

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulonline.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: TRÁFICO DE INFLUENCIAS

RESUMEN: Este informe, evidencia lo nueva que es la ley, por la poca cantidad de material sobre el tema en específico, se habla de la tipo objetivo del mismo, pero con la optica de la ley anterior, se cita el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, del cual no hay disponible jurisprudencia vía web, y un pronunciamiento de la PGR en el cual se explica un poco el tema.

Índice de contenido

1	DOCTRINA.....	2
	Tipo Objetivo.....	2
2	NORMATIVA.....	4
	Artículo 52.-Tráfico de influencias.....	4
3	JURISPRUDENCIA.....	5
	Dictamen PGR:	5
4	FUENTES CITADAS:.....	15

1 DOCTRINA

Tipo Objetivo

[MEJÍAS PORTUGUEZ, L]¹

En la primera sección de este capítulo, estudiaremos los aspectos objetivos del tipo penal, y en la segunda sección, los aspectos subjetivos que transcurren en la conciencia del autor del hecho punible.

El ilícito que analizamos es un delito doloso de comisión, el cual se caracteriza por:

"La coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere... y por ello resulta adecuado analizar separadamente el aspecto objetivo del comportamiento y el subjetivo". [BACIGALUPO, (Enrique)]

Sección I: Tipo Objetivo

A-La Acción:

El comportamiento del autor, en nuestra legislación, consiste en:

"Aceptar 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"

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El verbo rector es aceptar una dádiva y posteriormente hacer valer la influencia, mediante la cual se puede incidir en la motivación de un funcionario cuando éste toma una decisión dentro del marco correspondiente a sus funciones. Aceptar es:

"Recibir uno voluntariamente lo que se le da, ofrece o encarga".

De modo que lo que se sanciona es aceptar dádivas para influir en las decisiones que deba adoptar un funcionario en los asuntos referentes a su cargo, aunque esto último no es necesario para la consumación del delito. Por influencia entendemos:

"El poder, valimiento, o autoridad de una persona para con otra u otras...".

No se trata de hacer valer una influencia simple, como sería el caso de una recomendación, que aunque moralmente puede ser incorrecta, penalmente no tiene ninguna trascendencia, ya que no tiene incidencia sobre la voluntad del funcionario y no afecta la decisión. Tampoco se trata del solo hecho de hacer una indicación o de tener acceso al funcionario. Se trata, por el contrario, de hacer valer una influencia derivada del cargo, lo que le daría a quien influye una posición de superioridad, un predominio, originado en una posición jerárquica más elevada. Lo indispensable es lograr influir, alterar la voluntad del funcionario, para que éste realice lo que quien está influyendo pretende.

Lo que vende el traficante es su influencia (preponderancia) ante el empleado público cuyos favores necesita el interesado, *"El traficante vende el prestigio, pero el interesado compra influencia real ante un empleado oficial existente..., compra el resultado de su función, pues su finalidad al pagar, será la de obtener favor de esa función"*.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

En otras legislaciones, como la española, la influencia puede derivar:

"del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad".

En este caso, el prevalimiento puede derivar de superioridad jerárquica o de la relación personal con el funcionario sobre el que se influye. La relación personal es muy amplia, ya que puede comprender relaciones afectivas, de amistad, políticas (clientelismo político), de tipo familiar, etc. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se trata de una simple influencia sino de "prevalimiento":

"Se trata, a mi juicio, de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos. Son pues, delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen".

[...]

2 NORMATIVA

Artículo 52.–Tráfico de influenciasⁱⁱ.

Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose 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.

3 JURISPRUDENCIA

Dictamen PGRⁱⁱⁱ:

Licenciado

Fernando Ferraro Castro

Viceministro de Justicia

Estimado señor:

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República me es grato referirme a su oficio n.º DVJ-0698-2007 del 07 de agosto del 2007, recibido en mi despacho el 16 de agosto del año en curso, a través del cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre si el requisito establecido en el artículo 28, inciso f) del "Reglamento a la Ley de asociaciones" se encuentra vigente o no, después de la entrada en vigencia de la Ley n.º 8422 de 06 de octubre del 2004, Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

I.- ANTECEDENTES.

A.- Criterio de la Asesoría Legal del órgano consultante.

Adjunta usted a su solicitud el oficio n.º DVJ-AE-147-2007 del 15 de agosto del 2007, suscrito por el Licenciado Edwin Herrera Morales, asesor legal del Despacho, en el que se concluye lo siguiente:

"No existe alguna afectación directa o derogación que se pudiera determinar, por lo tanto se encuentra vigente.

La Ley Contra la Corrupción y su Reglamento, no contempla derogación alguna a ese Reglamento, en específico al artículo 28 inciso f), más bien se regula que no existe actos de corrupción o se llegare a la impunidad, si se suscitare el no cumplimiento de dicho requisito o que éste se encuentre viciado por un acto de corrupción".

II.- CRITERIOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

El Órgano Asesor ha sentado una jurisprudencia administrativa sobre el tema de la derogatoria tácita. Por tal motivo, estaremos

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

recurriendo a nuestros pronunciamientos para sustentar nuestra posición en el asunto consultado.

III.- SOBRE EL FONDO.

La norma que se nos consulta del Reglamento a la Ley de asociaciones, decreto ejecutivo n.º 29496 de 17 de abril del 2001, señala lo siguiente:

“Artículo 28.—Requisitos para solicitar la declaratoria de utilidad pública. Deberá presentarse una solicitud formal y razonada en la que de forma idónea se acrediten los siguientes requisitos:

(...)

f) Recomendación de un Ministerio o Institución del Estado afín con los objetivos de la Asociación, acompañada de una copia del estudio técnico realizado por alguna dependencia de esa Institución”.

Por su parte, la Ley n.º 8422, en su numeral 52, crea el delito del tráfico de influencia, sancionando con prisión de dos a cinco años, a quien directa o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde o 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 otros. Con igual pena se sanciona a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior. Los extremos de la pena se elevan 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de la República; de procurador general o general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor y 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.

Fijado lo anterior, es interesante indicar que sobre el tema de la derogatoria tácita, el Órgano Asesor, en el dictamen C 122- 97 del 8 de julio de 1997, manifestó lo siguiente:

“Nuestro ordenamiento jurídico regula lo relacionado con la derogación de normas, específicamente en el párrafo final del artículo 129 de la Constitución Política, en relación con el artículo 8° del Código Civil.

‘Artículo 129.-

... La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario’.

‘Artículo 8. - Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado’.

La Procuraduría General de la República, por su parte, se ha pronunciado en esta materia, partiendo para ello de lo expresado por nuestro Tratadista don Alberto Brenes Córdoba en su Obra ‘Tratado de las Personas’ (Editorial Juricentro S.A., San José, 1986, p. 95), al afirmar que ‘desde el punto de vista doctrinario, el acto mediante el cual el legislador deja sin efecto una ley, se

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

conoce con el nombre de abrogación o derogación. Términos que se utilizan para expresar la acción y el resultado de abolir una ley en su totalidad o en parte nada más. La derogación puede ser expresa o tácita, según se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con la ley anterior, ya que es principio general, que las leyes nuevas destruyen las leyes viejas en todo aquello que se le oponga'".

Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 130 de las 14:30 horas del 26 de agosto de 1992, indicó lo siguiente:

"La derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro Derecho Positivo en el artículo 8 del Código Civil y en el 129 de la Constitución Política. Asimismo, según se deriva de dichas disposiciones, la derogatoria puede ser expresa o tácita. La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción. ..".

Sin ánimo de profundizar mucho en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República sobre el tema de la derogatoria tácita, se puede afirmar, con un alto grado de certeza, que para que este fenómeno jurídico acontezca se requiere de dos condiciones. En primer lugar, que la normativa posterior regule la misma materia de la normativa anterior. En segundo término, que del análisis comparativo entre ambas normativas se produzca una antinomia que las torne incompatibles e impida la armonización del régimen jurídico ahí establecido. Se requiere, en síntesis, que la nueva ley o norma, por su contenido, alcance y significado, sustituya completamente la disposición anterior.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Por lo tanto, la derogatoria tácita cesa la vigencia de una norma cuando esta es incompatible con otra del ordenamiento jurídico que regula la misma materia y la norma más reciente no indica en forma expresa la terminación de la vigencia de aquella norma anterior que le es incompatible. En consecuencia, al no indicarse expresamente, es el operador jurídico quien debe determinar si opera o no una derogatoria tácita.

Para constatar la reforma o derogatoria tácita de una norma, como se indicó atrás, son dos pasos que deben seguirse:

- a.- Establecer la existencia efectiva de la incompatibilidad objetiva entre el contenido de los preceptos de la antigua norma y los de la nueva.
- b.- La determinación de los alcances de esa incompatibilidad (véase el dictamen C-215-95 de 22 de setiembre de 1995).

Es importante indicar que la incompatibilidad debe ser de tal grado o magnitud que permita calificar de contradicción insalvable, puesto que no fue la voluntad expresamente manifiesta del legislador derogar la norma.

La norma legal que se encuentra en el numeral 52 de la Ley n.º 8422 no solo prohíbe el tráfico de influencias, sino que lo penaliza, de tal manera que la interrogante que debemos plantearnos a esta altura de la exposición, es si, en el caso de la norma reglamentaria, se está en presencia de un tráfico de influencias. Dicho en otras palabras, si la recomendación que emite el ministerio o institución del Estado a favor de la asociación es o no un tráfico de influencias.

En el caso del tráfico de influencias una persona, en forma directa o indirectamente, influye sobre un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación personal o jerárquica, para obtener un beneficio económico o una ventaja

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

indebida a su favor o de un tercero. Esa actuación, de darse, afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública, con lo que se lesionan los principios de imparcialidad y objetividad, transparencia, eficiencia y eficacia, pues se dejan de lado los intereses públicos y se le da preeminencia a los intereses privados. En estos casos, la influencia indebida no tiene como norte los intereses públicos, sino los privados; no está autorizada por el ordenamiento jurídico, todo lo contrario, asume un ropaje de legalidad, cuando, en el fondo, subyace una actuación arbitraria, la que lesiona el principio de la interdicción de la arbitrariedad. Responde a intereses subjetivos, y no a criterios técnicos y objetivos. Por último, busca una ventaja que, en condiciones normales de funcionamiento de la Administración Pública, es muy probable que no se hubiera obtenido. En síntesis, es una actuación de una persona tendiente a favorecer a otros o a sí misma, aprovechándose de las condiciones particulares en que se encuentra, lo que le permite influir sobre un funcionario público para obtener la ventaja o beneficio económico indebido. Se trata de una influencia suficiente sobre ciertos funcionarios públicos que adoptan importantes decisiones. RAMÍREZ ALTAMIRANO nos recuerda que el tráfico de influencias en Costa Rica es una figura bastante ambigua, pues se califican así conductas muy diversas, entre ellas: el clientelismo políticos y los "favores" hacia amigos y parientes (nepotismo), todo lo cual perjudica el ejercicio del poder y la "(...) obligada imparcialidad que debe caracterizar la función pública". Por último, agrega esta autora, que "(...) tanto el tráfico de influencias como el ofrecimiento y aceptación de dádivas fueron considerados por los costarricenses como formas importantes de corrupción pública". (Vid. RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. "Ética parlamentaria en Costa Rica". Revista Parlamentaria, volumen 7, n.º 3, 1999, págs. 235 y 236).

Ahora bien, con la Ley 8422 lo que se hace es penalizar el tráfico

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de influencias de una manera más amplia¹; ergo, lo anterior no significa que este tipo de conductas hayan estado autorizadas por el ordenamiento jurídico en el pasado, pues son contrarias a principios fundamentales que regentan la función pública (imparcialidad, objetividad, probidad, eficiencia, eficacia, etc.). Prueba de lo que venimos afirmando es la posición asumida por la Contraloría General de la República, en el sentido de que el tráfico de influencias está tipificado por el artículo 24 de la Ley de Contratación Administrativa, de la siguiente forma: "a las personas cubiertas por el régimen de prohibiciones se les prohíbe intervenir, directa o indirectamente, ante los funcionarios responsables de las etapas del procedimiento de contratación administrativa, en favor de terceros". "En el caso de los miembros de Juntas o Consejos Directivos es claro, están comprendidos en el régimen de prohibiciones, en el tanto ese tipo de funcionarios de ordinario adjudican licitaciones, o bien, podrían tener algún tipo de injerencia en los procedimientos llevados a cabo. (vid. Artículo 22, inciso b), de la Ley de

1 CHINCHILLA SANDÍ, Carlos "Tráfico de influencia y enriquecimiento ilícito", en una conferencia dictada en la Contraloría General de la República nos recuerda lo siguiente: 1) "No se trata de un tipo penal novedoso, sino que se encontraba recogido, en parte, en el anterior art. 346.1 Código Penal, pero al ser incorporado en la anterior Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos, nunca se le brindó la relevancia correspondiente y, podríamos decir, nunca se aplicó esta normativa. Es evidente que este art. 346.1 CP ya hablaba de la acción de "influir", que se recoge en el actual art. 52 (LCEI) Tráfico de Influencias, pero se limitaba al funcionario público y la legislación actual es más amplia, pues incorpora al particular. 2) El actual art. 67 Ley de Psicotrópicos N° 8204 de 26 de diciembre del 2001, regula una conducta muy similar en su contenido descriptivo, con la salvedad que el llamado tráfico de influencias se dirigirá a la comisión de ilícitos regulados en dicha Ley. Lo novedoso de esta disposición es que contempla como posibles sujetos activos al funcionario público, así como al particular que realicen las conductas descritas en el tipo. La Ley de Psicotrópicos no identificaba esta conducta como tráfico de influencias, pero sí señala la acción concreta de "influir".

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Contratación Administrativa)". (Véase la resolución n.º R-DAGJ-319-99 del 15 de noviembre de 1999).

A diferencia de lo que ocurre en el caso del tráfico de influencias, la norma reglamentaria lo que prevé es que un ministerio o institución afín con los objetivos de la asociación otorgue una recomendación técnica en la que se analiza si la entidad cumple o no un fin que se engarza dentro de los de interés público, hecho, precisamente, que constituye el motivo para otorgarle la condición de utilidad pública. No estamos, pues, en presencia de un caso donde por razones de amistad, parentesco, clientelismo político, etc., se otorga una recomendación para que a una entidad se le conceda un beneficio. Todo lo contrario, estamos frente a un supuesto donde el ministerio o la institución pública afín a los objetivos de la asociación debe hacer una recomendación técnica por medio de la cual se determina que dicha entidad cumple un fin relevante para el colectivo. No otra cosa puede desprenderse de la norma, cuando se habla de que debe realizar estudio técnico por parte de alguna dependencia de la institución recomendante. Ahora bien, de conformidad con el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, en estos supuestos, es necesario ceñirse a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia y lógica.

Como puede observarse de lo que llevamos dicho, en el supuesto que estamos comentando, no se trata de una actuación oficiosa, desvinculada de los intereses públicos, preñada de elementos subjetivos, y donde se utiliza el cargo para conseguir un fin antijurídico; sino todo lo contrario, es una actuación autorizada por norma expresa del ordenamiento jurídico, con lo que se respeta el bloque de legalidad; tiene como norte garantizar y potenciar los intereses públicos; debe estar sustentada por elementos objetivos, de ahí la necesidad que impone el ordenamiento jurídico

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del estudio técnico, con lo que se observan los principios de imparcialidad, objetividad, probidad, eficiencia y eficacia; se trata de un caso, donde, de previo a que el órgano competente adopte la decisión final, se recaba un criterio técnico y objetivo de otro órgano para garantizar la realización de los fines públicos. Estamos, en resumen, ante un acto preparatorio, de naturaleza técnica, que emite un órgano o institución afín a los objetivos que persigue la asociación, donde, ni por asomo, se puede hablar de que se constituya en un caso de tráfico de influencias.

Por todas las razones anteriores, el numeral 28 inciso f) no promueve el tráfico de influencias, por lo que no se puede afirmar que se hayan dado los dos supuestos de hecho que establecimos al inicio de este estudio para hablar de una derogatoria tácita y, por ello concluir que la citada norma reglamentaria ha quedado derogada por la entrada en vigencia de la Ley n.º 8422.

III.- CONCLUSIÓN.

El artículo 28, inciso f) del Reglamento a la Ley de asociaciones está vigente, pues no fue derogado tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley n.º 8422.

De usted, con toda consideración y estima,
Dr. Fernando Castillo Víquez
Procurador Constitucional

FCV/mvc

4FUENTES CITADAS:

-
- i MEJÍAS PORTUGUEZ, Laura. El Delito de Tráfico de Influencias. Tesis para optar por el Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1995. Pp. 43-46.
- ii ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 8422 del 06/10/2004. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Fecha de vigencia desde 29/10/2004. Gaceta número 212 del 29/10/2004.
- iii PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen número 279 del veintisiete de agosto de dos mil siete. C-297-2007. Descargado de la página de Sinalevi el día 17 de febrero de dos mil nueve.