

Como complemento descriptivo, se advierte que la realización de la conducta puede ser verificada por el mismo agente, o utilizando a una persona intermediaria que ejecute la acción a nombre del agente. En el supuesto del intermediario, los principios de la coparticipación y la comunicabilidad de las circunstancias son de plena aplicación (artículo 49 del Código Penal).

Tipo subjetivo

El tipo penal del cohecho propio es doloso, ya que se requiere el conocimiento sobre que se está recibiendo o aceptando una dádiva o una ventaja, y que se hace con la finalidad de cometer un acto que está fuera de sus competencia funcional o para retardar (ejecutar fuera de la oportunidad legal o debida conforme al marco normativo que lo regula) u omitir un acto que sí es propio de sus funciones; pero del modo en que se hace o se deja de hacer, sabe que tiene la entidad de ser uno que se opone a sus deberes como persona funcionaria pública. Por ende, quien conociendo tales aspectos orienta su voluntad a la recepción y aceptación de la dádiva o ventaja completa el elemento subjetivo del tipo.

En el caso del tipo penal de corrupción de jueces, juezas y personas árbítras, se requiere de un complemento subjetivo adicional, y es que el recibimiento o aceptación de la dádiva o ventaja debe estar dirigido a que el o la agente favorezca o perjudique a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, sea este judicial o administrativo.

Como se indicó, no se requiere que se haya dictado una resolución o efectuado un trámite, basta con que esa sea la finalidad con que se pactó la recepción o aceptación de la retribución.

Precisamente, la reprochabilidad de la conducta se incrementa cuando la recepción o aceptación de la dádiva o ventaja es con la finalidad del dictado de una resolución injusta dentro de un proceso penal, dirigida a la condena de una persona a una pena de más de ocho años de prisión.

En estos supuestos, cuando el agente activo recibe o acepta la dádiva o ventaja, pero no concurre ninguna de estas finalidades, sino llevar a cabo un acto propio de sus funciones, la conducta típica de corrupción de jueces, juezas y personas árbítras no se completa, y el cohecho impropio operará en los supuestos fácticos que así lo permitan.

4.2.2. El cohecho impropio

Este tipo penal se describe en el artículo 347 del Código Penal:

Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, reciba una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o acepte la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones. Además, se le impondrá una multa hasta de quince veces el monto equivalente al beneficio patrimonial obtenido o prometido.

Como se puede apreciar, la clasificación tipológica, la conducta, los complementos descriptivos y el objeto material son estructuralmente idénticos a los del cohecho propio. Empero, su diferencia radica en el tipo subjetivo, por cuando el resultado que se pretende con la conducta es un acto legal que la o el agente está obligado a ejecutar en virtud de la ley.

Tipo subjetivo

Así, de la finalidad descrita en el tipo, “[...] para hacer un acto propio de sus funciones”, se desprende de que el acto debe ser uno acorde a las funciones del agente activo, debe estar ajustado a la legalidad y ser debido y justo.

Pabón Parra expone que este es el elemento diferenciador que hace que se considere al cohecho propio como la “venta de la injusticia”, mientras el impropio es la “venta de la justicia”¹⁰⁸. Pero recalca que son igualmente graves, pues en ambos supuestos, la persona servidora abusa de su cargo, trafica con la autoridad de la cual está investida, y se compromete, en idéntico grado, la probidad de la Administración Pública.

Modalidad agravada

El legislador nacional estableció como agravantes del cohecho propio o impropio e incrementó sus penas en un tercio, cuando:

- i) La finalidad perseguida con la recepción o aceptación de la dádiva o ventaja sea el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, la fijación o el cobro de tarifas o precios públicos, el cobro de tributos o contribuciones a la seguridad social o la celebración de contratos o concesiones en los que esté interesada la Administración Pública.
- ii) Como consecuencia de la conducta del autor se ocasione un perjuicio patrimonial grave a la Hacienda pública, se deteriore la prestación de los servicios públicos o se produzca un daño a las personas usuarias de estos servicios.

108 Pabón Parra, Pedro Alfonso. (2013). *Manual de derecho penal*. Parte especial. Tomo II. 9ª Edición, p. 1072.

En el primero de los supuestos, el tipo penal básico (cohecho propio o impropio), mantiene su condición de delito de mera conducta y de resultado instantáneo, por lo que la recepción o aceptación de la dádiva o ventaja no debe tener, como contraprestación, la efectiva realización del acto legítimo o ilegítimo de la persona funcionaria pública.

Sin embargo, en el segundo supuesto, la agravante exige una “consecuencia”, es decir, la comprobación efectiva de un resultado, y este no es otro que: “*se ocasione un perjuicio patrimonial grave a la Hacienda Pública*”, “*se deteriore la prestación de los servicios públicos*” o “*se produzca un daño a las personas usuarias de estos servicios*”.

De este modo, si no se acredita ninguno de estos resultados, seguiría subsistiendo la figura básica de cada uno de los delitos, por cuando siempre existía la finalidad propuesta cuando se recibió o aceptó la retribución.

Modalidad atenuada

El artículo 350 del Código Penal, denominado “Aceptación de dádivas por un acto cumplido”, estipula como un tipo autónomo la figura atenuada del cohecho propio e impropio, al señalar:

Será reprimido, según el caso, con las penas establecidas en los artículos 347 y 348 disminuidas en un tercio, el funcionario público que, sin promesa anterior, acepte una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario. Además, se le impondrá una multa hasta de diez veces el monto equivalente al beneficio patrimonial obtenido.

Como se aprecia, la disminución de la reprochabilidad de la conducta obedece a que la ejecución u omisión del acto por parte de la persona funcionaria pública se dio con anterioridad al ofrecimiento y aceptación de la dádiva o ventaja indebida.

Además, cuando describe que “*sin promesa anterior*”, el acto cumplido o la omisión de este no tuvo como finalidad la aceptación de la dádiva o ventaja indebida, porque, de ser así, se estaría ante los supuestos de las figuras básicas.

4.2.3. El prevaricato

Dentro de las redes de corrupción por criminalidad organizada, existen los supuestos donde la persona prevaricadora no actúa por una dádiva recibida o una promesa aceptada de una ventaja indebida propuesta por una tercera persona; es decir, no es retributivo, sino que es la propia persona juzgadora o árbitra quien, en el ejercicio de sus funciones o valiéndose del poder que le da su empleo, decide prevaricar para lograr seducir a quienes ostentan el poder -personas funcionarias

de alto rango, regímenes dictatoriales, grupos criminales, etc.-, para que, en un futuro, le favorezcan de alguna manera.

En supuestos muy graves de este tipo de comportamientos, la democracia se sustituye por la tiranía, la supuesta aplicación objetiva del derecho no pasa a ser más que una excusa por parte de los tribunales, quienes sumisos al poder -de organizaciones criminales- terminan actuando como entes ejecutores de las decisiones del líder criminal de turno y, en la medida de su aporte y del conocimiento que tenga sobre sus consecuencias, puede hasta considerarse responsable, ya no de prevaricación en un orden interno corrompido, sino de aquellos delitos graves que cometa el grupo criminal, del cual pasa a ser un miembro más y en la medida de su colaboración. De ahí surge la relevancia de la ponderación de este delito.

El tipo penal del artículo 357 describe:

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.

Como se aprecia, se pueden distinguir dos tipos de prevaricato, el efectuado por una persona funcionaria judicial y aquel realizado por una persona funcionaria administrativa. Así se conoce la conducta ilícita, dependiendo si es una u otra, como prevaricación judicial o administrativa.

En este apartado, trataremos el tema de la prevaricación judicial, bajo el entendido de que lo único que cambia es la calidad del sujeto activo y, por supuesto, el tipo de resolución que se emite.

El sujeto activo

Es un delito especial propio, ya que él o la agente debe tener la condición de ser “*persona funcionaria judicial*”, como parte de quienes fueron “[...] *nombrados por acuerdo*” de la Corte Plena o del Consejo Superior del Poder Judicial¹⁰⁹. Empero, para ser sujeto activo de esta delincuencia, no basta con tal condición, sino que, además, debe tener dentro de sus atribuciones legales la potestad de dictar resoluciones.

Una resolución es, en sentido amplio, la acción o efecto de solventar algo¹¹⁰, en este caso, una decisión o determinación dentro de un proceso judicial.

109 Ley del Estatuto del Servicio Judicial, N.° 5155. Artículo 2.

110 Salazar Carvajal, Pablo. (2020). *Diccionario usual del Poder Judicial*. Poder Judicial, Costa Rica. <https://diccionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario>. Resolución, tomada el 27 de junio, 2022.

Así, para el proceso civil¹¹¹, las resoluciones judiciales pueden ser orales o escritas, y podrán denominarse: *i*) providencias – son aquellas de simple trámite, cuyo contenido proviene de la ley, v. gr., señalar una vista, dar una audiencia-; *ii*) autos -que resultan resoluciones generalmente interlocutorias o dictadas dentro del proceso, que resuelven cuestiones formales y se emiten juicios valorativos, con la finalidad de llevar los procedimientos hasta la sentencia, v. gr., el auto de apertura a juicio, la resolución que admite el procedimiento abreviado o una medida alterna-; *iii*) las sentencias que se caracterizan por ser la esencia misma de la Administración de Justicia, por cuando resuelven el conflicto jurídico, poniendo fin al debate o pronunciamiento pendiente, y están sujetas a formalidades definidas por ley; y *iv*) los autos con carácter de sentencia que aunque coinciden con la sentencia en cuanto a que ponen fin a la contienda y resuelven lo debatido, estos se dictan de manera interlocutoria (dentro del proceso), v. gr., las resoluciones que acogen la extinción de la acción penal o dictan un sobreseimiento antes del debate.

El Código Procesal Penal da una clasificación similar, al referir que los tribunales dictarán sus resoluciones en forma de providencias, autos y sentencias. Dictarán sentencia para poner término al procedimiento; providencias, cuando ordenen actos de mero trámite, y autos, en todos los demás casos¹¹².

Una resolución no es solamente en el ámbito del derecho público o administrativo, el acto final que da por agotada la vía administrativa, sino que se refiere a toda disposición que resuelva o disponga sobre los derechos o intereses de las personas administradas, quienes son las destinatarias del quehacer estatal¹¹³.

Como se aprecia, en principio, las personas funcionarias judiciales que tienen la potestad de emitir resoluciones son aquellas que por ley administran justicia; es decir, los jueces y las juezas de la república en el ejercicio de sus cargos y competencias, lo que tendría sentido en torno al bien jurídico tutelado por la norma de estudio.

La discusión radica en que si otras personas funcionarias judiciales (fiscales, fiscalas del Ministerio Público) que también emiten resoluciones y no son administrativas podrían ser sujetos activos. La respuesta parece negativa.

Como se indicó, el término persona funcionaria judicial es amplio e incluiría, sin lugar a dudas, a los y las representantes del ente acusador.

111 Código Procesal Civil. Artículo 58.1

112 Artículo 141.

113 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-00981 de las 11:10 horas, del 26 de agosto de 2005.

Por otro lado, aunque el Ministerio Público representa los intereses de persecución penal del Estado y podría considerársele una parte procesal, no puede obviarse que su participación es privilegiada, desde el mismo momento en que el sistema de justicia penal le encargó la investigación preparatoria, bajo el control jurisdiccional en los actos que lo requiera¹¹⁴.

Conforme a esta potestad, las personas representantes del Ministerio Público pueden actuar por requerimientos (peticiones al órgano jurisdiccional), emitir dictámenes (juicios de valor sobre determinado aspecto procesal o sustantivo) y conclusiones (con respecto a los actos en que participe¹¹⁵). Empero, en otras ocasiones, la ley les otorga la potestad de emitir resolución, debido a la función que ejercen frente a la etapa preparatoria del proceso penal en la que se encuentran (v. gr., cuando tiene la necesidad procesal de disponer el secreto de las actuaciones, ya que debe hacerlo bajo “resolución fundada”, artículo 296 CPP).

No obstante, a pesar de que dicho precepto procesal hace referencia expresa a la emisión de una “resolución”, esta no constituye una en los términos en que se tipifica el prevaricato de la persona funcionaria judicial, en tanto se deriva de la misma sesión tercera del Código Procesal Penal que, en realidad, es un simple acto que, si bien debe tener fundamentación y debe adoptarse legalmente, solo atiende a la necesidad procesal de secreto de quien lleva la investigación.

De este modo, si un fiscal o una fiscalía dispone el secreto de las actuaciones sin que se presenten los supuestos fácticos que lo autoricen (la persona imputada está privada de libertad), o en contraposición a la norma (por más plazo del establecido, cuando la publicidad no entorpezca el descubrimiento de la verdad), a pesar de que resultaría un acto grave e irregular que puede ser revisado por el juez o la jueza de garantías, no constituiría un acto prevaricador.

También las personas árbitros y arbitradoras serán sujetos activos, quienes son, como se explicó *supra*, aquellas nombradas por las partes para dirimir un proceso arbitral, establecido conforme a la ley.

El bien jurídico tutelado

Este tipo de conducta prevaricadora consiste en la falta de una persona juzgadora a sus deberes, por especial denegación o torcida administración de justicia, en infracción al derecho positivo, cuya aplicación le es obligatoria. Por ende, el bien jurídico protegido es “el buen funcionamiento de la Administración de Justicia”.

114 Código Procesal Penal. Artículo 62.

115 Ley Orgánica del Ministerio Público, N.º 7442. Artículo 8.

En sentido limitado, se utiliza el concepto de Administración de Justicia como la totalidad de los bienes personales y materiales puestos a disposición de personas juzgadoras y magistradas para llevar a cabo la actividad jurisdiccional, es decir, la potestad jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado)¹¹⁶.

La Sala de Casación Penal coincide con que el bien jurídico tutelado es el deber de probidad en la función pública, ya que la conducta típica recae directamente sobre la legalidad y veracidad de las resoluciones, sentencias, autos, providencias y decisiones finales que afecten derechos e intereses de los administrados¹¹⁷.

En este delito, además del bien jurídico protegido común de la Administración de Justicia, se considera que, como bien jurídico protegido de segundo orden, se encuentra el conjunto de personas interesadas de forma directa en la resolución judicial; es decir, aquellas cuyos derechos se ven perjudicados a causa de la resolución intencionalmente injusta¹¹⁸.

La conducta típica

La acción típica consiste en dictar resoluciones contrarias a la ley o fundadas en hechos falsos. Es decir, el objeto de la acción típica recae directamente sobre la legalidad o la veracidad de los hechos en que aquellas se funden.

Una resolución es contraria a la ley cuando se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable y es, en definitiva, un exponente de clara irracionalidad. La contradicción entre la resolución y la ley tiene que ser, además de subjetiva, también objetiva (no es suficiente que el juez o la jueza crea que resuelve en contra de la ley que invoca, es necesario que realmente la resolución la contradiga). Lo punible es, por tanto, la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquella¹¹⁹.

En igual sentido, Donna (2000) considera que encuadra en el delito de prevaricación aquella resolución que está guiada por un criterio abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable. Por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial¹²⁰.

116 Zárata Conde, A., González Campo, E., Moral De la Rosa, J., Díaz Torrejón, P. y Mañas de Orduña, A., (2018). *Derecho penal*. Parte especial. 2nd. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 807.

117 Resolución n.º 2013-000881 de las 9:54 horas, del 12 de julio de 2013. En igual sentido, resolución n.º 2017-00240 de las 10:48 horas, del 22 de marzo de 2017.

118 Zárata Conde *et al.*, (2018), p. 810.

119 Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo. (2016). *Derecho penal*. Parte especial 2. 7ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 348.

120 Donna, Edgardo Alberto. (2000). *Delitos contra la Administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal-

El delito de prevaricato prevé y sanciona a la persona funcionaria judicial o administrativa que dicte resoluciones contrarias a la ley o que las funde en hechos falsos. Pero, a la vez, la hermenéutica jurídica y los indeterminismos del lenguaje plasmados en la ley no solo autorizan, sino también obligan a la persona juzgadora y/o funcionaria, a interpretar la ley en procura de una correcta aplicación del derecho.

De esta manera, al entrar al análisis y estudio del delito de prevaricato, debe tenerse presente siempre que no es el yerro, sino el abuso del derecho lo que se tipifica como delito, pues desde luego *errare humanum est*. Por ello, el ordenamiento jurídico no podría, por una parte, exigir del intérprete precisamente que dé sentido a la ley y, por otra, castigarle por haberlo hecho¹²¹.

Para la Sala de Casación Penal, esta posición es correcta, ya que advierte que los alcances y la interpretación de normas no están contemplados como elementos objetivos de este tipo penal, es decir no son punibles. Reseña 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»¹²².

Una resolución está fundada en hechos falsos, cuando no existen o no aparecen constando en autos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

El tipo subjetivo

La doctrina ha calificado al prevaricato, en forma constante y terminante, como un delito de base esencialmente subjetiva, por lo que los elementos objetivos del tipo también se deben evidenciar cuando se analiza el elemento subjetivo.

Es un delito de carácter doloso que, para su configuración, requiere que la persona funcionaria pública actúe con voluntad y conocimiento de que, al resolver un asunto, lo está haciendo en contra de la ley o partiendo de hechos falsos.

Culzoni editores, pp. 417.

121 Salazar, Luis Alonso. (2007). El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense. *Revista de Ciencias Jurídicas*. UCR, p. 133. Recuperado el 25 de junio de 2022 en: <http://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/9766/9212>.

122 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2017-00240 de las 10:48 horas del 22 de marzo de 2017.

En otras palabras, se debe acreditar que la conducta del sujeto activo fue consciente y voluntaria; es decir, aprovechándose de su investidura, ordenó un acto arbitrario e ilegal que constituía un fallo donde no existía un error en el entendimiento del texto legal ni en la aplicación de las reglas que regían la interpretación, o en la constatación de los hechos y su veracidad, sino en una abierta rebelión al texto de la ley o al hecho, por razones subjetivas. Por eso se exige dolo directo.

Figura agravada

Se presenta cuando la resolución injusta que se dicta es una “*sentencia condenatoria en causa criminal*”. Ello implica que el sujeto activo, necesariamente, es una persona juzgadora. Además, el objeto de la acción recae sobre una sentencia que resulta ser un tipo de resolución y no una cualquiera, sino una que condene a alguien por delito.

Concursos de delito

Es claro que la conducta de que una persona juzgadora dicte resoluciones contrarias a la ley o fundada en hechos falsos podría adecuarse en varias normas, como el delito de corrupción de jueces (artículo 351 del Código Penal) o el delito de cohecho propio (artículo 348 del Código Penal).

Como se indicó, el delito de corrupción de jueces remite -y por ello distingue de esta- al cohecho propio, es decir, el recibo de ventajas o dádivas de la persona funcionaria pública “*para hacer un acto contrario a sus deberes, o para no hacer o retardar un acto propio de sus funciones*” está en razón de favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o en la resolución de un proceso y debe surgir de un acto contrario a sus deberes o de no hacer o retardar un acto propio de sus funciones por parte de la persona juzgadora o de la árbitra. 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.

La diferencia radica en que, en el delito de corrupción de jueces, la ventaja, beneficio o dádiva prometida a la persona juzgadora deben estar dirigidos al fallo favorable o perjudicial, o a perjudicar o favorecer en el trámite mismo del proceso, según el caso, en contradicción con los deberes propios de la persona juzgadora o árbitra o no haciendo o retardando un acto propio, lo que también constituye una infracción a sus deberes, de modo que desplazaría al cohecho propio.

Con el delito de prevaricato, el de corrupción de jueces coincide en que se favorece o perjudica a una de las partes con la conducta activa, porque lo que correspondía, según la ley –el cumplimiento de los deberes del juez- era lo contrario, fallar a favor de la parte a la que, con el dictado de la resolución espuria, se perjudicó, o beneficiar a la parte que debía salir perdedora o a la que le debían rechazar sus pretensiones, retardar o no hacer algo propio del trámite o resolución

del proceso, para perjudicar o favorecer ilegalmente a una de las partes, lo que puede suceder de múltiples formas.

Sin embargo, el delito de corrupción de jueces desplazaría de igual forma, por especialidad, al delito de prevaricato, pues lo engloba y supera en los supuestos concretos. El delito de prevaricato tipifica el dictado de resoluciones contrarias a la ley por la persona funcionaria administrativa o judicial llamada a resolver o decidir algún trámite específico y que lo dirime o resuelve en contra de la ley. Para que este delito se perfeccione, bastan el conocimiento y voluntad de que se resuelve contra la ley, sin que sea necesario que medie algún elemento intencional o alguna remuneración.

No obstante, cuando una jueza o un juez adopta esa resolución contra la ley, mediando promesa de ventajas o dádivas, y estas van dirigidas a que, bien en el trámite o 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 aquel por especialidad en estos supuestos concretos¹²³.

123 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2006-000389 de las 9:30 horas, del 5 de mayo de 2006.

UNIDAD 5

Corrupción funcional o técnica

SUMARIO

Aspectos básicos de la contratación administrativa

Corrupción en la contratación administrativa,
muestra de tipos penales

5.1. Introducción

La corrupción funcional o técnica es la más común, pero no por ello es menos importante. Con ella se incide directamente en la infiltración de las instituciones, para lograr el redireccionamiento de los recursos públicos que favorecerán a las organizaciones criminales, o para efectuar actos necesarios para que, en otro nódulo de la red criminal, se dé el beneficio económico o el acto corrupto ilícito para que la empresa criminal continúe operando.

Las organizaciones criminales se aprovechan de este debilitamiento de la institucionalidad democrática, para lograr que la ley no se aplique a todas las personas por igual, sino que las favorezca y así generar competencia desleal, entorpecer la eficiencia pública y ocasionar desconfianza en el sistema administrativo.

La contratación administrativa o pública resulta llamativa para las bandas criminales, producto de las altas cantidades de dinero que se destinan para ello, las facilidades para incidir en los procesos de contratación y las altas probabilidades, por la complejidad de la burocracia, de que dichas conductas queden en la impunidad.

Por ello, en esta unidad, se explicarán los aspectos básicos de la contratación administrativa o pública conforme a la Ley de Contratación Administrativa, N.° 7494 (LCA) y su reglamento, dispuesto por Decreto Ejecutivo N.° 33411 del 27 de septiembre de 2006 (RLCA). Esto por cuanto, si bien la Ley General de Contratación Pública (LGCP), N.° 9986 fue dictada el 27 de mayo de 2021 y deroga la Ley N.° 7494, no puede obviarse que: i) esta última entre en vigencia hasta 1° de diciembre de 2022, por lo que todavía está en aplicación la anterior ley, y ii) conforme los transitorios uno y dos de la Ley N.° 9986, los procedimientos de contratación y contratos iniciados, antes de la vigencia de esta ley, se concluirán conforme a las disposiciones vigentes en el momento de adoptarse la decisión inicial del concurso, lo que implica que, de conocerse hechos penales relacionados con la contratación administrativa de estos negocios jurídicos, por lo menos en un futuro no muy cercano, siempre tendrán su génesis en la Ley N.° 7494 y su reglamento. Esto no es óbice para que, posteriormente, una vez en vigor la Ley N.° 9986 y su reglamento, se actualice esta unidad de la antología, con el afán de mantener la contemporaneidad de los procedimientos.

Además, en esta unidad se dará tratamiento a los tipos penales que tratan de sancionar aquellos actos de corrupción que pueden darse en este tipo de contratación pública.

5.2. Aspectos básicos de la contratación administrativa

La contratación desplegada por los órganos del 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 se encuentra regulada en la Ley de Contratación Administrativa, N.° 7494

(LCA) y su reglamento, dispuesto por Decreto Ejecutivo N.° 33411 del 27 de septiembre de 2006 (RLCA), y por la Ley General de Contratación Pública (LGCP), N.° 9986, de 27 de mayo de 2021, una vez que entre en vigencia el 1° de diciembre de 2022. Par efectos de estas normas, se entiende como “Administración” a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.

Además, 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 forma de contratación administrativa (art. 1 LCA y art. 1 LGCP).

La LCA y LGCP, en síntesis, contemplan dos grandes tipos de procedimientos: los ordinarios y los procedimientos de excepción.

Los ordinarios se clasifican en licitación pública (licitación mayor o menor) y licitación abreviada (licitación reducida), mientras que los procedimientos de excepción son más variados y, como su nombre lo indica, se caracterizan por ser la excepción a la regla.

Esta categorización obedece a que la Constitución Política establece en su artículo 182 que las compras que utilizan fondos públicos deben realizarse por medio de licitación, por lo que la licitación es el procedimiento ordinario por excelencia y, dependiendo del monto de lo contratado, puede ser pública o abreviada (mayor o reducida).

5.2.1. Los principios de la contratación administrativa

Los principios generales son una serie de enunciados que informan sobre el funcionamiento de las normas y son un eje transversal de toda contratación administrativa, de modo que esta debe basarse en ellos (artículos 4 al 6 LCA y 2 RLCA, y 8 LGCP). Son reglas elementales que deben respetarse cada vez que se realice una compra pública, no solo porque así lo exigen la ley y su reglamento, sino también porque representan la esencia de lo que se espera de un procedimiento de contratación administrativa y, por ende, deben orientar la actuación de todas las personas participantes de estos procesos.

Principio de eficiencia

Este principio no es exclusivo de la contratación administrativa, ya que regula en general todas las actuaciones de la Administración.

En cuanto a las compras públicas, implica que todo procedimiento debe tender a garantizar la efectiva satisfacción del interés público, a partir de un correcto uso de los recursos públicos. En las distintas actuaciones, prevalecerá el contenido (resolver las necesidades de la Administración) sobre la forma (trámite que debe seguirse para realizar el procedimiento de compra).

Principio de eficacia

La contratación administrativa estará orientada al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, en procura de una sana administración.

Principio de publicidad (Transparencia)

Los procedimientos de contratación se darán a conocer por los medios correspondientes a su naturaleza. Se debe garantizar el libre y oportuno acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria. Para tales efectos, puede recurrirse a la publicación en el *Diario Oficial* u otros medios idóneos, como el expediente electrónico, el cual deberá contener la totalidad de las actuaciones relacionadas con la actividad de contratación administrativa realizada.

Constituye el presupuesto y la garantía de los restantes principios comentados, ya que busca asegurar a las personas administradas la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todas las personas oferentes posibles, dándole al cartel la más extensa divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y, en general, a todo el proceso.

Principio de libre competencia (libre concurrencia)

Se debe garantizar la posibilidad de competencia entre las personas oferentes. No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes o que favorezcan, de algún modo, a unas personas sobre otras.

En otras palabras, si se van a exigir requisitos que eventualmente limiten la participación de alguna persona oferente, esto debe tener una base técnica, legal o económica que los autorice.

Principio de igualdad

Este principio impone que, en un mismo concurso, todas las personas participantes deben ser tratadas en igualdad de condiciones y deben ser examinadas bajo las mismas reglas.

Tiene una doble finalidad, por una parte, es garantía para las personas administradas en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y particulares, y se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, ya sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta. Por otra parte, constituye garantía para la Administración, en tanto incrementa

la posibilidad de una mejor selección del contratista. Todo lo anterior se halla dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental¹²⁴.

Principio de buena fe (integridad)

Este principio tiene una doble vertiente, primero, como principio moral básico que tiñe todos los trámites de las licitaciones y, en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, ya que la Administración y las personas oferentes siempre deben actuar de buena fe y bajo normas éticas claras que tiendan a dar prevalencia al interés público sobre cualquier otro, y segundo, como regla de interpretación que dispone que las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por las personas participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en contrario.

Principio de intangibilidad patrimonial

Este principio establece que las partes están obligadas a mantener el equilibrio financiero del contrato; es decir, tanto la Administración como las personas oferentes deben procurar que, una vez firmado el contrato, no se generen desequilibrios financieros que perjudiquen a una o a otra parte.

La jurisprudencia ha sostenido al respecto:

[...] En todo contrato administrativo va implícita la garantía de percibir el beneficio esperado o la utilidad proyectada. El contratante al celebrar el contrato persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar, sino también sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisibles, ese beneficio sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido, de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias. De igual manera, se acredita que el derecho a que se reajusten los precios contractuales, nace desde el mismo momento en que se somete la oferta a consideración de la Administración y los cálculos respectivos deben hacerse desde entonces, porque las variaciones en los costos son situaciones imprevistas, que de no reconocerse, implicarían serias lesiones en el equilibrio económico de los contratos, puesto que se convertiría en un riesgo irracional que deben asumir las empresas contratantes. Se advierte además, que los derechos derivados de las leyes de reajuste de precios, reconocidos en todo contrato con el Estado para obtener la compensación de los mayores costos, no dependen de la voluntad de las partes y conforman el elemento de los costos reales del proyecto. Toda variación introducida en un contrato

124 Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V. Resolución n.º 0017-2014 de las 14:00 horas, del 18 de marzo de 2014.

administrativo, deben respetar siempre el equilibrio de la ecuación financiera del contrato. El reajuste del precio del contrato se identifica con el principio de la revisión del mismo, para atemperarlo a la realidad económica del momento, lo que se hace por tres medios distintos que reconocen tanto la doctrina del Derecho Público como la que informa nuestro sistema jurídico: la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión y la teoría del enriquecimiento injusto. Los tres medios tienen como fin introducir en la relación contractual una nota de equidad, que pueda conservar la armonía de los intereses contrapuestos de las partes contratantes, a la vez que mantiene la equivalencia de las prestaciones comprometidas y la igualdad ante los riesgos. Ante ello, el reconocimiento de las variaciones de precios no es una potestad de la Administración, sino una obligación, puesto que la incidencia de los mayores costos es de orden público, como lo es todo lo atinente al reconocimiento de las consecuencias derivadas de la teoría de la imprevisión. De tal forma, los reajustes de precios no son de carácter contractual, librado a la voluntad de las partes, sino que están reconocidos en todo contrato que se celebre con el Estado, para obtener la compensación de los mayores costos causados en la ejecución del objeto convenido. Derecho que nace a la vida jurídica desde el momento en que se presenta la oferta respectiva. En consecuencia, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado. No obstante, el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, como tema y desarrollo de un principio constitucional, no permite ni el extremo perjuicio injustificado a cargo del contratista, ni el enriquecimiento ilícito para ninguna de las partes¹²⁵.

Principio de conservación de la oferta

No se encuentra expresamente mencionado en la LCA, pero se deriva de su artículo 4º el cual dispone: “[...] En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación”.

No cabe duda de que dicho principio se encuentra relacionado con el de eficiencia y lo que quiere reglar es que las actuaciones de las partes se interpretarán de forma tal que se puedan conservar y, por ende, se logre tomar una adecuada decisión final, salvo que se trate de defectos graves que no permitan la satisfacción del interés público.

El artículo 8.h LGCP lo introduce formalmente como principio al denominarlo “Principio de mutabilidad del contrato”, bajo el entendido de que, según lo permita el ordenamiento jurídico, la Administración tendrá las prerrogativas y los poderes para hacer los cambios contractuales que

125 Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 96-2013 de las 15:30 horas, del 8 de marzo de 2013.

considere necesarios, siempre y cuando estos respondan a la protección o el alcance del interés público perseguido.

Debe recordarse que la justificación de la contratación administrativa es precisamente la finalidad de satisfacer el interés público que le ha sido encomendado a una determinada dependencia pública.

De este modo, si existen ofertas con algunos defectos (error u omisión cuya corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos), se debe proceder conforme a la subsanación de aquellos que autorice el RLCA¹²⁶ o el reglamento de la LGCP y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida, en relación con las demás personas oferentes.

Las normas expuestas permiten afirmar que:

[...] no todo incumplimiento cartelario conlleva la exclusión de una oferta, sino que más bien nuestro bloque de legalidad habilita la corrección o subsanación, se repite, únicamente de aspectos no esenciales de la oferta. Así, el instituto de la subsanación se convierte en un instrumento para la consecución de principios como el de eficiencia y conservación de las ofertas (artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa). Lo anterior a efectos de que la Administración pueda contar con un mayor número de ofertas en el concurso, a fin de que pueda elegir, dentro de la más amplia gama posible, la plica de mayor conveniencia para la necesidad pública que se pretenda satisfacer¹²⁷.

Principio de legalidad

Este principio no se encuentra específicamente regulado en el LCA, ni en el RLCA, pero se tiene como un eje transversal de la contratación administrativa, desde que así lo imponen los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Conforme a este principio, los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos *a priori* en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política, y del cual también se deriva el subprincipio de seguridad jurídica, puesto que, al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a

126 Artículos 80 y 81.

127 Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 44-2020-VI de las 14:00 horas, del 16 de abril de 2020.

las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se dan seguridad y garantía a las personas oferentes de su participación¹²⁸.

Asimismo, la LGCP introduce en el artículo 8 los principios de valor por el dinero [orientado a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones, de tal forma que se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad]; de la vigencia tecnológica [debe reunirse exigencias de calidad y actualización tecnológica que obedezcan a avances científicos contemporáneos, de conformidad con las necesidades y posibilidades de la entidad contratante] y de sostenibilidad social y ambiental [las acciones que se realicen obedecerán, en la medida en que resulte posible, a criterios que permitan la protección medioambiental, social y el desarrollo humano].

5.2.2. La licitación pública

Es el procedimiento ordinario por excelencia y se caracteriza por ser:

- i) el utilizado para las compras públicas con mayor cantidad de recursos públicos (mayor cuantía);
- ii) el más abierto a la participación de oferentes; y
- iii) el que conlleva una mayor cantidad de fases, procedimientos y formalidades estrictas.

Por mandato legal, su utilización resulta obligatoria en ciertos casos (artículo 92 RLCA):

- i) Monto
- ii) Venta o enajenación de bienes
- iii) Concesión de instalaciones públicas
- iv) Cuantía inestimable
- v) En los casos de compra de suministros cuando se trate de la modalidad de entrega según demanda y ejecución por consignación.
- vi) Convenios marco.

Por el monto

El artículo 27 de la LCA dispone, en síntesis, que cuando la ley no disponga de un procedimiento específico en función del tipo de contrato, el procedimiento a utilizar, es decir, una licitación pública, una abreviada o una contratación directa, se determinará de acuerdo con dos parámetros: uno el presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales y, el otro, la cuantía o monto de la contratación que se pretende realizar.

128 Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V. Resolución n.º 0017-2014 de las 14:00 horas, del 18 de marzo de 2014.

Así, por ejemplo, recurriendo al inciso a) de dicha norma:

Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea superior a cincuenta mil setecientos millones de colones (¢50.700.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a trescientos cuatro millones de colones (¢304.000.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a trescientos cuatro millones de colones (¢304.000.000,00) e iguales o superiores a cuarenta y dos millones trescientos mil colones (¢42.300.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a cuarenta y dos millones trescientos mil colones (¢42.300.000,00)¹²⁹.

Debe tenerse presente que las necesidades económicas de un Estado, sus presupuestos y los costos de las obras, bienes y servicios están en continuo cambio y evolución, debido a la dinámica del mercado y la realidad socioeconómica de un país. Por ende, la norma de comentario dispone que la Contraloría General de la República se encargará de elaborar y enviar una lista con el nombre de cada Administración, así como el monto de su presupuesto autorizado para respaldar la contratación de bienes y servicios no personales, con el fin de que se publique en *La Gaceta*, a más tardar en la segunda quincena de febrero de cada año.

Las sumas establecidas en este artículo también se ajustarán cada año, tomando como referencia, entre otros, la variación porcentual del índice general de precios al consumidor y deberá ser determinada y comunicada por la Contraloría General de la República, quien dictará por resolución cuáles son los incrementos y especificará los parámetros vigentes para cada órgano y cada ente comprendidos en esta ley.

Es así como la Contraloría, tomando como base los presupuestos autorizados por ella misma, se encarga de realizar una lista con los nombres de las instituciones a las cuales les ha aprobado su presupuesto para compras de bienes y servicios o de obra pública y, con base en esta y los montos de contratación que se establecen como límite o parámetro de clasificación, determina cuándo se requieren una licitación pública, una licitación abreviada, la contratación administrativa e, incluso, cuándo se tiene derecho de apelación ante dicha institución. Se presenta un ejemplo de dicha tabla:

129 Los límites económicos establecidos fueron modificados por resolución de la Contraloría General de la República n.º R-DC-00020-2022, del 16 de febrero de 2022. Dicha modificación no está incluida en este texto, por lo que puede ser consultada en el siguiente enlace:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=96397&strTipM=FN.

Límites generales de Contratación Administrativa (excluye obra pública), año 2022							
Estrato*	Presupuesto para compra de bienes y servicios no personales Artículos 27 y 84		Límites de Contratación Administrativa Artículo 27			Recurso de Apelación Artículo 84	
			Licitación Pública	Licitación Abreviada			Contratación Directa
	Más de	Igual a o menos de	Igual a o más de	Menos de	Igual a o más de	Menos de	A partir de
A	80.900.000.000,00		701.000.000,00	701.000.000,00	101.100.000,00	101.100.000,00	350.000.000,00
B	53.900.000.000,00	80.900.000.000,00	605.000.000,00	605.000.000,00	31.390.000,00	31.390.000,00	249.200.000,00
C	27.000.000.000,00	53.900.000.000,00	423.000.000,00	423.000.000,00	28.260.000,00	28.260.000,00	178.400.000,00
D	13.480.000.000,00	27.000.000.000,00	302.300.000,00	302.300.000,00	25.120.000,00	25.120.000,00	130.500.000,00
E	2.700.000.000,00	13.480.000.000,00	211.600.000,00	211.600.000,00	21.980.000,00	21.980.000,00	94.000.000,00
F	1.348.000.000,00	2.700.000.000,00	181.400.000,00	181.400.000,00	18.840.000,00	18.840.000,00	80.600.000,00
G	809.000.000,00	1.348.000.000,00	120.900.000,00	120.900.000,00	15.700.000,00	15.700.000,00	55.700.000,00
H	270.000.000,00	809.000.000,00	90.700.000,00	90.700.000,00	9.420.000,00	9.420.000,00	40.300.000,00
I	80.900.000,00	270.000.000,00	60.500.000,00	60.500.000,00	6.280.000,00	6.280.000,00	26.870.000,00
J		80.900.000,00	30.230.000,00	30.230.000,00	3.100.000,00	3.100.000,00	13.430.000,00

*Los estratos corresponden con los incisos de los artículos 27 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa.

130

Conforme a esta clasificación, verbigracia, si una junta de educación requiere comprar unas computadoras para la escuela que administra, al encontrarse por disposición administrativa en el Estrato J, si el monto de lo que se pretende adquirir es superior o igual a la suma de ¢30 230 000.00 de colones, necesariamente se deberá recurrir a la licitación pública, y dependiendo del decrecimiento del monto de la adquisición, así se tratará de una licitación abreviada o una contratación directa.

Así, en la contratación administrativa, primeramente, deben definirse cuál es el estrado en que se encuentra la institución y los montos sobre los que se pretende contratar, para luego escoger el tipo de contrato a aplicar.

Venta o enajenación de bienes

El artículo 41 de LCA establece que, para vender o arrendar bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, se debe recurrir a la licitación pública. con excepción del procedimiento de remate (artículos 49 de LCA y 101 y 102 de RLCA).

Para la venta de bienes, se requiere, como imprescindible, la existencia de un avalúo administrativo que defina cuánto vale ese bien (artículo 70 LCA), y deberá hacerlo un órgano

130 Contraloría General de la República. Límites Económicos de Contratación Administrativa y Montos Presupuestarios Promedio. Resolución n.º R-DC-00020-2022. Publicada en el Alcance n.º 39 a *La Gaceta* n.º 36 del 23 de febrero de 2022. Recuperado el 4 de julio de 2022 en: <https://www.cgr.go.cr/02-consultas/consulta-limites-ca.html>.

especializado, ya sea de la misma Administración, si no se cuenta en la institución con personal especializado, lo deberá realizar la Dirección General de Tributación Directa.

Este avalúo dictará el precio mínimo por el cual podrá venderse el bien y constituirá un límite infranqueable. Claro está, deberá tener actualidad de mercado. Por eso es necesario que este avalúo sea “reciente”.

La Directriz n.º 01-2012 emitida por la Dirección General de Tributación Directa, denominada “*Guía de valoraciones administrativas*” del 15 de noviembre de 2012 que, aún se encuentra vigente, indica que las valoraciones de bienes inmuebles se consideran “recientes” hasta por un año, a partir de la fecha de la opinión de valor (fecha efectiva del avalúo) y para valoraciones de bienes muebles, debido a que en general son bienes mucho más susceptibles a la depreciación física y a la obsolescencia funcional o económica, la vigencia puede ser hasta un máximo de seis meses, luego de la fecha de la opinión de valor o fecha efectiva del avalúo.

Concesión de instalaciones públicas

El artículo 76 LCA dispone que, para tomar en arrendamiento bienes inmuebles, con construcciones o sin ellas, la Administración deberá acudir al procedimiento de licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, según corresponda, de acuerdo con el monto.

Así, por ejemplo, si lo que se quiere arrendar es la soda de la institución o el área donde se presta el servicio de fotocopiado, como instalaciones más comunes de arrendamiento, el monto resultante del canon multiplicado por la totalidad de la ejecución contractual permitirá ubicar si se está ante una cuantía que permita seguir el procedimiento ordinario por licitación pública -o abreviada-, o si se recurre, por lo escaso, a la contratación directa que es el contrato por el que más comúnmente se opta en este tipo de casos.

Este mismo procedimiento sería aplicable a los bienes muebles, nada más que el monto se determinará tomando en cuenta el total de alquileres correspondientes a cuatro años (artículos 78 y 79 del LCA).

Cuantía inestimable y compras por demanda

La particularidad estriba en que del bien o servicio que se pretende comprar (objeto contractual) hace imposible estimar su valor (v. gr., contratación de un notario público, para que cada vez que requieran sus servicios, confeccione escrituras públicas, por un periodo de dos años en los cuales se desconoce cuántas escrituras efectuará).

La justificación de la licitación pública, su mayor exigencia formal, es que se está en presencia de una inversión indeterminada de recursos públicos que bien podrían representar una importante erogación de aquellos para cubrir el interés público, de modo que implique un mayor control para evitar usos indebidos.

Por supuesto, si la Administración parte de un monto máximo que estima invertir en este tipo de contratación (ya sea porque los históricos de demanda de estos servicios se mantienen en dicho monto o porque se considera que el límite presupuestario de la institución así lo permite), podría fijarse el monto de la licitación dentro de los rangos de la licitación abreviada, eso sí, debe dejar claro que la adquisición de esos bienes o servicios por demanda no podrían pasarse del límite contratado.

Convenio marco

El artículo 115 del RLCA autoriza a las instituciones públicas a celebrar acuerdos para tramitar en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) convenios marco y contratar determinados bienes o servicios de uso común y continuo, por un plazo de hasta cuatro años, pudiendo prorrogarse por plazos menores a este.

En otras palabras, se trata de un acuerdo que firman los órganos o entes que comparten una misma proveeduría o sistema de compras, ya sea electrónico o físico, con el fin de que una unidad central promueva una licitación para escoger un proveedor de una serie de bienes y/o servicios requeridos por el grupo de administraciones.

Así, al ser un contrato de cuantía inestimable, el convenio marco (que es el nombre que se le da al documento a través del cual se formaliza la relación con el contratista) solo podrá ser tramitado mediante licitación pública; empero, respetando las características propias de cada modelo de convenio y será gestionado por una sola entidad, cubriendo tantas compras como necesidades específicas surjan de las instituciones usuarias del convenio.

Dentro de este sistema, para las bases del convenio marco, se pueden emplear otras modalidades de contratación, tales como subasta a la baja, precalificación o cualquier otra utilizada en el comercio.

Los convenios marco se desarrollarán en dos etapas. En la primera etapa, se realizará el procedimiento licitatorio mediante el cual se adjudicará una o varias opciones de negocio a una o varias personas contratistas, para que puedan ser adquiridas en la segunda etapa por las instituciones usuarias. De este modo, la adjudicación de una opción de negocio no implica un compromiso de compra por parte de la Administración.

En la segunda etapa que corresponde a la ejecución contractual, las opciones de negocio adjudicadas se incorporarán a un catálogo electrónico, y una vez que la institución que llevó a cabo el procedimiento licitatorio dé la orden de inicio, las instituciones usuarias del convenio marco podrán emitir las órdenes de compra o pedido, sin necesidad de llevar a cabo otro tipo de procedimiento de contratación adicional, sin perjuicio de trámites necesarios para seleccionar la mejor oferta, según los criterios establecidos en el cartel, de conformidad con el modelo utilizado.

Se permite que la persona contratista realice mejoras, desatentos u otras opciones en beneficio de la Administración, ya sean temporales o definitivas, siempre que dichos beneficios no resulten ruinosos o, en su caso, se tendrá la posibilidad de ampliar la cobertura a nivel regional.

La orden de compra o pedido estará sujeta a la vigencia del convenio marco. Sin embargo, la entrega respectiva podrá realizarse finalizada la vigencia del convenio marco, en los casos en que corresponda, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones.

Las instituciones usuarias de un convenio marco están obligadas a consultarlo y utilizarlo, antes de tramitar otro procedimiento para la adquisición de bienes y servicios cubiertos por el convenio, salvo que demuestren, mediante resolución motivada, que pueden obtener condiciones más beneficiosas con otro procedimiento, en cuanto a aspectos, tales como precio, condiciones de las garantías, plazo de entrega, calidad de los bienes y/o servicios.

Los convenios marco podrán implementarse atendiendo: i) al objeto contractual y ii) a las condiciones del mercado, y bajo los siguientes modelos (artículo 116 RLCA):

a) Modelo con listado o con precio desde la oferta: En este modelo, en la primera etapa del procedimiento de contratación, se adjudicará a uno o varios proveedores las opciones de negocio adjudicadas (que fueron incluidas en el Catálogo Electrónico), mientras en la segunda etapa, las instituciones usuarias seleccionarán la mejor opción de negocio en el momento de la compra, de acuerdo a las condiciones establecidas contractualmente.

b) Modelo con cotización o sin precio en la oferta: En este modelo el precio será cotizado en su ejecución, por lo que en la primera etapa se adjudicarán las opciones de negocio que hayan cumplido con las demás condiciones establecidas por la administración licitante en el cartel. En la fase de ejecución contractual, las instituciones usuarias realizarán un “*mini concurso*”, emitiendo una solicitud de cotización a las empresas adjudicadas en las opciones de negocio que requieran abastecerse, los adjudicatarios de estas dispondrán de un máximo de cinco días hábiles para remitir la cotización respectiva, salvo excepciones calificadas en cuyo caso el cartel de la contratación determinará el plazo correspondiente, resultando ganadora la oferta que de acuerdo a los criterios de selección establecidos en el cartel sea la mejor.

5.2.3. La licitación abreviada

Es un procedimiento que resulta menos riguroso que la licitación pública, debido a que se trata de montos menores, aunque siempre deban respetarse todos los principios que informan la contratación administrativa.

Es un contrato cuya escogencia procede por exclusión, ya que dependerá de que el monto no exija una licitación pública (artículos 27 y 44 LCA).

En este tipo de procedimiento, aunque existen controles, son menos rigurosos (artículo 45 LCA), entre estos, que se cursa invitación a participar dentro del registro correspondiente a un mínimo de cinco proveedores del bien o servicio.

Para la conformación de este registro, cada proveeduría institucional invitará, por lo menos una vez al año, mediante publicación en *La Gaceta*, a formar parte del registro de proveedores y, en cualquier momento, los proveedores interesados podrán solicitar que se les incorpore al registro (artículo 46 de LCA). Esto tendrá la garantía de formar parte de un esquema de rotación que les permita la participación y el acceso de la administración a las mejores ofertas. (En el caso del Poder Ejecutivo, sus entes y órganos deberán utilizar el registro central a cargo de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa).

Si el número de personas proveedoras inscritas para el objeto de la contratación es inferior a cinco, la Administración deberá cursar invitación mediante publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*.

La Administración también queda facultada, en cualquier otro caso, para cursar invitación mediante publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*, cuando así lo estime conveniente para la satisfacción del interés público.

Con independencia de la forma o medio de invitación, la Administración siempre tendrá la obligación de estudiar todas las ofertas presentadas a concurso (en los casos en los que se utilice un registro precalificado, podrán participar solamente las empresas que cumplan esa precalificación, antes de la apertura de las ofertas, independientemente de si han sido invitadas o no).

El plazo para recibir ofertas no podrá ser inferior a cinco días hábiles ni superior a veinte (salvo en casos muy calificados en que la Administración considere necesario ampliarlo hasta un máximo de diez días adicionales. Para ello, deberá dejar constancia, en el expediente, de las razones que lo justifican).

El acto de adjudicación deberá dictarse dentro del plazo establecido en el cartel, el cual no podrá ser superior al doble del fijado para recibir ofertas, y podrá prorrogarse por un período igual y por una única vez, siempre y cuando se acrediten razones de interés público para esa decisión.

Vencido dicho plazo sin que se haya dictado el acto de adjudicación, las personas oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta y a que se les devuelva la garantía de participación, sin que les resulte aplicable sanción alguna (con independencia de las responsabilidades disciplinarias que enfrenten las personas funcionarias responsables).

Como regla supletoria, para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones para la licitación pública, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza abreviada del contrato.

5.2.4. Otras modalidades de contratación administrativa

La licitación pública y la licitación abreviada son los dos procedimientos ordinarios de contratación más importantes; empero, no son los únicos. La Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento mencionan también la existencia de otros procedimientos ordinarios a los cuales la Administración pública puede recurrir, tales como el remate, la subasta a la baja y licitación con financiamiento.

El remate

Está descrito en los artículos 49 y 50 LCA; 01 y 102 RLCA. Es una modalidad de contratación que podrá utilizarse para vender o arrendar bienes, muebles o inmuebles, cuando resulte el medio más apropiado para satisfacer los intereses de la Administración. Es un procedimiento alternativo a la licitación, en el cual se fija un precio base y se adjudica a quien logre hacer la mejor oferta.

Su relevancia radica en que debe valorarse su utilización como un medio que posibilite obtener mejoras en los precios iniciales fijados, a través de la puja que se da de viva voz entre las personas interesadas. Incluso si cuenta con la seguridad correspondiente, podría tramitarse por medios electrónicos.

En el procedimiento:

- i) Debe existir un avalúo del órgano especializado de la Administración respectiva o, en su defecto, de la Dirección General de la Tributación directa.
- ii) La existencia de una invitación con indicación del lugar, la fecha y la hora del remate que se publicará en el Diario Oficial y, facultativamente, en un diario de circulación nacional, el cual contendrá una lista de los bienes por rematar, la descripción de su naturaleza y el precio base.
- iii) Salvo en el remate infructuoso, la base no podrá ser inferior al monto del avalúo.
- iv) Se tendrá que dar la oportunidad para que las personas interesadas examinen los bienes objeto del remate, con al menos cinco días de anticipación a la diligencia.
- v) Deberá contarse con la designación de una persona funcionaria responsable del

- procedimiento verbal del remate (puja), quien presidirá la diligencia.
- vi) Quien en el acto ofrezca el precio más alto tendrá derecho a que se le adjudique el bien.
 - vii) La adjudicación se perfeccionará con la entrega inmediata a la Administración de una garantía de cumplimiento del 10% del valor del bien rematado, y tendrá tres días hábiles para cancelar el resto del precio; en caso contrario, perderá la garantía en favor de la Administración.
 - viii) Finalizado el remate, quien presida será el encartado de levantar el acta con todas las incidencias y será firmada tanto por la persona funcionaria responsable como por la adjudicataria.

Licitación con financiamiento

Existen supuestos donde el interés público que se requiere solventar es impostergable, pero la Administración no cuenta con el dinero requerido, al momento de iniciar el concurso (la convocatoria que se hace a las personas proveedoras para que presenten sus ofertas), para cubrir la obra, el bien o servicio que se pretende contratar. En este caso, la Administración puede recurrir a la licitación por financiamiento (artículo 52 de LCA), en la que son los oferentes (proveedores que participan) quienes, además de cumplir con los requisitos exigidos para ejecutar el objeto material de la contratación, también deben proporcionar, como una condición más del cartel, opciones de financiamiento, ya sea porque ellos ponen el dinero, o que lo haga una tercera persona por medio de la misma persona proveedora que ofrece el servicio (línea de crédito).

En esos supuestos, la exigencia de contenido presupuestario se reducirá a proveer fondos suficientes para enfrentar los pagos por amortización e intereses, gastos conexos derivados del financiamiento y a prever la incorporación, en los futuros presupuestos, de las partidas necesarias para la atención del crédito.

Uno de los requisitos esenciales y característicos de este tipo de contratación es que, antes de iniciar la licitación con financiamiento, la Administración deberá obtener las autorizaciones previstas en el ordenamiento jurídico para el endeudamiento y el empleo de este mecanismo, entre estas, de la autoridad presupuestaria del Ministerio de Hacienda, la del Ministerio de Planificación y la del Banco Central, o la firma o el aval del Poder Ejecutivo y la aprobación legislativa a que se refiere el inciso 15) del artículo 121 de la Constitución Política, cuando se trate de empréstitos que constituyan una carga para el Estado o que requiera su aval. Bajo el entendido de que, como supuesto de exención de responsabilidad de la Administración, está el incumplimiento de este requisito, el cual deberá verificarse antes de dictar el acto de adjudicación.

Subasta a la baja

Es un tipo de contratación que se utiliza para la adquisición de productos genéricos, entendidos como suministros, equipos o bienes de uso común, cuya fabricación obedezca a reglas estandarizadas (artículo 106 RLCA).

En realidad, debe cumplirse con los mismos requisitos que tenga el concurso que, por estimación económica corresponda (licitación pública, abreviada o contratación directa de escasa cuantía), pero con la característica de que en el cartel, se deberá indicar un detalle de los bienes, las condiciones aplicables y se deberá advertir que la adjudicación será por “subasta a la baja”, con indicación, de estimar así el precio base (el precio máximo que la Administración pagará de conformidad con el artículo 111 RLCA), o deberá indicarse la solicitud para las personas oferentes de que deben incorporar un precio base a sus propuestas, para ser mejorado en la etapa siguiente, junto con las normas de ejecución que resulten pertinentes, y los plazos y condiciones de entrega de los bienes.

La invitación a participar se efectuará a través del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), detallando las características de los bienes a adquirir e incluyendo toda la información pertinente para la conexión individual al Sistema, en la que se convocará a todas las personas interesadas a una puja de precios, en la que se adjudicará la oferta de menor precio (la persona encargada de la contratación presidirá el acto, dará las indicaciones y aclaraciones pertinentes a través del SICOP y recordará las reglas para pujar) (artículo 107 RLCA).

Una vez adjudicada la subasta, la persona oferente seleccionada deberá depositar en una cuenta dispuesta al efecto por la Administración la garantía de cumplimiento por el diez por ciento (10%) del monto adjudicado, salvo que el pliego de condiciones disponga otro porcentaje o monto.

Si la garantía de cumplimiento se encuentra conforme, tres días después de verificada la subasta, la Administración dictará la respectiva orden de inicio, a efecto de que entreguen los bienes en el plazo establecido, de conformidad con el pliego de condiciones (artículo 109 RLCA). En caso de que la persona interesada incumpla, se ejecutará la garantía de cumplimiento y se declarará insubsistente el acto de adjudicación.

Se trata así de un proceso que se caracteriza por su celeridad y sencillez, y permite realizar el proceso de compra de manera oral, de modo que a viva voz se escuchan ofertas y se adjudica (se escoge a la persona proveedora), bajo un sistema legítimo, ágil y eficiente.

5.2.5. Procesos de excepción (contratación directa)

Las compras públicas deben realizarse a través de los procedimientos ordinarios, esa es la regla. No obstante, la Ley de Contratación Administrativa establece excepciones a dicha regla en su artículo 2, generando así los llamados “procedimientos por excepción” de compras públicas.

Como se advierte, estos son procedimientos excepcionales y se deben utilizar solamente en el caso de que la ley lo permita (lo que lo convierte en un requisito *sine qua non* para su empleo) o que se presenten como la única forma de solventar una necesidad pública, en cuyo caso la Contraloría General de la República puede autorizar que se realice un procedimiento de este tipo para un caso en concreto, siempre y cuando se justifique que es la mejor manera de satisfacer el interés público (artículo 2 bis LCA).

Las materias excluidas legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación podrán ser objeto de ***negociación directa*** entre la Administración y el contratante, en tanto la Administración actúe en ejercicio de su competencia, y el contratante reúna los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera para celebrar el respectivo contrato (artículo 133 RLCA).

Sin obviar que la actividad contractual deberá adaptarse, en lo pertinente, a los principios generales, a los requisitos previos que correspondan y a las normas generales sobre el cartel y la oferta. Y a excepción de los supuestos de proveedor único, actividad ordinaria e interés manifiesto de colaborar con la Administración, se deberá verificar que el eventual contratista no esté cubierto por el régimen de prohibiciones (artículo 134 RLCA).

Como regla, el mecanismo de selección del contratista, así como su aplicación deben ser expeditos, prácticos y ajenos a plazos, cuya extensión desvirtúe su naturaleza, y para su aplicación, es decir, para la prescindencia de los procedimientos ordinarios será el jerarca de la institución o de la persona funcionaria subordinada competente, bajo su responsabilidad, quien lo determine, bajo una decisión fundada en estudios legales y técnicos en los cuales se acredite, para el caso concreto que se está ante uno de los supuestos de excepción (artículo 135 RLCA).

En todos los casos, se deberá confeccionar un expediente físico o electrónico, el cual estará encabezado por la decisión inicial y donde se debe incorporar constancia de todas las actuaciones que se realicen.

Entre estos supuestos de contratos por excepción, se encuentran los siguientes:

a) La actividad ordinaria (*“la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento*

*autónomo o de servicio, pero no ejecutivo*¹³¹) de la Administración, entendida como el suministro directo a la persona usuaria o destinataria final de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.

Se limita a la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios, para brindarles los bienes o servicios que por ley deben prestarles. Como ejemplo de esta actividad, tenemos la venta de agua potable por parte de las municipalidades, la de electricidad de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz o el servicio de telefónica celular del Instituto Costarricense de Electricidad.

b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional.

Eso sí, para su validez y eficacia, deberán documentarse por escrito siguiendo los trámites correspondientes y deberán suscribirse por las personas funcionarias competentes, y la Administración deberá tomar en cuenta que el precio o estimación de la contraprestación no exceda los límites razonables, según los precios que rijan operaciones similares, ya sea en el mercado nacional o internacional (artículo 137 RLCA).

Esta excepción cubre contrataciones con sujetos de derecho internacional, tales como la ONU, la OEA, la OTAN, la OPEP, la UNOPS y organismos financieros internacionales como FMI, BCIE y BM, entre muchos otros, para los cuales se exige, como un requisito fundamental, que se respeten los canales diplomáticos por medio de los cuales las naciones y esta clase de entidades se interrelacionan entre sí.

c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público.

En este supuesto, las entidades de derecho público podrán celebrar contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, siempre y cuando esa actividad atienda al menos los siguientes requisitos (artículo 138 RLCA):

- 1) Cumplir en lo pertinente con los requisitos previos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento, en particular, respecto de la correcta definición del objeto contractual y las fases de planificación y presupuestación. Asimismo, en fase de ejecución contractual serán aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.
- 2) Estar acreditado en expediente la idoneidad del sujeto público para la dotación del objeto contractual. El jerarca deberá acreditar en la decisión inicial los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público, disponiendo de un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados.

131 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 6754-98 del 22 de septiembre de 1998.

- 3) Observar el marco jurídico que regule las competencias legales de ambas partes.
- 4) Observar ambas entidades el equilibrio y la razonabilidad de sus prestaciones en sus relaciones contractuales.
- 5) Asegurar que la participación de la entidad contratada sea de al menos un 50% de la prestación objeto del contrato. Las contrataciones con terceros por parte de la contratada deberán estar referidas a cuestiones especializadas y según su régimen de contratación.
- 6) Acreditar financieramente la razonabilidad del precio, conforme a las disposiciones de este Reglamento.

d) La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, ya sea porque solo existe una única persona proveedora, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta ley.

La Administración podrá contratar, de forma directa, los siguientes bienes o servicios que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, no puede o no conviene adquirirse por medio de un concurso (artículo 139 RLCA):

1. Oferente único
2. Bienes o servicios artísticos o intelectuales
3. Medios de comunicación social
4. Suscripciones y compra de material bibliográfico
5. Servicios de capacitación
6. Atención urgente de gestiones judiciales
7. Reparaciones indeterminadas
8. Objetos que requieren seguridades calificadas
9. Interés manifiesto de colaborar con la Administración
10. Arrendamiento o compra de bienes únicos
11. Situaciones imprevisibles
12. Arrendamiento de vehículos de los funcionarios
13. Servicios de arbitraje o conciliación
14. Combustible
15. Patrocinios
16. Asesoría a auditorías internas

e) Las compras realizadas con fondos de caja chica, según se dispondrá reglamentariamente, siempre y cuando no excedan de los límites económicos fijados conforme al inciso anterior.

El artículo 141 RCLA estipula que las compras para gastos menores e indispensables, cuya ejecución es de carácter excepcional, se deben efectuar con cargo a los fondos de “caja chica”, se regirán por las disposiciones reglamentarias que al efecto se emitan, las cuales fijarán los supuestos para su utilización, montos máximos, mecanismos de control y personas funcionarias responsables de su manejo. La Tesorería Nacional será quien establecerá los lineamientos para el funcionamiento de las cajas chicas, de conformidad con los alcances de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

Esto supone un límite para las compras que se pretendan realizar mediante este método, pues ello implica que, mediante este procedimiento, no se puede comprar ilimitadamente, sino hasta por la suma máxima que se fije reglamentariamente.

f) Las contrataciones que se realicen para la construcción, la instalación o la provisión de oficinas o servicios en el exterior.

Las contrataciones que tienen por objeto la construcción, la instalación o la provisión de oficinas ubicadas en el extranjero, así como la contratación de personas físicas o jurídicas extranjeras que van a brindar sus servicios en el exterior podrán celebrarse sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, pero la Administración deberá procurar que el contratista sea idóneo y garantice el fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales (artículo 142 RCLA).

En estos casos, se justifica un trato directo con el o la oferente y, por lo común, no existe concurso, sino una negociación entre las dos partes que, como vimos, no por ello deberá desconocer los principios que resulten aplicables a la contratación administrativa, en lo que su naturaleza se lo permita.

g) Las actividades que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.

Es claro que, tratándose de contrataciones que nacen por ley especial o por instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, el procedimiento que debe aplicarse es el que se dispone en dichas normas y su reglamento (artículo 143 RLCA).

En este caso, un empréstito aprobado por la Asamblea Legislativa, donde se establezcan procedimientos de contratación especiales o se haga remisión a cuerpos normativos elaborados por el organismo internacional de crédito que suministra los recursos, desplazará el procedimiento ordinario de contratación administrativa.

No obstante, los principios constitucionales de la contratación administrativa tendrán plena aplicación y vigencia, de modo que aquellos no pueden oponerse a estos, ni impedir o inhibir, en forma excesiva o irracional su aplicación, ya que implicaría un quebrantamiento al mismo ordenamiento jurídico.

h) La actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esta ley.

Este es un ejemplo de la escogencia de un tipo de contrato por exclusión, ya que solo procederá la contratación directa (procedimiento de excepción por escasa cuantía) cuando, por el monto del contrato, no procedan la licitación pública ni la abreviada.

Así, dado que se trata de montos pequeños o bajos, lo más conveniente para el interés público es realizar un procedimiento más ágil y rápido, bajo un cartel sencillo (artículo 144 RCLA).

Por ende, se cursará invitación por lo menos a tres potenciales personas proveedoras idóneas que la institución deberá extraer del registro de personas proveedoras (ausencia de publicidad) y, si no existen, se deberá pedir la ayuda de otra institución pública y su registro de personas proveedoras, para poder tener las invitaciones que requiere la normativa.

En su defecto, debe seleccionar responsablemente, mediante otras vías, al menos a tres diferentes proponentes para que presenten su cotización, lo que significa que debe hacerse a empresas o personas proveedoras que estén dedicadas a la actividad específica de lo que se pretende contratar, para respetar la exigencia de idoneidad. Ello deberá hacerse constar porque, para la validez del procedimiento, no es necesario que, finalmente, se presenten las tres cotizaciones, pudiendo incluso solo ser una la que mantenga el interés para ofertar.

La entidad dará un plazo mínimo de un día y un máximo de cinco días hábiles para la presentación de las cotizaciones. En casos acreditados como urgentes, se pueden solicitar las cotizaciones con, al menos, cuatro horas de anticipación a su recepción. En este supuesto, deberá existir un documento firmado por una persona funcionaria que se haga responsable de esta decisión, quien será la misma que dicta el acto de adjudicación.

La Administración se encuentra obligada a estudiar todas y cada una de las ofertas que se presenten, incluso aquellas interpuestas por quienes no hayan sido invitados, ya que para participar, no es un requisito estar inscrito en el Registro de Proveedores.

En principio, la adjudicación recaerá en la oferta de menor precio, pero es posible valorar otros factores que la Administración considere que son importantes y que deben definir en la invitación, como la experiencia.

El acto de adjudicación deberá dictarse en un plazo máximo de diez días hábiles. Será prorrogable por un plazo igual en casos debidamente justificados, contados a partir del día de la apertura de ofertas y, de inmediato, será comunicado a las personas participantes, quienes podrán interponer un recurso de revocatoria y, en los casos declarados urgentes, ni siquiera existirá este remedio.

Construcción y mantenimiento de infraestructura educativa

Esta excepción no está dispuesta en la ley, pero sí en el artículo 145 RCLA, el cual estipula que, para la gestión integral de proyectos de infraestructura física educativa, involucra el diseño, la construcción, el mantenimiento, la restauración y la realización de obras en general, así como los servicios profesionales necesarios para llevar a cabo esos proyectos, el procedimiento de contratación directa concursada, al cual podrán acudir tanto las juntas de educación como las administrativas y el Ministerio de Educación Pública.

Para la adecuada aplicación de este mecanismo, el Ministerio de Educación Pública y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes adoptarán las disposiciones generales en las que se establezcan las medidas de control interno necesarias para garantizar la más eficiente y eficaz administración de los fondos públicos involucrados en estas contrataciones, así como los medios que permitan a las instituciones involucradas y a las juntas acceder a la asesoría legal y técnica requerida, tanto para la fase de elaboración del cartel, como para la valoración de ofertas y la ejecución contractual.

Este tipo de procedimiento nace como una forma de dar respuesta a un interés público notoriamente reconocido, como es la educación integral de alta calidad que se logra, entre otras cosas, a través de condiciones de infraestructura educativa adecuadas. Por eso es necesario dotar el procedimiento para su mantenimiento y construcción de agilidad y eficiencia, y así evitar el entorpecimiento del proceso de enseñanza y aprendizaje.

En estos casos, no se requiere de la autorización de la Contraloría General de la República, pero sí la de una unidad del Ministerio de Educación, denominada División de Infraestructura y Equipamiento Educativo (DIEE), la cual pertenece al MEP y se encarga de atender las necesidades que le planteen las juntas administrativas y de educación de los diferentes centros educativos.

En el procedimiento, se requerirá dejar constancia de que se cursó invitación a un mínimo de tres potenciales oferentes, sin que sea necesario publicar la invitación en el Diario Oficial o en diarios de circulación nacional.

El cartel siempre será indispensable, por cuanto en él se detallarán, entre otras cosas, las características del objeto contractual (lo que se quiere contratar) y el sistema de evaluación de las ofertas, etc.

Contrataciones directas autorizadas por la Contraloría General de la República

No cabe duda de que todos los días ocurren situaciones que conllevan a la necesidad institucional de realizar un procedimiento de excepción, para poder satisfacer el interés público

(las necesidades de la población), a pesar de que no se esté frente a un supuesto de excepción de los que la ley cita de manera específica. Ante estos supuestos, la única forma legal para realizar un procedimiento de excepción (contratación directa) es con autorización previa de la Contraloría General de la República.

El artículo 2 bis LCA establece una serie de supuestos en los cuales, con autorización previa de la Contraloría General de la República, puede utilizarse un procedimiento de contratación directa, y se ve complementado por el artículo 146 RLCA:

- a) Cuando los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.
- b) En los casos en que la administración, habiendo adquirido ya equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los equipos tecnológicos que se estén utilizando, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.
- c) Otras actividades o casos específicos en los que se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.
- d) En los casos en los que existe urgencia de atender una necesidad, sin importar si ello obedece a una mala planificación o es una situación ajena a la voluntad de la Administración.

En estos casos, la Administración dirigirá una solicitud que deberá contener una justificación detallada de las circunstancias que motivan la aplicación de las excepciones establecidas en este artículo, así como la especificación de la forma que se ha previsto para seleccionar a la persona contratista.

Por su parte, la Contraloría General resolverá la solicitud en el término de diez días hábiles y podrá establecer: i) procedimientos sustitutivos a los ordinarios; ii) condiciones tendientes a la mejor satisfacción del interés público y a un manejo adecuado de la contratación autorizada; y iii) Detallará la vía recursiva que procederá en estos casos, así como los plazos aplicables al trámite respectivo.

Contrataciones de urgencia

El artículo 80 LCA establece que, en casos de urgencia y para evitar lesiones del interés público, daños graves a las personas y daños irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación; incluso, podrán dictarse procedimientos sustitutivos.

La autorización de la Contraloría General de la República es un requisito previo que debe solicitar la Administración, para efectos de mantener el control y fiscalización de la contratación. La petición deberá resolverse dentro de los cinco días hábiles siguientes, sin que el silencio del órgano contralor pueda interpretarse como aprobación de la solicitud. Para agilidad de los procedimientos, la autorización podrá ser extendida, de manera verbal, telefónica, por fax o correo electrónico, según lo regule la entidad autorizante.

Se entiende que, en las contrataciones de urgencia, se está en presencia de una situación de tal magnitud que resulta indispensable realizar una compra directa, para evitar daños graves o irreparables.

Por lo general, se hace referencia a situaciones producidas por fuerzas de la naturaleza, catástrofes como guerras, epidemias e, inclusive, se han reconocido aquellas producidas por una mala gestión administrativa (v. gr., ausencia de un medicamento).

5.3. Corrupción en la contratación administrativa, muestra de tipos penales

5.3.1. Prevaricato administrativo

Como se explicó en el acápite anterior, también el artículo 357 del Código Penal describe que comete prevaricato aquel funcionario administrativo que dicte resoluciones contrarias a la ley o que las funde en hechos falsos. Es lo que se conoce en otras latitudes¹³² como prevaricato administrativo. Por su especialidad y únicamente para efectos didácticos, se tratará en esta sección de manera diferenciada.

Como se pueden apreciar, la clasificación tipológica, la conducta, el tipo subjetivo, los complementos descriptivos y, parcialmente, el objeto material son estructuralmente los mismos. Empero, su diferencia radica en el sujeto activo y, en lo particular, en la especialidad del objeto material, es decir, el tipo de resolución que se dicta.

El objeto material del delito

Debe recordarse, cuando se analizó el prevaricato judicial, que el bien jurídico tutelado se refiere al correcto ejercicio de la función pública, de cara a los derechos e intereses de las personas administradas, por lo que existirán resoluciones que, por más que sean administrativas, su contenido material no tendrá las condiciones para afectar los derechos o intereses de las personas administradas, ni expresar con relación a ellas la voluntad de la Administración.

¹³² En el artículo 404, el capítulo I del título XIX del Código Penal español sanciona este tipo de conducta como un delito autónomo.

La Sala de Casación Penal mantiene el criterio de que 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 y las 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 las personas administradas, a la cual llega la Administración pública tras cumplir el procedimiento respectivo.

De este modo, el término resolución administrativa no puede restringirse “sólo al conocimiento de recursos o reclamos, sino que en materia administrativa abarca las decisiones que se toman de oficio y atendiendo a las particularidades de todos y cada uno de los diversos procedimientos administrativos establecidos en muchas leyes distintas”¹³³.

“Este criterio se explica en apego al principio de legalidad. Este dispone que todo acto o comportamiento de la Administración que incida sobre los derechos del particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico. Aparentemente el fin único o principal es la protección del ciudadano, que así puede anticipar la conducta de la Administración con vista de ese orden; se le indica de antemano lo que aquella puede hacer o no hacer en relación con sus derechos. Desde este ángulo, el principio de legalidad es una garantía típica del Estado Liberal de Derecho y un freno para la actividad estatal. Está permitido únicamente lo que está autorizado y está prohibido todo lo demás. Sin embargo, el principio de legalidad es también una garantía de primer rango de la eficiencia administrativa, en cuanto crea un orden de conducta indispensable para que la acción pública pueda realizar los fines que persigue. Vincular el Estado a la observancia del derecho es no solo hacer previsible para el jerarca lo que puede o debe hacer sino asegurar un mínimo de oportunidad y conveniencia a su gestión”¹³⁴.

El principio de legalidad en la Administración pública que recoge nuestra Constitución Política en su artículo 11 establece: “[...] *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 y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles responsabilidad penal por sus actos es pública*”.

Así, por medio de este principio, se explican y justifican todo el accionar del aparato público y los límites de su ejercicio. Además, desde que el Estado, por su poder y organización, está en condiciones de interferir en la esfera de los derechos y garantías de la ciudadanía y, por eso,

133 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1021-2000 de las 10:45 horas, del 1º de septiembre de 2000.

134 Ortiz, Eduardo. (2002). *Tesis de derecho administrativo*. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké, p.73.

su accionar está debidamente demarcado por la ley y se autoriza el control de los abusos y las desviaciones de poder.

Corolario, tiene sentido que aquellos actos de la administración que, aunque no revisten la forma de resolución, sí son verdaderas resoluciones y, por ende, calzan dentro de la descripción típica del delito de prevaricato, mientras otras actuaciones que formalmente son resoluciones, porque así lo establece el ordenamiento jurídico, no poseen ningún contenido decisorio y quedan excluidas de ser el objeto material del delito de estudio¹³⁵.

El sujeto activo

El tipo penal descrito señala que quien puede cometer la conducta ilícita es un “funcionario administrativo”. Ello implica que, además de ser persona funcionaria pública (cuyo concepto atiende principalmente a dos elementos: *i*) el modo de acceso (por elección, disposición jurídica o nombramiento de la autoridad competente) y *ii*) su carácter funcional (participación en funciones públicas), pero que, en derecho penal, se ha ampliado, incluyendo a los funcionarios interinos, personal laboral y a quienes trabajan en entidades públicas independientes¹³⁶), también debe tener la potestad de dictar resoluciones de carácter administrativo.

Y no es cualquier resolución, sino aquella que representa el acto final mediante el cual la Administración pública expresa su voluntad con relación a los derechos e intereses de los y las habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir.

La acción típica puede ser llevada a cabo tanto por la persona funcionaria en su calidad de órgano unipersonal, como por los y las miembros de un órgano colegiado que contribuyeron con su voto a la adopción del acuerdo injusto.

Asimismo, al ser un delito especial propio, el “*extraneus*” puede ser partícipe del delito, de acuerdo con el principio de comunicabilidad de las circunstancias.

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José reafirmó este criterio, al sostener:

[...]Los delitos especiales propios, que son aquellos que establecen especiales elementos de autoría, solo pueden ser cometidos, en condición de autor, por quienes tengan la condición descrita en el tipo penal (juez, funcionario administrativo). El principio de legalidad y la

135 En igual sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2003-00686 de las 16:30 horas, del 12 de agosto de 2003.

136 Zárata Conde, A., González Campo, E., Moral De la Rosa, J., Díaz Torrejón, P. y Mañas de Orduña, A., (2018). *Derecho penal*. Parte especial. 2nd. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 741.

especialidad de la descripción objetiva del tipo impiden que se apliquen, respecto de estos, las reglas generales de coautoría (según las cuales solo se tiene en cuenta la distribución de funciones y el plan previo para imputarle a un sujeto el acto de otro) pues si uno de los sujetos (extraneus) no tiene la condición requerida por el tipo penal (funcionario público, juez) no podría responder como AUTOR (cfr. entre otros GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2006, p. 224; GÜNTER JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. En: AAVV. *Conferencias sobre temas penales*. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, pp. 87- 120; ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 386 ss., 482 ss.; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Kart y ZIPF, Heinz. *Derecho penal, parte general*. Tomo 2. Traducido por Jorge Bofill, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 394-395; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental, volumen II*. Editorial Temis, Colombia, 1998, p. 418). Eso así en “buena” dogmática y aplicando el principio de legalidad, aunque nuestros tribunales han resuelto otra cosa: ver votos números 565-F-1994 y 232-2008 (entre otros) de la Sala Tercera y 6859-98, 4373-2000, 1053-2001 y 957-2005 (entre otros) de la Sala Constitucional. Sin embargo, de nuestra legislación (artículo 47 del Código Penal) no se deriva que no quepa la participación en sentido estricto en este tipo de delitos. Tampoco la rechazan la doctrina extranjera, la nacional (a excepción del autor referido) ni nuestra jurisprudencia. Antes bien, esas son las figuras con la que habría que tratar los casos del “coautor extraneus” que no tiene las condiciones del autor en los delitos especiales propios, pues a ello obliga el numeral 49 del Código Penal, que prevé la figura de la comunicabilidad de las circunstancias (en igual sentido: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de peculado*. Editorial Juritexto, San José, 1ª edición, 2000, pp. 98-111; CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *Autoría y participación en el derecho penal*. Editorial Jurídica Continental, San José, 1ª edición, 2006, pp. 109-117; CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La participación criminal en el derecho penal costarricense*. Editorial Juritexto, San José, 1ª edición, 1993, pp. 60-68 y CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La autoría mediata*. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Litografía e imprenta Lil S.A., San José, 1987, pp. 22-27)¹³⁷.

5.3.2. Legislación o administración en provecho propio

La descripción típica del delito se encuentra en el artículo 48 de la Ley N.º 8422, el cual indica:

Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente,

137 Resolución n.º 2015-01539 de las 8:20 horas, del 19 de noviembre de 2015.

sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social. // Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.

Este tipo penal le exige al sujeto activo tener una condición especial, ser una persona funcionaria pública, y esto lo convierte en un delito funcional.

La cantidad de formas verbales de la acción típica lo colocan como un ejemplo de tipo abierto¹³⁸. Así, la acción típica es promulgar, autorizar, suscribir o participar con un voto favorable y recae sobre el objeto: “[...] leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos”. Esto implica que, además de la condición de persona funcionaria pública, para el momento en que se ejecuta la acción, el agente debe ostentar también una facultad legal para participar en la constitución o autorización de aquellos actos.

Igualmente, no es cualquier ley, decreto, acuerdo, acto o contrato administrativo el que puede ser objeto de este delito, sino únicamente aquellos que otorguen beneficios de manera directa.

El elemento normativo “beneficios” tiene diversos alcances dependiendo de si estamos ante la figura típica del primero o del segundo de los párrafos del artículo de cita. En el primero, se hace alusión únicamente a “beneficios” que puede significar un bien que se recibe, una utilidad que se obtiene, un provecho o una ganancia que se percibe de un negocio, inversión u otra actividad mercantil¹³⁹. Es decir, su contenido es más amplio y dependerá de qué provecho o utilidad obtiene el agente activo del acto que ejecutó. La segunda referencia es más específica, ya que establece que este debe ser “beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas”.

Así, además de que las utilidades y el provecho de la acción deben contener un componente patrimonial, y ya no es cualquiera, este debe ser uno que se encuentre contenido en la convención colectiva que aprobó o autorizó el agente activo, de lo contrario no se ajustaría a la conducta típica descrita.

138 Arroyo, José Manuel. (2021). Límites y alcances del concepto de “corrupción” de conformidad con las convenciones internacionales. En *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, número 1 (32) (13). Año 1. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>. Fecha: 16 de junio de 2022.

139 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. Versión 23.5 en línea. <<https://dle.rae.es>> Fecha: 16 de junio de 2022.

El hecho de que se establezca que el beneficio debe ser otorgado en forma directa, restringe el ámbito de aplicación del delito de una forma muy conveniente, ya que tanto una ley, como un decreto, acuerdo, acto o contrato administrativo, pueden generar efectos indirectos, que en algunas ocasiones hasta podrían ser difíciles de imaginar al momento sanciona, promulga, autoriza, suscribe o se participa con un voto favorable y que finalmente, podría representar un beneficio para el agente o para los terceros descritos en el tipo¹⁴⁰.

Por otro lado, los beneficios deben ser para el agente activo o para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o para las empresas donde la persona funcionaria pública, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas, en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social.

Sobre este tópico del régimen de incompatibilidades para los y las miembros de la función pública, la Sala Constitucional señaló:

En el contexto de esta Ley, de naturaleza penal, como lo es la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el legislador creó un régimen preventivo de incompatibilidades para los miembros de los poderes supremos, instituciones autónomas y otros, que tiene un objetivo y naturaleza distinta de las prohibiciones para contratar previstas en la Ley de la Contratación Administrativa (art. 22). Ambos regímenes permiten el levantamiento, tanto de la incompatibilidad, como de la prohibición (v. artículo 18 de la Ley 8422). En ambos casos, el objeto de sanción es la conducta del funcionario que actúa, en contra de la incompatibilidad legal con su cargo o de la prohibición para contratar. [...] Al asumir el cargo público, el funcionario lo hace con las cargas y obligaciones que éste le impone, como lo serían, en este caso, las incompatibilidades y prohibiciones señaladas. El artículo 18, en consonancia con las disposiciones de la Ley de la Contratación Administrativa, establece un mecanismo idóneo y proporcionado a su fin, cual es evitar el aprovechamiento del status de funcionario público y, específicamente, de aquellos que tienen funciones de dirección y gobierno en los poderes supremos, gobiernos locales, instituciones autónomas y otros, para el ejercicio de influencias, en provecho propio o de sus allegados. Dentro del régimen de la Constitución, se ha establecido el deber de probidad como una exigencia fundamental del ejercicio del cargo público, cuya vulneración ha sido sancionada, incluso criminalmente; así, por ejemplo, el artículo 48 de la misma Ley¹⁴¹.

140 Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica n.º OJ-107- 2005 del 1 de agosto de 2005. Recuperada de: <http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/DICTAMENES/1/P/J/2000-2009/2005-2009/2005/91C55.HTML>. Fecha: 16 de junio de 2022.

141 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2013-00175 de las 9:05 horas, del 11 de enero de 2013.

El elemento típico subjetivo es doloso y exige dolo directo, ya que se debe saber que, con el acto que se aprueba, se está beneficiando de manera directa, o que lo hace en favor de cualquiera de las personas (físicas o jurídicas) que describe la norma.

En lo objetivo, no se requiere la realización de un resultado para su consumación, por cuanto basta con que el agente activo promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos, y que estos otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo o las restantes personas a las que cubra el régimen de incompatibilidad, para que se consume el delito.

Así, al no requerirse la materialización del beneficio como tal (ya sea económico o de cualquier tipo), para que la conducta típica se complete, estaríamos ante un delito de mera actividad.

La acción constitutiva de la infracción del segundo párrafo del artículo 48 es “favorecer o favorecerse”, y el objeto de dicha acción comprende los beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas.

Ahora bien, al igual que, en el párrafo primero del numeral, se establece que serán típicas tanto la conducta del funcionario que se beneficie a sí mismo, como la de quien favorezca a su cónyuge, compañero, compañera o conviviente o sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. Para este supuesto, además se establece como otro elemento de tipo, que el funcionario haya participado como representante de la parte patronal, durante la negociación de la convención colectiva de la cual se deriva el beneficio patrimonial.

5.3.3. Sobreprecio irregular

La descripción típica se encuentra en el artículo 49 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422:

Será penado con prisión de tres a diez años, quien, por el pago de precios superiores o inferiores - según el caso- al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los demás entes y las empresas públicas, las municipalidades y los sujetos de derecho privado que administren, exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión.

La conducta activa

Así configurado, el delito de sobreprecio irregular consta de dos elementos:

- i) La existencia de una acción tendiente a incrementar o disminuir el valor real o corriente, y según su calidad o especialidad, del servicio o producto de una adquisición, enajenación, la concesión o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados los sujetos públicos o los privados que administren, exploten o custodien fondos o bienes públicos.
- ii) La obtención de una ventaja o un beneficio de cualquier índole, para sí o para una tercera persona, al recibirse el pago productor de la acción.

En principio, conforme a la ley de la oferta y la demanda, es el mercado quien determina el precio del producto o los servicios, de modo que no bastaría con que una persona proveedora de la Administración pública solicite un sobreprecio que se estime elevado por el bien o servicio que ofrece, y que la Administración pública lo cancele por el bienestar de sus personas administradas. De lo contrario, la mayoría de las contrataciones administrativas podría caer en este tipo de conducta típica, ya que resulta esperable que quien vende o preste servicios tenga el interés legítimo de obtener algún beneficio o ventaja, ya sea algún rédito por la licitación, en especial, un pago.

Así lo que el tipo penal requiere es que la o el agente activo esté en condiciones de alterar, unilateralmente, el sobreprecio de lo contratado y así obtener un beneficio, en quebranto de los principios esenciales de la contratación administrativa, el de eficacia y eficiencia, y el de igualdad y libre competencia. Estos principios reglan que todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.

Así, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente para los fines del Estado, y se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales, y los carteles y los pliegos de condiciones no deberán disponer de formas de pago que otorguen tratos desventajosos a unos sobre otros¹⁴².

Sin obviar que, con el actuar ilícito descrito en este tipo penal, también se violarían el principio de buena fe (integridad) y el de intangibilidad patrimonial en la contratación administrativa, los cuales implican que, en todo momento, salvo que se prueba lo contrario, las actuaciones, tanto de la administración, como de los particulares del concurso, son realizadas de buena fe y sin intención alguna de dañar o perjudicar los fines del Estado; en especial, el equilibrio financiero del contrato que implica que los oferentes deben procurar que, una vez firmado el contrato, no se generen desequilibrios financieros que perjudiquen a una o a la otra parte contratante.

142 Ley de Contratación Administrativa, N.º 7494. Artículos 4 y 5.

Es común que, en la contratación de obra, servicios y suministros con personas o empresas de la industria de la construcción, pueda surgir la necesidad de efectuar un reajuste de los precios convenidos, por variación de costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, en cuyo caso, la Administración reajustará el precio -aumentándolo o disminuyéndolo, de acuerdo, entre otros, con los precios de la oferta y los índices correspondientes al mes de apertura de las ofertas, y un presupuesto detallado y completo del contratista, con todos los elementos que componen el precio, incluyendo un desglose de los precios unitarios y la presentación de facturas por el avance de la obra¹⁴³. Mientras en las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios para mantener el equilibrio económico del contrato.

Precisamente, la conducta típica de análisis trata de sancionar a quienes incrementan o disminuyen el precio convenido sin cumplir con los procedimientos establecidos, actuando de mala fe y procurando obtener un beneficio, más allá del estipulado en la oferta de contratación que fue aceptada.

El tipo subjetivo

Es un tipo penal doloso. El elemento cognitivo tiene que abarcar el conocimiento de que, con la acción que se realiza, se aumenta o disminuye el valor real de un precio o producto de interés para la Administración pública¹⁴⁴, y que, se está obteniendo un beneficio de cualquier índole que resulta contrario a los fines e intereses públicos que están plasmados en el contrato del cual se derivó.

El sujeto activo

No resulta un delito especial propio, por cuanto el sujeto activo no requiere ninguna cualidad especial. Así, cuando se indica “quien”, hace referencia a cualquier persona, eso sí, se insiste, aquel debe tener -por disposición de ley o términos del contrato- la posibilidad de alterar el sobreprecio de lo contratado.

Consumación

Para la consumación del tipo penal, se requiere demostrar que el sujeto activo ha obtenido una ventaja o un beneficio de cualquier índole, para sí o para una tercera persona, proveniente de la adquisición, concesión o gravamen en que el Estado tenga un interés legítimo. De este modo, no basta con el mero incremento o disminución del precio real o de mercado, sino que este produzca ese beneficio indebido. Por eso la tentativa resultaría admisible.

143 Ley de Contratación Administrativa. Artículo 18.

144 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2012-00930 de las 10:07 horas, del 15 de junio de 2012.

5.3.4. Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados

La conducta ilícita se encuentra descrita en el artículo 50 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422:

Será penado con prisión de dos a ocho años, el funcionario público, el consultor o alguno de los servidores de este, contratados por la respectiva entidad pública, que incurran en falsedad o en manipulación de la información acerca de la ejecución o construcción de una obra pública, o sobre la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios contratados o de las obras entregadas en concesión, con el propósito de dar por recibido a satisfacción el servicio o la obra. Si con esa conducta se entorpece el servicio que se presta o se le imposibilita a la entidad pública el uso de la obra o la adecuada atención de las necesidades que debía atender el servicio contratado, los extremos menor y mayor de la pena se aumentarán en un tercio.

La conducta típica

Consiste en que el agente activo “*incurra en falsedad o en manipulación*” de la información. Manipula quien interviene la información original, por cualquier medio, para distorsionar la verdad y la justicia, en la mayoría de los casos, al servicio de intereses particulares o ilegítimos. Por su parte, falsear la información es fingir o simular su misma existencia, es mentir acerca de la verdad de un hecho o circunstancia y, por lo general, se hace imitando hechos o circunstancias legítimas o auténticas con intención delictiva.

El objeto material de la conducta recae sobre “*la información acerca de la ejecución o construcción de una obra pública, o sobre la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios contratados o de las obras entregadas en concesión*”.

Precisamente, el procedimiento de contratación administrativa tiene una fase de recepción o recibo de obras, bienes o servicios, el cual no puede cumplirse si no existe un proceso de verificación de que lo contratado es, precisamente, lo recibido.

El derecho de fiscalización de la Administración es inherente al sistema de contratación administrativa, ya que esta deberá examinar e inspeccionar todo el proceso de ejecución -para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias-, con el fin de establecer la verdad real sobre lo ejecutado¹⁴⁵.

Así, la Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada sobre el objeto contratado; además, ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales

145 Ley de Contratación Administrativa. Artículo 13.

que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones considere oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido, dentro de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y realidad del mercado¹⁴⁶.

Al igual que, tratándose de obra pública, solo se recibirán oficialmente las obras, después de contar con los estudios técnicos, ya sea de la Administración, de empresas consultoras o inspectoras que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación¹⁴⁷.

Tipo subjetivo

Como es obvio, se trata de un delito doloso donde el conocimiento debe recaer sobre la información correspondiente a: i) la ejecución o construcción de una obra pública; ii) la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes o servicios contratados, o de las obras entregadas en concesión, y que, con el estudio, informe o documento que se emite para el proceso de contratación administrativa, se manipula o falsea dicha información¹⁴⁸.

Este tipo penal también requiere de un elemento subjetivo específico, una finalidad, la cual se infiere de la expresión “*con el propósito*”. Es decir, además del conocimiento de que se manipula o falsea información sobre una obra, servicio o bien contratado por la Administración, y la acción misma de emitir un estudio o informe con dicha información espuria, se requiere que esa conducta persiga que la Administración tenga por recibido, a satisfacción, el servicio o la obra contratada. Este propósito específico elimina la posibilidad de dolo eventual.

Tipo de mera actividad y de resultado cortado

Es un delito de mera actividad, por cuando solo requiere que el agente activo manipule o falsee la información y la presente a la Administración, para que se tenga por consumado el delito, aun cuando el propósito perseguido no llegue a cumplirse, y los bienes, finalmente, no sean recibidos, lo que también convierte el delito en uno de consumación anticipada, por cuanto describe actos ya completos acompañados de una finalidad específica adicional al dolo, ya sea procurar que la Administración tenga por recibido, a satisfacción, el servicio o la obra contratada.

El sujeto activo

Para resultar sujeto activo, se requiere una condición especial: i) ser persona funcionaria pública o ii) persona consultora o alguna de las servidoras de esta, contratadas por la respectiva entidad pública.

146 Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Decreto Ejecutivo N.° 33411 del 27/09/2006. Artículo 161.

147 Ley de Contratación Administrativa. Artículo 61.

148 Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.° 2013-1042 de las 11:40 horas, del 21 de mayo de 2013. Voto salvado de la jueza García Vargas.

Queda claro que los sujetos activos antes descritos deben tener frente a la Administración la potestad de dar por recibido a satisfacción el servicio o la obra, o emitir estudios o informes que permitan que se reciba a satisfacción el objeto de la contratación, conforme a los requerimientos del contrato administrativo que lo origina.

Conducta agravada

La pena, en sus extremos menor y mayor, se incrementa en un tercio cuando, debido a la manipulación de la información o su falsedad, se terminó por recibir la obra, el bien o el servicio por parte de la Administración y, debido a ello, se entorpeció la prestación del servicio, se imposibilitó el uso de la obra o se impidió la adecuada atención de las necesidades que el servicio contratado debía atender.

Por supuesto, debe acreditarse la existencia de un nexo entre falsear o manipular la información, para lograr que se tuvieran por cumplidas las especificaciones, calidades y requisitos de la ejecución o construcción de la obra o la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes o servicios contratados, o de las obras entregadas en concesión con el resultado lesivo de los intereses públicos, como lo es el entorpecimiento o imposibilidad de uso o prestación del servicio público, porque, de lo contrario, no lograría consumarse el delito agravado, aunque, sí persistiría el tipo base.

5.3.5. Pago irregular de contratos administrativos

La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.° 8422, dispone en su artículo 51 el ilícito de “pago irregular de contratos administrativos”, el cual describe:

Será penado con prisión de uno a tres años, el funcionario público que autorice, ordene, consienta, apruebe o permita pagos, a sabiendas de que se trata de obras, servicios o suministros no realizados o inaceptables por haber sido ejecutados o entregados defectuosamente, de acuerdo con los términos de la contratación, o en consideración de reglas unívocas de la ciencia o la técnica.

La conducta típica

Cuando la Administración utiliza el procedimiento de contratación, está obligada a cumplir con todos los compromisos adquiridos válidamente y a prestar colaboración para que el o la contratista ejecute, en forma idónea, el objeto pactado. De ahí surge la necesidad de contar con los recursos presupuestarios suficientes para enfrentar la erogación respectiva¹⁴⁹.

149 Ley de Contratación Administrativa. Artículos 8 y 15.

Por otra parte, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la Ley de Contratación Administrativa establece la siguiente obligación para las personas contratistas: *“Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato”*.

Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la contratación, mediante el cual, ambas partes tienen como referente en el cumplimiento de sus obligaciones un deber de cumplimiento y colaboración mutuos y, por el cual, los compromisos adquiridos en toda manifestación documental formal vinculan plenamente a ambas partes.

En este contexto, la acción ilícita del precepto analizado es, precisamente, autorizar (otorgar o reconocer el derecho de la persona contratista), ordenar (mandar o imponer a otra persona que se realice), consentir (tolerar lo realizado por otra persona), aprobar (calificar, asentir o dar por bueno o suficiente lo que otro u otra ha ejecutado) o permitir (no impedir lo que se podría y debería evitar), los “pagos” que la Administración debe efectuar como contraprestación en un contrato administrativo (objeto material del delito).

Debe recalarse que, en toda contratación administrativa, existe un procedimiento de recibo de la obra, bien o servicio por parte de la Administración contratante, en la que, por lo general, se establecen una fecha, hora y lugar donde se hará dicha recepción, y quiénes son las personas funcionarias autorizadas para hacer la entrega y la recepción de aquellos.

Tratándose de obra pública, existirá una recepción de carácter provisional, de la cual se levantará un acta que suscribirán la persona funcionaria representante de la Administración y la contratista, en donde se consignarán todas las circunstancias pertinentes en orden al estado de la obra, si el recibo es a plena satisfacción, si se hace bajo protesta o, si dadas la gravedad y trascendencia del incumplimiento, la obra no se acepta en ese momento. (Es posible la recepción provisional de obras, siempre y cuando se encuentren en un nivel aceptable de finalización, faltando solamente pequeños detalles de acabado o la corrección de defectos menores, para que la obra quede totalmente ajustada a los planos y especificaciones del proyecto, incluyendo las modificaciones aprobadas).

A partir de esta, se tendrá un plazo de dos meses para que la Administración efectúe la recepción definitiva (salvo que, en el cartel, se haya contemplado un plazo diferente), pero siempre y cuando se cuente con *“[...] los estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes a las partes en general y en particular las que se originen en vicios ocultos de la obra”*¹⁵⁰.

150 Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Decreto Ejecutivo N.° 33411 del 27/09/2006. Artículo 159.

Similar procedimiento se encuentra dispuesto para la recepción de bienes y servicios, ya que, al ejecutarse el contrato administrativo conforme a las reglas de buena fe y a los términos acordados por las partes, existirá una recepción provisional del objeto del contrato, en el sitio y fecha estipulados en el cartel o informe cuando se ha procedido con la entrega en aquellos casos en donde se dispuso una modalidad de entrega distinta.

En ambos casos, la persona funcionaria pública legitimada para la recepción deberá contar con la respectiva asesoría técnica, para así constatar que se esté dando cumplimiento a las exigencias contractuales, o si se recibe bajo algún condicionamiento (bajo protesta por diferencia en calidades, cantidades, aspectos técnicos, etc.).

Asimismo, dentro del mes siguiente o en el plazo estipulado en el cartel, la Administración deberá realizar cualquier prueba o análisis necesarios, requiriendo el aval técnico de sus unidades internas o incluso de asesoría externa, para descartar problemas con el objeto. De este modo, vencido este plazo o aquel que se otorgó para corregir defectos, se tiene que producir la recepción definitiva y, a partir de este momento, comenzarán a regir las garantías de funcionamiento ofrecidas por el contratista, y de ello se levantará un acta¹⁵¹.

En la contratación administrativa, todo pago a cargo de la Administración se realizará luego de la recepción definitiva de las obras, bienes y servicios que incluyen la fiscalización y verificación, a través de asesoría técnica, de que los objetos contratados cumplen con los términos del contrato público suscrito. De esta manera, cualquier pago efectuado fuera de este procedimiento se entenderá irregular.

El tipo subjetivo

El tipo penal resulta doloso y debe cumplirse por dolo directo, lo cual se deriva de la expresión normativa “a sabiendas de”. Es decir, el conocimiento del agente debe cubrir tanto el que está autorizando, ordenando, consintiendo, aprobando o permitiendo un pago dentro de un procedimiento de contratación administrativa. Además, ese conocimiento también debe abarcar el que está pagando obras, servicios o suministros: i) no realizados o ii) cuya recepción es inaceptable por haber sido ejecutados o entregados defectuosamente, de acuerdo con los términos de la contratación, o en consideración de las reglas unívocas de la ciencia o la técnica. Precisamente, el elemento volitivo marca la ejecución de estos pagos a pesar de esos conocimientos. El dolo eventual no sería admisible por ese conocimiento específico que requiere.

Puede considerarse un delito de consumación instantánea, debido a que esta se alcanza con el acto de autorizar, ordenar, consentir, aprobar o permitir los pagos, de modo que la materialización efectiva del pago o la falta de esta debido a circunstancias externas al agente (desperfecto de los

151 *Ibidem*. Artículos 202 y 203.

sistemas de cómputo que realizan los depósitos electrónicos) no afectaría el perfeccionamiento del delito.

El sujeto activo

Es un delito especial propio, ya que, para ser agente activo, se requiere la condición de persona funcionaria pública y, además, tener dentro de sus potestades legales el poder de resolución de la contratación administrativa, como para autorizar, ordenar o aprobar los pagos respectivos, o deberes de fiscalización y verificación cuyo incumplimiento se materializarían al permitir o consentir los pagos, a sabiendas de que aquellos no obedecen a la recepción legítima y definitiva de las obras, bienes o servicios, de conformidad con el contrato o la ciencia o técnica.

De este modo, *verbi gratia*, por más que una persona funcionaria pública pueda reunir la condición especial que exige el tipo y el conocimiento de que el contrato administrativo realizado no fue cumplido a cabalidad (construcción incompleta de una carretera, por su notoriedad), si paga a una persona contratista por dicha obra (por estar dentro de sus deberes la entrega material de cheques como funciones de mensajería), no podría ser sujeto activo de este delito, ya que carecería de las atribuciones legales indispensables para poder disponer o evitar este tipo de pagos.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Martínez, I. (2012). *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*. México: UNAM. Versión electrónica en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12080>.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (13 de septiembre de 2017). *Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica. Ley N.° 9481*. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=85040&nValor3=118222&strTipM=TC. 22 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (26 de mayo de 1994). *Ley General de Policía. N.° 7410*. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=66525. 22 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (7 de mayo de 1974). *Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. N.° 5524*. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=16037&nValor3=118619&strTipM=TC. 22 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (26 de diciembre de 2001). *Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. N.° 8204*. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48392&nValor3=93996&strTipM=TC. 22 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (4 de marzo de 2009). *Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal. N.° 8720*. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65274&nValor3=115375&strTipM=TC. 22 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (8 de septiembre de 1994). *Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. Ley N.° 7425*. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=16466&strTipM=FN. 16 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (22 de julio de 2009).

Ley contra la Delincuencia Organizada. Ley N.° 8754. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65903&nValor3=118225&strTipM=TC. 16 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2 de mayo de 1978). *Ley General de la Administración Pública. N.° 6227.* Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=13231&nValor3=127653&strTipM=TC. 22 junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Corta Rica. (4 de octubre de 1996). *Código Procesal Penal. Ley N.° 7594.* Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=130541&strTipM=TC. 22 junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Corta Rica. (9 de diciembre de 1997). *Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC. Ley N.° 7727.* Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26393&nValor3=130570&strTipM=TC. 25 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (10 de enero de 1973). *Estatuto de Servicio Judicial. N.° 5155.* Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=5751&strTipM=TC&IResultado=2&strSelect=sel. 25 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Corta Rica. (3 de febrero de 2016). *Código Procesal Civil. Ley N.° 9342.* Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=130547&strTipM=TC. 25 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (25 de octubre de 1994). *Ley Orgánica del Ministerio Público. Ley N.° 7442.* Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27760&nValor3=0&strTipM=TC. 25 de junio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Corta Rica. (2 de mayo de 1995). *Ley de Contratación Administrativa. N.° 7494.* Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=24284&nValor3=129096&strTipM=TC. 4 de julio de 2022.

Asamblea Legislativa de la República de Corta Rica. (29 de noviembre de 1937). *Ley Orgánica*

del Poder Judicial. Ley N.° 8. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635. 22 junio de 2022.

Arroyo, J. M. (2021). Límites y alcances del concepto de “corrupción” de conformidad con las convenciones internacionales. En *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*. Número 1 (32) (13). Año 1. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>. 16 de junio de 2022.

Banco Mundial. (2020). *Datos sobre el producto interno bruto de Costa Rica desde el 2010*. [Data files]. Recuperado de: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD?end=2020&locations=CR&start=1961>.

Banco Mundial. Encuesta de empresas. (2020). *Indicadores de corrupción*. [Data files]. Recuperado de: <https://www.enterprisesurveys.org/en/data/exploretopics/corruption#--1>.

Buompadre, J. E. (2013). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Argentina: Editorial Astrea.

Cancio Meliá, M. (2018). El concepto jurídico - penal de terrorismo entre la negación y la resignación. En A. Alonso Rimo, M. L. Cuerda Arnau & A. Fernández Hernández. *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, pp. 27-34. Valencia: Tirant lo Blanch.

Castillo González, F. (2010). *Derecho penal. Parte general*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Chabat, J. (2010). El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales. En *Revista de Historia Internacional*. Año 11. N.° 42. Recuperado de: http://www.istor.cide.edu/archivos/num_42/dossier1.pdf. 16 de junio de 2022.

Committee on the Office of the Ombudsman and the Police Integrity Commission. (2002). *Research report on trends in police corruption of policing*. New South Wales. Australia. Recuperado de: <https://www.parliament.nsw.gov.au/ladocs/inquiries/1833/Research%20Report%20on%20Trends%20in%20Police%20Corruption.PDF>. 16 de junio de 2022.

Contraloría General de la República. *Resolución n.° R-DC-00020-2022 del 16 de febrero de 2022*. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=96397&strTipM=FN. 25 de junio de 2022.

Contraloría General de la República. *Límites económicos de contratación administrativa y montos presupuestarios promedio. Resolución n.° R-DC-00020-2022*. Publicada en el Alcance n.° 39 a *La Gaceta* n.° 36 del 23 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.cgr.go.cr/02-consultas/consulta-limites-ca.html>. 4 de julio de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Las Palmeras contra Colombia. Fondo: sentencia*

del 6 de diciembre de 2001, serie C, n.º 90.

Creus, C. (1998). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I. 6ª Edición. Argentina: Editorial Astrea.

Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo. (2016). *Derecho penal. Parte Especial 2*. 7ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Cubero Monge, O. (1985). *El delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José: Universidad de Costa Rica, signatura: Tesis 1501.

Donna, E. A. (2001). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo IIA. Editorial. Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Gitman, L. J. (2009). *Fundamentos de investigación*. 10ª Edición. Pearson Educación. Recuperado de: <https://www.uv.mx/personal/clelanda/files/2016/03/Gitman-y-Joehnk-2009-Fundamentos-de-inversiones.pdf>. 25 de junio de 2022.

Le Clerq, J. y Rodríguez, G. (2020). *Índice global de impunidad 2020 (IGI-2020)*. San Andrés Cholula: Fundación Universidad de las Américas Puebla. Recuperado de: <https://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-0/autores-casede/gerardo-rodriguez-sanchez-lara/574-indice-global-de-impunidad-2020>. 16 de junio de 2022.

Lupsha, P. A. (1996). "Transnational Organized Crime versus The Nation-State". En *Transnational Organized Crime*. Vol. 2. N.º 1, pp. 21-48. Recuperado en físico a través de: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/transnational-organized-crime-versus-nation-state>. Junio de 2022.

Muñoz Llorente, J. (Septiembre 2014- febrero 2015). "El delito de tráfico de influencias". En: *Revista Eunomía*. N.º. 7.

Ortiz, E. (2002). *Tesis de derecho administrativo*. Tomo I. San José: Biblioteca Jurídica Díké.

Pabón Parra, P. A. (2013). *Manuel de derecho penal. Parte especial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Poder Ejecutivo de la República de Corta Rica. (27 de septiembre de 2006). Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Decreto Ejecutivo N.º 33411. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=58314&nValor3=129228&strTipM=TC. 25 de junio de 2022.

Procuraduría General de la República de Costa Rica. (2005). *Opinión Jurídica N.º OJ-107-2005*. Recuperada de: <http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/DICTAMENES/1/P/J/2000-2009/2005-2009/2005/91C55.HTML>. 16 de junio de 2022.

Procuraduría General de la República. (1 de agosto de 2005). *Opinión Jurídica N.º OJ-107-2005*. Disponible en: <http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/DICTAMENES/1/P/J/2000-2009/2005-2009/2005/91C55.HTML>. 4 de julio de 2022.

Requejo Conde Carmen. (2020). *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal*. España: Thomson Reuters.

Salazar, L. A. (2007). El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense. *Revista de Ciencias Jurídicas*. UCR, p. 133. Recuperado el 25 de junio de 2022. En: <http://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/9766/9212>).

Salazar Carvajal, P. (2020). *Diccionario usual del Poder Judicial*. Poder Judicial, Costa Rica. Disponible en: <https://dictionariouusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario>. 22 de junio de 2022.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1996-01571 de las 12:36 horas, del 29 de marzo de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2014-00197 de las 9:05 horas, del 10 de enero de 2014.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2012-13892 de las 14:30 horas, del 3 de octubre de 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2016-12771 de las 9:00 horas, del 7 de septiembre de 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2004-11524 de las 14:48 horas, del 21 de diciembre de 2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1998- 6754 del 22 de septiembre de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2013-00175 de las 9:05 horas, del 11 de enero de 2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2011-01163 de las 16:02 horas, del 22 de septiembre de 2011.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2017-00967 de las 9:42 horas, del veinte de octubre de 2017.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 208-F-94 de las 9:30 horas, del 10 de junio de 1994.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 20 10-00619 de las 11:00 horas, del 4 de junio de 2010.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2007-00339 de las 9:30 horas, del 13 de abril de 2007.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2008-00232 de las 17:00 horas, del 11 de marzo de 2008.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2016-00822 de las 10:12 horas, del 5 de agosto de 2016.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2021-01348 de las 13:40 horas, del 5 de noviembre de 2021.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2013-00709 de las 09:58 horas, del 14 de junio de 2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2007-00714 de las 11:00 horas, del 6 de julio de 2007.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 2016-00808 de las 9:58 horas, del 5 de agosto de 2016.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 901-97 de las 14:40 horas, del 2 de septiembre de 1997.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 256-F-87 de las 9:40 horas, del 25 de septiembre de 1987.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.° 183-F-95 de las 11:20 horas, del 24

de marzo de 1995.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 219-98 de las 09:55 horas, del 6 de marzo de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2005-00981 de las 11:10 horas, del 26 de agosto de 2005.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2013-000881 de las 9:54 horas, del 12 de julio de 2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2017-00240 de las 10:48 horas, del 22 de marzo de 2017.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2006-000389 de las 9:30 horas, del 5 de mayo de 2006.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1021-2000 de las 10:45 horas, del 1º de septiembre de 2000.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2003-00686 de las 16:30 horas, del 12 de agosto de 2003.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2012-00930 de las 10:07 horas, del 15 de junio de 2012.

Transparencia Internacional. (2021). *Índice de percepción de la corrupción. Índice de país Costa Rica*. Recuperado de: <https://www.transparency.org/en/countries/costa-rica>.

Transparencia Internacional UK. (Noviembre de 2013). *Informe de trasfondo: arrendando la corrupción policial*. Recuperado en: https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2016/03/2013-03_ArrestingCorruptionInPolice_Spanish.pdf. 16 de junio de 2022.

Transparencia Internacional UK. (Mayo de 2011). *Codes of conduct in defence ministries and Armed Forces*. Recuperado en: https://ti-defence.org/wp-content/uploads/2016/03/1106_CodesofConduct.pdf. 16 de junio de 2022.

Transparency International. Secretariat. (2007). *Informe global de la corrupción 2007: corrupción en sistemas judiciales*. Recuperado de: <https://transparency-org-backup.netlify.app/whatwedo/publication/informe>

global_de_la_corrupcion_2007_corrupcion_en_sistemas_judiciales/index.html. 25 de junio de 2022.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 255-2012 de las 13:00 horas, del 21 de diciembre de 2012.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2015-1620 de las 16:10 horas, del 2 de diciembre de 2015.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2014-2374 de las 11:08 horas, del 10 de diciembre de 2014.

Tribunal de Apelación de Sentencia, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2015-01539 de las 8:20 horas del 19 de noviembre de 2015.

Tribunal de Apelación de Sentencia, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2013-1042 de las 11:40 horas del 21 de mayo de 2013. Voto salvado de la jueza García Vargas.

Tribunal de Apelación de Sentencia, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 2016-0235 de las 14:30 horas, del 15 de febrero de 2016.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V. Resolución n.º 0017-2014 de las 14:00 horas del 18 de marzo de 2014.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 96-2013 de las 15:30 horas, del 8 de marzo de 2013.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 44-2020-VI de las 14:00 horas del 16 de abril de 2020.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V. Resolución n.º 0017-2014 de las 14:00 horas, del 18 de marzo de 2014.

Vargas González, P. (2021). Una aproximación al delito de legitimación de capitales (Leyes N.º 8204 y N.º 8422). En *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*. Núm. 1(32)(13) (2021) - Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/49508/49608>. 25 de junio de 2022.

Vidales Rodríguez C. (2012). El delito de tráfico de drogas en la legislación penal costarricense. Su adecuación a la normativa internacional. Florida, EE.UU. Recuperado el 25 de junio de 2022. En: <https://caj.fiu.edu/publications/monographs/monograph11.pdf>.

Zárate Conde, A., González Campo, E., Moral De la Rosa, J., Díaz Torrejón, P. y Mañas de Orduña, A. (2018). *Derecho penal*. Parte especial. 2nd.- ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.