

**UNIVERSIDAD NACIONAL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE SOCIOLOGIA
MAESTRIA EN ADMINISTRACION DE JUSTICIA
ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO**

**"Corrupción de Funcionarios Públicos. Eficacia de la Ley,
el Sistema y Utilización Simbólica de la Norma Penal"**

**ADRIÁN CASCANTE MORA
CARLOS MORALES CHINCHILLA**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACION PRESENTADO COMO REQUISITO
FINAL PARA OPTAR POR EL TITULO DE MASTER EN
ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON ENFASIS EN ADMINISTRACION
DE JUSTICIA (ÉNFASIS PENAL)**

**San José, Costa Rica
Setiembre/2009**

**UNIVERSIDAD NACIONAL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE SOCIOLOGIA
MAESTRIA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
ENFOQUE SOCIO-JURIDICO**

Este Trabajo Final de Graduación fue aprobado por la Universidad Nacional como Requisito parcial para optar al grado de Máster en Administración de Justicia con énfasis en Administración de Justicia (Énfasis penal)

Msc. Martín Rodríguez Miranda
TUTOR

Msc. José Carlos Chinchilla Coto
LECTOR

Msc. José Manuel Arroyo Gutiérrez
LECTOR

Adrián Cascante Mora
SUSTENTANTE

**UNIVERSIDAD NACIONAL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE SOCIOLOGIA
MAESTRIA EN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
ENFOQUE SOCIO-JURIDICO**

Este Trabajo Final de Graduación fue aprobado por la Universidad Nacional como Requisito parcial para optar al grado de Máster en Administración de Justicia con énfasis en Administración de Justicia (Énfasis penal)

Msc. Martín Rodríguez Miranda
TUTOR

Msc. José Carlos Chinchilla Coto
LECTOR

Msc. José Manuel Arroyo Gutiérrez
LECTOR

Carlos Morales Chinchilla
SUSTENTANTE

DEDICATORIA

*A mis padres, José y Virginia por su ejemplo,
A mi esposa Sandra por su dedicación para nuestra familia,
A mis hijos, Fabián, Ernesto y Adrián, por su amor incondicional.*

Adrián Cascante Mora

DEDICATORIA

*A mis amados abuelos, Teresa, Vilfida, Ernesto y Noé, como muestra de gratitud a su imperecedero amor y ejemplo vivo de trabajo y superación.
El testimonio de sus vidas han marcado significativamente mi camino.
Infinitas gracias.*

Carlos Morales Chinchilla

INDICE DE CONTENIDO

Resumen Ejecutivo	a
Introducción	1
1) Antecedentes	1
2) Problemática y justificación	7
3) Objetivos	10
Marco Teórico	12
Marco Referencial o Institucional	12
Teoría de la temática a estudiar	12
Marco Metodológico	14
Desarrollo	20
4.1 Análisis de tipo	20
4.1.1 Enriquecimiento Ilícito	21
4.1.2 Tráfico de Influencias	34
4.1.3 Cohecho Impropio	50
4.2 Análisis Estadísticos	60
4.2.1 Delito de Cohecho	62
4.2.2 Delito de Enriquecimiento Ilícito	64
4.2.3 Delito de Tráfico de Influencias	67
Conclusiones	69
Recomendaciones	73
Bibliografía	74

RESUMEN EJECUTIVO

Se realiza un análisis de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley 8422), considerando básicamente los motivos por los cuales se promulgó dicha normativa en razón del momento histórico que se vivía en nuestro país para entonces. Por ello se pretende realizar un análisis desde el punto de vista de la efectividad y eficacia que la ley ha mostrado en la práctica judicial.

Conocida es la situación histórica que presentó nuestro país en el año 2004, precisamente en el mes de octubre, cuando dos ex presidentes de la República fueron detenidos y procesados por presuntos hechos de corrupción que ahora son objeto de conocimiento de los Tribunales de Justicia.

En este ambiente se promulgó la ley 8422 y con ella se despertó en la sociedad una ansiada respuesta de los Tribunales de Justicia ante la acción del legislador para enfrentar y frenar los abusos en la función pública.

No obstante ello, la práctica judicial ha sido mínima y escasa referente a los nuevos tipos penales creados, y más bien la acción jurídica no ha variado en mayor medida con el avance del tiempo, por el contrario, parece que la situación anterior y posterior sigue siendo muy semejante.

Ello necesariamente hace una referencia hacia el concepto del derecho penal simbólico, el cual es un instrumento al cual recurren las autoridades estatales, para mostrar una aparente acción enérgica frente a ciertos hechos de especial relevancia social, cuando en realidad la solución no es más que aparente y se trata de un recurso retórico para mostrar una respuesta que en la práctica no tiene efecto alguno.

El problema de la corrupción en la función pública no es nada nuevo, tiene sus orígenes desde el mismo momento en que el Estado como ente requiere de la persona-individuo para realizar sus actividades, y por ello el trato que se le da a este tema es de especial relevancia, pues la distracción de los fines generales y en procura del bien común que pretende el Estado, hacia intereses particulares es visto como una afrenta al ordenamiento social.

Por ello con este trabajo como objetivo general se analiza el tratamiento que se le da al fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de los principios constitucionales, su creación a nivel legislativo y su aplicación a nivel judicial. Dicho objetivo se realiza mediante un análisis de dos tipos penales contenidos en esta ley así como un tipo penal contenido en el Código Penal que no sufrió modificación alguna con la promulgación de la ley 8422.

Como instrumento para el desarrollo de la investigación se recurre al análisis de tipo, siendo esta una herramienta conceptual de especial relevancia para los operadores jurídicos, pues con ella se logra determinar los alcances del tipo penal, describiendo tanto la acción penal sancionada, sus elementos de modo, tiempo y lugar, como el bien jurídico tutelado, pero a su vez se realiza una valoración del mismo frente a los principios constitucionales que rigen la materia.

Este análisis resulta de suma importancia para efectos de clarificar la conducta prohibida, su alcance y los eventuales problemas que se pueden originar en la práctica judicial.

También se acude a un análisis de la estadística judicial, de forma tal que podemos valorar la aplicación que la ley 8422 ha tenido en el ámbito judicial, y con ello se demostrará que efectivamente la puesta en vigencia de esta ley no ha tenido el efecto que en realidad se le quería atribuir por parte de nuestros legisladores al momento de promulgarse la misma y sobre todo que la legitimidad que el Poder Judicial debe ofrecer hacia la sociedad se afectó ante la imposibilidad de aplicación del articulado propiamente por la compleja redacción de los tipos penales que mediante el análisis de tipo se ha logrado establecer en el presente trabajo de investigación.

Concluimos por ende que los efectos de esta ley no han sido más que simbólicos, pues se pretendió con ella demostrar un acto de fuerza del Estado frente al funcionario corrupto, cuando esto no se ha traducido en la práctica, por el contrario algunos de los números estadísticos demuestran una disminución en la aplicación de la sanción penal, frente a un incremento de las causas ingresadas para investigación, lo que se traduce en una mayor presión al sistema judicial que debido a las dificultades de aplicación de la norma no logra dar una respuesta pronta y mucho menos efectiva a los hechos investigados, situación que afecta su legitimación frente a la sociedad.

Se logra dilucidar que en estas normas el tema de la probidad del funcionario público es un tema de trascendental importancia, para efectos de aplicar la sanción, no obstante se deja de lado que existe una importante herramienta preventiva que permite a la Administración Pública no solo aplicar los controles previos a la selección del funcionario público, sino también aplicar normativa de control interno que permite disminuir la posibilidad de manejos indebidos y evitar la aplicación de la sanción penal.

Se concluye que en este campo la sanción penal es importante, no obstante debe utilizarse dentro de parámetros de racionalización, para que no se haga uso exclusivo de la misma, lo cual no encuentra respaldo constitucional, debiéndose dejar la misma para aquellas conductas de especial relevancia y que afectan el funcionamiento del Estado en el cumplimiento de los objetivos que le incumben al ciudadano.

INTRODUCCION

1) Antecedentes.

Hemos optado por realizar nuestra investigación final en la Maestría de Administración de Justicia de la Universidad Nacional con un tema de especial importancia para el orden económico y social del país, para lo cual hemos propuesto como punto de partida, realizar un análisis de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley número 8422, publicada en la Gaceta n° 122 del 29 de octubre del año 2004, desde el punto de vista de la efectividad y eficacia que la ley ha mostrado en la práctica judicial y con ello determinar si efectivamente, tal y como se señala en su exposición de motivos, con ella se logró una mejor aplicación de la ley en los casos de corrupción.

Conocida es la situación histórica que presentó nuestro país precisamente en el año 2004, y más precisamente en octubre del año 2004 dos ex presidentes de la República fueron detenidos y procesados por presuntos hechos de corrupción que ahora son objeto de conocimiento de los Tribunales de Justicia.

En este ambiente cargado de tensión y presión social invocada a su vez por los medios de comunicación colectiva se aprobó por nuestra Asamblea Legislativa la Ley número 8422, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en la cual se establece como uno de sus fines prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública; en esta misma normativa se establece de manera expresa un deber de probidad que debe respetar todo funcionario público, que en definitiva viene a servir de parámetro de interpretación de los tipos penales que se crean con dicha ley, y a la vez establece una serie de

sanciones de orden administrativo y civil, así como diversas obligaciones y prohibiciones al funcionario público.

Estos son en pocas palabras, los antecedentes que motivan esta investigación, que si observamos con atención, no se trata en sí de determinar la forma en que se promulgó dicha legislación, sino el impacto social que la misma ha tenido, y si efectivamente con ella se responde de mejor manera al problema de fondo que pretendía atacar.

Ahora bien, con este marco histórico, la investigación pretende abordar la efectividad de la ley en comentario, su incidencia en las investigaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público, así como su aplicación por parte de los Tribunales de Justicia, pero por otro lado, también se analizarán algunos tipos penales sancionados en dicha normativa, con la intención de determinar si la construcción de los mismos es la adecuada a nuestro marco constitucional y si en su interpretación pueden surgir problemas de fondo que eventualmente pueden hacerlos inaplicables.

El acercamiento a la ley desde estas dos perspectivas, permitirá determinar si efectivamente nos encontramos ante una ley simbólica, cuyo efecto hacia la sociedad ha sido nulo y no fue más que un recurso retórico de nuestra Asamblea Legislativa para responder a un momento histórico en el que desde la sociedad civil se exigía la actuación de las autoridades públicas, no solo a nivel judicial, sino ejecutivo y legislativo, que determina la necesidad desde el Poder Legislativo de anunciar a la sociedad que ante tales escándalos sobre supuestos actos de corrupción de funcionarios públicos de primer nivel, se está haciendo algo para atacar dicha problemática.

Así para la sociedad es de importancia determinar si efectivamente, esta ley tal y como se expuso al momento de emitirse, pretendía evitar impunidades en esta materia tan delicada o por si el contrario, su promulgación no ha tenido mayor peso en la práctica.

La promulgación de esta ley se dio en un momento histórico muy particular en nuestro país, al ser emitida precisamente a raíz de dos de los más grandes escándalos de aparente corrupción que involucraron a dos ex presidentes de la República, por ello una hipótesis de este trabajo de investigación es precisamente establecer si esta ley se convirtió en una ley simbólica, pues si bien es cierto esta ley tenía ya mucho tiempo en la corriente legislativa, es precisamente esta coyuntura social la que determina la promulgación de la ley de una manera casi expedita, con la implícita mención a la sociedad que con ello se “estaba haciendo algo” en razón de estos escándalos que envolvían la clase política costarricense.

Precisamente el profesor Hassemer advirtiendo tal situación y ante la elevación de la seguridad ciudadana como bien jurídico preferente, ha indicado con acierto que la ciudadanía lo que procura es la necesidad de un derecho penal eficiente (Hassemer, Críticas al Derecho Penal de Hoy p., 56), y por ello se busca en el derecho penal la respuesta a todo problema, aun y cuando se conoce que los alcances de esta rama del derecho son muy limitados y ciertamente su ingreso a ciertas esferas de la vida social conlleva graves perjuicios y reducciones significativas de esferas de libertad que deben ser claramente respetadas.

Por ello conforme indica el profesor Hassemer (p. 60), efectivamente la consecuencia de la aplicación de este derecho penal eficiente en estos ámbitos nos lleva hacia una respuesta simbólica del sistema penal, minimizando el déficit de ejecución real con mayores agravaciones (más de lo mismo) y un crecimiento de los efectos meramente simbólicos del derecho penal, pues al no tenerse un efecto real, lo que se busca es el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con una respuesta severa del derecho penal.

En esta línea de estudio, coincidimos con las propuestas que hace el autor Irvin Waller en su obra “Menos represión. Más seguridad” (2007), donde plantea la necesidad de realizar una mayor inversión en prevención del delito más que en represión, su exposición sobre la necesidad de

atender las causas del delito para de esta forma lograr una mejor respuesta a la delincuencia (p.43), permiten establecer un paralelismo entre la necesidad del Estado ante un problema de primer orden, como la corrupción del funcionario público, con el apremio para mostrar su accionar ante la sociedad, ese ataque al delito que se logra de manera más sencilla, económica y visible para el Estado mediante la implementación de normas penales que sancionan conductas, dejando de lado importantes mecanismos, eso sí difíciles de aplicar y muchas veces muy onerosos, que atacan las causas del delito, o bien previenen su comisión, como en este caso particular una adecuada selección de personal, la implementación de controles de la acción del funcionario público y una política salarial que le permita al funcionario valorar de mejor manera su “lealtad” con los deberes de su cargo.

El estudio de precisamente ese "estamos haciendo algo" que nuestros legisladores enviaron a la sociedad con la promulgación de esta ley, es la base del presente trabajo de investigación, pues desde el punto de vista jurídico nos interesa de sobre manera determinar si esta ley en realidad tuvo algún efecto de importancia, pues de lo contrario simplemente nos encontraríamos en una ley más que se emite para tratar de calmar las voces que desde la sociedad civil se elevaban en ese momento histórico, de ahí el enfoque sociológico que claramente se desprende de esta investigación.

Si como mencionaba el doctor Fernando Cruz en su artículo “Discriminación e Ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable perversión del sistema penal” (Revista de Ciencias Penales, diciembre 1994), nos encontrábamos ante un escenario en el cual los recursos del sistema penal se enfocaban hacia la delincuencia convencional, dejando de lado los delitos de cuello blanco, lo que permitía una impunidad que alertaba a la sociedad, el escenario se trasladó hacia un sistema que formalmente lanza proclamas de mayor represión, menos tolerancia y mayor persecución de los delitos de corrupción del funcionario

público, pero que en la realidad al igual que en el escenario anterior, la impunidad, la falta de acción y la imposibilidad de persecución penal se mantienen en el mismo nivel, trasladando las críticas de la sociedad hacia el Poder Judicial, que se vislumbra como el responsable por la no sanción del hecho delictivo en cada caso concreto.

Ya el profesor Hassemer lo indicaba cuando mencionaba: “(...) Las experiencias habidas con los “déficits de funcionamiento” del moderno Derecho, penal y con el llamado “Derecho penal simbólico”, enseñan que una mayor contundencia en los instrumentos jurídicos penales (“more of the same”) no siempre han mejorado su idoneidad en la solución de los problemas(...)”(Hassemer, 1994, consulta en línea: www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/hassemer08.htm), por ello coincidimos cuando más adelante menciona que todo esto podría deberse a la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras formas de enfrentar el problema que demuestran mayor eficacia, pues “los medios jurídico penales sólo son idóneos para resolver muy pocos problemas”, expresa el citado autor.

Todos estos mecanismos encaminados a una ampliación sin precedentes de la frontera del derecho penal, una búsqueda muchas veces sin sentido de solucionar cualquier problema o más bien cualquier reclamo social con la intervención punitiva del Estado, es lo que los profesores Chirino y Llobet llaman un derecho penal y procesal penal contundente (Llobet y Chirino, 2000, p.,152).

Estos mismos autores llaman la atención sobre lo que esto podría significar cuando indican que esta lucha frontal contra la criminalidad implicará “tarde o temprano, más peligros para la esfera de libertades de los ciudadanos, por ello estos peligros se pretenderán minimizar al utilizar la estrategia de los “fines simbólicos” del Derecho Penal, a fin de tranquilizar a la colectividad, en el sentido de que sus problemas de seguridad están siendo atendidos por los prácticos y por los legisladores” (Llobet y Chirino, 154), y en concreto el efecto será el deterioro de las

garantías procesales que cubren a cualquier ciudadano sometido al poder punitivo estatal y claramente dejar sin contenido las libertades y garantías constitucionales que rigen nuestro sistema penal.

Por eso la visión que Hassemer refleja en la citada obra de lo que podría ocurrir de seguirse con esta forma de actuar de los aparatos de poder del Estado, encuentra un amplio apoyo en la lectura de los datos empíricos, que permiten afirmar que la continuidad de esta forma de utilización del sistema penal generaría una considerable pérdida de principios políticos de primer orden, sumamente valiosos para el ciudadano, y a su vez en la pérdida de valor del Derecho penal como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social (Hassemer, 1994).

Pero la búsqueda de un derecho penal mínimo, como apunta Silva Sánchez (2001, p, 18-19) parece que está en franco retroceso en nuestras sociedades actuales, pues el clamor de las voces, provenientes de diversos sectores de la sociedad, reclaman una ampliación sin precedentes de la fronteras del derecho penal, hacia un expansionismo que necesariamente afectará las garantías procesales y sustanciales que rigen el sistema jurídico costarricense.

Concuera este autor con la posición que los demás autores citados han referido referente a esta acción estatal: “la expansión del Derecho Penal se presenta como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)” (Silva Sánchez, 2001, p. 21).

Esta posición claramente nos viene a servir de corolario para establecer que efectivamente, los problemas sociales que muchas veces se pretenden solucionar con la aplicación del derecho penal, no son más que vanos intentos de acallar las críticas y exigencias que la sociedad,

válidamente, expresa ante determinados puntos que afectan a la colectividad, no obstante lejos de servir para solucionar estos problemas, el simbolismo permite dar una apariencia de respuesta cuando el fondo del asunto siquiera es tratado y muchas veces la respuesta no es más que tinta en el papel.

2) Problemática y Justificación:

El tema de la Corrupción en la Función Pública no es nuevo, la sociedad humana ha mostrado desde sus inicios un interés por el ejercicio del poder y las formas con las cuales se desarrollan usos despóticos y totalitarios que suprimen desde su base cualquier garantía para el ser humano.

Luego de la revolución francesa y la instauración de sistemas democráticos basados en el respeto de garantías de orden constitucional y supra constitucional, se trató que este ejercicio del poder se ejerciera mediante un sistema de controles que evitara su concentración y el abuso del mismo; en términos muy generales con ello se explica la teoría de Montesquieu sobre la división del poder, los frenos y contrapesos que rigen en los sistemas de gobierno democrático.

Parece con ello que la corrupción ha sido una constante en la vida política desde la revolución liberal, sin embargo se ha dado una preocupación creciente debido a las transformaciones sufridas por los modernos sistemas democráticos y la transformación de la posición de los poderes públicos en las formas de producción que ha permitido utilizar el poder para obtener beneficios personales (Bustos, Rafael, p., 33).

Se trata de aquellos casos en que el funcionario público se aprovecha de su posición para obtener fines de orden personal y completamente ajenos e incluso diametralmente opuestos a los fines del Estado. Esta preocupación presente desde San Agustín hasta Kelsen

recorre la historia del pensamiento político, precisamente a propósito del ejercicio del poder (Perfecto, Andrés, 1995, p., 23). Hablamos del problema de la corrupción del funcionario público, situación que no ha escapado del interés de nuestra política criminal y se ha enmarcado como un derrotero hacia el cual se trata de dirigir los esfuerzos del derecho penal.

Pero con ello encontramos una situación de orden primaria, no existe una definición completamente clara, desde el campo de nuestro interés, para el término corrupción, dando por sentado que este término trae a interés la figura del vicio o abuso, sin embargo su utilización es polisémica e interesa a muchos campos del conocimiento.

Por ello desde el punto de vista jurídico, se tiende a distinguir entre “la corrupción que se presenta en el campo de las acciones privadas de las que afectan la administración pública, privilegiando esta última como una cuestión de mayor importancia”(Beraldi, p., 35).

Entonces desde la visión de la función pública corrupto es el agente que hace uso de su poder para una finalidad distinta de la legítima, movido por el ánimo de lograr una ventaja personal (Cárrapos, Eduardo Fabián, p., 17), así desde esta perspectiva lo que se sostiene es precisamente que la lucha contra la corrupción deberá estructurarse desde la misma división de poderes y de los controles recíprocos que uno y otro poder deben mantener respecto a los otros.

También recientes estudios encaran el fenómeno de la corrupción como un problema que afecta el normal desarrollo de la gestión pública y que además incide directamente sobre la economía de un país y sus políticas de crecimiento.

Es aquí donde radica el problema que enfrenta el presente trabajo de investigación, pues precisamente la decisión sobre la tutela de uno u otro bien jurídico o perspectiva es lo que vendrá a determinar la interpretación de los tipos penales que sancionan las conductas indebidas de los funcionarios públicos; pues parece que efectivamente más que una protección al ciudadano se trata de proteger los deberes del cargo que han

de cumplir los funcionarios públicos y los deberes de lealtad que han de observar para preservar la dignidad de la Administración Pública y con ello se trata de un concepto de carácter autoritario (Crespo, Eduardo, p., 69).

Cuando analizamos el problema de la Corrupción en la Función Pública, debemos comprender que la ley que sanciona estos actos emana no solo de funcionarios públicos, sino de un Parlamento en el cual se consignan intereses de orden político de primer orden, así nuestra Asamblea Legislativa representa posiciones políticas de importancia en nuestro país y por ello este elemento es muy importante para comprender que efectos puede tener una ley en la práctica.

Con ello podemos colocar en una balanza los efectos esperados y los efectos reales de una ley, pues a pesar de los motivos y antecedentes que la hagan surgir estos elementos pueden determinar precisamente la cancelación del efecto esperado; una ley de difícil interpretación, o con elementos que generen mayores ámbitos de impunidad o desprotección a bienes jurídicos, son perfectamente posibles cuando de manera apresurada y para calmar un clamor social, se responde con leyes que no han soportado un adecuado análisis y discusión en los corrillos legislativos, esa es una de las caras principales de la responsabilidad de legislar, no se cumple con ella con la emisión de cualquier ley, sino por el contrario de leyes que permitan una adecuada respuesta hacia problemas sociales de primer orden.

En este marco se justifica analizar la promulgación de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, pues si la misma como parece ser, se promulgó en un momento histórico de presión social, esto podría significar que las expectativas que la sociedad puso en ella no se hayan cumplido, o bien que en realidad se hayan creado mayores ámbitos de desprotección ante hechos ilícitos de especial significación social.

No debemos olvidar que nuestra Constitución establece el principio de Reserva de Ley, y en materia penal este principio se traduce en la

necesidad de sancionar conductas que lesionen bienes jurídicos de primer orden para la convivencia social, no cualquier afrenta a bienes jurídicos amerita la respuesta penal, que es de por sí la más extrema de todo el ordenamiento jurídico, sino aquellas que en concreto determinen una significativa lesión a bienes jurídicos de primer orden, incluso es aceptado que la tutela de ciertos intereses y bienes jurídicos se puede realizar mejor desde otros ámbitos de protección, como lo puede ser el derecho civil, administrativo o laboral; pero ello implica necesariamente un ajuste importante en recursos para que el Estado pueda ejercer estos recursos jurídicos, y parece ser que la respuesta en principio más cómoda, económica y que a su vez repercute de manera significativa ante la sociedad, es la sanción penal, por ello nuestros legisladores prefieren esta opción antes que analizar las razones, causas y otras respuestas a los problemas sociales.

Así el problema en concreto abordado se visualiza como la tutela efectiva de los bienes jurídicos públicos y el impacto en la legitimidad los entes administradores de justicia en relación con la efectividad de la ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

Así las cosas, consideramos que si en este caso particular, y ante una necesidad imperiosa, como lo es proteger a la sociedad de la corrupción de los funcionarios que ostentan la ejecución de los fines más importantes para el Estado, la discusión sobre la corrupción en la función pública no debe realizarse al calor de casos particulares, por más importantes que estos sean, sino desde una perspectiva global que tienda a dar efectiva protección al ciudadano frente a estos actos de corrupción, se proteja los fines nobles de la colectividad y ante todo se logre atacar las causas que generan estos actos que afectan a toda la colectividad.

3) Objetivos

Objetivo General:

Analizar el tratamiento que se le da al fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de los principios constitucionales, su creación a nivel legislativo y su aplicación a nivel judicial.

Objetivos Específicos:

-Analizar tipos penales de importancia de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley número 8422, para establecer su adecuación a la Constitución y eventuales problemas de interpretación.

-Analizar el tipo penal de cohecho para establecer su adecuación a la Constitución y eventuales problemas de interpretación

-Constrastar la técnica legislativa presente en el delito de cohecho, como delito pre existente a la reforma del año 2004, respecto a la técnica legislativa que se observa en los tipos penales en la Ley 8422.

-Establecer la injerencia de aspectos de índole moral y ético en la redacción y sanción de las conductas previstas en la Ley 8422.

-Analizar información estadística del Poder Judicial respecto a la implementación y aplicación de algunos delitos previstos en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley número 8422 y el delito del cohecho.

-Valorar el comportamiento en la aplicación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley número 8422, en la práctica judicial, confrontado con el análisis de los delitos que han sido previstos en la misma, e igualmente al delito del cohecho.

-Establecer la incidencia de la Ley 8422 dentro de los parámetros de la legislación simbólica y sus incidencias respecto a la legitimación del Poder Judicial frente a la sociedad.

2.- MARCO TEORICO

Marco referencial o institucional:

Nuestra investigación se circunscribe desde el punto de vista geográfico a nuestro país, Costa Rica. Por su parte la variable de temporalidad la ubicamos en el periodo que comprende desde el 29 de octubre de 2004 (fecha que entró en vigencia la ley 8422), hasta diciembre de 2008 (pues hasta ese momento se cuenta con información estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial respecto del tema de estudio).

En cuanto a las unidades de análisis se encuentran la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento (2004), así como referencias a tipos penales que regulan el tema de la Corrupción contenidos en el Código Penal. Contemplamos igualmente la variable social, referida a la credibilidad y legitimidad de las instituciones públicas en relación con la eficacia de la legislación que regula la materia de corrupción en la función pública.

Desde el punto de vista conceptual, nuestra investigación se centra en la eficacia de la ley contra la corrupción, el cumplimiento de las garantías constitucionales en los tipos penales previstos en dicha ley, así como la credibilidad y legitimidad de las instituciones derivada del fenómeno de la corrupción en la función pública, pues precisamente esta adecuación entre los fines esperados de la ley y la realidad es lo que nos va a permitir establecer, si el acto que promulgó esta ley, como una respuesta a los problemas de corrupción que aquejan a nuestro país, no se trató más que de una simple respuesta simbólica desde el Poder Legislativo para acallar el clamor social.

Teoría de la temática a estudiar

Como se indicó el trabajo de investigación propuesto, pretende establecer la eficacia o efectividad de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley número 8422, desde el punto de vista de su técnica legislativa en la redacción de tipos penales, lo cual enlazamos con los resultados prácticos que ha tenido esta ley desde su vigencia y a la fecha.

Así se procederá a realizar un análisis de tipo de diversos artículos de la referida ley, con la intención de explorar la técnica utilizada, pues con esta herramienta de especial importancia para el operador jurídico, se llega realmente a comprender la norma que sanciona la conducta, principalmente mediante su ajuste a los requerimientos constitucionales y sobre todo mediante la correcta interpretación de la voluntad del legislador, que se haya oculta muchas veces detrás de intrincados juegos verbales.

Pero este análisis es tan solo un elemento que nos va a permitir comprender el comportamiento de la ley en la práctica judicial, precisamente por ello es necesario acudir a la estadística judicial, y enlazar ambas variables para comprender si la ley en comentario ha encontrado aplicación práctica, pues precisamente las dificultades de aplicación de las normas surgen precisamente de problemas de redacción y construcción de los tipos penales; y en este caso particular parece que esta situación se dio ante la impulsiva promulgación de la ley, esto evitando argumentar otros intereses oscuros que podían significar la promulgación de una normativa que crea mayores espacios de impunidad para el funcionario público, al ser promulgada precisamente la ley por funcionarios públicos.

3.- MARCO METODOLOGICO

Para el desarrollo de esta investigación, hemos indicado que utilizaremos una herramienta de especial importancia para el aplicador jurídico en materia penal, nos referimos al análisis de tipo que describimos como un instrumento que permite interpretar la norma jurídica mediante un análisis de los diversos elementos del tipo penal, y sobre todo escudriñar el bien jurídico que se pretende tutelar.

Esto último es de especial importancia; nuestro ordenamiento jurídico, que deriva de la Carta Fundamental, permite la tutela penal de ciertos bienes jurídicos de especial y significativa importancia para la sociedad, por ello vemos como el bien jurídico vida es tutelado de manera importante en nuestra legislación penal, siendo el bien jurídico por excelencia de tutela penal; pero hay otros bienes jurídicos muy importantes que también permiten el desarrollo de la convivencia social, y si observamos con atención, precisamente el Estado persigue una serie de fines de orden social y económico que pretenden un beneficio colectivo, por ello se considera que el desvío de estos fines hacia intereses particulares y mezquinos del funcionario público es una afrenta grave para la sociedad, y por ello los actos de corrupción del funcionario público son tutelados penalmente, consideramos esta posición correcta, pero a ello debemos añadir que consideramos que la tutela penal no puede ser la única que proteja la probidad en la función pública, ello se desarrollará más adelante.

Por ello nuestro legislador, al promulgar leyes que sancionan conductas con pena de prisión, debe aclarar cuál es el bien jurídico que pretende tutelar, pues la interpretación de la ley en buena parte depende precisamente de su adecuación a la norma constitucional. En el momento de la interpretación de la ley, el operador jurídico debe por ende transitar en un camino opuesto al que transitó el legislador; así mientras éste con vista en el bien jurídico de naturaleza constitucional que pretende tutelar,

crea la norma y de ahí el tipo penal, el operador debe partir del tipo penal para establecer la norma y de ahí definir el bien jurídico tutelado; esto lo explica el maestro Zafaroni con estas palabras.

En esta operación el análisis de tipo es de especial importancia y sobre todo cuando el operador enfrenta problemas de aplicación o interpretación del tipo penal, pues con ello podría tratar de desentrañar la voluntad del legislador.

Esto lo podemos apreciar de mejor manera si observamos que nuestra Constitución Política valora algunos entes jurídicos como de especial importancia para la sociedad, y por ello se convierten en bienes jurídicos, y cuando a ese bien jurídico se le quiere tutelar desde el ordenamiento jurídico penal, con base en la norma se elabora un tipo penal. Esto precisamente permite justificar la lesión a otros bienes jurídicos de importancia para la sociedad, pues de otra manera, la libertad un bien jurídico de especial relevancia para el individuo, no podría ser limitada a menos que una infracción o lesión a otro bien jurídico de relevancia constitucional permita justificar la limitación de la libertad individual.

Por ello el profesor Zaffaroni indica: "el legislador va del ente a la norma y de la norma al tipo. Nosotros al interpretar la ley para determinar su alcance, debemos seguir el camino inverso" (Zaffaroni, 1985, p, 383). Es decir, el intérprete parte de la ley (tipo legal) a la norma y a través de la norma conocemos el ente que en definitiva será bien jurídico.

Esta operación que aparente sencillez, muchas veces se convierte en el principal obstáculo para la aplicación de la ley, y esto por cuanto en la redacción de la normativa, muchas veces su interpretación y por ende la adecuación de una conducta a la descripción legal, conlleva serias dificultades que convierten una ley en inaplicable en la práctica.

Por ello el interprete debe recurrir usualmente a una herramienta de especial importancia para lograr consolidar el análisis de la ley penal y así

desentrañar con claridad los diversos elementos que confluyen en un tipo penal y sobre todo determinar el bien jurídico que se pretendió tutelar.

Esto es de especial importancia, debido al principio de legalidad que rige en el Derecho Penal, para que una conducta sea considerada delictiva debe necesariamente ajustarse a la descripción que de ella se hace en el tipo penal y por ello comprender todos sus elementos es una necesidad insoslayable para el operador jurídico; pero también de especial importancia es determinar el bien jurídico que se pretende tutelar, porque la definición de este ente valorado por el legislador constitucional, permite definir el alcance de la norma y descartar algunas conductas que podrían aparentar como delictivas pero que no lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico que tutela la norma penal.

Pero también el análisis del bien jurídico nos permite contestar otra pregunta clave para esta investigación, ya que con ello podemos establecer si efectivamente el legislador al sancionar esta ley protegió los bienes jurídicos que justificaban su emisión, o si por el contrario, son otros bienes jurídicos los que entran en juego ajenos a la probidad en el ejercicio de la función pública.

Desde esta perspectiva el análisis de tipo se convierte en una herramienta conceptual para comprender la figura delictiva. Debemos comprender que precisamente los límites del derecho penal vienen enmarcados por el tipo penal que se aplica en cada caso concreto, no es plano, es una figura gramatical y por ende se deben identificar los siguientes elementos:

I) Tipo Objetivo.

a) Núcleo: propiamente es el verbo del tipo penal. En ocasiones además del verbo se requieren algunos elementos accesorios de modo, tiempo, lugar y ocasión que permiten comprender por completo la acción que describe el tipo penal.

b) Sujeto activo: con su identificación se permite descubrir quien puede ser el autor del hecho delictivo. Usualmente el sujeto activo es

indeterminado, cualquier persona puede ser autor del hecho ilícito, sin embargo en algunas figuras se requieren ciertos atributos específicos del individuo para llegar a ser autor del mismo; como el caso de los delitos funcionales, donde uno de sus requisitos es que el autor del hecho sea un funcionario público, o bien algunos hechos ilícitos que requieren la participación conjunta de varias personas en el hecho delictivo.

c) Objeto material: aquello sobre lo que recae la acción delictiva, no necesariamente estamos hablando del bien jurídico, puede existir un ligamen estrecho entre uno y otro, sin embargo no necesariamente coinciden.

d) Elementos subjetivos distintos del dolo, que el legislador objetiviza para establecer especiales voluntades requeridas en el tipo penal, como el ánimo de lucro.

e) Elementos interpretativos o descriptivos: los encontramos en el tipo penal como elementos culturales, jurídicos, técnicos.

II) Tipo Subjetivo

Dolo/Culpa: desde el punto de vista subjetivo debemos enfocar la voluntad con la cual se realiza el tipo penal, es decir si existe un ánimo encaminado a llenar la descripción que de la conducta prohibida se hace en el tipo penal, o si por el contrario nos encontramos ante una conducta que debido a la violación a un deber de cuidado se causa un resultado sancionado penalmente.

III) Bien Jurídico

Ya hemos indicado que el bien jurídico es lo que nos permite desentrañar la voluntad del legislador, pues de su correcta identificación logramos dilucidar el ente que se pretende tutelar por medio de la infracción penal. Por ello una correcta identificación del mismo no solo

permite establecer la constitucionalidad de la ley penal en concreto, sino además permite determinar los alcances de la norma y su ámbito de aplicación.

IV) Tipo Garantía

Se trata de principios constitucionales que necesariamente deben permear la ley penal y por ende al tipo penal. En este aparte se debe realizar un análisis de:

a) Principio de Legalidad: definido en el artículo 39 de nuestra Constitución Política e Instrumentos Internacionales, con el cual se provee seguridad jurídica a la persona, pues limita el poder punitivo estatal y especifica las consecuencias de una conducta de interés o relevancia penal. Se subdivide en los principios de reserva de ley, tipicidad, interpretación restrictiva, irretroactividad de la ley penal.

b) Principio de Reserva y Lesividad: ambos principios exigen la tutela de bienes jurídicos, así mientras el de reserva en relación a la limitación del Estado para que no intervenga en aquellos asuntos que no dañan a terceros ni ponen en peligro algún bien jurídico. Mientras el principio de lesividad exige que para la aplicación de la sanción penal, el bien jurídico tutelado por la norma haya sido lesionado o puesto en peligro.

c) Principio de Proporcionalidad: en este aspecto se analiza el equilibrio entre la sanción que se recibe y la conducta sancionada, y para ello es de especial interés por ende la lesión o puesta en peligro que describe el tipo penal de la conducta que se pretende sancionar; pero también permite analizar si efectivamente la sanción penal es la mejor manera de tutelar el bien jurídico, o en otras palabras, si la intervención penal responde o es necesaria para garantizar este bien jurídico.

d) Principio de Culpabilidad: precisamente nos permite analizar la disposición que tiene el tipo penal para garantizar al ciudadano el principio de inocencia, pues la redacción de algunos tipos penales puede

invertir la carga de la prueba, o bien tratarse de una forma de derecho penal de autor.

IV) Política Criminal

Se analiza la política que sigue el Estado referente a la tutela o protección del bien jurídico. Se observa si se aplican políticas de prevención o de simple represión y desde un punto de vista macro, analizar si la sanción penal es la única respuesta a la tutela del bien jurídico.

También necesariamente recurrimos a la estadística judicial, este aspecto hemos contado con la información de la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial, que nos remitió actualizada al año 2008.

Con ello podemos tratar de comprender el movimiento en la práctica judicial de la referida ley y sobre todo valorar si los fines de tutela propuestos se cumplieron o no, sobre todo una vez que ya contamos con los resultados del análisis de tipo de algunas normas de la ley.

4.- DESARROLLO

4.1 ANÁLISIS DE TIPO

Dentro del tema objeto de nuestra investigación y como parte esencial de ella, procedemos a realizar un análisis normativo de tipo correspondiente a tres delitos funcionales. Esta clase de estudio de las normas resulta de gran importancia, pues la práctica judicial evidencia que los tipos penales son aplicados en muchas de las ocasiones casi de manera automática, tomando la previsión normativa como un molde, sujeto a comparación de las conductas que son sometidas a conocimiento de fiscales, defensores y jueces, sin que exista mayor análisis del cumplimiento de la norma que se pretende aplicar en relación a los presupuestos legales y constitucionales.

Hemos decidido limitar este análisis a tres delitos funcionales, debido a que un análisis mayor o de la totalidad del articulado desbordaría los límites de esta investigación, además de ello estos tipos penales representan conductas significativas y de especial relevancia para efectos de contar con un marco de referencia previo y posterior a la ley 8422.

Situaciones tales como la remisión a un reglamento o un acto de la Administración para integrar la descripción de la conducta prohibida, o la inclusión de términos polisémicos, cuya definición la termina estableciendo el juzgador en el caso concreto, entre otras, forman parte de nuestra realidad normativa en materia penal, la cual no debe pasar desapercibida, sino que debe constituirse en alerta para el estudio y la crítica, en aras de procurar un Derecho Penal acorde a nuestros principios constitucionales.

Bajo esta perspectiva procederemos a realizar un análisis normativo de tipo de las delincuencias de Enriquecimiento Ilícito y Tráfico de Influencias establecido en el artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento y de

Cohecho Impropio, previsto en el numeral 340 del Código Penal. La selección de los delitos que se analizarán encuentra sustento en el propósito de obtener una referencia del tratamiento que a nivel legislativo se le ha dado a una delincuencia tradicional como lo es el Cohecho Impropio, con un reconocimiento positivo y doctrinario a nivel de derecho comparado de larga data, en relación con unas figuras penales más reciente como lo es el Enriquecimiento Ilícito y el Tráfico de influencias.

4.1.1 Enriquecimiento Ilícito:

Mediante ley número 8422, publicada en la Gaceta número 212 del 29 de octubre de 2004, la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica decretó la “Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”. En su artículo 45 se tipificó el delito de Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el cual establece “...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...”.

i) Núcleo del tipo (verbo):

La acción delictiva está definida por los verbos “acrecentar”, “adquirir”, “gozar”, “cancelar” y “extinguir”.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición (edición en línea: www.rae.es/rae/html) dichos verbos se definen de la siguiente manera:

acrecentar.

(Del lat. *accrescens, -entis*).

1. tr. **aumentar**. U. t. c. prnl.
2. tr. Mejorar, enriquecer, enaltecer.

adquirir.

(Del lat. *adquirere*).

1. tr. Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria.
2. tr. **comprar** (|| con dinero).
3. tr. Coger, lograr o conseguir.
4. tr. *Der.* Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.

gozar.

(De *gozo*).

1. tr. Tener y poseer algo útil y agradable. *Gozar de sus riquezas*.
2. tr. Tener gusto, complacencia y alegría de algo. U. t. c. prnl.
3. tr. Conocer carnalmente a una mujer.
4. intr. Sentir placer, experimentar suaves y gratas emociones U. t. c. prnl. *Gozarse en la suerte de los demás*.
5. intr. Tener alguna buena condición física o moral. *Gozar DE buena salud, vitalidad, estimación, fama*.

cancelar.

(Del lat. *cancellāre*).

1. tr. Anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción en registro, una nota o una obligación que tenía autoridad o fuerza.
2. tr. Acabar de pagar una deuda.
3. tr. Borrar de la memoria, abolir, derogar.
4. tr. *Ec.* Despedir a un empleado.

extinguir.

(Del lat. *exstinguēre*).

1. tr. Hacer que cese el fuego o la luz. U. t. c. prnl.
2. tr. Hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente. *Extinguir un sonido, un afecto, una vida.* U. t. c. prnl.
3. prnl. Dicho de un plazo o de un derecho: Acabarse, vencer.

Encontramos además un elemento accesorio de modo aplicable a las cuatro formas verbales, mismas que pueden ser realizadas “por sí o por interpósita persona física o jurídica”.

Ubicamos además dos elementos accesorios de ocasión, a saber “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”.

ii) Sujeto Activo:

En cuanto al sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito, debemos indicar que estamos en presencia de un autor indeterminado, no obstante la misma ley en su artículo dos, brinda lineamientos para la identificación de los sujetos que podrían incurrir en esta delincuencia.

Así, cuando el delito en estudio sanciona a quien “aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública”, podemos recurrir a lo dispuesto en el primer párrafo del numeral dos del cuerpo legal supra mencionado, mismo que establece “... Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta ley...”.

Tal y como se observa, el párrafo de cita establece una serie de presupuestos en los que se puede ejercer la función pública, los cuales vienen a ampliar el concepto tradicional de servicio público, de manera tal que se constituiría en sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito quien realice un provecho ilegítimo del ejercicio de la función público y además concurren las restantes exigencias dispuestas en el tipo penal en estudio.

Por otra parte, en lo que toca al sujeto activo que podría incurrir en la conducta de aprovechar ilegítimamente “la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión”, se observa como la ley desde sus disposiciones generales, propiamente en el segundo párrafo del artículo 2, incluye además dentro de su ámbito de aplicación a sujetos que no necesariamente ostentan formalmente el carácter de funcionarios públicos,

sino que pertenecen a entes que participan en la custodia, administración o explotación de fondos, bienes o servicios de la Administración Pública.

i) Objeto Material:

En correspondencia a las cinco formas verbales que contiene el delito de enriquecimiento ilícito, encontramos igual número de objetos materiales, mismos que define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición (edición en línea: www.rae.es/rae/html) de la siguiente manera:

patrimonio.

(Del lat. *patrimonium*).

1. m. Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes.
2. m. Conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título.
3. m. Conjunto de los bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenando, como título para su ordenación.
4. m. **patrimonialidad.**
5. m. *Der.* Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.

bien.

(Del lat. *bene*, bien).

1. m. Aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de la voluntad, la cual ni se mueve ni puede moverse sino por el **bien**, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal.
2. m. Utilidad, beneficio. *El bien de la patria*

3. m. Patrimonio, hacienda, caudal. U. m. en pl.
4. m. *Fil.* En la teoría de los valores, la realidad que posee un valor positivo y por ello es estimable.
5. m. ant. Caudal o hacienda.
6. m. pl. *Der.* Cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho.

Derecho.

10. m. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.
11. m. Consecuencia natural del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. *El derecho del padre Los derechos de la amistad*
12. m. Acción que se tiene sobre una persona o sobre una cosa.
13. m. Justicia, razón.
14. m. Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.
15. m. Ciencia que estudia estos principios y preceptos.
16. m. Exención, franquicia, privilegio.

deuda.

(Del lat. *debīta*, pl. n. de *debītum*, débito).

1. f. Obligación que alguien tiene de pagar, satisfacer o reintegrar a otra persona algo, por lo común dinero.
2. f. Obligación moral contraída con alguien.

obligación.

(Del lat. *obligatio*, *-ōnis*).

1. f. Aquello que alguien está obligado a hacer.
2. f. Imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre.
3. f. Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.
4. f. Correspondencia que alguien debe tener y manifestar al beneficio que ha recibido de otra persona.
5. f. Documento notarial o privado en que se reconoce una deuda o se promete su pago u otra prestación o entrega.
6. f. Título, comúnmente amortizable, al portador y con interés fijo, que representa una suma prestada o exigible por otro concepto a la persona o entidad que lo emitió.
7. f. Casa donde el obligado vendía el género que estaba de su cargo.
8. f. Carga, miramiento, reserva o incumbencia inherentes al estado, a la dignidad o a la condición de una persona.
9. f. *Nic.* **trabajo** (|| ocupación retribuida).
10. f. pl. Familia que cada uno tiene que mantener, y particularmente la de los hijos y parientes. *Estar cargado de obligaciones.*

De conformidad con la norma, la cancelación y la extinción debe recaer sobre deudas y obligaciones, respectivamente, que afecten el patrimonio del sujeto activo o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.

El diccionario de la Real Academia define patrimonio de la siguiente manera:

(Del lat. *patrimonium*).

1. m. Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes.
2. m. Conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título.
3. m. Conjunto de los bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenando, como título para su ordenación.
4. m. **patrimonialidad.**
5. m. *Der.* Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.

i) Elementos subjetivos distintos del dolo: No se observa la existencia de elementos subjetivos diversos al dolo que requiere el tipo penal para su comisión.

ii) Elementos normativos:

Logramos ubicar en el delito objeto de análisis diversos elementos normativos jurídicos, a saber:

- a.- función pública
- b.- fondos públicos
- c.- servicios públicos
- d.- bienes públicos
- e.- personas física
- f.- persona jurídica
- g.- patrimonio
- h.- bien
- i.- derecho

j.- deuda

k.- obligación

l.- capital social

Así, deberá el juzgador recurrir a una multiplicidad de legislación, a efecto de darle contenido a cada uno de esos elementos.

La norma presenta además una serie de elementos culturales, como custodia, explotación, uso, administración, título o modalidad de gestión e interpósita persona, pero no podemos dejar de lado el contenido normativo de estos conceptos, pues igualmente nuestra legislación atribuye en algunos casos un contenido específico que debemos tener en consideración al momento de interpretar esta norma. A efecto de conocer y establecer el contenido y el alcance de dichos términos, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se constituye en un instrumento de suma utilidad.

iii) El tipo subjetivo:

El ilícito en estudio constituye un tipo doloso, de manera tal que exige al agente el conocimiento de los elementos objetivos del tipo objetivo, así como la voluntad de materializarlos.

iv) Bien jurídico:

Conforme se observa, establecer el bien jurídico tutelado en esta norma no resulta sencillo, según indica el profesor Chinchilla en su artículo publicado en el año 2005 (p. 60), parte de la doctrina identifica el bien jurídico en este delito con el interés social existente en que los funcionarios públicos no corrompan la función pública y que justifiquen

su enriquecimiento, no solo como una exigencia legal sino social, otro sector de la doctrina indica que se trata de prevenir conductas anormales del funcionario público para aumentar su patrimonio.

Consideramos por ende de una lectura atenta del artículo podemos observar que la tutela que se hace en esta norma es de los deberes de probidad y transparencia en la Función Pública (Chinchilla, 2005, p., 61) y evidentemente notamos los problemas que claramente surgen de la interpretación de un artículo en el cual su redacción no responde claramente a la tutela de bienes jurídicos de orden constitucional, pues el legislador se preocupa primero por la redacción del tipo penal y luego define su acomodo a las normas y principios constitucionales.

v) Tipo garantía:

Respecto de la adecuación del tipo penal en estudio a los principios constitucionales, consideramos lo siguiente:

I.- Principio de legalidad:

I.a.- Principio de reserva de ley:

Según queda de manifiesto en el análisis de los elementos normativos, el tipo penal se encuentra muy lejos de bastarse a sí mismo, debiéndose recurrir a la legislación administrativa, civil, mercantil, entre otras, para lograr integrar la norma, esto es completarla a efecto de que resulte aplicable. Tales características convierten al delito de enriquecimiento ilícito en un tipo penal en blanco que violenta el principio de reserva de ley.

I.2.- Principio de tipicidad:

La utilización de términos polisémicos está presente en este tipo penal. Tal es el caso del “provecho ilegítimo”, de manera tal que será el juzgador quien valore y determine en qué casos existe un “provecho” así como que éste resulte “ilegítimo”, estimándose que en el establecimiento de dichas circunstancias podría concurrir algún grado de subjetividad por parte del intérprete, motivo por el cual el delito de enriquecimiento ilícito se presenta como un **tipo penal abierto** que incumple el principio de tipicidad.

En este sentido a manera de ilustración podemos indicar que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición, establece como una acepción del término provecho “...**5.** m. pl. Utilidades y emolumentos que se adquieren o permiten fuera del sueldo o salario...”, de manera tal que el juez deberá establecer si la utilidad obtenida está permitida o no como parte del salario. Igualmente el término ilegítimo es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “...**1.** adj. No legítimo...”, con lo cual el juzgador deberá determinar, a partir del caso concreto en qué casos el provecho producido se presenta como legítimo o ilegítimo.

I.3.- Principio de interpretación restrictiva:

Según recién se apuntó, el tipo penal le concede al juzgador un espacio de interpretación, que podría estar influenciado por prejuicios de índole moral, ético o religioso, con lo cual esa característica de elasticidad de la norma al momento de su aplicación se presenta como violatoria del principio de interpretación restrictiva.

I.4.- Principio de irretroactividad de la ley:

Por disposición del legislador, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito de la Función Pública (Ley 8422) rige a partir de su publicación, lo cual ocurrió el 29 de octubre de 2004, sin que se observe disposición alguna que establezca efectos retroactivos, con lo cual este principio si se cumple.

Conclusión: A partir del análisis anterior, llegamos a la conclusión que el tipo penal de enriquecimiento ilícito incumple claramente con la mayoría de los componentes del principio de legalidad.

II. Principio de reserva o lesividad:

Nuestra Constitución Política permite derivar de su artículo 11 la sumisión del funcionario a los deberes propios de la función pública encomendada, ahora bien, debemos indicar que necesariamente el tipo penal debe encontrar un sustento en la protección de un bien jurídico tutelado constitucionalmente, este principio de legalidad resguardado constitucionalmente no podría dar algún fundamento a la tutela de la probidad del funcionario público, pues el alcance y límite del mismo parecen desbordados por la protección que el tipo penal da a la norma.

Parece que el mecanismo adecuado para tutelar este deber de probidad, conforme se analizará más adelante, no es la represión penal, sino otras formas de control y de rendición de cuentas que permitan una tutela preventiva de la conducta del funcionario público.

Concluimos por ende que luego del análisis del tipo realizado, no logramos establecer una vinculación efectiva entre el bien jurídico que se

pretende tutelar y algún bien jurídico de contenido constitucional, quedando la impresión que el objeto de tutela está constituido por una aspiración de orden ético y de probidad deseable en el funcionario público.

III.- Principio de proporcionalidad:

La reacción estatal se encuentra desproporcional en la medida que no se encuentra un sustento constitucional que ampare la intervención del poder punitivo del Estado.

Consideramos que la prevención, los mecanismos de control y la existencia de un aparato administrativo sancionador eficiente, podrían convertirse en buena medida en una forma de respuesta a lo que se pretende tutelar en la norma penal, mientras que la sanción penal de estas conductas podrían ser desproporcionales en razón de la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico de orden constitucional.

IV.- Principio de culpabilidad:

En cuanto a la carga de la prueba, este artículo vino a enmendar los yerros legislativos que en esta materia se habían dado, al crear un tipo penal en el cual la carga de la prueba le correspondía al imputado, que debía probar las razones del incremento de su patrimonio. En razón de ello no observamos en la redacción de este tipo penal, vulneración al principio de culpabilidad, pues la carga de la prueba la tendrá el Ministerio Público al ejercer la acción penal en cada caso concreto y demostrar la realización del tipo penal con todos sus elementos.

ii) Política Criminal:

Este punto se desarrollará conjuntamente con el examen que al respecto se efectuará en el delito de Tráfico de Influencias, más adelante, pues ambas normas responden a los mismos postulados de política criminal.

4.1.2 Tráfico de Influencias:

El artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública tipificó el delito de Tráfico de Influencias, el cual establece “...Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciendo 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...”.

i) **Núcleo del tipo** (verbo):

La acción delictiva está definida por el verbo “influir”.

El diccionario de la Real Academia (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consulta en la página web <http://www.rae.es/rae.html>, Vigésima Segunda Edición) define recibir de la siguiente forma:

Influir

(Del lat. *influĕre*).

- 1.** intr. Dicho de una cosa: Producir sobre otra ciertos efectos; como el hierro sobre la aguja imantada, la luz sobre la vegetación, etc. U. t. c. tr.
- 2.** intr. Dicho de una persona o de una cosa: Ejercer predominio, o fuerza moral. U. t. c. tr.
- 3.** intr. Contribuir con más o menos eficacia al éxito de un negocio. U. t. c. tr.

En el segundo párrafo del artículo encontramos dos formas verbales adicionales: “utilizar” y “ofrecer”, se define utilizar por el Diccionario de la Real Academia como: “Aprovecharse de algo”. Mientras que ofrecer dicho Diccionario lo define como: “(De un der. del lat. *offerre*). || **1.** tr. Comprometerse a dar, hacer o decir algo. || **2.** tr. Presentar y dar voluntariamente algo. *Ofrecer dones a los santos. Ofrecer ayuda a los damnificados.* || (...) || **3.** tr. Decir o exponer qué cantidad se está dispuesto a pagar por algo.”

Por su parte logramos ubicar un elemento accesorio de modo, correspondiente a la acción de influir, pudiéndose realizar “directamente o por interpósita persona”.

Encontramos dos elementos accesorios de ocasión “prevaliéndose de su cargo” o “cualquiera otra situación derivada de su situación personal o

jerárquica con este o con otro servidor público”, situación personal o jerárquica que según el artículo puede ser “real o simulada”.

Por otro lado, el tipo penal requiere un resultado para la configuración de la conducta delictiva al establecer la necesidad que se genere “directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro”.

Sin embargo este resultado se requiere en un plano formal, pues en el tanto se recurre a la utilización de términos polisémicos será el aplicador o el juez quien determine en un amplio margen de interpretación en que casos concurre el resultado.

ii) **Sujeto Activo:**

Autor de esta delincuencia en el primer párrafo de la descripción del tipo penal es indeterminado, pero se debe hacer la observación que debe concurrir el elemento accesorio de ocasión, cuál es que el agente se prevalezca de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con éste o con otro servidor público, ya sea real o simulada, esta última condición puede presentarse como una falsa representación en la cual el sujeto activo externa ante el funcionario una condición de la que en realidad carece.

Consideramos que en este caso particular, aunque puede pensarse de primera mano que la descripción del tipo penal hace referencia a un sujeto activo determinado como lo es el funcionario público, la norma admite actos realizados por sujetos particulares que no ostenten esta condición, pero que se encuentran en una situación personal que les permite ejercer la influencia descrita en el texto.

En cuanto al segundo párrafo el sujeto sigue siendo indeterminado, no obstante se trata de la sanción a la conducta del intermediario, es decir, la persona que utilice u ofrezca la influencia a la que se refiere la acción descrita en el primer párrafo.

En el tercer y último párrafo, se establece una agravante para sujetos que ostentan una condición especial, con lo cual el sujeto activo resulta ser determinado a saber:

- 1) El presidente o el vicepresidente de la República,
- 2) los miembros de los Supremos Poderes,
- 3) los miembros del Tribunal Supremo de Elecciones,
- 4) el contralor o el subcontralor generales de la República;
- 5) el procurador general o del procurador general adjunto de la República,
- 6) el fiscal general de la República,
- 7) el defensor o el defensor adjunto de los habitantes,
- 8) el superior jerárquico de quien debe resolver, y
- 9) los miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

iii) Objeto Material:

Encontramos un objeto material de carácter personal como lo es el servidor público. Para conocer cuáles sujetos están comprendidos dentro de tal término, tenemos necesariamente que recurrir a la Ley General de la Administración Pública. El numeral 111 de dicho cuerpo legal dispone:

“Artículo 111.-

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 del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.”

Igualmente de manera específica la misma Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública determina el concepto de servidor público de la siguiente forma:

“Artículo 2º-**Servidor público**. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.”

En todo caso al tratarse de una ley especial esta última sería la norma preponderante para comprender el concepto jurídico de servidor público, pues además es ley posterior y hace una referencia específica para efectos de la citada ley.

iv) Elementos subjetivos distintos del dolo:

El tipo contiene dos especiales finalidades, distintas del dolo, que deben cumplirse como requisito de tipicidad, a saber: “para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones”

En cuanto a la especialidad finalidad no basta solo influir en el servidor público, sino que necesariamente deben darse estos dos propósitos o intenciones del agente al realizar el verbo típico, pues de no encontrarse alguna de ellas, la conducta sería atípica.

Igualmente consideramos que en caso que los actos realizados sean impropios a su función, tales hechos estarían fuera de la descripción que hace el tipo penal, lo que genera una inconsistencia del sistema, pues esto refleja la falta claridad del legislador sobre el bien jurídico a proteger, pues en estos casos que quedan fuera de la norma se atenta de manera más clara contra el principio de legalidad.

Debemos indicar que igualmente estos elementos contienen una serie de aspectos que requieren la integración por parte del Juez de su contenido, conforme se analizará más adelante, pues se trata de remisiones a normas jurídicas o conceptos culturales necesarios para completar la descripción típica.

v) Elementos normativos:

Podemos ubicar en el tipo varios elementos normativos, los cuales requieren ser aclarados para entender los alcances de la descripción típica, función que le corresponderá al juez en el caso concreto.

Encontramos elementos normativos jurídicos, como el caso de: “nombramiento”, “adjudicación”, “concesión”, “contrato”, “acto o resolución propio de sus funciones”. Así dependiendo del supuesto deberá recurrirse a una determinada normativa, por ejemplo en el caso del nombramiento tendrá que acudir a la ley del servicio civil o la que corresponda según la materia; en el caso de los conceptos de adjudicación y concesión, existe una normativa específica en materia de contratación administrativa y concesión de obra pública que deberán analizarse para comprender el alcance de la norma. Por su parte si se trata de un contrato se recurrirá a

la legislación civil, mercantil, administrativa o la que corresponda según la naturaleza del negocio jurídico. El acto o resolución propio de sus funciones deberá ser analizado de conformidad con la Ley General de Administración Pública, así como cualquier reglamentación de igual o inferior rango que determine la competencia del funcionario público en el caso concreto.

También es un elemento normativo jurídico el término ya analizado de servidor público, que requiere la remisión a una determinada normativa, en este caso la misma Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Como elementos normativos culturales encontramos los conceptos de beneficio económico indebido y ventaja indebida. Beneficio se le define según el diccionario de la Real Academia como: “1. Bien que se hace o se recibe || 2. Utilidad, provecho”, mientras que económico según este mismo diccionario remite al término economía que se define como: “2. Conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o un individuo”.

Además según el diccionario de cita, ventaja significa “...*Superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosas.* || 2. *Excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene.* || 3. *Sueldo sobreañadido al común que gozan otros...*”¹. Por su parte indebido es aquello “...*Que no es obligatorio ni exigible.* || 2. *Ilícito, injusto y falta de equidad...*”.

Igualmente se había mencionado la posibilidad que la situación personal o jerárquica que sirve de elemento accesorio de ocasión pueda ser real o simulada, en estos términos real se le define como: “1. Que tiene existencia verdadera y efectiva”; por su parte simulada viene referido al termino simular que se le entiende como: “1. Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es”.

Se exige también que el servidor público haga, retarde u omite, conceptos normativos culturales que son definidos de la siguiente forma.

Hacer: “1. Producir algo, darle el primer ser. || 2. Fabricar, formar algo dándole la forma, norma y trazo que debe tener. || 3. Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo.”, entre otras, pues se definen 58 acepciones de esta palabra en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Retardar: “Diferir, detener, entorpecer, dilatar”, por su parte omitir: “1. Abstenerse de hacer algo || 2. Pasar en silencio algo”.

vi) El tipo subjetivo:

Nos encontramos ante un tipo doloso, el cual requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, así como la voluntad de realizarlos.

vii) Bien Jurídico:

Consideramos que en este caso particular se ha pretendido tutelar de nuevo el normal funcionamiento de la función pública, con lo cual en principio parecería tener como su fundamento constitucional el principio de legalidad, pues este normal funcionamiento podría verse afectado con la influencia que realiza el agente sobre el funcionario público.

No obstante la redacción del texto legal incurre en una serie de extensiones que dificultan apreciar de manera clara la presencia de este aparente bien jurídico, que se diluye en una serie de aspectos, sobre todo el referido al contenido patrimonial o económico, y además ante la imposibilidad de determinar la afectación de la conducta concreta sobre actos lícitos o ilícitos cometidos mediante esta influencia sobre el servidor público.

Con ello de nuevo encontramos problemas para lograr una separación diáfana entre un deber legal y un deber ético, pues podrían darse situaciones de influencia sobre el funcionario público que no

encuentran afectación, lesión o puesta en peligro sobre algún bien jurídico, y mucho menos en la propia función pública, cuya normalidad de funcionamiento no se ve afectada en casos de la ejecución por parte del funcionario público de actos propios de su rango de competencia sobre los cuales de una u otra forma se ha visto influenciado.

En realidad podría tratarse de una tutela del ámbito de autodeterminación del funcionario público al momento de cumplir alguno de los actos establecidos en el tipo penal, con la imposibilidad de realizar el deslinde de manera clara si esta influencia determinó o no la ejecución, retardo u omisión del acto. Apreciamos que en realidad podría tratarse de una penalización a los vicios que de manera dolosa se provoquen en la formación del acto administrativo por parte del funcionario público que se ve influenciado de una u otra forma por parte del agente; sin embargo a pesar que este evento podría resolverse en sede administrativa, en definitiva se trata de penalizar la conducta del sujeto que crea el vicio en la voluntad del servidor público.

Sobre el punto en análisis, es importante indicar que si la gravedad de la pena está determinada por la importancia del bien jurídico que se lesiona, no se logra comprender cómo el tipo penal en estudio sanciona de manera igualitaria el retardo o la omisión de un acto propio de las funciones, lo cual implicaría un quebrantamiento al principio de legalidad y la ejecución de un acto propio de las funciones, comportamiento que responde al funcionamiento normal de la administración. La falta de diferenciación indicada sugiere que más que la defensa de la legalidad como bien jurídico de naturaleza constitucional, lo que se pretende tutelar y estandarizar es una determinada ética de los sujetos activos previstos en el tipo penal.

viii) Tipo garantía:

Para este efecto debemos tomar el desglose anterior y analizarlo en relación a los principios constitucionales.

I.- Principio de legalidad:

I.a.- Principio de reserva de ley:

El tipo en mención incumple con el principio de reserva de ley, pues tal y como se apuntó líneas arriba se requiere recurrir eventualmente a otro tipo de regulaciones para determinar los alcances del tipo. Tal es el caso de la definición de los actos propios del funcionario, para lo cual habría que remitirse a otras leyes en el mejor de los casos, e incluso recurrir a reglamentos o directrices del jerarca de la institución de la que se trate. Igualmente observamos remisiones a otros contenidos normativos de orden legal, que si bien no causan afectación al principio de reserva de ley, pues se trata de remisiones a leyes formales, también existen como se indicó, remisiones a otros articulados normativos de rango menor, como lo podrían ser reglamentos de materias específicas como la contratación administrativa y otras. Lo anterior, convierte a la norma en un tipo penal en blanco que violenta el principio de reserva de ley.

I.2.- Principio de tipicidad:

El tipo penal en estudio recurre a la utilización de términos polisémicos como lo son la referencia a “ventaja indebida” “beneficio económico indebido”, con lo cual deberá el juez completar el tipo mediante interpretación. Existe en este caso la posibilidad de que el juez determine cuál ventaja se considera “debida” o “indebida”, así como lo que debe entenderse como un beneficio, o en cuales supuestos de hecho debe concluirse que tal beneficio resulta indebido, dándose la posibilidad que

concurra algún grado de subjetivismo que podría verse marcado por su propia moral, principios, creencias entre otros aspectos, encontrándonos ante un **tipo penal abierto** que violenta el principio de tipicidad.

I.3.- **Principio de interpretación restrictiva:**

El espacio de interpretación que le otorga el tipo penal al juzgador es sumamente amplio, lo que podría dar lugar a que el Juez extienda la aplicación de la norma a supuestos que en principio no deberían ingresar en el ámbito de protección penal; independientemente que esta situación pueda dar lugar a una sentencia final en la que se absuelva a una persona, en el mejor de los casos, o bien se le condene, la posibilidad que un sujeto sea sometido a un proceso penal por un hecho que no encuadra en la norma pero a raíz de las posibilidades y aperturas de interpretación que se le permiten al Juez, deba afrontar el mismo hasta que esta situación sea reconocida es un aspecto sumamente gravoso y demostraría una importante lesión a los principios constitucionales de un Estado de Derecho.

I.4. -**Principio de irretroactividad de la ley:**

Con base en la redacción de la norma, no se extrae ninguna previsión encaminada a surtir efectos retroactivos, cumpliéndose así este principio.

Conclusión: Con fundamento en lo expuesto, realizando un recorrido por los subprincipios que integran el principio de legalidad, concluimos que el tipo penal de tráfico de influencias, tiene serios problemas para cumplir con los presupuestos del principio de legalidad el principio de legalidad criminal.

En este sentido el artículo 39 de la Constitución Política, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11 inciso 2 de la

Declaración Universal de Derechos Humanos, permiten extraer tales principios del bloque de legalidad aplicable en nuestro país, el cual debería responder a los ideales de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el Estado debe transmitir un mensaje claro a los individuos respecto a las limitaciones a su libertad, impidiendo extensiones arbitrarias de la ley penal y remisiones a normas que no ostenten el rango de ley.

II. Principio de reserva o lesividad:

En cuanto al principio de reserva, conforme señaló anteriormente, la norma penal presenta aspectos que evidencian problemas al permitir la remisión a otras leyes, reglamentos y otras decisiones, que podrían ser necesarias para integrar la descripción que hace el tipo penal.

Ahora bien, con respecto al principio de lesividad, señalamos igualmente que si el bien jurídico que se pretende tutelar es el funcionamiento en sí de la Administración Pública, que como hemos dicho no se deriva de protección constitucional alguna, sino al menos del principio de legalidad constitucional, resulta ser que la sanción de ciertas conductas de ínfima lesión al bien jurídico, que podrían resultar abarcadas con el tipo penal, pero que influyen en una decisión ya formada del funcionario público, situaciones que si bien pueden ser reprochables éticamente, es difícil sostener una sanción penal en estos casos; lo que se complica aun más si consideramos que la tutela va encaminada a proteger un marco de autodeterminación del funcionario público, pues con ello la protección dirigida a garantizar la legalidad del acto desde el punto de vista administrativo, por vicios en la voluntad, resulta criminalizado. Así leves afectaciones a la formación del acto administrativo por vicios de la voluntad resultan sancionados penalmente con grave afectación al principio de lesividad.

La falta de determinación por parte de la norma de la efectiva afectación a un bien jurídico de orden constitucional, lleva al legislador a

mezclar dentro del contenido del tipo penal aspectos como el beneficio patrimonial y la probidad en el servicio público con lo cual se imposibilita establecer con certeza cuál es el objeto de tutela de la norma y su afectación en el caso concreto, violentándose igualmente el principio de lesividad.

III. Principio de proporcionalidad:

Siguiendo con la línea de análisis antes indicada, consideramos que este delito no cumple con el principio de proporcionalidad, esto en dos aspectos; por un lado el ordenamiento jurídico ya prevé una respuesta de orden administrativo a la violación al deber de probidad del funcionario y por otro se prevé la sanción más gravosa que puede ejercer el Estado contra un individuo mediante la intervención del derecho penal.

En cuanto al primer aspecto, consideramos que la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública prevé un deber de probidad del funcionario público y la sanción en caso de incumplimiento con el mismo; sanción que consiste en el despido sin responsabilidad y que dependiendo del supuesto de hecho que se plantee podría considerarse proporcional, razonable y adecuada, sin dejar de ser una sanción gravosa para el funcionario público.

Ante esta respuesta del ordenamiento ya parecería desproporcional cualquier otro intento del Estado para sancionar de manera independiente la conducta, pues al menos en algunas hipótesis, el acto administrativo realizado se ajusta al bloque de legalidad.

En segundo término, consideramos desproporcional la aplicación de una sanción tan gravosa como la prisión en el caso de la infracción de un deber ético o moral, que no esté acompañada por la lesión alguna a otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

Incluso analizado desde esta perspectiva la pena establecida en abstracto es importante, pues el mínimo de dos años de prisión y el

máximo de cinco años fijan un parámetro en el cual el juzgador podría aplicar una sanción y limitar beneficios al sentenciado.

IV. Principio de culpabilidad:

En principio de la lectura del texto legal no desprendemos vulneración alguna al principio de culpabilidad, en tanto resultan aplicables los elementos que conforman la culpabilidad, sin que se desprenda ningún tipo de inversión de la carga de la prueba.

ix) Política Criminal:

Consideramos que en este caso la penalización de los delitos de Enriquecimiento Ilícito y Tráfico de Influencias se enmarca en una respuesta simbólica a una situación de exigencia social que se motivó en el año 2004 con motivo de la detención de dos ex presidentes de la República por hechos presuntamente delictivos.

Esta ley conforme se indicó, se promulgó escasos días luego de la detención de ambos sujetos, y públicamente se observó como una legislación que venía a dar respuesta a una situación particular, pues la legislación actual permitía vías de escape para este tipo de funcionarios.

Esta connotación que le dio la opinión pública a la ley, es claramente falsa pues en modo alguno podría aplicarse a casos que ocurrieron antes de su promulgación. Observamos que se tomó un proyecto de ley, el cual adolecía de un estudio y análisis definitivo al cual se le brindó un tratamiento acelerado por parte del Congreso para demostrar su “interés” en este tipo de situaciones de corrupción de funcionarios públicos, lo que en definitiva es una respuesta simbólica con grandes problemas de prevención y aplicación tal y como lo hemos evidenciado en el análisis normativo.

Ahora bien, consideramos que la respuesta que debió darse era otra completamente diversa, buscando más que la represión la prevención, y si bien en este punto la ley destaca algunos mecanismos de control para efectos de garantizar la sujeción del funcionario público a sus deberes y evitar la utilización del poder otorgado para fines de orden puramente personales, creemos que la sanción penal debe ser utilizada como “ultima ratio” de respuesta a groseras afectaciones a bienes jurídicos previstos constitucionalmente, y por ello, observando que nuestra Carta Política prevé la tutela de una serie de derechos de orden social, la sanción de estas formas de desviación de poder sólo podrían estar dirigidas a conductas que lesionen la posibilidad del Estado de dar cabal cumplimiento a estos fines constitucionales, mediante lesión directa y puesta en peligro de bienes jurídicos materializados concretamente y no hacia la tutela de lesiones a bienes jurídicos abstractos como la función pública, la probidad del funcionario público, la formación del acto jurídico, etc., que muchas veces no demuestran siquiera algún tipo de relación de disponibilidad con el orden social y en concreto con la persona humana, eje central de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Vemos como el Estado se interesa por reprimir conductas, pero deja de lado su función de prevención, consideramos que en estos casos debería implementarse una adecuada valoración y selección de personal que va a integrarse a la función pública, pero también cumplir con lo dispuesto por el artículo 11 Constitucional y establecer adecuados controles del ejercicio de la función pública que permitan no solo detectar la posibilidad de conductas como la presente y otras de mayor gravedad, sino desmotivar la posible comisión de tales actos.

Ahora bien, tal y como se expuso anteriormente, en materia de Tráfico de Influencias existe a nivel administrativo existe normativa encaminada a sancionar la conducta del funcionario público que ejerce su influencia en otro servidor público, lo cual violenta el deber de probidad establecido en el artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el

Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, no obstante quedaría fuera del objeto de protección en el ámbito administrativo la conducta del particular que ejerce tal influencia sobre el servidor público, en virtud de una situación personal.

Consideramos que para solventar tal inconveniente debe recurrirse en primer lugar a deslindar el contenido de la conducta del servidor público y del particular, pues en este caso el tipo penal permite valorar ambas hipótesis, brindándoles un tratamiento indiferenciado que impide observar y analizar el diverso contenido de una u otra figura.

Ahora bien, se debe tomar la conducta del particular y determinar en primer término si la misma lesiona o pone en peligro un bien jurídico de orden constitucional, y si tal conducta amerita la sanción penal como “ultima ratio” de respuesta en un Estado de Derecho.

Consideramos que resulta muy difícil encontrar un bien jurídico de orden constitucional que se pueda ver afectado por la conducta del particular, la cual evidentemente resulta reprochable desde el punto de vista ético y moral, no obstante la respuesta penal no nos parece proporcional con los principios que rigen nuestro orden jurídico.

4.1.3 Cohecho Impropio

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

i) Núcleo del tipo (verbo):

La acción delictiva está definida por dos fórmulas verbales, a saber “recibir” y “aceptar”.

El diccionario de la Real Academia, vigésima segunda edición, consulta en línea define recibir de la siguiente forma:

recibir.

(Del lat. *recipĕre*).

1. tr. Dicho de una persona: Tomar lo que le dan o le envían.
2. tr. Dicho de una persona: Hacerse cargo de lo que le dan o le envían.

Por su parte el término aceptar se le define así:

aceptar.

(Del lat. *acceptāre*, recibir).

1. tr. Recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga.
2. tr. Aprobar, dar por bueno, acceder a algo.
3. tr. Recibir o dar entrada. *No se aceptó la enmienda.*

Por su parte logramos ubicar un elemento accesorio de modo, correspondiente a la acción de recibir, pudiéndose realizar “por sí o por persona interpuesta”.

ii) **Sujeto Activo:**

Autor de esta delincuencia puede serlo únicamente el “funcionario público”. Para conocer cuáles sujetos están comprendidos dentro de tal término, tenemos necesariamente que recurrir a la Ley General de la Administración Pública. El numeral 111 de dicho cuerpo legal dispone: “Artículo 111.-

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 del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.”

En doctrina se le conoce como un delito de acción bilateral (Creus, Carlos, 1997, p, 271), tomando en consideración que para la comisión del cohecho, se requiere además la participación del corruptor. No obstante lo anterior, la autoría en el delito en estudio le sigue estando reservada al funcionario público, pues la participación del corruptor en grado de autoría está prevista de manera independiente en el artículo 345 del Código Penal, el cual señala “...*Las penas establecidas en los cinco artículos*

anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida...”.

iii) **Objeto Material:**

Encontramos un objeto material de carácter real como lo es una dádiva. Según el Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, dádiva es una “...Cosa que se da gratuitamente...”. Contiene además un objeto material indeterminado, al indicar cualquier otra ventaja indebida. Según el diccionario de cita, ventaja significa “...Superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosas. || 2. Excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene. || 3. Sueldo sobreañadido al común que gozan otros...”. Por su parte indebido es aquello “...Que no es obligatorio ni exigible. || 2. Ilícito, injusto y falto de equidad...”. Igualmente la promesa de una dádiva o cualquier ventaja indebida constituye el objeto material del ilícito en estudio. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, promesa se define como: “|| 1.f. Expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo. || 2. f. Persona o cosa que promete por sus especiales cualidades. || 3. f. Augurio, indicio o señal que hace esperar algún bien.”

Según se observa, para la determinación del objeto material en cuanto a establecer la ventaja indebida, el legislador le concede al juez la labor de completar el tipo penal mediante su interpretación, de manera tal que nos encontramos ante un tipo penal abierto.

iv) **Elementos subjetivos distintos del dolo:**

El tipo contiene una especial finalidad que debe cumplirse como requisito de tipicidad, cual es que la recepción de la dádiva o la ventaja indebida, así como la aceptación de la promesa de éstas, debe producirse “**para hacer un acto propio de sus funciones**”. Sin que exista una

referencia expresa, resulta necesario recurrir a regulaciones ajenas a la norma penal a efecto de determinar los actos propios de las funciones del servidor en cada caso concreto, como podrían ser leyes, reglamentos e incluso decisiones de carácter administrativo, tal es el caso de circulares en las que se defina la competencia del funcionario. Dicha característica convierte a la norma en estudio en un tipo penal en blanco.

v) **Elementos normativos:**

Podemos ubicar en el tipo varios elementos normativos, los cuales requieren ser aclarados para entender los alcances de la descripción típica, en la forma en que se analizaron anteriormente.

Encontramos así elementos normativos culturales tales como “dádiva”, “ventaja indebida” y “promesa”. Por su parte podemos ubicar elementos normativos jurídicos, como es el caso de “funcionario público” y “acto propio de sus funciones”.

vi) **El tipo subjetivo:**

Nos encontramos ante un tipo doloso, el cual requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, así como la voluntad de realizarlos.

vii) **Bien Jurídico:**

La doctrina establece que en el caso de estos delitos se sanciona “la venalidad del funcionario público, procurando proteger el funcionamiento normal de la Administración” (Creus, Carlos, 1997, 270), criterio acogido por la Jurisprudencia costarricense por cuanto se ha indicado que:

“(…). A su respecto, esta Sala ha señalado que “(…) lo que la ley ampara es el correcto desempeño del cargo por el funcionario frente a la

Administración Pública, sustrayéndola, a toda costa, en aras del cumplimiento de las obligaciones que le conciernen, de la venalidad" (sentencia 256-F-87, de las 9:40 hrs. del 25 de setiembre de 1987 (...)). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 219-98, de las 9:55 horas del 6 de marzo de 1998.

A su vez venalidad se define según el Diccionario de la Real Academia como una cualidad de venal, que en su segunda acepción corresponde al siguiente significado:

“1. adj. Vendible o expuesto a la venta.

2. adj. Que se deja sobornar con dádivas.”

Consideramos que este criterio debe ser analizado con cuidado, pues por sí mismo podría presentar rasgos de un derecho penal autoritario, donde el Estado se sobrepone como un fin en si mismo, impidiéndose que en el análisis del bien jurídico se realice una adecuada valoración de la dañosidad de la conducta y la relación de disponibilidad que sobre ese bien jurídico tiene el sujeto, pues se trata de la tutela del deber por el deber mismo, nociones muy cercanas a un criterio de orden funcionalista que no encontraría cabida en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Debemos indicar que si bien es cierto la normalidad en el ejercicio de la función pública parece ser el punto sobre el cual recae la tutela penal en este caso, situación que hace difícil superar los escollos del fundamento constitucional de este ilícito, debemos indicar que la conducta también valora negativamente la posibilidad que el funcionario público lucre con la función pública, es decir, que con su conducta no solo se afecte el normal funcionamiento de la administración pública, sino además que se sirva de su posición dentro del aparato estatal para obtener beneficios económicos que se observan como indebidos.

Sobre este punto en particular será retomado con mayor detalle en el análisis del principio de legalidad de la norma conforme se estructura el presente análisis de tipo.

viii) **Tipo garantía:**

Para este efecto debemos tomar el desglose anterior y analizarlo en relación a los principios constitucionales.

I.- **Principio de legalidad:**

I.a) **Principio de reserva de ley:**

El tipo en mención incumple con el principio de reserva de ley, pues tal y como se apuntó líneas arriba se requiere recurrir eventualmente a otro tipo de regulaciones para determinar los alcances del tipo. Tal es el caso de la definición de los actos propios del funcionario, para lo cual habría que remitirse a otras leyes en el mejor de los casos, e incluso recurrir a reglamentos o directrices del jerarca de la institución de la que se trate. Lo anterior, convierte a la norma en un tipo penal en blanco que violenta el principio de reserva de ley.

I.b) **Principio de tipicidad:**

El tipo penal en estudio recurre a la utilización de un término polisémico como lo es la referencia a “cualquier ventaja indebida”, con lo cual deberá el juez completar el tipo mediante interpretación. Existe en este caso la posibilidad de que el juez determine cuál ventaja se considera “debida” o “indebida”, dándose la posibilidad que concurra algún grado de subjetivismo que podría verse marcado por su propia moral, principios, creencias entre otros aspectos, encontrándonos ante un **tipo penal abierto** que violenta el principio de tipicidad.

I.c) **Principio de interpretación restrictiva:**

El espacio de interpretación que le otorga el tipo penal al juez en cuanto a la determinación del objeto material podría dar lugar a la arbitrariedad, con lo cual el principio de interpretación restrictiva podría verse desplazado.

I.d) **Principio de irretroactividad de la ley:**

Con base en la redacción de la norma, no se extrae ninguna previsión encaminada a surtir efectos retroactivos, cumpliéndose así este principio.

Conclusión: Con fundamento en lo expuesto, realizando un recorrido por los subprincipios que integran el principio de legalidad, concluimos que el tipo penal de cohecho impropio incumple de manera clara con el principio de legalidad criminal.

En este sentido el artículo 39 de la Constitución Política, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, permiten extraer tales principios del bloque de legalidad aplicable en nuestro país, el cual debería responder a los ideales de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el Estado debe transmitir un mensaje claro a los individuos respecto a las limitaciones a su libertad, impidiendo extensiones arbitrarias de la ley penal y remisiones a normas que no ostenten el rango de ley.

II) **Principio de reserva o lesividad:**

En cuanto al principio de reserva, conforme señaló anteriormente, la norma penal presenta serios problemas al permitir la remisión a otras leyes, reglamentos e incluso directrices para lograr cerrar el ámbito de interpretación.

Ahora bien, con respecto al principio de lesividad, señalamos igualmente que el bien jurídico que nuestra jurisprudencia y la doctrina señalan como tutelado por este ilícito es la venalidad del funcionario público, protegiendo el normal funcionamiento de la Administración Pública.

Realizando un análisis de nuestros principios constitucionales, cabe preguntarse en este momento, si efectivamente tal noción es en realidad un bien jurídico que tutele la Carta Fundamental o si por el contrario constituye una aspiración de un desempeño ético del funcionario público.

Aspiración del ordenamiento jurídico que no es reprochable en cuanto a guía de comportamiento del servidor, pero sí en cuanto que de ella se trate de sustentar una responsabilidad penal del funcionario público, sin que pueda encontrarse respaldo constitucional para la intervención del Derecho Penal.

Observamos que en la hipótesis que se plantea en el tipo penal, la actuación del funcionario público se enmarca dentro de su competencia, es decir, el acto realizado es “propio de sus funciones”, con lo cual no se observa que se esté afectando en realidad el normal desarrollo de la función pública, al menos la anormalidad que se menciona en este caso sería interpretada como la recepción de una dádiva, promesa o ventaja indebida por parte del funcionario público, aspecto que en concreto afectaría su probidad, derivada de una valoración ética.

Como se ha indicado las corrientes sociológico funcionalistas vinculan el bien jurídico a la dañosidad social de la conducta desde el punto de vista de su carácter funcional o disfuncional para el sistema social, mientras que las corrientes constitucionalistas plantean que el bien jurídico debe derivar de la Constitución y con ello desde dos puntos de vista: a) la protección de la fidelidad al Estado, b) la protección de la función de prestación a los ciudadanos (infracción a los criterios objetivos de los fines del Estado Social y democrático de Derecho) (Crespo, Eduardo. P, 69).

Sostiene Eduardo Crespo (p. 69), que la perspectiva funcionalista encierra el riesgo de la subordinación del individuo a las exigencias de auto-conservación del sistema social y con ello una reducción importante de la posibilidad que el concepto de bien jurídico cumpla una función garantista, y por otro lado, desde la perspectiva constitucionalista, es la protección de la función de prestación a los ciudadanos la opción adecuada para enfrentar el análisis del bien jurídico en estos ilícitos, pero rechazando la conceptualización del mismo como una mera infracción del deber, ya que se trataría de un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido y carece de la capacidad limitadora propia de una concepción de bien jurídico como garantía para el ciudadano.

Consideramos que en tanto la función del servidor público respeta el principio de legalidad, al comportarse como simple depositario de la ley, la conducta prevista en el tipo en análisis no lesiona una garantía constitucional, de manera tal que el objeto de tutela está constituido por la ética o la moral que se espera del funcionario.

III) **Principio de proporcionalidad:**

Siguiendo con la línea de análisis antes indicada, consideramos que este delito no cumple con el principio de proporcionalidad, esto en dos aspectos; por un lado el ordenamiento jurídico ya prevé una respuesta de orden administrativo a la violación al deber de probidad del funcionario y por otro se prevé la sanción más gravosa que puede ejercer el Estado contra un individuo mediante la intervención del derecho penal.

En cuanto al primer aspecto, consideramos que la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública prevé un deber de probidad del funcionario público y la sanción en caso de incumplimiento con el mismo; sanción que consiste en el despido sin responsabilidad y que dependiendo del supuesto de hecho que se plantee

podría considerarse proporcional, razonable y adecuada, sin dejar de ser una sanción gravosa para el funcionario público.

Ante esta respuesta del ordenamiento ya parecería desproporcional cualquier otro intento del Estado para sancionar de manera independiente la conducta, al menos en este tipo penal en estudio, en el cual como hemos indicado el principio de legalidad ha sido respetado por el funcionario.

En segundo término, consideramos desproporcional la aplicación de una sanción tan gravosa como la prisión en el caso de la infracción de un deber ético o moral, que no esté acompañada por la lesión alguna a otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

Más allá que algunos podrían considerar que una pena de prisión de seis meses a dos años resulte de pequeña magnitud, desde nuestro punto de vista al carecer el delito de cohecho impropio de una lesión o puesta en peligro a una garantía constitucional, cualquier intervención punitiva estatal resulta a todas luces desproporcional.

IV) **Principio de culpabilidad:**

En principio de la lectura del texto legal no desprendemos vulneración alguna al principio de culpabilidad, en tanto resultan aplicables los elementos que conforman la culpabilidad, sin que se desprenda ningún tipo de inversión de la carga de la prueba.

ix) **Política Criminal:**

Consideramos que en este caso la penalización del cohecho impropio se enmarca como una respuesta simbólica del Estado frente a ciertas conductas de sus funcionarios que valora como contrarias al deber de probidad, de manera tal que al carecer dicho ilícito de un respaldo constitucional en cuanto al bien jurídico tutelado, la tipificación de esa

conducta implica la imposición de una determina ética y moral por parte del Estado mediante el recurso del derecho penal.

Vemos como el Estado se interesa por reprimir conductas, pero deja de lado su función de prevención, consideramos que en estos casos debería implementarse una adecuada valoración y selección de personal que va a integrarse a la función pública, pero también cumplir con lo dispuesto por el artículo 11 Constitucional y establecer adecuados controles del ejercicio de la función pública que permitan no solo detectar la posibilidad de conductas como la presente y otras de mayor gravedad, sino desmotivar la posible comisión de tales actos.

La respuesta debe ser integral, abarcar aspectos de orden administrativo y de justicia salarial que permitan al funcionario público una remuneración digna contribuyendo a evitar la venalidad del servidor, pues con ello se genera un ámbito de respeto a la función pública tanto por parte del funcionario que cuenta con los recursos para llevar una vida digna como del particular que no se representa al funcionario como objeto venal.

Ello logra en mejor medida los fines latentes de la criminalización de la conducta al permitir el desarrollo de la función pública en un ámbito de probidad y de respeto hacia la investidura del funcionario público y del mismo servidor público.

4.2 Análisis Estadísticos

Como una de las hipótesis de nuestra investigación, nos planteábamos la posibilidad de que las reformas introducidas mediante la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en lo que toca a la modificación, así como la creación de nuevos tipos penales, constituyó una respuesta simbólica por parte de la clase política nacional, encaminada a apaciguar la efervescencia desatada en la

sociedad costarricense, a partir de los escándalos de corrupción dados a conocer durante el año dos mil cuatro y que implicaron en aquél momento la detención y prisión preventiva de dos expresidentes de la República.

Dicho planteamiento se sustentaba en la percepción de los autores, basada en gran medida, en nuestra experiencia profesional como Fiscales del Ministerio Público en su momento y, posteriormente como Jueces de la República. No obstante, requeríamos de datos objetivos que nos permitieran establecer la realidad del comportamiento presentado en materia de delincuencia cometida por funcionarios público antes y después de la entrada en vigencia de la Ley número 8422.

Para tales efectos, elegimos el estudio a nivel estadístico de tres tipos penales, resultando ser los mismos delitos a los cuales hemos realizado en la presente investigación un análisis de tipo, aunado al hecho de que por sus especiales circunstancias que se indicarán más adelante, permiten ubicar referencias estadísticas que arrojan la posibilidad de evidenciar su comportamiento tanto anterior como posterior a la ley citada.

Es así como se han analizado los tipos penales de cohecho, enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias, deteniéndonos en un estudio numérico de los casos que constituyen la entrada neta al Ministerio Público, así como las personas sentenciadas por los Tribunales Penales por esas delincuencias, en un intervalo de tiempo comprendido desde el año 2001 hasta el año 2008, salvo en el caso del delito de tráfico de influencias, inexistente hasta antes del 29 de octubre de 2004, respecto del cual se ha analizado el cuatrienio 2005-2008.

El soporte estadístico para realizar los análisis, descansa en los anuarios del Poder Judicial de Costa Rica de los años 2001 al 2007, consulta en línea ([www. http://200.91.68.19/planificacion/estadist.htm](http://200.91.68.19/planificacion/estadist.htm)) y, en cuanto al año 2008, se contó con información suministrada vía electrónica a los autores por parte de la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial de Costa Rica.

4.2.1 Delito de Cohecho

El delito de Cohecho, tanto en su modalidad impropia⁵ como propia⁶, no sufrió ninguna modificación con la entrada en vigencia de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Sin embargo, hemos considerado relevante analizar su comportamiento estadístico, tomando en consideración que se trata de un delito tradicional en materia de corrupción de funcionarios, así como el hecho de que la promulgación de la Ley número 8422 generó inmensas expectativas en el combate de la corrupción en general y no limitada a la aplicación de los nuevos tipos penales.

Entrada neta de casos al Ministerio Público

Los datos estadísticos informan que al Ministerio Fiscal ingresaron 82 casos en el año 2001, 44 asuntos en el año 2002, 34 casos en el año 2003 y 56 asuntos en el año 2004. De esta forma se establece que en el cuatrienio 2001-2004 ingresaron en total al Ministerio Público 216 casos por el delito de cohecho.

⁵ Código Penal, **ARTÍCULO 340.-** Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 338 al 340)

⁶ Código Penal, **ARTÍCULO 341.-** Será reprimido, con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones. (Así reformado por el artículo 251 de la Ley N° 7331 de 13 de abril de 1993) (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 339 al 341)

Por su parte, durante el año 2005, ya en vigencia la Ley número 8422, ingresaron 36 casos, en el año 2006 se recibieron 51 asuntos, en el 2007 se registraron 35 casos y, por último, en el año 2008 ingresaron 41 casos, para un total de 163 causas registradas en el cuatrienio 2005-2008.

Concluimos entonces que se presentó un descenso a nivel numérico, respecto del ingreso neto de casos al Ministerio Público correspondientes a la delincuencia de cohecho, con lo cual la expectativa persecutoria penal generada a partir de la entrada en vigencia de la Ley número 8422, queda desvirtuada con base en los datos estadísticos.

Personas sentenciadas por los Tribunales Penales

La estadística reporta que para el año 2001 fueron sentenciadas 4 personas, de las cuales 2 fueron condenadas y 2 absueltas. Para el año 2002 se informa haber sido sentenciadas 5 personas, con resultado de 3 condenadas y 2 absueltas. En el 2003 se reporta el mismo número de sentenciados que el año anterior, con resultado inverso de 2 condenados y 3 absueltos. Respecto del año 2004 se informa que fueron sentenciadas 9 personas, de las cuales 3 resultaron condenadas y 6 absueltas.

Con base en lo anterior se extrae que durante el cuatrienio 2001-2004 fueron sentenciadas 23 personas, de las cuales 10 recibieron una sentencia condenatoria y 13 fueron absueltas.

Por su parte, se establece estadísticamente que durante el año 2005 resultaron sentenciadas 6 personas, de las cuales 2 resultaron condenadas y 4 absueltas. Para el año 2006 se reportan tres sujetos sentenciados, con un balance de 1 condenado y 2 absueltos. El 2007 da como resultado 4 personas sentenciadas, de las cuales 2 fueron condenadas y 2 absueltas. Por último, el año 2008 reporta siete personas sentenciadas, con resultado de 2 condenadas y 5 absueltas.

Dichos datos confirman que en el cuatrienio 2005-2008 fueron sentenciadas 20 personas, con un balance de 7 condenadas y 13 absueltas.

Los números analizados permiten concluir, tomando en consideración el número de personas sentenciadas, así como condenadas, que el cuatrienio 2005-2008, en el cual se encontraba ya vigente la Ley número 8422, se presenta inferior en términos de eficacia, respecto del cuatrienio que le antecedió.

4.2.2 Delito de Enriquecimiento Ilícito

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el delito de enriquecimiento ilícito se encontraba regulado, con una multiplicidad de presupuestos en dos cuerpos legales, a saber el Código Penal en su artículo 346⁷ y una ley especial denominada “Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos” (Ley N° 6872, de 17 de junio de 1983) en su numeral 26⁸. No obstante, en la práctica dichas normas resultaron de

⁷ Disponía “...Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo; y 4) No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable en su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público...”

⁸ Establecía “...Incurrirán en el delito de enriquecimiento ilícito y serán sancionados con prisión de seis meses a seis años, los servidores públicos que en el ejercicio de un cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio: a) **(Declarado inconstitucional y anulado por resolución de la Sala Constitucional No.1707-95 de las 15:39 horas del 28 de marzo de 1995)**. Mejoren su situación económica en las circunstancias descritas, habiendo cancelado deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio. c) **(Declarado inconstitucional y anulado por resolución de la Sala Constitucional No.1707-95 de las 15:39 horas del 28 de marzo de 1995)**. ch) Consientan, faciliten o intervengan de cualquier modo, por su influencia, conocimiento o función, en el enriquecimiento de un tercero, funcionario público o no. d) Incurrirán en igual delito y serán sancionados con la misma pena, los miembros de los supremos poderes que dicten o promulguen leyes, decretos, acuerdos o resoluciones, en que se otorguen beneficios para su exclusivo provecho, o para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. **(Declarado inconstitucional y anulado por resolución de la Sala Constitucional No.1707-95 de las 15:39 horas del 28**

compleja o imposible aplicación, aunado al hecho de que con el transcurso del tiempo la Sala Constitucional declaró inconstitucionales varios de los presupuestos establecidos por el legislador en la ley recién citada.

La ley número 8422 dispuso la derogación del inciso 4) del artículo 346 del Código Penal, así como de la Ley N° 6872 de 17 de junio de 1983 y estableció en su artículo 45 un delito denominado “Enriquecimiento Ilícito” ya analizado en el presente trabajo.

De allí la importancia del análisis a nivel estadístico de dicha figura delictiva, con miras a establecer si existen variaciones en su incidencia a partir de la entrada en vigencia de la ley N° 8422.

Entrada neta de casos al Ministerio Público

La estadística reporta que en el año 2001 ingresaron al Ministerio Fiscal 6 casos. En el 2002 se recibieron 4 asuntos, mismo número que en el año 2003. Por su parte el 2004 registró el ingreso de 8 asuntos. Así tenemos que el cuatrienio 2001-2004 reportó en total el ingreso de 22 casos.

Por su parte se informa del ingreso de 21 asuntos en el 2005, mismo número reportado para el año 2006. En el 2007 se registraron 26 asuntos y por último el año 2008 reportó el ingreso de 30 causas penales. En total el intervalo 2005-2008 contabilizó 98 casos.

Los números enunciados determinan que el cuatrienio transcurrido con la vigencia de la Ley N° 8422 (2005-2008) multiplicó por cuatro la entrada neta de casos al Ministerio Público respecto de los cuatro años

de marzo de 1995. f) Igualmente sufrirá las sanciones que procedan, cualquier persona física o jurídica que se preste para que, por su medio, se logre realizar el delito. Cuando los delitos a que se refiere la presente ley se realicen a través de una persona jurídica, o con su participación, la responsabilidad se atribuirá a sus personeros, gerentes, administradores o directores que hayan participado o consentido en la acción, sin perjuicio de que las consecuencias civiles del delito recaigan, además, sobre la sociedad o compañía...”.

anteriores, lo cual en principio podría generar expectativas sobre una persecución penal eficaz. No obstante, el dato estadístico respecto del número de personas sentenciadas, constituye un indicador más fiable de la realidad, tal y como se analiza a continuación.

Personas sentenciadas por los Tribunales Penales

Los informes estadísticos no reportan la existencia de persona alguna sentenciada por el delito de enriquecimiento ilícito durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004.

Tomando en consideración, que la entrada neta de casos al Ministerio Público durante el cuatrienio 2005-2008, que comprende la vigencia de la Ley N° 8422, aumentó significativamente, podría presumirse que dicho período si registrara alguna persona sentenciada, independientemente del resultado, sin embargo el dato estadístico sobre ese particular permanece en cero. Quiere decir que pese a haber ingresado 98 casos al Ministerio Público en el período recién indicado, sobre ningún individuo ha recaído sentencia.

Con base en lo anterior, podría pensarse que la entrada en vigencia de la Ley N° 8422 generó expectativas en la ciudadanía respecto de una efectiva persecución del enriquecimiento ilícito en la función pública, lo cual pudo haber impulsado a los ciudadanos a denunciar actos que se les representaban ilícitos. Incluso podría suponerse una mayor efectividad y compromiso de los órganos fiscalizadores del Estado para denunciar supuestos de posible enriquecimiento ilícito en el ejercicio de la función pública.

No obstante, la estadística reporta ineficacia absoluta en la persecución del delito de enriquecimiento ilícito, aun y cuando el legislador del año 2004 introdujo múltiples presupuestos que, ante los ojos de las

multitudes, podrían sugerir la existencia de una disposición normativa infranqueable y efectiva, aspectos propios de un derecho penal simbólico, que momentáneamente se convierte en el mecanismo idóneo al servicio de la clase política para calmar los ánimos en momentos de agitación social.

4.2.3 Delito de Tráfico de Influencias

Los escándalos de corrupción dados a conocer en el año 2004 en nuestro país, señalaron la existencia en nuestro medio de una actividad conocida como “lobby”¹¹, consistente en la realización de una labor de cabildeo por parte de funcionarios públicos o particulares, encaminada a ganar voluntades de sujetos con poder de decisión.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición, consulta en línea define dicho término como “...(Voz ingl.). **1.** m. Grupo de personas influyentes, organizado para presionar en favor de determinados intereses...”.

Ante el panorama anterior, entre otras circunstancias, se tipificó en la Ley N° 8422 el delito de tráfico de influencias, ya analizado, en procura de perseguir penalmente ese tipo de actividad.

Entrada neta de casos al Ministerio Público

La estadística reporta el ingreso al Ministerio Fiscal de 2 casos en el año 2005, ninguno en los años 2006 y 2007. Por su parte el 2008 registró 2 causas.

Personas sentenciadas por los Tribunales Penales

Pese al ingreso de 4 asuntos al Ministerio Público durante el cuatrienio 2005-2008, no se registra ninguna persona sentenciada en ese período.

Tal circunstancia permite establecer que hasta el momento, el tipo penal de tráfico de influencias no ha resultado eficaz en términos de persecución penal, con lo cual es imposible establecer la importancia, relevancia o necesidad de esa previsión normativa, quedando latente la impresión de que la creación de una multiplicidad de tipos penales no constituye el mecanismo efectivo para el combate contra la corrupción de los funcionarios públicos y confirma que el Estado costarricense se ha dejado seducir por la tendencia universal actual de recurrir al derecho penal de manera excesiva, con los consecuentes roces constitucionales que tal proceder acarrea.

Podemos por ende observar, que a pesar de las voces con las cuales se pretendía justificar la promulgación de esta normativa, se trató más que un recurso simbólico, con el cual ante un evento de especial relevancia social, como el procesamiento de dos ex presidentes de la República como presuntos imputados por hechos de corrupción, lo cual en realidad trasladó la exigencia de la sociedad hacia el Poder Judicial, pues ahora se exige la aplicación de una normativa, que cómo hemos determinado en este trabajo de investigación, encuentra muchos obstáculos para que el operador jurídico pueda en un caso concreto hacer uso de ella, la estadística determina que cuantitativamente y cualitativamente, la persecución penal de estos delitos sigue siendo muy limitada y en muchas ocasiones nulas.

5. CONCLUSIONES

1. En el tratamiento de los ilícitos relacionados con la corrupción del funcionario público, se han dado diversos abordajes desde la perspectiva constitucional y la funcionalista. Los enfoques constitucionalistas relacionados con la protección de la función de prestación a los ciudadanos son los que mejor permiten configurar la sanción punitiva dentro de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho.
2. Los enfoques funcionalistas encierran el riesgo de la subordinación del individuo a las exigencias de auto-conservación del sistema social y con ello una reducción importante de la posibilidad de que el concepto de bien jurídico cumpla una función garantista
3. El análisis de tipo realizado a los delitos objeto de estudio en el presente trabajo permiten realizar una adecuada valoración de diversos aspectos propios de la descripción que de la conducta delictiva hace el tipo penal, y a la vez permiten realizar un análisis de los principios Constitucionales que tienen incidencia directa sobre las conductas delictivas, y también importantes aspectos de política criminal que se reflejan de manera clara en el tipo penal.
4. Los delitos de Tráfico de Influencias y Enriquecimiento Ilícito se encuentra contenido en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, ley que se promulgó en un ambiente de marcada presión social motivada en hechos de escándalo público que vivió el país en el año 2004 y que por ende no permitió una discusión cuidadosa y detallada de la ley, aspectos que a su vez determinaron un instrumento normativo cargado de términos técnicos, con conductas de difícil separación y sobre todo en los cuales la apreciación del bien jurídico resulta ardua.

5. La utilización de términos polisémicos en la redacción de los tipos penales analizados, tales como “ventaja indebida”, “beneficio económico” o “dádiva”, entre otros, le otorgan al juzgador un margen demasiado amplio para la interpretación, violentándose así el principio de legalidad criminal y consecuentemente creando un estado de inseguridad jurídica.
6. El principio de legalidad se ve afectado además por cuanto el legislador recurre a la creación de tipos penales en blanco, requiriéndose necesariamente acudir a diversas normativas, las cuales incluso podrían comprender reglamentos y directrices de carácter administrativo.
7. El subprincipio de tipicidad como integrante de la legalidad se ve seriamente comprometido en los tipos penales analizados, pues éstos se ven integrados con elementos normativos culturales que dificultan la comprensión de la conducta prohibida por parte de los destinatarios de la norma.
8. El bien jurídico que se pretende tutelar es el normal funcionamiento de la Administración Pública y la probidad del funcionario en el caso del cohecho, bienes jurídicos que no encuentra respaldo constitucional, por lo menos para justificar una sanción penal.
9. La carencia de un referente constitucional en estas normas como bien jurídico convierte a la sanción penal en una medida desproporcional, máxime si se toma en cuenta que a nivel administrativo ya se contemplan sanciones drásticas para el funcionario público que incurre en estas conductas.
10. La ausencia de un bien jurídico de orden constitucional impide a su vez realizar una distinción clara entre aspectos de legalidad y de ética del funcionario público, imponiéndose mediante el derecho penal una determinada “ética de la función pública”.

11. Los problemas de legalidad y política criminal apuntados sugieren una tendencia hacia el punitivismo propio de un derecho penal simbólico, contrario a los principios garantistas de un Estado Social y Democrático de Derecho, debiendo existir un replanteamiento del problema por parte del Estado en aras de establecer políticas de prevención como el elemento principal quedando en definitiva el derecho penal, dado el grado de violencia que este implica, como última medida de intervención estatal.

12. El ingreso neto de casos al Ministerio Público por el delito de cohecho disminuyó, con lo cual la expectativa persecutoria penal generada a partir de la entrada en vigencia de la Ley número 8422, queda desvirtuada con base en los datos estadísticos.

13. Respecto del delito de cohecho, con base en el número de personas sentenciadas por los Tribunales Penales, así como las condenadas, se determina que el cuatrienio 2005-2008, en el cual se encontraba ya vigente la Ley número 8422, se presenta inferior en términos de eficacia, respecto del cuatrienio que le antecedió.

14. En cuanto a la delincuencia de enriquecimiento ilícito, el cuatrienio transcurrido con la vigencia de la Ley N° 8422 (2005-2008) multiplicó por cuatro la entrada neta de casos al Ministerio Público respecto de los cuatro años anteriores, lo cual en principio podría generar expectativas sobre una persecución penal eficaz.

15. La estadística reporta ineficacia absoluta en la persecución del delito de enriquecimiento ilícito, aun y cuando el legislador del año 2004 introdujo múltiples presupuestos que, ante los ojos de las multitudes, podrían sugerir la existencia de una disposición normativa infranqueable y efectiva.

16. El tipo penal de tráfico de influencias no ha resultado eficaz en términos de persecución penal, con lo cual es imposible establecer la importancia, relevancia o necesidad de esa previsión normativa.

6. RECOMENDACIONES

Consideramos que es necesario realizar un estudio integral de la normativa, pues si bien es cierto en este trabajo realizamos un análisis de una muestra representativa, es claro que muchos otros artículos de la ley en estudio pueden presentar la misma problemática para la aplicación en la práctica forense.

Es necesario replantear el tema de la lucha contra la corrupción en la función pública, no solo desde la represión del mismo, sino desde la prevención. Desde esta perspectiva, programas adecuados de selección de personal, incentivos salariales, formación del funcionario público, control de sus labores, resultan esenciales para la prevención de estas conductas y sobre todo permiten acudir a la vía represiva en aquellos casos que verdaderamente afecten bienes jurídicos de primer orden para la convivencia social.

Una valoración adecuada de la estadística judicial, mediante la selección de casos concretos y su evolución en el proceso penal podrán mostrar de manera más diáfana el problema de aplicación de la normativa, así como la ineficacia que se deriva de la creación indiscriminada de tipos penales en materia de corrupción de funcionarios públicos. La evidencia de dichas situaciones, podrían invitar a los encargados de la producción de las leyes a apostar por el reforzamiento de un derecho administrativo sancionador que demuestre mayor eficacia en el combate contra la corrupción, con el consecuente cumplimiento de los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho.

7. BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, Perfecto. 1995. **Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España.** En Revista Latinoamericana de Política Criminal, año 1, número 1, 1995.

Beraldi, Carlos Alberto. 1995. **Control de la corrupción mediante la desregulación mediante la desregulación.** En Revista Latinoamericana de Política Criminal, año 1, número 1, 1995.

Bustos Gisbert, Rafael. 2000. **La Corrupción de los Gobernantes: Responsabilidad Política y Responsabilidad Penal.** En: La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos. Salamanca, España: Editorial Ratio Legis.

Crespo, Eduardo. 2000. **Corrupción y Delitos contra la Administración Pública.** En: La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos. Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2000.

Cruz Castro, Fernando. 1994. **Discriminación e Ineficiencia en la Persecución del delito Económico.** La inevitable perversión del sistema penal. Revista de Ciencias Penales. Revista de Ciencias Penales, número 9, noviembre, 1994.

Chinchilla Sandí, Carlos. 2005. **Comentarios a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (LCCEI),** en Revista El Foro, año 4, número 6, agosto del 2005. San José, Costa Rica: Colegio de Abogados..

Fabián Cárrapos, Eduardo A. 2000. **La Corrupción Política y Económica: Anotaciones para el desarrollo de su estudio.** En: La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos. Editorial Ratio Legis, Salamanca, 2000.

Hassemer Winfried. 2003. **Crítica al derecho penal de hoy.** Editorial Ad-Hoc. Argentina. 2003 y en

Hassemer Winfried. 1994. **El destino de los ciudadanos en un derecho penal eficaz.** Costa Rica, Revista de Ciencias Penales n 8. Marzo 1994.

Llobet Rodríguez, Javier y Chirino Sánchez, Alfredo. 2000 **Principio de Oportunidad y Persecución de la Criminalidad Organizada.** San José, Costa Rica: Ediciones Jurídicas Arete, 1 edición, 2000.

Silva Sánchez, Jesús María. 2001. **La expansión del derecho penal.** Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales. Madrid. Editorial Civitas 2 edición 2001.

Waller, Irvin. 2007. **Menos represión más seguridad.** Instituto Latinoamericana de las Naciones Unidas para la Prevención y Tratamiento del Delincuente. México, 2007.