



Jurisprudencia sobre Legitimación Activa en los Procesos de Acción Civil por Daño Social

El presente documento contiene jurisprudencia sobre el tema de la Legitimación Activa en los Procesos de Acción Civil por Daño Social, para lo cual se consideran los supuestos del artículo 38 del Código Procesal Penal.

Contenido

NORMATIVA.....	2
Acción Civil por Daño Social	2
JURISPRUDENCIA	2
1. La Legitimación de la Procuraduría General de la República para Intervenir en Procesos Penales en Pos del Resguardo de Intereses Difusos.....	2
2. Legitimación Activa de la Procuraduría General de la República en el Caso “Banco Anglo”.....	6
3. Legitimación de la Procuraduría General de la República para Actuar en Delitos que Causen Daño Social.....	13
4. Legitimación de la Procuraduría General de la República en asuntos que Lesionen Intereses Difusos. Definición de Intereses Difusos.	15

NORMATIVA

Acción Civil por Daño Social

[Código Procesal Penal]ⁱ

ARTÍCULO 38: Acción civil por daño social: La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.

JURISPRUDENCIA

1. La Legitimación de la Procuraduría General de la República para Intervenir en Procesos Penales en Pos del Resguardo de Intereses Difusos.

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“II- En su **único motivo de casación**, la defensora pública del imputado Víctor Sibaja Bonilla, Licenciada Ligia Durán Solano, alega violación al principio de legalidad y violación al Debido Proceso y Falta de Legitimación de la Procuraduría General de la República al tenerla como parte en este proceso. Arguye que en la audiencia preliminar, no se le concedió al imputado la oportunidad de someterse a una medida alterna, en virtud de considerar el juzgador que la Procuraduría era parte en el proceso y debía de apersonarse como tal y efectivamente este ente estatal, presentó un escrito en donde indicó que no estaba anuente a que su defendido se sometiera a una medida alterna al proceso. Que en el debate, la defensa planteó una actividad procesal defectuosa con la finalidad de que el proceso se llevara nuevamente a la etapa intermedia y por economía procesal en ese mismo momento, el juzgador admitiese la aplicación de la conciliación conforme al numeral 36 del Código Procesal Penal. Que el imputado carecía de juzgamientos, el delito lo permitía, y el Ministerio Público estuvo de acuerdo. Argumenta que el Juzgador sin mayor fundamentación le rechazó la actividad procesal defectuosa, diciendo que los supuestos de los artículos 16 y 70 del Código Procesal Penal, eran diferentes y que no llevaba razón. Agrega que por ende la sentencia carece de fundamentación en ese aspecto. Adicionalmente estima violentado el principio de legalidad, dado que según el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el artículo 16 del Código

Procesal Penal, este ente estatal es parte en cierto tipo de delitos, en donde no están incluidos los delitos contra la seguridad común, que es el caso del delito de Conducción Temeraria. Además, aduce que dentro del concepto de víctima del artículo 70 no se encuentra la Procuraduría General de la República. Que considerar que la Procuraduría es víctima por representar intereses difusos es erróneo por cuanto este delito afecta a la comunidad no a la humanidad en general. Solicita la nulidad del fallo, del debate y que se ordene realizar nuevamente la audiencia preliminar. **Sin lugar el reclamo.** El tema planteado por la recurrente, sin duda obliga al análisis de una serie de normas y principios generales del derecho penal, procesal penal y administrativo, para dilucidar en definitiva a quién corresponde la legitimación para conciliar o aceptar una medida alternativa como la suspensión del proceso a prueba, en el delito de Conducción Temeraria. Este delito fue insertado por el legislador mediante la Ley 8696 de 17 de diciembre de 2008, dentro del Código Penal, dentro del Título IX Delitos contra la Seguridad Común, Sección II, Delitos contra los medios de transporte y de comunicaciones. En concreto, se encuentra en el artículo 254 bis, acompañado de delitos tales como Abandono del Servicio Público, Desastre por culpa, Atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones entre otros. La doctrina en general estima que en este tipo de delitos se protegen los servicios públicos, la afectación a la utilidad que tienen para la comunidad. Pero también además de la eficiencia del transporte o del servicio público, están destinados a proteger la seguridad común pues el normal funcionamiento de aquellos es una garantía de preservación de la seguridad común (cfr. Creus Carlos. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Buenos Aires, Astrea, pag 35-45). Juan Bustos Ramírez en relación a estos delitos en el Derecho Español indica: "*En estos delitos se protegen las condiciones objetivas generales que sirven de presupuesto a determinadas actividades del individuo, con el objeto de que ellas no aumenten excesivamente el riesgo propio que implican. Es el caso de la seguridad en el manejo de las cosas con medios de alto riesgo (incendio o estrago), el de la seguridad en la forma de realización del trabajo, o bien, de la seguridad en relación al tráfico. En todos estos hechos, hay, como en todos los delitos que afectan un bien jurídico colectivo, una relación teleológica directa con bienes jurídico personales (en especial vida y salud de las personas, pero también daños en las cosas). Por otra parte afectan la actividad cotidiana de la colectividad global*" (Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona, Ariel 2 ed, 1991. pp 243). Precisamente uno de los delitos contra la Seguridad Común en el Código Penal Español, lo es el de "Conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, el cual sostiene este autor que es un delito cuyo bien jurídico protegido es la *seguridad del tráfico*, pues éste es un aspecto de la seguridad colectiva. En el

mismo sentido, agregando que se trata de un delito que protege además de la seguridad del tráfico la *buena disciplina y normalidad en la conducción de los vehículos*. (Morillas Cuevas Lorenzo. Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial. Barcelona, España. Documento Electrónico). Así mismo, se trata de un delito de peligro abstracto que se consuma con la sola conducción bajo la influencia del alcohol u otras sustancias con efectos análogos (Cfr. Bustos Ramírez. Op cit pp 250). En Costa Rica, el tipo penal es más limitado pues se exige una cantidad determinada de gramos de alcohol por cada litro de sangre (más de 0.75) según el artículo 254 bis del Código Penal. De lo anterior, podemos concluir que se trata de un delito que protege bienes jurídicos colectivos o difusos. Sin entrar a analizar la diferencia entre ambos tipos de intereses, la cual en realidad resulta innecesario para resolver el asunto que acá se discute por cuanto el legislador los trata de la misma forma en nuestro Código Procesal Penal, debe plantearse entonces, a quién le asignó el legislador la representación de este tipo de intereses para establecer quién como víctima, tiene la legitimación para conciliar o suspender el proceso a prueba en estos delitos conforme a los artículos 36 y 25 del Código de rito penal. El artículo 70 inciso a) reputa como víctima *a la persona directamente afectada por el delito*. En este caso, se trata de víctimas físicamente individualizables, como el propietario de la cosa sustraída en un robo, o el lesionado en un delito de lesiones. Los incisos b) y c) se refieren a los casos de muerte del ofendido, y a los socios, asociados o miembros de una persona jurídica respecto a los delitos que cometan contra ésta, quienes la dirigen, administran o controlan. Ambos supuestos carecen de importancia para resolver el tema de la representatividad de los intereses difusos o colectivos. La recurrente aduce que la representatividad de los intereses colectivos y difusos como víctima se le asignó en el inciso d) del citado artículo 70 a las asociaciones, fundaciones, y otros entes que tengan carácter registral, y cuyo objeto se vincule directamente con esos intereses. No hay duda de que en casos de delitos contra intereses difusos o colectivos, si alguna asociación, fundación u otro tipo de ente con personalidad jurídica se apersona al proceso como víctima o como actor civil o querellante, tiene toda la legitimación para ello, con algunas limitaciones que se han expuesto en doctrina (cfr sobre el tema; Llobet Rodríguez Javier. Proceso Penal Comentado. San José, Continental, pp 163; Cortés Coto Ronald. Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el Nuevo Código Procesal Penal. Revista de la Asociación de Ciencias Penales. N. 16. San José, 1999, pp 97-99). Sin embargo, ello no significa que esos entes tengan en exclusiva la representación de dichos intereses. El artículo 38 del Código Procesal Penal le otorga la facultad a la Procuraduría General de la República, de ejercer la acción civil cuando

se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos. Ello debe relacionarse con el numeral 37 de ese mismo cuerpo de leyes que dispone que la acción civil puede ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales. De manera que si la Procuraduría General de la República tiene la facultad de ejercer la acción civil en este tipo de delitos, lo es por cuanto el legislador lo consideró representante de los intereses colectivos o difusos, es decir como representante del damnificado, que en este caso, somos todos los ciudadanos. La seguridad común, o más concretamente la seguridad en el tráfico, es un interés colectivo o difuso, según la doctrina que se acepte, y por ende los afectados somos todos, y en ese carácter la ley además de lo reseñado en cuanto a las personas jurídicas que tengan por objeto la defensa de ese interés en concreto, le dio la legitimación a la Procuraduría General de la República para representar esos intereses. El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República indica en sus incisos: *k) Intervenir, en representación de los intereses del Estado, en todos los demás asuntos que señalen las leyes del país. l) Defender los derechos humanos de los habitantes de la República. Se entenderá por derechos humanos, para los efectos de estas disposiciones, los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución Política, así como los derechos civiles y políticos definidos en las convenciones que sobre derechos humanos tenga firmadas y ratificadas la Nación.* A juicio de ésta Cámara, y tal y como lo indica la doctrina penal citada, el delito de Conducción Temeraria como delito contra la Seguridad Común, protege el derecho de todos los ciudadanos a la tranquilidad y seguridad en el tránsito por las carreteras, y por ende intrínsecamente, la protección de su vida e integridad física, que son derechos humanos de todo habitante de la República. Por otra parte la ley (art. 38 Código Procesal Penal) le da la representación de esos intereses dentro del proceso penal. La recurrente cita en apoyo de su tesis relativa a la falta de legitimación de la Procuraduría para pronunciarse en las conciliaciones o suspensiones del proceso a prueba, lo dispuesto en los artículos 3 inciso d) y h) de la Ley Orgánica de ese ente, así como el artículo 16 del Código Procesal Penal, estimando que solamente en los delitos allí mencionados debe tenerse como parte a la Procuraduría, delitos dentro de los cuales no se encuentran los delitos contra la Seguridad Común. Sin embargo, debe indicarse que tales normas se refieren a la participación como parte de ese ente estatal dentro del proceso penal, y al ejercicio independiente de la acción penal en delitos tales como los cometidos contra el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la Hacienda Pública y la seguridad de la nación entre otros. Pero ello, no significa a juicio de ésta Cámara que la Procuraduría no represente a las víctimas (que somos todos) en otros delitos contra intereses difusos o

colectivos de acuerdo con el numeral 38 del Código Procesal Penal, y por ende tenga la legitimación para conciliar o para aceptar una suspensión del proceso a prueba. Una cosa es la facultad de ejercer la acción penal, y otra la posibilidad del ejercicio de la acción civil, lo cual implica necesariamente el tener el carácter de víctima. (Sobre esta posición consultar: Cortés Coto Rónald. Apuntes sobre la legitimación... pp 99.) El Ministerio Público tiene la facultad de ejercer la acción penal, más no representa a las víctimas en estas decisiones, salvo el caso de la Reparación Integral del daño en donde por expresa disposición del artículo 30 inciso j) la ley le da la facultad de aceptar la reparación integral del daño en los delitos que causen daño social, instituto que no es aplicable al delito de conducción temeraria por no ser un delito patrimonial ni un delito culposo. Los artículos 25 y 36 no le dieron esa facultad al Ministerio Público en la suspensión del proceso a prueba y en la conciliación, razón por la cual no podría interpretarse, sin lesionar el principio de legalidad, que la Fiscalía puede aceptar en nombre de las víctimas, una medida alterna de este tipo. En el presente asunto, consta a folio 78 que durante la audiencia preliminar la defensa con la anuencia de la Fiscalía propuso una conciliación en este proceso, siendo que el Juzgador dio audiencia sobre la propuesta por tres días a la Procuraduría General de la República, la cual según escrito de folio 85 suscrito por el Procurador Director del Área Penal, Licenciado José Enrique Castro Marín, manifestó su desacuerdo con la propuesta. Para ésta Cámara hizo bien el Tribunal de Juicio al rechazar la actividad procesal defectuosa planteada por la defensa del imputado, dado que la Procuraduría General de la República es quien tiene la legitimación para conciliar o dar su consentimiento para una suspensión del proceso a prueba en este tipo de delitos y no el Ministerio Público como interpreta la defensa. Según lo expuesto a lo largo de esta resolución, lo resuelto por el Tribunal de Juicio se ajusta a derecho, razón por la cual no existe vicio alguno que decretar. Por lo anterior, se declara sin lugar el motivo.”

2. Legitimación Activa de la Procuraduría General de la República en el Caso “Banco Anglo”.

[Sala Tercera]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

"II. [...] Observa esta cámara que el fallo de instancia contiene un defecto grave, que aun cuando difiere de lo alegado por las partes interesadas, incide esencialmente sobre la condenatoria penal. En ese sentido, el punto determinante para resolver los extremos bajo análisis consiste en que el Tribunal de Juicio declaró que en este

asunto existe cosa juzgada. En efecto, después de señalar los hechos que se tuvieron por demostrados, al realizar la valoración de la prueba y establecer los alcances jurídicos de lo resuelto, los juzgadores señalaron lo siguiente: *“Conforme a la prueba recepcionada durante las audiencias (...) y fundamentalmente de la resolución número 2003-00822 de las diez cincuenta horas del 22 de setiembre del 2003 dictada por la Sala Tercera Penal en la causa principal número 94-001127-0202-PE, los suscritos estimamos que en torno a los primeros ocho hechos enunciados en la acusación que formuló el Ministerio Público, no nos es dable desde el punto de vista adjetivo emitir una nueva valoración en cuanto a ellos, toda vez que mediante lo dispuesto en el acotado voto por la Sala de Casación fue resuelto y definido un pronunciamiento el cual se encuentra firme y con carácter de cosa juzgada material. En este sentido tales hechos que constituyen parte de la génesis histórica acaecida en el iter criminal desarrollado por los justiciables quienes protagonizaron el desastre financiero del BAC quedó enmarcado con riguroso análisis dentro de la sentencia en cuestión.”* (Ver folios 2701 y 2702). Sobre la base anterior, es decir partiendo de los ocho hechos iniciales que, según se indica en el fallo mérito, constituyen *“lo que se denominó la primera fase delictiva del iter criminis”*, los jueces procedieron a valorar, determinar y dimensionar los alcances jurídico-procesales de los préstamos objeto de la litis, señalando expresamente que: *“Dentro de esta perspectiva es de suyo elemental que el otorgamiento de los susodichos créditos, como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de esta resolución, no puede desvincularse de esa faceta inicial promovida por los encartados y únicamente constituye un eslabón en la reiteración y continuación del plan criminal ideado y ejecutado por los aludidos indiciados.”* (Ver folios 2705 y 2706). Al señalar lo anterior, lo que hacen los juzgadores en el fallo de mérito no es otra cosa que plegarse por entero al contenido del voto número 2003-0822 de las 10:50 horas del 22 de setiembre del 2003, dictado por la Sala Tercera en la causa principal, al que ya habían hecho mención con anterioridad. Por ello, refiriéndose a la responsabilidad penal de los encartados que fueron objeto de condena (a saber, Osborne Escalante, Amrheim Pinto, Fernández Pinto, Fallas Zúñiga, Robles Macaya y González Lizano), agregan que: *“...las conductas desplegadas por los seis justiciables son típicas, toda vez que se adecuan con exactitud a los artículos 1, 30, 31, 45, 77 y 354 del Código Penal, vale decir configuran y formaron parte integrativa (sic) de tres hechos constitutivos de una unidad delictiva de Peculado en calidad de delito continuado, los cuales pertenecen a la continuación criminal ya definida con carácter de cosa juzgada material por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la acotada resolución N° 2003-822...”* (El subrayado es suplido, ver folio 2724). La misma idea se reitera más adelante, al indicarse, para efectos de fijar la pena, que los imputados Osborne

Escalante, Amrheim Pinto, Fernández Pinto, Fallas Zúñiga, Robles Macaya y González Lizano fueron declarados: “...como coautores responsables de **TRES HECHOS INTEGRATIVOS DE UNA UNIDAD DELICTIVA DE PECULADO** en calidad de **DELITO CONTINUADO**, los cuales forman parte de la continuación ya definida con carácter de cosa juzgada material por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en resolución N° 2003-822 de la diez horas cincuenta minutos del 22 de setiembre del 2003 en la causa principal expediente N° 94-1127-202-PE cometidos en perjuicio de **EL ESTADO**.” (Sic, folio 2727). Asimismo, esa conclusión preside el dictado de la parte dispositiva de la sentencia de mérito, en tanto se declara a los imputados ARTURO FALLAS ZÚÑIGA, CARLOS OSBORNE ESCALANTE, MANFRED AMRHEIM PINTO, CARLOS MANUEL GONZÁLEZ LIZANO, RONALD FERNÁNDEZ PINTO, CARLOS HERNÁN ROBLES MACAYA: “...**COAUTORES RESPONSABLES, de TRES HECHOS INTEGRATIVOS de una unidad delictiva de PECULADO en calidad de DELITO CONTINUADO** los cuales forman parte de la continuación ya definida con carácter de cosa juzgada material por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en resolución N° 2003-822 de la diez horas cincuenta minutos del 22 de setiembre de 2003 en la causa principal expediente N° 94-001127-0202-PE cometidos en perjuicio del Estado.” (Sic, folio 2736). Por ese motivo, es decir, por estimar que los hechos que estaban examinando tenían carácter de cosa juzgada material, el Tribunal de Juicio, aunque declaró la culpabilidad de los seis encartados ya descritos y les impuso una pena privativa de libertad, de inmediato concluyó además que no tendrían que cumplir esa sanción. En efecto, según indica la sentencia: “*Dicha punición queda subsumida dentro de las penas impuestas en la precitada resolución de la Sala de Casación, razón por la cual los sentenciados no tendrán que compurgarla en su fase de ejecución.*” (Ver folio 2728 y 2736). Como corolario de todo lo anterior y con absoluta independencia de si los suscritos comparten o no los alcances del voto número 2003-0822 de las 10:50 horas del 22 de setiembre del 2003, dictado por una integración diferente de la Sala Tercera, lo cierto es que los jueces de instancia llegaron a la conclusión de que los hechos que conforman el objeto de la presente causa forman parte indisoluble de los que ya fueron juzgados cuando se resolvió el proceso principal, declarando la existencia de una *res judicata* (cuestión sobre la cual quienes suscribimos el voto de mayoría tampoco estamos emitiendo criterio alguno, porque es un tema que no fue cuestionado por las partes). En esa tesitura, lo procedente es declarar con lugar los reclamos formulados por los defensores de los encartados y casar parcialmente la sentencia de mérito, dejándola sin efecto en cuanto declaró a Carlos Osborne Escalante, Manfred Amrheim Pinto, Ronald Fernández Pinto, Arturo Fallas Zúñiga, Carlos Hernán Robles Macaya y Carlos Manuel González Lizano como

coautores responsables de “tres hechos integrativos de una unidad delictiva de Peculado en calidad de delito continuado” y les impuso, como consecuencia de ello, una pena de diez años de prisión, que según se indica “...no tendrán que purgarla en su fase de ejecución”. También debe dejarse sin efecto el pronunciamiento de instancia en cuanto condenó a dichos imputados al pago de ambas costas y ordenó la inscripción del fallo en el Registro Judicial, así como su comunicación al Instituto Nacional de Criminología y al Juez de Ejecución de la Pena. En su lugar, acorde con lo dispuesto en el fallo de mérito, se establece que, para efectos penales, los hechos a que se refiere el presente proceso poseen el carácter de cosa juzgada material. La forma como se resuelve impide, en aplicación del párrafo segundo del artículo 42 de la Constitución Política, ordenar el juicio de reenvío, pues este extremo de la sentencia fue recurrido sólo por los defensores de los imputados Osborne Escalante, Amrhein Pinto, Fernández Pinto, Fallas Zúñiga, Robles Macaya y González Lizano, en cuyo favor opera el hecho de haberse constatado la existencia de una declaratoria de cosa juzgada, aspecto que no fue impugnado por la Procuraduría General de la República ni por el Ministerio Público. Asimismo, la naturaleza de lo resuelto hace innecesario pronunciarse sobre los demás reclamos que, en relación con la condena penal, contienen los recursos de la defensa. Debe quedar claro, además, que lo dispuesto en este considerando no afecta la situación jurídica de los imputados Fernando Murillo Marchini y Mauricio Guardia Gutiérrez que fueron *absueltos* de los delitos que se les atribuían (folio 2736), por lo que, en cuanto a ellos se refiere, la sentencia de mérito se mantiene incólume. En cuanto a lo establecido en este considerando, como también en los siguientes, el Magistrado Arce Viquez, salva el voto. **III.** [...] En cuanto a la legitimación o aptitud para figurar como parte en un proceso, el artículo 104 del Código Procesal Civil establece que la posee quien alegue tener una relación jurídica con la pretensión procesal. En este caso específico, se cuestiona la legitimación de la Procuraduría General de la República para reclamar las consecuencias civiles derivadas del préstamo concedido a Calixto Chaves Zamora. Los incisos a) y d) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establecen que dicho órgano se encuentra facultado para: “Ejercer la representación del Estado en los negocios de cualquier naturaleza, que se tramiten o deban tramitarse en los tribunales de justicia” y para: “Intervenir en las causas penales, de acuerdo con lo que al efecto disponen esta ley y el Código de Procedimiento Penales...” Sin embargo, en lo tocante al ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, existe regulación específica, según se analizará a continuación. De forma específica, el artículo 38 del Código Procesal Penal faculta a la Procuraduría para interponer la acción civil resarcitoria en el caso de intereses colectivos y difusos. Además, su Ley Orgánica la

autoriza en el caso de infracciones de carácter ambiental. Pero en la especie no se está en ninguna de esas circunstancias, sino que lo que debe examinarse es si se trata de un daño civil causado directamente al Estado, que pueda ser reclamado por ese ente a través de de la Procuraduría. La acción civil resarcitoria, en lo que interesa, fue interpuesta por el préstamo concedido a Calixto Chaves Zamora y fue estimada en la suma de cuatro millones quince mil trescientos un Dólares con quince centavos, que corresponde al saldo en descubierto a la fecha, así como los intereses futuros y ambas costas a partir de la sentencia y hasta su efectivo pago (folios 2729 a 2730). El *a quo* acogió –en abstracto– dicha demanda (folios 2731 a 2737). Para la correcta solución del asunto, es necesario referirse a los artículos 14 y 15 de la Ley número 7471 de 20 de diciembre de 1994 (Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense), los cuales regulan lo relativo al régimen de recuperación de los créditos no vencidos del extinto Banco, así como el destino de los activos y bienes a la fecha de liquidación de la entidad. Al respecto, se establece que: *“Al Banco Central de Costa Rica le corresponderá definir la forma de recuperar la cartera de créditos no vencidos del Banco Anglo Costarricense, previa recomendación de la Junta liquidadora, para lo cual podrá contar con la colaboración de los bancos comerciales del Estado y del Banco Popular y de Desarrollo Comunal (...) Si se trata de créditos en favor del Banco Anglo Costarricense, que no hayan podido cobrarse, total o parcialmente, durante el plazo del proceso de liquidación, también pasarán, como dación de pago, al Banco Central de Costa Rica, para que este continúe la gestión de cobro, mediante un contrato de fideicomiso, de administración o gestoría, con otros bancos o entidades...”* Sin embargo, la disposición más importante para efectos de la correcta solución del presente reclamo, se encuentra en el primer párrafo del artículo 15: *“Pasarán a ser propiedad del Estado, los activos y los bienes de cualquier naturaleza que, al finalizar la liquidación del Banco Anglo Costarricense, no hayan podido ser vendidos ni traspasados a otras personas o entidades. Esos activos y bienes deberán ser inventariados por la Junta liquidadora y el inventario, refrendado por la Contraloría General de la República.”* A contrario sensu, resulta que los activos que hayan sido vendidos o en este caso, dados en pago a otra entidad bancaria por parte de la Junta Liquidadora, ya no forman parte del patrimonio estatal sino del correspondiente a la institución que los obtuvo. En la especie, a requerimiento del Tribunal y con base en la documentación que consta a folios 2556 a 2561, se demostró que el Banco Nacional se adjudicó la operación correspondiente a Calixto Chaves Zamora, detallando la Dirección Jurídica de la entidad que: *“1- Dicho crédito el Banco Nacional lo adquirió como pago del diferencial cambiario que el Banco Central de Costa Rica le adeudaba. 2- El estado de la operación es el siguiente: No. Operación 208-10-25165605. Saldo*

inicial \$5.044.677.02- Saldo actual al 31-12-2003 \$4.015.301.15- Servicio intereses 20-01-04 Estado, Normal (al Día” (confrontar oficio remitido al Tribunal con fecha 6 de enero de 2004, folio 2557). De los datos aportados se concluye que existió una dación en pago de la cuenta por cobrar y que la operación se encuentra activa, con plazo a la fecha del reporte. Es así que pese a que el *a quo* no cuestiona los datos que se infieren de la documentación aportada y que dan cuenta que el titular del crédito (acreedor) es ahora el Banco Nacional de Costa Rica, no repara en que, con ello, se pone de manifiesto también la falta de legitimación *ad causam activa* de la Procuraduría General de la República, para el ejercicio de la acción civil resarcitoria en lo que se refiere al daño material por el saldo al descubierto, intereses y costas. No debe dejarse de lado que como entidad comercial del Estado, el Banco Nacional de Costa Rica es una institución autónoma de derecho público, con personería jurídica propia y autonomía administrativa y funcional (artículo 1º párrafo segundo de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional). No podría en razón de ello alegarse que, independientemente de la cesión del crédito a otro banco con personería jurídica propia, la disminución patrimonial la sufrió el Estado y que en ese tanto la Procuraduría cuenta con legitimación para representar sus intereses. Como el Banco Nacional de Costa Rica es el titular del crédito en cuestión, sería su representante legal –y no la Procuraduría– quien se encontraría legitimado para interponer los reclamos civiles que eventualmente pudieran proceder. Cabe aclarar que lo que aquí se resuelve, no contradice en modo alguno lo dicho por esta Sala en la resolución número 2003-0822 de las 10:50 horas del 22 de septiembre de 2003. En esta se concluyó que el ejercicio de la acción civil sí resultaba legítima, pero se trataba de un supuesto totalmente distinto pues a pesar de su posterior extinción por vencimiento de su ley constitutiva, fue la propia Junta Liquidadora la que interpuso en su momento las acciones civiles resarcitorias, ello dentro del proceso penal N° 94-001127-0202-PE. Ahora bien, la mencionada Ley N° 7471, indicaba que: “*Las funciones ejercidas por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica y la representación legal, tanto del Banco Anglo Costarricense como de sus empresas subsidiarias, serán asumidas por el Banco Central de Costa Rica, por medio de una junta liquidadora...*” (artículo 1º), la cual dentro de su período de funcionamiento, sí se encontraba legalmente facultada para: “*...disponer de los activos del Banco disuelto, cancelar sus pasivos y cumplir con todas sus obligaciones, cobrar las acreencias y los demás derechos en su favor y realizar todas las gestiones necesarias para finiquitar, adecuadamente, el proceso...*” (artículo 5). Para reforzar lo anterior, el artículo 19 de dicha Ley estipula más específicamente que: “*A partir de la vigencia de la presente Ley, la Junta liquidadora, de conformidad con las atribuciones conferidas en el artículo 1 anterior, asumirá*

plenamente la representación legal y la defensa en todos los procesos judiciales que tengan la finalidad de cobrar cualquier suma que se adeude por cualquier motivo al Banco Anglo Costarricense, y recuperar, mediante la acción en otras vías, las pérdidas ocasionadas a ese Banco, originadas en actos, contratos u operaciones realizadas al margen de la ley y que ocasionen responsabilidad patrimonial a sus actores o a terceros...” En este orden de ideas cabe indicar que, dentro del ámbito de su competencia, la Junta Liquidadora interpuso la correspondiente acción civil resarcitoria en el proceso penal señalado y por ello, al cesar su vigencia: “...*las pretensiones civiles, por ley debían ser continuadas por la Procuraduría General de la República, como órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública y representante legal del Estado (...) la representación legal del Estado se encontraba legitimada, pese a la extinción del ente bancario, para continuar las demandas civiles interpuestas dentro del referido proceso penal instaurado contra los imputados y la firma demandada civil (...) Cumplido el período de existencia de la Junta Liquidadora, la atención de los intereses del Estado le correspondería a la Procuraduría General de la República como hemos señalado, sin que sea posible aceptar la tesis de los impugnantes, considerando extinguidas las pretensiones civiles cuestionadas cuando el Banco Anglo Costarricense cesó en sus funciones completamente a través de la Junta Liquidadora por vencimiento de la ley.*” (Sala Tercera, voto 2003-0822 de las de las 10:50 horas del 22 de septiembre de 2003). Tal y como analiza el pronunciamiento recién transcrito, el punto medular para definir la legitimidad de la Procuraduría para asumir la representación del Estado en el ejercicio de la acción civil resarcitoria, estriba en el momento de interposición de las demandas, de manera que las acciones interpuestas durante la vigencia de la Junta Liquidadora corresponderán, después de la extinción de ésta, a la Procuraduría. Sin embargo, en el caso de autos se trata del reclamo de los daños y perjuicios relacionados con el crédito concedido a Chaves Zamora, obligación que fue cedida a un banco con personería jurídica propia. Además, estamos ante una acción por daños y perjuicios derivados de un hecho que la Junta Liquidadora no alcanzó a gestionar: Nótese que la demanda fue interpuesta por el Procurador José Enrique Castro Marín, con fecha 9 de julio de 1998, cuando la Junta Liquidadora ya había cesado en sus funciones (ver folios 1 a 16 del legajo de acción civil resarcitoria). Por estas razones, la Procuraduría carece de legitimación activa y más bien es la institución titular del activo la que se hallaría facultada gestionar su cobro. Ese defecto de legitimación constituye un requisito de procedibilidad imposible de subsanar en este estadio. Por ello, lo que corresponde es declarar con lugar la excepción de falta de legitimación *ad causam activa*, alegada por las partes tanto en la etapa intermedia, como durante el debate, debiendo revocarse lo resuelto en cuanto a

la acción civil resarcitoria atinente al préstamo otorgado a Calixto Chaves Zamora. En cuanto a este extremo, pueden las partes legitimadas, si a bien lo tienen, acudir a la vía legal pertinente, en demanda de sus derechos. Por la forma como se resuelve, carece de interés pronunciarse sobre los demás motivos concernientes a dicha acción civil resarcitoria, contenidos en los recursos de casación formulados por el Doctor Castillo González y por los Licenciados Mora Doninelli y Solórzano Sánchez, en tanto reclaman vicios relativos a la condenatoria civil que se está dejando sin efecto."

3. Legitimación de la Procuraduría General de la República para Actuar en Delitos que Causen Daño Social

[Tribunal de Casación Penal]^{iv}

Voto de mayoría

"II. [...] Por otra parte, si bien ha existido discusión sobre la necesidad de la anuencia del Ministerio Público para aplicar la reparación integral del daño, todo de conformidad con la interpretación que se haga del numeral 30 inciso j- del Código Procesal Penal, es lo cierto que no es posible prescindir en la audiencia oral – tal y como ha sucedido en la especie – del criterio del Ministerio Público. En efecto, conforme al numeral de cita 30 inciso J- del Código Procesal Penal, una de las causas de extinción de la acción penal es precisamente la reparación integral del daño. El artículo de cita refiere: *“Causas de extinción de la acción penal. La acción penal se extinguirá: Inciso J-): Por la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas en delitos culposos, siempre que el Ministerio Público o la víctima lo admitan según el caso”*. Tal y como lo expone el autor nacional Llobet, en Proceso Penal Comentado, Editorial Jurídica Continental, Segunda Edición pagina 107, dicho artículo se ha prestado a diversas interpretaciones, especialmente en lo que hace a la participación del Ministerio Público en la figura de la reparación integral del daño. Indica el autor nacional de cita lo siguiente: “ El artículo se ha prestado a una serie de interpretaciones en cuanto a la admisión de la reparación integral. Así se ha dicho por algunos que la aceptación corresponde a la víctima en los delitos de acción privada y al M.P. cuando se tratase de un delito de acción pública. Sin embargo, ello supondría que cuando se tratase de un daño particular quien decidiría sobre la aceptación de la reparación no es el directamente interesado, sino el M.P. Una segunda interpretación que se ha sostenido es que en los supuestos de daño particular es la víctima la que debe admitir la reparación, mientras que en los delitos en que se produce un daño social le corresponde a la Procuraduría General de

la República, puesto que a esta le corresponde ejercer la acción civil por daño social. (art. 38 C.P.P. Lo anterior a pesar de que el Código menciona al Ministerio Público y no a la Procuraduría, como al que le corresponde admitir la reparación. Sin embargo, dicha interpretación va en contra del texto de la ley, la que le otorga al Ministerio Público y no a la Procuraduría la admisión de la reparación (art. 2 C.P.P). Por otro lado, no debe olvidarse que tanto el M.P. como la Procuraduría son representantes del Estado, y que la reparación aceptada tiene por efecto la extinción de la acción penal, resultando que es al M.P. al que le corresponde fundamentalmente lo relativo a la promoción y al ejercicio de la acción penal (art- 16 C.P.P.). Por ello no es ilógico que sea el M.P. y no la Procuraduría quien admita la reparación. Nótese que el M.P. debe valorar si admite la reparación integral ofrecida desde el punto de vista político criminal (fundamentalmente conforme a criterios de prevención general positiva y de prevención especial). En el voto 6753. 98 del 22/9/98 de la Sala Constitucional se hizo referencia a la anuencia del Ministerio Público, no mencionándose a la Procuraduría General de la República, lo que es concordante con lo dicho arriba y con el texto de la ley. Sin embargo en el voto 401- 2000 del 19-5-2000 del Tribunal de Casación Penal, se hizo referencia a la necesidad de acuerdo del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la República". (*cf. texto indicado supra*). De lo anterior deriva que el tema de la participación de la víctima, tanto de aquellas debidamente individualizadas como en los casos de los delitos que afectan intereses difusos o colectivos es una cuestión de permanente actualidad, y que suscita discusiones en el proceso, en el caso concreto, es evidente que el Tribunal aún cuando se estaba ante un delito que había sido calificado por el Ministerio Publico como robo simple con fuerza sobre las cosas, (*cf. acusación a folios 20 a 24*), el ofendido estuvo sin la debida asesoría de parte alguna, la cual podría habersele brindado por el Ministerio Fiscal, lo que no se hizo aceptando unas disculpas a modo de reparación simbólica. Por otra parte, igualmente ha existido un vicio procesal que invalida lo actuando en cuanto la audiencia de realizó sin la presencia del fiscal, en abierta violación de los numerales 16 y 178 inciso c- del Código Procesal Penal. En consecuencia, se dispone la nulidad de la sentencia recurrida y se ordena el reenvío para nueva substanciación conforme a derecho."

4. Legitimación de la Procuraduría General de la República en asuntos que Lesionen Intereses Difusos. Definición de Intereses Difusos.

[Sala Tercera]^y

Voto de mayoría

"V. - [...]. Ante la problemática social que en 1995 representaba la presencia de gran cantidad de migrantes ilegales (especialmente nicaragüenses) en territorio nacional, el Gobierno de la República de ese entonces desarrolló una política tendiente a normalizar su situación y así evitar el colapso de varios servicios (como el de seguridad social y el de educación) trascendentales para el país. Además, se trataba de evitar acusaciones formales por parte del Gobierno de Nicaragua, el cual amenazaba con denunciar a Costa Rica ante organizaciones internacionales por lo que denominaba trato xenófobo hacia los nicaragüenses que se encontraban en el país. En ese contexto (ver folios 6924 y 6925) es que nace el Programa de Tarjeta de Trabajo Estacional, con el que se pretendía otorgar un documento de identificación a los migrantes que vinieran a trabajar a territorio costarricense, de modo que pudieran ser cubiertos legalmente por todos los servicios que presta el Estado. Lo que interesa destacar es que, según se aprecia a folio 6925, el programa de comentario fue creado mediante decreto N° 24432-TSS-G, emitido el 25 de enero (en el fallo se indica que fue en junio, pero esta Sala ha tenido a la vista un ejemplar del boletín estatal y ha podido constatar que el texto normativo de comentario fue firmado en Casa Presidencial en el mes que aquí se indica) de 1995, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 141 de 26 de julio de ese año, el cual fue firmado por el entonces Presidente de la República, también por el encartado Ayales Esna en su condición de Ministro de Trabajo y Seguridad Social, así como por la Ministra de Gobernación y Policía de aquel momento. Además, fue mediante otro acto de la misma naturaleza –el decreto ejecutivo N° 24811-MTSS de 1° de diciembre de 1995, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 243 de 22 de diciembre de dicho año- que se dispuso cobrar a cada migrante que solicitara la Tarjeta de Trabajo Estacional la suma de cinco mil colones (¢5.000,00), con el fin de sufragar el costo que implicaba otorgar dicho documento (lo anterior consta a folio 6926); ese cobro se hacía a favor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el dinero recaudado por ese concepto se depositaba en una cuenta corriente a nombre de esa cartera. Adicionalmente se dictó el decreto ejecutivo N° 25647-MTSS-G del 20 de agosto de 1996, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 236 de 9 de diciembre de 1996, mediante el cual se autorizó el cobro (siempre a favor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) por la ampliación de la vigencia de la Tarjeta de Trabajo Estacional, que en unos casos era del cincuenta por

ciento y en otros del cien por ciento del valor que tenía la emisión original (coviene advertir que estos dos últimos decretos –en los que se regulaba el cobro por la Tarjeta de Trabajo Estacional a favor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- fueron derogados mediante el decreto N° 26430-MTSS de 8 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 209 del 30 de octubre de 1997; como justificación de la derogatoria se indica en ese texto normativo que tanto la Contraloría General de la República como la Tesorería Nacional han objetado el cobro que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha efectuado para sufragar los gastos del programa de Tarjeta de Trabajo y Seguridad Social -nótese que no se derogó el decreto N° 24432-TSS-G, que es el que creaba el programa de comentario, de modo que el mismo seguía vigente y en ese instrumento no se contemplaba cobro alguno por la tarjeta, cuya emisión seguía siendo potestad del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-). Es importante ahora mencionar que en el cuarto hecho probado (folio 6927, en el tomo XVI), el Tribunal sentenciador afirma que el cobro supra mencionado es ilegal, toda vez que se habría establecido vía decreto un tributo no previsto en ley alguna. Estiman los juzgadores que tal proceder es contrario a lo establecido en el artículo 124 de la Ley General de la Administración Pública, así como en los numerales 4 y 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en los que se dice que los tributos sólo pueden ser establecidos por disposición legal. Afirman los integrantes del órgano de mérito que con dichos decretos también se estaba lesionando el principio de caja única del Estado, pues se permitía abrir una cuenta corriente bancaria a nombre del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para manejar allí los fondos recaudados por concepto de otorgamiento y renovación de la tarjeta de trabajo estacional. El Tribunal de instancia acreditó (ver hecho probado 20 a folio 6936 en el Tomo XVI) que mediante documento fechado 29 de mayo de 1997, la Dirección General de Auditoría del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social informó al Ministro del ramo que el Programa de Tarjeta de Trabajo Estacional presentaba dos deficiencias esenciales, cuales son: a) la apertura de la cuenta aludida, por ser un acto contrario al principio de caja única, y b) el cobro por otorgar y renovar la mencionada tarjeta, por constituir un abuso de las potestades reglamentarias de la Administración. Ante ese informe, Ayales Esna emitió la resolución N° 175-97 de 2 de junio de 1997 (ver hecho probado 17 a folio 6935), por medio de la cual instauraba un órgano de procedimiento para investigar la legalidad de la apertura de la cuenta corriente N° 182510-8 del Banco Nacional de Costa Rica para manejar allí los fondos provenientes del Programa de Tarjeta de Trabajo Estacional. Ese órgano de procedimiento rindió, mediante documento fechado 27 de septiembre de 1997, al entonces Ministro de Trabajo y Seguridad Social un informe en el que se indica lo siguiente: a) que la mencionada

cuenta bancaria se abrió sin contar con la autorización de la Tesorería Nacional, b) que no podía sancionarse a ningún subalterno por abrirla, pues todos actuaron de conformidad con el principio de obediencia, y c) que para poder seguir utilizando los fondos del programa tantas veces aludido, así como para poder cobrar por concepto de la tarjeta de trabajo, entonces debía presentarse un proyecto de ley ante la Asamblea Legislativa para que sea esta la que así lo autorice (lo anterior se extrae del hecho probado 17, ya indicado). Nueve días después, el 6 de octubre de 1997, suceden tres cosas importantes, según se aprecia a folio 6938 del Tomo XVI (hecho 22): primero, Farid Ayales Esna, consciente de que no podía seguirse cobrando a los migrantes con base en la normativa reglamentaria, giró instrucciones a la Oficial Presupuestal Dora Orozco Sánchez para que procediera a cerrar la cuenta corriente del Banco Nacional de Costa Rica N° 182510-8 en la que se manejaban los fondos del Programa de Tarjeta de Trabajo Estacional; segundo, el defendido de la licenciada Gloria Navas Montero indicó a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se procediera a elaborar un proyecto de ley para poder utilizar los recursos percibidos por concepto del mencionado documento de identificación, así como los que pudieran recibirse a futuro; tercero, Farid Ayales Esna se reunió con el co-encartado Juan Vicente Durán Víquez y entre ambos redactan y suscriben el convenio de cooperación entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Fundación para el Desarrollo Humano en Centroamérica (FUNDEHCA), en el que se establece que la segunda puede cobrar a los migrantes la suma de veinticinco dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en colones costarricenses, para sufragar los gastos administrativos y materiales que implica la elaboración de la tarjeta de trabajo estacional, la cual sería elaborada –merced al convenio- por FUNDEHCA. Finalmente, como elemento de interés para el a quo a efectos de acreditar la concusión, debe mencionarse que estimó (ver hecho 24 a folio 6940) que el convenio de cooperación mencionado no era más que un medio para inducir a los migrantes a pagar a favor de la fundación dicha una suma de dinero que no estaban obligados a pagar. VI. Establecido lo anterior, debe indicarse que el Código Penal establece en su artículo 348 lo siguiente: “Se impondrá prisión de dos a ocho años, al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial” (la negrilla y el subrayado son suplidos). Esto es lo que el legislador ha denominado concusión, que es uno de los delitos contra los deberes de la función pública. Lo que se tutela mediante este tipo penal es la correcta actuación de los servidores públicos en el ejercicio de su cargo. La probidad a la que se refiere esta figura se quebranta si un servidor público comete abusos (su comportamiento

extralimita las atribuciones propias del puesto, de modo que se hace algo no permitido) con ocasión del cargo que desempeña (sea que no cumple con las tareas asignadas, sino que aprovecha la condición de laborar para un ente público y así se incurre en la conducta abusiva). A su vez, el abuso del cargo consiste en obligar o inducir a una persona a dar o prometer, para el propio funcionario o para un tercero distinto del Estado, un bien o un beneficio patrimonial que no debe (así se configura la extralimitación de las competencias inherentes al cargo y se da el abuso del mismo, pues se hace algo que el ordenamiento no permite). Es importante destacar que lo que pide el servidor (ya sea la entrega del bien o beneficio patrimonial, o la promesa de entregarlo) es algo que el ordenamiento jurídico no contempla como una de las obligaciones que debe cumplir el individuo a quien se le requiere tal cosa, pues si así fuera, desaparecería el carácter indebido de la entrega o compromiso de dar el bien o beneficio patrimonial. Por el contrario, de lo que se trata es de una actuación propia del funcionario que no resulta amparada –en virtud de que es abusiva- por el Derecho. Nótese que ese bien o beneficio patrimonial que se exige al sujeto pasivo dar o prometer, puede estar destinado al provecho del propio funcionario o incluso a favor de un tercero. Claro está que ese destinatario no es el Estado, pues si fuera a favor de éste que se realiza el cobro, se estaría ante el delito de exacción ilegal y no el de concusión. Ya esta Sala ha advertido que la diferencia entre esos dos delitos radica en el destino que se dé o pretenda darse a los bienes o beneficios patrimoniales que se obtengan mediante la conducta prohibida (en ese sentido puede verse la resolución de este Despacho N° 175-A-92 de las 10:15 horas del 15 de abril de 1992). Así, salta a la vista que la concusión es una modalidad agravada de exacción ilegal. El legislador ha estimado más reprochable (y por ende merecedor de una pena más severa) que el funcionario público mueva a una persona a dar o prometer un bien o un beneficio patrimonial que no debe, cuando con esa conducta se pretende beneficiar él mismo o a un tercero, que los casos en los que el beneficiado con ese proceder sería el propio Estado. Además, es importante resaltar que para efectos de la configuración de este ilícito no resulta indispensable que el requerido efectivamente entregue o prometa dar lo solicitado, sino que basta que se le motive a prometer hacerlo para que el delito surja a la vida jurídica. VII.[...] En todo momento debe tenerse presente que los decretos ejecutivos 24811 y 25647, ya citados, autorizaron el cobro por la Tarejeta de Trabajo Estacional, pero sólo a favor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nunca a favor de FUNDEHCA ni de ningún otro tercero, de modo que esas disposiciones no amparan el cobro que se estableció mediante el convenio de cooperación, por lo que este último está desprovisto de todo amparo normativo. Recuérdese que el otorgamiento de la tarjeta de trabajo estacional se da en el marco

de la actividad administrativa, pues es el Estado el que trataba de solucionar los problemas nacionales e incluso internacionales que acarreaba la presencia en el país de gran cantidad de trabajadores foráneos indocumentados. La Administración debe sujetarse en todo momento al principio de legalidad derivado del artículo 11 constitucional, relacionado con los artículos 11 y 111 de la Ley General de la Administración Pública. Así, sólo puede hacer aquello que la ley le autoriza. Como el ordenamiento jurídico no permite crear tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales) si no es mediante la promulgación de una ley (artículos 121 inciso 13) de la Constitución Política, 124 de la Ley General de la Administración Pública, 4 y 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), entonces el establecimiento –vía convenio de cooperación- de una tasa por un servicio que debía prestar el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es abiertamente ilegal, con la agravante de que el dinero iba a parar a una persona de derecho privado. Recuérdese que el pago se daba para poder recibir el documento de comentario, pues si no se pagaba, no se tramitaba la petición del migrante para que se le permitiese trabajar estacionalmente en Costa Rica y sin tal autorización podía ser deportado en virtud de las disposiciones de la Ley de Migración y Extranjería. Que debiese retribuirse la intervención de FUNDEHCA en el proceso es algo que resulta ajeno a la ilegalidad del cobro, pues esa fundación servía al Ministerio y no a los migrantes; la relación de estos era con el órgano público, pues era esa dependencia ministerial –no FUNDEHCA- la competente para decidir si concedía el permiso laboral a los extranjeros. En ese orden de ideas, es evidente que el acuerdo lo que hace es evitarle al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tener que hacer frente al pago de los servicios que FUNDEHCA le prestaba a esa institución, para lo cual se creó un cobro ilegal que pesaba sobre los migrantes que requerían un servicio de esa cartera, de modo que el dinero se pagaba a favor de la entidad privada. Esa exacción (entendida como “acción y efecto de exigir impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc.”, según la definición que se incluye en la vigésimoprimera edición del Diccionario de la Real Academia Española) es abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, pues sin que medie ley alguna que así lo permita, se exige (mediante un simple acuerdo de asistencia entre dos organizaciones) a los migrantes que paguen una determinada suma de dinero a una fundación por un servicio que a esa población se lo presta el Estado. Igualmente importante es destacar que el encartado motivó a muchísimas personas a entregar dinero a FUNDEHCA, pues dispuso la elaboración del volante que consta a folio 3736 (primer folio del tomo IX del expediente), donde se comunica a los trabajadores migrantes que como requisito para tramitar la tarjeta de trabajo estacional debían (entre otras cosas) pagar cinco mil colones (¢5.000,00) a favor de FUNDEHCA. Así las

cosas, es evidente que en el presente asunto se está ante un funcionario público (en este caso Farid Ayales Esna, quien a la fecha en que ocurrieron los hechos era Ministro de Trabajo y Seguridad Social) que, abusando de su cargo, ha motivado a gran cantidad de extranjeros a entregar indebidamente (pues no hay disposición legal alguna que establezca la obligación de pagar a una institución privada una cantidad dineraria para que el Estado dictamine si le concede o no permiso para laborar estacionalmente en el país) un beneficio patrimonial a un tercero (FUNDEHCA es ajeno a la relación administrado-Administración; recuérdese que es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social –no la fundación- el que debe autorizar a los migrantes su condición de trabajadores en Costa Rica, de modo que ellos reciben el servicio de esa dependencia pública y no de la entidad privada). [...] VIII. [...] Respecto de la exacción ilegal, pese a que el Tribunal de instancia deriva la existencia de un plan por parte del imputado de comentario y Durán Víquez que abarca esta conducta punible y aquella por la que se sancionó a estas dos personas, lo cierto es que ofrece fundamentos distintos para acreditar cada una de ellas. Así, a folio 7460 (Tomo XVII) se explica que la exacción ilegal derivaría del cobro que vía decretos ejecutivos se hizo a los migrantes por la tarjeta de trabajo y se menciona que los dineros se pagaban a favor del Estado. En cambio, la concusión se analiza a partir del folio 7465 (Tomo XVII) y queda claro que esta se configura en relación con el convenio de cooperación con FUNDEHCA, mediante el cual se obligaba a los migrantes a pagar una suma de dinero a esa entidad privada por un servicio (el otorgamiento del permiso laboral) que prestaba el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Así las cosas, no hay problema alguno en absolver a Ayales Esna por la exacción ilegal (ilícito que el a quo consideró prescrito, tema que se tratará al resolver el recurso del Ministerio Público) y condenarlo por la concusión, máxime si se observa que el cobro a los extranjeros no tiene el mismo origen (en un caso es impuesto por normativa reglamentaria y en otro por un simple acuerdo de cooperación entre dos organizaciones), de modo que se trata de conductas distintas. [...] X [...] Finalmente, debe indicarse que lleva razón la licenciada Navas Montero al indicar que no necesariamente el quebranto del principio de caja única conlleva una violación de la reserva de ley en materia tributaria. Lo que sucede es que en este caso cada una de las infracciones está debidamente acreditada en hechos separados. El principio de caja única se vulneró al abrirse una cuenta especial para administrar los fondos que ingresaban al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por concepto del cobro que se hacía a los migrantes con base en los decretos ejecutivos. En cambio, la reserva de ley en materia tributaria ha sido irrespetada en dos ocasiones distintas, primero cuando se emitieron los aludidos decretos (por lo que el a quo estimó que se configuró el delito de exacción ilegal, pese

a que la acción para perseguirlo estaba prescrita) y luego cuando en el convenio de cooperación entre el Ministerio y FUNDEHCA se estableció un cobro por un servicio estatal (que es lo que sirve de base para condenar a Ayales Esna por concusión). XVI [...] A mayor abundamiento debe indicarse al recurrente que –contrario a lo que expone- el órgano legislativo sí es asesor y sí ejerce un control previo. Su potestad asesora no está referida sólo a los órganos parlamentarios (párrafo tercero del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual –por cierto- fue emitida y publicada en 1994, sea que estaba vigente cuando Ayales Esna procedió como lo hizo), sino que desde que se prevé la potestad de informar (ejúsdem) y de rendir dictámenes en ejercicio de la potestad consultiva (artículo 29 del texto normativo de cita.), queda claro que sí orienta (y en ese sentido, asesora) a las entidades fiscalizadas, como lo es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Además, en el artículo 20 de la Ley de referencia se indica que de previo a ordenar la ejecución del respectivo contrato, la Administración debe gestionar y obtener la aprobación por parte de la Contraloría, con lo cual se hace evidente que sí se está ante un control previo, pues sin ese refrendo no es posible ejecutar legalmente un contrato. [...] XLV [...] Tal como se ha expuesto a todo lo largo de esta sentencia, la ilegalidad del tantas veces mencionado convenio ha sido declarada en la sede competente para ello, cual es la penal. Además, se ha explicado en varias oportunidades por qué es intrascendente discutir si debía remitirse o no ese acuerdo para su refrendo por parte de la Contraloría General de la República. En todo caso, debe indicarse que el ente contralor sí se negó a refrendar el convenio, tal como consta a folio 1693 en el Tomo III y que las razones que dio para no refrendarlo fueron las siguientes: 1) que al haberse puesto en ejecución dicho contrato antes de refrendarlo se incurría en una causal de nulidad absoluta del mismo (cabe advertir que de ese razonamiento se extrae que para la Contraloría era evidente que el beneficiado con ese “convenio” era el Ministerio que dirigía Ayales Esna, de modo que era ese órgano el que debía pagar por los servicios que le prestaba FUNDEHCA, por lo que se está ante un contrato oneroso de los que requerían aprobación del cuerpo fiscalizador); 2) que se estaban trasladando atribuciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a FUNDEHCA, aparte de que se creaba un cobro que se sabía ilegal; 3) que Farid Ayales Esna no podía contratar con FUNDEHCA pues no sólo él mismo, sino que también su hijo eran miembros fundadores de esa entidad, por lo que debía sujetarse a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa; 4) que no se siguió el procedimiento ordinario de contratación, sin precisar por qué se prescindía del mismo; 5) que no se adjuntó documentación suficiente para acreditar que Juan Vicente Durán Víquez estaba facultado para firmar ese convenio. Así las cosas, es evidente que la

Contraloría General de la República dio razones de legalidad (algunas formales, pero las más importantes sustanciales) para no refrendar el convenio, de modo que las afirmaciones del a quo cuentan con el debido respaldo probatorio y de motivación, pues esos argumentos del cuerpo contralor fueron expuestos por el Tribunal de instancia a lo largo de la resolución impugnada.[...] LXX [...] El artículo 38 del Código Procesal Penal otorga a la Procuraduría General de la República la potestad exclusiva de intervenir en el proceso penal para ejercer la acción civil por daño social. Para ello, le permite reclamar el resarcimiento respectivo por hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos. Lo que sucede en esta causa es que no se está ante ninguno de esos dos tipos de interés. El colectivo se refiere al que es propio de un grupo que se une, de hecho o de derecho, en procura de perseguir un fin específico. En cambio, el difuso atañe al individuo por el simple hecho de ser integrante de la sociedad y le permite reclamar por algo que no afecta a un sujeto determinado, de modo que no puede establecerse un titular del derecho al resarcimiento, sino que es sufrido por la generalidad de individuos con la misma intensidad. Ninguno de esos supuestos se dan en el presente caso, pues ni los migrantes han formado un grupo, ni la afectación es sufrida por una generalidad de personas. Los migrantes sufrieron cada uno de ellos una afectación de su patrimonio, la cual puede medirse monetariamente. Además, quienes pagaron a FUNDEHCA eran individualizables y nunca formaron un grupo en persecución de un fin en particular. Así, no se estaba ante los supuestos del artículo 38 del Código Procesal Penal, sino más bien ante gran cantidad de intereses individuales, de modo que cada titular es quien debe (por sí o, si se hubiera hecho en el momento oportuno, mediante delegación en el Ministerio Público) reclamar la indemnización. Por lo expuesto, estima esta Sala que resulta conforme a Derecho la decisión del a quo de rechazar la legitimación de la Procuraduría General de la República para sustituir a los migrantes como actores civiles por los dineros pagados a FUNDEHCA."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7594 del diez de abril de 1996. Código Procesal Penal. Fecha de vigencia desde 01/01/1998. Versión de la norma 15 de 15 del 14/03/2012. Datos de la Publicación Gaceta número 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.

ⁱⁱ TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 408 de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del veintitrés de diciembre de dos mil diez. Expediente: 09-000649-0219-PE.

ⁱⁱⁱ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 857 de las diez horas del cuatro de septiembre de dos mil seis. Expediente: 97-000661-0202-PE.

^{iv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 1089 de las diez horas con cincuenta minutos del veintiuno de octubre de dos mil cuatro. Expediente: 02-001881-0497-PE.

^v SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 176 de las diecisiete horas con veinte minutos del veinte de marzo de dos mil tres. Expediente: 98-024869-0042-PE.