



## LOS DELITOS EN LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

<b>Rama del Derecho: Derecho Penal.</b>	<b>Descriptor: Derecho Penal Especial.</b>
<b>Palabras Clave: Delitos de funcionarios, Delitos en la ley de Corrupción.</b>	
<b>Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.</b>	<b>Fecha de elaboración:</b>

El presente documento contiene jurisprudencia sobre los delitos contenidos en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Se consideran los supuestos de los artículos 45 y siguientes, describiendo delitos como: el enriquecimiento ilícito, falsedad en la declaración jurada, receptación, legalización o encubrimiento de bienes, legislación o administración en provecho propio, sobreprecio irregular, falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados, pago irregular de contratos administrativos, tráfico de influencias, prohibiciones posteriores al servicio del cargo, apropiación de bienes obsequiados al estado, soborno transnacional, reconocimiento ilegal de beneficios laborales, fraude de ley en la función administrativa, inhabilitación, violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas, consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito, y la prescripción de la responsabilidad penal.

### Contenido

NORMATIVA.....	2
CAPÍTULO V: Delitos .....	2
JURISPRUDENCIA .....	5
1. Enriquecimiento ilícito: Alcalde municipal que beneficia a empresa con actos propios de su cargo y recibe a cambio una doble dádiva .....	5
2. Legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas: Inexistencia de configuración en el caso "Pascal" .....	7
3. Convención colectiva en el sector público: Análisis con relación a las municipalidades .....	9
4. Licitación pública: Análisis con respecto al estudio de mercado y razonabilidad del precio.....	14
5. Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados: Recibo de chalecos antibalas con características distintas a los contratados .....	20
6. Tráfico de influencias: Inexistencia en caso en el que se emiten recomendaciones laborales.....	22
7. Tráfico de influencias: Desestimación del delito en caso de memorando del referendo acerca del TLC.....	24
8. Tráfico de influencias: Análisis del tipo .....	25
9. Comiso: Bien proveniente del delito de enriquecimiento ilícito efectuado por un alcalde municipal .....	26
10. Falsedad ideológica de documento público o auténtico: Carácter de funcionario público del notario y régimen de prescripción aplicable .....	28
11. Incumplimiento de deberes: Análisis sobre su naturaleza como delito omisivo propio de mera actividad en relación con la consumación .....	29
12. Delitos contra los deberes de la función pública: Cómputo del plazo de prescripción.....	29
13. Prescripción de la acción penal: Consideraciones en relación a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.....	30

## NORMATIVA

### CAPÍTULO V: Delitos

[Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública]<sup>i</sup>

**Artículo 45.-Enriquecimiento ilícito.** Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas.

**Artículo 46.-Falsedad en la declaración jurada.** Será reprimido con prisión de seis meses a un año, quien incurra en falsedad, simulación o encubrimiento al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de la República.

**Artículo 47.-Receptación, legalización o encubrimiento de bienes.** Será sancionado con prisión de uno a ocho años, quien oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera o dé apariencia de legitimidad a bienes o derechos, a sabiendas de que han sido producto del enriquecimiento ilícito o de actividades delictivas de un funcionario público, cometidas con ocasión del cargo o por los medios y las oportunidades que este le brinda.

**Artículo 48.-Legislación o administración en provecho propio.** Será sancionado con prisión de uno a ocho años, el funcionario público que sancione, promulgue, autorice, suscriba o participe con su voto favorable, en las leyes, decretos, acuerdos, actos y contratos administrativos que otorguen, en forma directa, beneficios para sí mismo, para su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad o para las empresas en las que el funcionario público, su cónyuge, compañero, compañera o conviviente, sus parientes incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad posean participación accionaria, ya sea directamente o por intermedio de otras personas jurídicas en cuyo capital social participen o sean apoderados o miembros de algún órgano social.

Igual pena se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezca a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal.

**Artículo 49.-Sobreprecio irregular.** Será penado con prisión de tres a diez años, quien, por el pago de precios superiores o inferiores - según el caso- al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los demás entes y las empresas públicas, las municipalidades y los sujetos de derecho privado que

administren, exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión.

**Artículo 50.-Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados.** Será penado con prisión de dos a ocho años, el funcionario público, el consultor o alguno de los servidores de este, contratados por la respectiva entidad pública, que incurran en falsedad o en manipulación de la información acerca de la ejecución o construcción de una obra pública, o sobre la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios contratados o de las obras entregadas en concesión, con el propósito de dar por recibido a satisfacción el servicio o la obra. Si con esa conducta se entorpece el servicio que se presta o se le imposibilita a la entidad pública el uso de la obra o la adecuada atención de las necesidades que debía atender el servicio contratado, los extremos menor y mayor de la pena se aumentarán en un tercio.

**Artículo 51.-Pago irregular de contratos administrativos.** Será penado con prisión de uno a tres años, el funcionario público que autorice, ordene, consienta, apruebe o permita pagos, a sabiendas de que se trata de obras, servicios o suministros no realizados o inaceptables por haber sido ejecutados o entregados defectuosamente, de acuerdo con los términos de la contratación, o en consideración de reglas unívocas de la ciencia o la técnica.

**Artículo 52.-Tráfico de influencias.** Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

**Artículo 53.-Prohibiciones posteriores al servicio del cargo.** Será penado con cien a ciento cincuenta días multa, el funcionario público que, dentro del año siguiente a la celebración de un contrato administrativo mayor o igual que el límite establecido para la licitación pública en la entidad donde prestó servicios, acepte empleo remunerado o participación en el capital social con la persona física o jurídica favorecida, si tuvo participación en alguna de las fases del proceso de diseño y elaboración de las especificaciones técnicas o de los planos constructivos, en el proceso de selección y adjudicación, en el estudio y la resolución de los recursos administrativos contra la adjudicación, o bien, en el proceso de inspección y fiscalización de la etapa constructiva o la recepción del bien o servicio de que se trate.

**Artículo 54.-Apropiación de bienes obsequiados al Estado.** Será penado con prisión de uno a dos años el funcionario público que se apropie o retenga obsequios o donaciones que deba entregar al Estado, de conformidad con el artículo 20 de esta Ley.

**Artículo 55.- Soborno transnacional.** Será sancionado con prisión de dos a ocho años, quien ofrezca u otorgue a un funcionario de otro Estado, cualquiera que sea el nivel de gobierno o entidad o empresa pública en que se desempeñe, o de un organismo o entidad internacional, directa o indirectamente, cualquier dádiva, retribución o ventaja indebida, ya sea para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario, utilizando su cargo, realice, retarde u omita cualquier acto o, indebidamente, haga valer ante otro funcionario la influencia derivada de su cargo. La pena será de tres a diez años, si el soborno se efectúa para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes. La misma pena se aplicará a quien solicite, acepte o reciba la dádiva, retribución o ventaja mencionadas.  
(Así reformado por el artículo 2° inciso c) de la Ley N° 8630 del 17 de enero de 2008)

**Artículo 56.-Reconocimiento ilegal de beneficios laborales.** Será penado con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que, en representación de la Administración Pública y por cuenta de ella, otorgue o reconozca beneficios patrimoniales derivados de la relación de servicio, con infracción del ordenamiento jurídico aplicable.

**Artículo 57.-Influencia en contra de la Hacienda Pública.** Serán penados con prisión de dos a ocho años, el funcionario público y los demás sujetos equiparados que, al intervenir en razón de su cargo, influyan, dirijan o condicionen, en cualquier forma, para que se produzca un resultado determinado, lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público, o se utilice cualquier maniobra o artificio tendiente a ese fin.

**Artículo 58.-Fraude de ley en la función administrativa.** Será penado con prisión de uno a cinco años, el funcionario público que ejerza una función administrativa en fraude de ley, de conformidad con la definición del Artículo 5 de la presente Ley. Igual pena se aplicará al particular que, a sabiendas de la inconformidad del resultado con el ordenamiento jurídico, se vea favorecido o preste su concurso para este delito.

**Artículo 59.-Inhabilitación.** A quien incurra en los delitos señalados en esta Ley, además de la pena principal se le podrá inhabilitar para el desempeño de empleo, cargo o comisiones públicas que ejerza, incluso los de elección popular, por un período de uno a diez años. Igual pena podrá imponerse a quienes se tengan como coautores o cómplices de este delito.

**Artículo 60.-Violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas.** Será penado con prisión de tres a cinco años, quien divulgue las declaraciones juradas de bienes presentadas ante la Contraloría General de la República.

**Artículo 61.-Consecuencias civiles del enriquecimiento ilícito.** La condena judicial firme por el delito de enriquecimiento ilícito producirá la pérdida, en favor del Estado o de la entidad pública respectiva, de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero o derechos, obtenidos por su autor, su coautor o cómplices, como resultado directo de este

delito, salvo derechos de terceros de buena fe, conforme lo determine la respectiva autoridad judicial.

En el caso de bienes sujetos a inscripción en el Registro Nacional, bastará la orden judicial para que la sección respectiva del Registro proceda a trasladar el bien a las municipalidades de los cantones donde se encuentren ubicados, si se trata de inmuebles, a fin de que puedan ser usados en obras de provecho para el cantón o de beneficencia pública. Los demás bienes tendrán el destino que se determine en el Reglamento de esta Ley.

La orden de inscripción o de traspaso estará exenta del pago de timbres y derechos de inscripción.

**Artículo 62.-Prescripción de la responsabilidad penal.** La acción penal respecto de los delitos contra los deberes de la función pública y los previstos en la presente Ley, prescribirá en la forma establecida por la legislación aplicable; no obstante, regirán las siguientes reglas:

a) Una vez interrumpida la prescripción, los plazos fijados en el artículo 31 del Código Procesal Penal volverán a correr por un nuevo período, sin reducción alguna.

b) Además de las causales previstas en el artículo 33 del Código Procesal Penal, la acción penal podrá interrumpirse por la declaratoria de ilegalidad de la función administrativa, activa u omisiva, o por la anulación de los actos y contratos administrativos que guarden relación con el correspondiente delito, ya sea que el pronunciamiento se produzca en vía judicial o administrativa.

## JURISPRUDENCIA

### 1. Enriquecimiento ilícito: Alcalde municipal que beneficia a empresa con actos propios de su cargo y recibe a cambio una doble dádiva

[Sala Tercera de la Corte]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría:

“X.- Como **cuarto reproche**, el licenciado Navarro Arias refiere errónea aplicación del artículo 340 y falta de aplicación del ordinal 1, ambos del Código Penal. Considera que en caso de estimarse una aceptación de dádivas en general, tenía que aplicarse el numeral 346 del Código Penal y no el numeral 45 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, pues tratándose de los hechos de una unidad de acción no puede dividirse la dádiva con el enriquecimiento ilícito. **Recurso de casación interpuesto por el imputado Mario Morales Guzmán.** Como **tercer reproche** por el fondo aduce violación del principio *non bis in idem* y errónea aplicación del numeral 45 de la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito de la Función Pública. Estima que los hechos enmarcados en la tipicidad de Enriquecimiento Ilícito no se gestan de manera independiente al cohecho impropio, siendo inaceptable considerar que el aumento producido en el patrimonio de Mario Morales mediante la dádiva otorgada por J. consistente en dejarlo vivir gratuitamente en la casa que había perdido es independiente al incremento patrimonial ilegítimo generado por la acción de J. al emitir la nota que le permitió economizar la suma de quince mil dólares. Se trata en la especie de una acción continua, puesto que el imputado Morales Guzmán nunca hizo abandono de su residencia y en apariencia continuó siendo propietario-poseedor del inmueble. En criterio del impugnante, el Tribunal no tenía razón para dividir la acción en dos partes y dar una solución legal diferente a cada una de ellas, pues con ello se vulneró el principio *non bis in idem*. Solicita se absuelva a su defendido por el delito de enriquecimiento ilícito. **Por existir conexidad entre las protestas, se resuelven de forma conjunta. Los reparos son inatendibles.** En el caso examinado, el encartado Morales Guzmán recibió de J. –de acuerdo a un

plan previamente elaborado y de común acuerdo- una doble dádiva como funcionario público: la primera, al permitírsele usufructuar y habitar el inmueble por veintisiete meses, y la segunda al facilitársele que readquiriera su propiedad, todo a cambio de su compromiso absoluto de respaldar como Alcalde de Aserrí, cualquier gestión de [...] , que aseguraba la adjudicación del Relleno Sanitario que estaba en trámite en ese momento, cuyos actos le permitieron incrementar su patrimonio. Al respecto el fallo indica: "...Con su acción J , teniendo pleno dominio del hecho, otorgó a MARIO MORALES GUZMÁN UNA VENTAJA INDEBIDA, APROVECHANDO este último EL ILEGÍTIMO EJERCICIO DE SU FUNCION PÚBLICA, toda vez que incrementó su patrimonio a través no sólo de la cancelación de una deuda, sino también por el usufructo de un inmueble durante veintisiete meses y su posterior compra; asegurándose de esta forma J. contar con el apoyo del funcionario idóneo para obtener la celebración de un contrato en el cual estaba interesada la administración, y es así como MARIO MORALES GUZMÁN, Alcalde de Aserrí, apoyó incondicionalmente el proyecto de la representada de J ..." ( ) "...El usufructo como ventaja indebida fue estimado en la suma total de OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTIÚN MIL COLONES, desglosado de la siguiente forma: durante el año 2003, el valor mensual de la renta que correspondía a ese inmueble fue fijado en 296.000.00 colones, para el año 2004 la renta mensual, fue estimada en 331,520.00 colones y para el año 2005 se estableció en 371,300.00 colones por mes, y sumada estas cantidades a partir del **12 de junio del 2003, fecha en que se realizó la opción de compra venta y hasta el 25 de septiembre del 2005, fecha en que se realiza la segunda venta a nombre de MARIO MORALES** pero con hipoteca a favor de [...] S.A. (venta que como se indicó líneas atrás no generó ninguna erogación ya que la finca estaba cancelada desde agosto del 2003), nos da la suma total ya indicada.- Este dinero sin duda alguna incrementó el patrimonio del Alcalde Municipal de Aserrí y aquí imputado MARIO MORALES GUZMÁN, persona que se aprovechó de su cargo público y de la relación comercial con la empresa [...] y su representante J. para aceptar esa ventaja indebida que le fue ofrecida y cumplida, logrando se le cancelara una deuda con [...], misma que de paso puso fin a una obligación que había afectado su patrimonio, y es, a través de esta dádiva de quince mil dólares, que logró adquirir el bien que había perdido, constituyéndose hipoteca a favor de Mutual Alajuela, gozando claro está, mientras todo esto se dio de un usufructo sobre un bien que no le pertenecía durante veintisiete meses..."( cfr, folio 1207, hechos probados 19 y 20, el destacado no es del original). Nótese que los hechos constitutivos del ilícito de cohecho impropio van de junio de 2003 a setiembre de 2005. Con respecto al delito de enriquecimiento ilícito los juzgadores destacaron: "...Posteriormente en escritura número ochenta del notario José Carlos Quesada Camacho, se cancela hipoteca a favor de [...] y se constituye hipoteca a favor de Mutual Alajuela por la suma de 16 millones de colones. Mutual Alajuela paga a [...] 15.270.000 colones, en fecha **3 de mayo del año 2006** (ver escritura número ochenta a folios 1 a 6 del Expediente Mutual Alajuela de Ahorro y Préstamo y cheque a folio 14 en que el Banco Nacional, mediante cheque 5218-4 de 3/5/06, paga a la orden de [...] S.A de la cuenta de Mutual Alajuela de Ahorro y Préstamo dicha suma la suma de quince millones doscientos setenta mil colones). Ahora, el crédito que gestionó MORALES GUZMAN a la Mutual de Alajuela para cancelar la hipoteca a [...] S.A tenía el inconveniente de que tan solo cubriría **\$30.000.00** y no los \$45.000.00 adeudados. Es por ello que J. mediante nota N° GG-TV/209 de **7 de abril de 2006** dirigida a Mutual Alajuela, y en su condición de Presidente y Apoderado Generalísimo de [...] S.A suscribe: "... Que el señor Mario Morales Guzmán sostiene hipoteca en primer grado a favor de mi representada por un monto original de USA 45.000.00 (cuarenta y cinco mil dólares estadounidenses). Que a la fecha el monto del principal adeudado es por la suma de USA 30.000.00 (treinta mil dólares exactos) y se encuentra al día por concepto de intereses." (ver folio 71 del Exp. Mutual Alajuela...). Es así como J. condona quince mil dólares a MORALES GUZMAN y ajusta la deuda al monto que si financiaría la Mutual e indica que el deudor se encuentra al día en el pago de intereses. Por esto MORALES GUZMAN aprovechándose ilegítimamente de su puesto de Alcalde de Aserrí acrecentó su patrimonio en la suma de \$15.000.00, y por ello adecuando su conducta al tipo penal de Enriquecimiento Ilícito tipificado en el artículo 45 de la Ley 8422, que prescribe que será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública..., acreciente su patrimonio..." (cfr, folios 1297 a 1298, el subrayado no es del original). Se aprecia sin mayor dificultad que fue producto de la nota GG-TV/209 dirigida a Mutual Alajuela -en la que se indicó que Mario Morales había cancelado quince mil dólares a J - que la entidad bancaria accedió al crédito solicitado por Mario, operando una condonación de quince mil dólares a favor de Morales. Se tiene que el delito de enriquecimiento ilícito data del año 2006, por lo que bajo estas circunstancias se aplicó correctamente el artículo 45 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 29 de octubre de 2004. De lo anterior se desprende que las finalidades perseguidas por el condenado Morales en cada una de las situaciones descritas son distintas. En los hechos constitutivos del delito de cohecho impropio la finalidad era beneficiar a la empresa [...] mediante actos propios de su cargo a cambio de recibir dádivas (vivir gratuitamente en la vivienda que había perdido en el proceso ejecutivo y readquirir la misma en un momento posterior). En cambio, al aceptar los efectos de la nota condonatoria de quince mil dólares formulada por J. como

representante de [...] , su finalidad era poder aumentar el patrimonio en dicha suma, y, de esta forma, acceder a un crédito bancario para cancelar a [...] el arrendamiento comercial por cuarenta y cinco mil dólares que le había otorgado. En conclusión, entre los hechos calificados como cohecho impropio y el cuadro fáctico tipificado como enriquecimiento ilícito no existe unidad de acción, ya que se realizaron en espacios temporales distintos y las finalidades perseguidas por Mario en cada uno de los supuestos fácticos analizados eran distintas. Con base en lo anterior, se declaran sin lugar las protestas.”

## 2. Legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas: Inexistencia de configuración en el caso "Pascal"

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

“§1. El delito de legitimación de capitales es definido, por la doctrina mayoritaria, como un delito de relación o de enlace (no como un delito autónomo), es decir, que requiere la **conexión** con un **hecho delictivo previo** (Cfr. GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel . *Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales*. Cuadernos de Política Criminal N° 91, 2007, págs. 5-26 y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Marcial Pons, 2009 y los autores allí referidos). Este hecho previo puede ser definido por el legislador de muy diversas maneras (aludiendo a un listado de delitos, a la gravedad de las sanciones o, en términos mucho más amplios, asumiendo como posible cualquier otro delito) pero es necesario que exista y eso significa que —de atribuírsele a un sujeto en particular— éste haya sido juzgado y encontrado responsable, en firme, del delito (salvo que ello no haya sido posible por circunstancias personales, eximentes de pena , en cuyo caso bastará la demostración del injusto penal, siempre y cuando ello no sea incompatible con la legislación específica de cada país). Solo cuando no sea posible esa imputación directa (ya sea porque no se identificó al autor, porque éste falleció o porque la acción penal se extinguió por ciertos motivos, excluida la prescripción de la acción penal porque es necesaria la vigencia de dicha acción en ambas legislaciones, a los efectos de esa valoración, salvo norma en contrario, que aquí no la hay), dicho hecho previo puede ser demostrado, dentro del juicio referente a la legitimación de capitales, obviamente a partir de las reglas probatorias del país que juzga. Como se ha indicado, esto es así en términos generales y sin desconocer que hay tendencias modernas que, para soslayar el tema probatorio del ' delito grave ' previo (en singular), prefieren aludir, por un lado, a ' actividad delictiva ' ( lo que implica desplazar el acento en el nivel de acreditación previ a que han de tener los diferentes estratos de la Teoría del Delito, según el sistema que se siga ) , posibilitando que el delito sea cometido por el mismo agente del evento precedente (lo que no es posible de considerarse delito de relación) y, por el otro, a darle a este delito una naturaleza de ilícito autónomo, estableciendo un bien jurídico diferenciado (que ya no es la administración de justicia como suele suceder en los delitos de encubrimiento sino el orden socio-económico) lo cual, algún sector doctrinal ha condenado en forma contundente: *"...esta perspectiva generalmente inconfesada abiertamente y camuflada bajo la fórmula genérica de la protección al orden socioeconómico, ha conducido a perversiones legales e interpretativas, que no solo han llevado a una aplicación abusiva de los tipos de lavado de capitales, sino que, además y paradójicamente, han restado eficacia a los tipos penales con relación a su interés político criminal. La primera perversión de esta idea político criminal consiste en la ampliación de los delitos base del lavado de capitales a cualquier delito, ni siquiera grave e incluido el fraude fiscal. La segunda, relacionada con la anterior y, al igual que la anterior, basada en la inconfesada pretensión de eludir las exigencias de la prueba en Derecho procesal penal, tiene que ver con la pérdida de contornos seguros del elemento típico de que el autor actúe con conocimiento de que los bienes objeto del lavado tienen su origen en un delito"* (Cfr. GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. *Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales*. Cuadernos de Política Criminal N° 91, 2007, págs. 5-26. También en el sitio web: [www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/.../98](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/.../98), pág. 66). Con esto se quiere adelantar, desde ya, que esta Cámara concuerda con tal autor cuando señala que: *"...el dolo requiere, pues, el conocimiento del riesgo concreto o peligro de que exista una sentencia condenatoria, única que puede dar contenido al elemento normativo 'delito' en los tipos de lavado de capitales. La existencia de sentencia condenatoria previa es, pues, parte imprescindible de este elemento normativo del tipo de lavado de capitales, por mucho que se quiera ignorar en la doctrina y en la jurisprudencia. La mejor demostración de que esto es así es que la prueba de que los bienes no proceden de delito alguno, es decir, de que no hay sentencia condenatoria alguna, debe implicar la*

*absolución del supuesto blanqueador por atipicidad objetiva de su conducta" (Op. cit., pág. 78) por lo cual resulta un verdadero sinsentido que se haya iniciado en nuestro país un proceso por legitimación de capitales provenientes de una actividad previa que no es, per se, ilícita, cuando la causa que supuestamente originó ese evento (la venta de cigarrillos, a personas no indígenas, sin el pago previo de impuestos) no tiene, a esta fecha (y mucho menos a la data de la acusación) sentencia firme en el país de origen, desde que aún se desconoce la pena que podría llegar a imponérsele a R, hermano del aquí acusado, en Estados Unidos de Norteamérica por tal conducta y sin que sea suficiente, para solventar ese tema (que es un elemento normativo del tipo según se adelantó), el testimonio de algunas personas que mencionan la pena probable que se le puede imponer que, dicho sea de paso, por ese mismo desconocimiento nacional, pudieron no haber sido interrogados y, por ende, omitir sobre todas las particularidades punitivas del sistema anglosajón, como los extremos mínimos de ese delito, lo que se retomará luego. Adicionalmente, es preciso señalar que, de ser diferentes los países en los que se cometió el hecho previo (entiéndase 'delito' o 'actividad delictiva' lo que no es solo cuestión de terminología sino que, como se indicó, tiene importantes consecuencias jurídicas) y el hecho de legitimación juzgado, debe darse la **dobles identidad o doble incriminación**, es decir, que el hecho previo, del que se dice proviene el capital que se busca legitimar, debe ser delito también en aquel país en donde se juzga la referida legitimación y, salvo que haya legislación expresa que lo regule de otro modo, no debe estar prescrito en ninguno de los dos. Al respecto señala la doctrina nacional: "El hecho previo del cual deriva el objeto de interés económico, a su vez objeto material del delito de legitimación de capitales, debe ser al menos típico y antijurídico, es decir, previsto como delito en una ley penal y que no esté amparado a una causa de justificación, sin que sea necesario que sea culpable (accesoriedad limitada), es decir, que no requiere que el hecho sea cometido culpablemente por el autor previo ni que sea punible en general, salvo excepciones. El §261 StGB alemán dice explícitamente que el objeto de interés económico debe provenir de un "rechtswidrige Tat" (hecho antijurídico). La muerte del autor previo, típico y antijurídico, no tiene influencia con relación a (sic) la persecución del delito de legitimación de capitales. El hecho previo debe ser lo suficientemente concretizado y determinado. El hecho previo, que es apto para conectarse con el delito de legitimación de capitales debe ser punible en la jurisdicción costarricense y si se sitúa fuera del territorio nacional y (sic) tiene que se (sic) punible igualmente en la jurisdicción extranjera. Cuando el hecho previo prescribió se plantea la pregunta de si es posible la persecución por el delito de legitimación de capitales. El delito previo debe ser punible en el Derecho penal costarricense y un hecho prescrito en general no lo es. Algunos autores alemanes consideran que si el hecho previo está prescrito es un hecho irrelevante para la persecución por el delito de legitimación de capitales. Sin embargo, la doctrina mayoritaria alemana y la casi totalidad de la doctrina suiza consideran que cuando el hecho previo ya está prescrito no es posible una condenatoria por el delito de legitimación de capitales. La razón de lo anterior es que el delito de legitimación de capitales es un delito conexo con el delito previo y si el Estado renunció a la persecución de éste no es posible perseguir el delito conexo(...) No es necesario que el autor del hecho previo sea conocido o que viva o, cuando radicó en el extranjero, que haya sentencia firme que condene el hecho previo o que éste sea perseguido por las autoridades extranjeras competentes (...) Creo que es necesario que el Tribunal determine la existencia del hecho previo y su carácter típico y antijurídico, **sin que baste la simple sospecha de que el objeto proviene de un hecho punible.** El establecimiento de la prueba del hecho previo puede hacerse por sentencia firme, si fue conocido por una autoridad competente. Si ésta prueba falta puede probarse el carácter típico y antijurídico del hecho previo, que es un elemento normativo del tipo de legitimación de capitales. Esta prueba debe hacerla el juez que conoce en el país del delito de legitimación de capitales conforme a los criterios de la libertad probatoria y de la libre valoración de la prueba. En todo caso el establecimiento del hecho previo por el juez nacional como un elemento normativo del tipo penal de legitimación de lavado (sic) no implica dictar una sentencia en el suelo nacional sobre el hecho previo ocurrido en el extranjero" (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de legitimación de capitales*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012, 1ª edición, págs. 91-94; se suplen los destacados) . Tesis que, en principio y salvo en lo que se dirá, esta Cámara comparte, con las advertencias de que si bien la legislación alemana puede requerir un injusto penal para el hecho previo, ello no es unánime en todos los ordenamientos pues muchos aluden a 'delito' y habrá de estarse a lo que cada una regule, por un lado y, por el otro, que sí consideramos necesario que, de reputarse el hecho como cometido en el extranjero, se haya seguido o pretenda seguir proceso y, de haberlo habido, se aporte la sentencia condenatoria extranjera (que no es un requisito de procedibilidad sino un elemento normativo del tipo), salvo que, como ya se adelantó, sea imposible determinar el autor o se hayan producido causas personales de exclusión de la punibilidad pues, de lo contrario, se produciría un juzgamiento ilegal del hecho previo, por una autoridad no competente. Por otra parte, **ambos delitos**, es decir el hecho base con el delito de enlace, **deben de tener una relación lógica entre sí**, pues, por mucho que un hecho previo sea delictivo en dos ordenamientos diferentes y se cumplan todas las previsiones legales para considerarlo válidamente como hecho precedente (es decir, que tenga el monto mínimo de pena o esté en la lista de los enunciados como tales por el legislador), si no hay*

un nexo lógico de conexión entre el evento previo y el posterior mal se haría con pretender alguna sanción: "La naturaleza de la unión entre el bien apto para el blanqueo y el hecho previo es otro de los problemas a resolver. Un sector doctrinal admite que la conexión entre ambos ha de ser de tipo causal. Ello parece lógico en la medida en que los bienes susceptibles de ser blanqueados han de tener su origen, su causa, en un hecho delictivo previo, derivarse de él (...) parece entonces necesaria la fijación de límites, esto es, la determinación de los criterios que producen la ruptura de la unión causal. Esta manera de razonar nos conduce al análisis de una serie de criterios, a consecuencia de los cuales se pueda producir una interrupción del nexo causal, determinando que los bienes no puedan ser considerados ya procedentes del hecho previo. Esta necesidad de limitación va unida al hecho de que la cuestión de la procedencia fundamentaría un regresus ad infinitum en principio no admisible. Se podría llegar a considerar contaminada en un plazo corto de tiempo una parte esencial de la economía legal como consecuencia de una interpretación excesivamente amplia y sin limitaciones del criterio de la procedencia o del origen. Esta situación ha sido criticada por la doctrina suiza por ser contraria a la garantía constitucional de la propiedad adquirida de buena fe" (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, 3ª edición, 2012, pág. 341). Ello obliga, tanto a establecer límites objetivos previos a la tenencia del objeto presuntamente blanqueado, como posteriores, tema para el cual se han usado las teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de imputación objetiva para, en supuestos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos, determinar si aplica la contaminación total, la descontaminación total, la contaminación parcial, etc. En lo que acá interesa, por ahora, es claro que, por ejemplo, si un millonario conduce ebrio en su país y esa conducta es sancionada con prisión, el que traslade millonarias sumas de dinero a otro país, por mucho que pretenda evadir las consecuencias penales (multa) o civiles (responsabilidad) derivadas de aquella conducción, no podría considerarse que sea una legitimación de capitales, pues el dinero no tenía origen en el delito, sino que preexistía y, entonces, la evasión de responsabilidad no puede sancionarse usando el delito que nos ocupa. Por otra parte, en virtud de los principios de inocencia y *non bis in ídem*, si el hecho previo fue enjuiciado en el extranjero y la persona acusada fue absuelta o la sentencia tuvo por demostrado que el ilícito no se cometió, no es factible que se constituya como base para una posterior legitimación de capitales, ni es posible que los tribunales nacionales lo vuelvan a conocer, con nueva prueba o revalorando en forma distinta la ahí ponderada, porque se afectaría el principio de cosa juzgada material garantizado tanto por nuestra Constitución Política (numeral 42) como por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país (ver los artículos 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos). Eso, en términos generales, pues hay que hacer un análisis específico del tipo penal aplicable a la especie fáctica sometida a nuestro conocimiento, para determinar si todos esos criterios doctrinales son extrapolables al derecho interno y si, el tipo penal seleccionado contiene otros elementos importantes (principio de legalidad). Para ello, se requiere determinar cuál es la ley penal aplicable a este asunto, dado que ha n habido varias que regulan el tema."

### 3. Convención colectiva en el sector público: Análisis con relación a las municipalidades

[Sala Segunda de la Corte]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

**"II.- AGRAVIOS:** Ante la Sala, la actual alcaldesa municipal de Alajuela muestra disconformidad. Alega que el Tribunal incurre en los mismos errores de primer instancia, pues mediante voto N° 4453-2000, la Sala Constitucional declaró inconstitucionales las convenciones colectivas suscritas por funcionarios regidos por una relación de empleo público. Considera que al juzgador le corresponde analizar en cada caso concreto si la relación existente entre la Municipalidad y el funcionario es estatutaria o de empleo público, en cuyo caso, la convención colectiva es inaplicable, o si por el contrario, se trata de una relación regida por el derecho común, en la cual sí es posible su aplicación. Indica que la sentencia es omisa, pues no realiza un análisis en ese sentido para el caso concreto y se limita a concluir que la convención sí es aplicable al actor por cuanto este ocupa uno de los peldaños más bajo de escalafón municipal, sin considerar que ese no es el fondo del asunto planteado. Alega que, en relación con los funcionarios municipales, independientemente de si realizan o no función pública, sus relaciones de empleo adquieren dicho carácter por disposición expresa de ley, concretamente por lo dispuesto en los artículos 115, 119 y 146 inciso a) del *Código Municipal*, donde se estableció para esos funcionarios la denominada carrera administrativa, sin distinción de rango o funciones, por lo que la convierte en una relación de Derecho Público regida por principios estatutarios. De esa relación derivan elementos

exclusivos como son los principios de idoneidad comprobada para el nombramiento y la estabilidad en el puesto, tendientes a lograr una mayor eficiencia en la función pública, lo cual ha sido incluso reconocido así por la Sala Segunda con respecto a los funcionarios municipales de ese cantón. Solicita que se revoque la sentencia recurrida de modo que se declare sin lugar la demanda (folios 155-161). **III.-**

Quede sentado a propósito de lo alegado por el casacionista que la Sala Constitucional, en su sentencia N° 4453-2000 de 14:56 horas del 24 de mayo, no declaró inconstitucionales las convenciones colectivas en el sector [público] municipal; en este sentido, en concreto expresó: "...**VIII.-**

**CONCLUSIONES.-** Con fundamento en todo lo expuesto y a manera de síntesis, la Sala arriba a las siguientes conclusiones: en el ejercicio de la competencia de máximo intérprete de la Constitución Política, al examinar el tema de la organización y estructura administrativa del Estado y de la procedencia o no de las convenciones colectivas en el sector público, no puede la Sala limitarse, únicamente, a la aplicación de las disposiciones que integran el Capítulo de las llamadas "Garantías Sociales". Se necesita, además, examinar esa institución jurídica en coordinación con los principios contenidos en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política; al hacer este ejercicio, se adquiere la plena convicción de que la voluntad del constituyente, siguiendo la línea histórica del desarrollo de las instituciones del Derecho Laboral, fue la de abstraer a los servidores del sector público de las reglas generales que informan al Derecho Colectivo del Trabajo, sujetándolo a una relación especial de empleo público, llamada también y comúnmente "relación estatutaria", que se rige por el Derecho Público. Esto implica, sin duda y como tesis general, que ningún funcionario público puede negociar sus condiciones de empleo como si se tratara de un nexo contractual sujeto al Derecho Laboral. Sin embargo, el desarrollo de las ideas jurídicas, la adopción de los convenios impulsados por la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia de esta Sala, han conducido la evolución de las instituciones involucradas, al nivel de admitir como compatibles con el Derecho de la Constitución, las convenciones colectivas que negocie la categoría de los empleados y servidores que, no obstante integrar el sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, especialmente en los términos de las definiciones que contienen los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea, cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil, según los casos. En este sentido es que se evacua la consulta, pero advirtiendo, eso sí, *que le corresponde a la propia Administración, a los operadores del Derecho en general y en última instancia al Juez, cuando conocen de los casos específicos, determinar si una institución del Estado o un grupo de sus servidores o funcionarios, conforman el núcleo de la excepción que sí puede negociar colectivamente, o si por el contrario, les está vedado ese camino.* Y por último, según lo que ha expresado en su informe la Procuraduría General de la República, que esta Sala también acoge, el personal que se desempeña en las Municipalidades del país, está limitado para la negociación colectiva, en los términos de esta sentencia, pues, salvo prueba en contrario, se trata de servidores públicos, regidos por la relación de empleo público. Dados los efectos de esta sentencia, de conformidad con lo que dispone el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta importante señalar que le corresponderá a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia determinar si la relación del actor en el Juicio Ordinario Laboral, Eugenio Rodríguez Bolaños, con el Banco Nacional de Costa Rica, se regulaba por el Derecho público o por el Derecho común. La sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de entrada en vigencia de cada convención colectiva en el sector público que se quiera o pretenda aplicar, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Igualmente, de conformidad con lo que dispone el artículo 91 de la misma Ley, procede la Sala a dimensionar los efectos retroactivos de la sentencia a la fecha de la publicación de su reseña en La Gaceta, fecha a partir de la que deben cesar los efectos para todos los servidores a los que le ha vedado el Derecho de la Constitución la posibilidad de celebrar convenciones colectivas ...". Al conocer una gestión de "adición, aclaración, revocatoria y revisión" de ese mismo fallo, en voto complementario N° 9690 de las 15:01 horas del 1 de noviembre de 2000, con mayor claridad y precisión, resolvió: **IV.-**

... Lo que sí debe hacer la Asociación, es tomar nota que en último caso, *la Sala no ha declarado inconstitucionales las convenciones colectivas de algún conjunto definido de instituciones del Estado; esto es, por ejemplo, no ha dicho que no se puedan celebrar convenciones colectivas en las municipalidades o en las universidades. Por el contrario, la sentencia es sumamente clara y no requiere de profundizar en sus conceptos para comprender su tenor, de que hay servidores públicos a los que les está vedada la vía del derecho colectivo de trabajo y que determinar quiénes son esos servidores, es labor que le corresponde a cada uno de los entes públicos en el ejercicio de sus competencias y en última instancia, a los jueces encargados de juzgar las controversias que sobre esta materia surjan ...*" (La cursiva no está en el original). Más adelante, en el considerando VIII de este segundo voto, la Sala puntualiza: "... Una misma convención colectiva en el sector público, puede ser, a la vez, constitucional para quienes tienen una relación de trabajo regulada por el Derecho Común, e inconstitucional,

*para quienes la tienen regulada por el Derecho Público. ¿Quiénes forman parte de uno y otro sector? Eso lo decidirá la propia administración o en su caso el juez (letra D). ...”* (La cursiva no está en el original). Es claro que la Sala Constitucional no declaró inconstitucionales las convenciones colectivas del sector municipal; tampoco dijo que no se pueden celebrar convenciones colectivas en este sector del país. Lo que dispuso es que existen *servidores públicos* a los que les está impedida la vía del derecho colectivo del trabajo para establecer las condiciones de su empleo, y que determinar quiénes son los servidores que integran ese núcleo, compete en primer término a cada uno de los entes públicos en el ejercicio de sus competencias y, en última instancia, a los jueces encargados de resolver las controversias que sobre esta materia se susciten. También se desprende de lo resuelto que no son inconstitucionales las convenciones colectivas que negocien los empleados y servidores que, no obstante formar parte del sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, en los términos que contienen los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea, cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil comunes, según los casos. **IV.-** El contenido esencial de los derechos colectivos, lo constituyen el derecho de huelga, la libertad sindical, y la negociación colectiva; este tríptico forman un conjunto triangular inescindible (Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario. “LA HUELGA EN PERU”, en la obra colectiva “LA HUELGA EN IBEROAMERICA”, Aele, Lima, Perú, 1996, página 209). La negociación colectiva es una facultad inherente al propio derecho de huelga, y ésta es un instrumento de negociación (Tribunal Constitucional Español, sentencia de 8 de abril de 1981, citada por el profesor Alfredo Montoya Melgar, en su ensayo “LA HUELGA EN ESPAÑA”, obra citada, páginas 103 y 104). La negociación colectiva puede tener lugar sin que se ejercite la huelga, pero no puede haber huelga sin que exista negociación colectiva (Cfr. Emilio Morgado Valenzuela, “LA HUELGA EN CHILE”, página 67). Los sindicatos, como asociaciones permanentes de trabajadores, patronos o personas de profesión u oficio independiente, tienen muchos objetivos, finalidades u actividades, como las denomina nuestra legislación. La Constitución y la ley reconocen “*fuera de ley*”, a las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados (artículos 62 de la Constitución Política, 339 y 340 del Código de Trabajo). No hay duda que la negociación colectiva cumple una fundamental finalidad, en tanto propende a mejorar las condiciones en que el trabajo debe prestarse - condiciones de vida- y las demás materias relativas a este (artículo 54 del mismo Código). A nivel internacional, el Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva del 1° de julio de 1949, en el numeral 4° promueve la negociación voluntaria, al disponer: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. Por su parte, la Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en la Reunión N° 86 de la Conferencia Internacional del Trabajo, en el año 1998, estableció como derecho fundamental a ser aplicado en todos los países que conforman esa Organización, “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”. Estos derechos fundamentales, según la Conferencia O.I.T., máximo órgano de esa entidad, son de acatamiento obligatorio por parte de los países que forman parte de dicha organización internacional, quienes deben respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad de buena fe. En otro orden de cosas, y aunque se trata de convenios no ratificados todavía por Costa Rica pero que adquieren carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento, en virtud de la Declaración de Derechos Fundamentales anteriormente citada y de la Carta Constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo. Además, el Convenio 151, de las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública del 27 de junio de 1978, artículo 7°, establece: “Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de los procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados acerca de las condiciones de empleo”. Así también, el Convenio 154 del 19 de junio de 1981, sobre la Negociación Colectiva, artículo 2°, señala: “A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. En la sentencia N° 2313-95 de 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, la Sala Constitucional sentó un valioso precedente al indicar: “...Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo

dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años". Pues bien, la mayoría de esta Sala considera, que el citado Convenio N° 98 de 1949, así como los derechos consagrados en la Declaración de Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo del año 1998, tienen no solamente un valor superior a la ley, sino que además, tales derechos o garantías se verían desatendidos en su núcleo esencial si en el caso de las municipalidades la excepción del derecho a negociar colectivamente se convirtiera en la regla.

#### V.-

Cuáles servidores públicos están excluidos de la negociación colectiva, es decir, cuáles son los que tienen clausurada la vía del derecho colectivo del trabajo, para establecer las condiciones de su empleo? La doctrina de la sentencia de comentario, N° 4453-2000, sigue una orientación clasificatoria o taxonómica de derechos; según lo cual existirían grupos de servidores que estarían excluidos de las convenciones colectivas que se celebren. La mayoría de esta Sala entiende que esos servidores son los que participan de la gestión pública, es decir, quienes conducen y dirigen los poderes del Estado, los jefes de instituciones autónomas, presidencias ejecutivas, así como los jefes (grupo gerencial) de las empresas del Estado, etc., lo que obedece a la necesidad de asegurar la continuidad del funcionamiento de la Administración Pública, constituida por el Estado, y los demás entes públicos (artículos 1° y 4° de la Ley General de Administración Pública), así como para evitar conflictos de intereses por la doble condición de trabajadores y jefes de la Administración. También estarían excluidos los servidores que por su participación en las negociaciones colectivas puedan verse directamente beneficiados de esas negociaciones, cuestión que desde luego no es conveniente. (Cfr. Sala Constitucional, sentencia N° 2531-94 de 15:42 horas de 31 de mayo de 1994). El Decreto Ejecutivo N° 29576 de 31 de mayo de 2001, denominado *Reglamento para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público*, dispone en su artículo 6°, párrafo 2°: "No podrá formar parte de esa delegación (representación patronal) ninguna persona que fuere a recibir actual o potencialmente algún beneficio de la convención colectiva que se firme". La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 de 6 de octubre de 2004, recoge esta doctrina en los siguientes términos: "**Artículo 48.-**

**Legislación o administración en provecho propio.** ... Igual se aplicará a quien favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezcan a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal". Traducido todo lo anterior al ámbito municipal, quedarían excluidos entonces de las normas de una negociación colectiva, solamente los responsables de la gestión pública, tales como el alcalde municipal, los regidores, síndicos, quienes son funcionarios de elección popular (artículo 586, párrafo 2°, del Código de Trabajo, en relación con el 12 y 14 del Código Municipal, Ley N° 7794 de 30 de abril de 1998), e integrantes del *gobierno municipal* (artículo 169 de la Constitución Política, y 3° del Código Municipal), lo mismo que aquellos funcionarios que por el ejercicio de sus cargos hayan tenido una participación directa en la negociación de la convención colectiva. **VI.-**

El marco legal que en materia presupuestaria impone el artículo 176 de la Constitución Política, a la administración pública en general y, a las Municipalidades en particular, en materia de gastos autorizados, no resulta ajeno a lo dispuesto en el artículo 100, párrafos 2° y 3° del Código Municipal, que establece: "El presupuesto ordinario no podrá ser modificado para aumentar sueldos ni crear nuevas plazas, salvo cuando se trate de reajustes por aplicación del decreto de salarios mínimos o por convenciones o convenios colectivos de trabajo, en el primer caso que se requieran nuevos empleados con motivo de la ampliación de servicios o la prestación de uno nuevo, en el segundo. Los reajustes producidos por la concertación de convenciones o convenios colectivos de trabajo o cualquiera otros que impliquen modificar los presupuestos ordinarios, sólo procederán cuando se pruebe, en el curso de la tramitación de los conflictos o en las gestiones pertinentes, que el costo de la vida ha aumentado sustancialmente según los índices de precios del Banco Central de Costa Rica y la Dirección General de Estadística y Censos". Es evidente que el legislador expresamente autorizó a las municipalidades del país para modificar el presupuesto ordinario anual, es decir, para modificar la autorización de gastos del año económico, cuando se concierten convenciones o convenios colectivos de trabajo, que impliquen una alteración de ese género, a condición de que en la tramitación del conflicto o de las gestiones conducentes, se pruebe el aumento substancial del costo de vida. La mayoría de esta Sala estima que esta norma no encierra simplemente una autorización de gasto, sino que implícitamente reconoce la

autonomía política, administrativa y financiera que la Constitución y la ley les confiere a estas corporaciones, que les concede capacidad jurídica plena para celebrar convenios y ejecutarlos (artículos 2, 4, y 13 del Código Municipal, y 170 de la Constitución Política, y sentencias de la Sala Constitucional, N° 05445-99 y 2000-09690, considerando III). **VII.-**

El precitado Código Municipal, en el *Título V*, estableció la carrera administrativa municipal, como medio de desarrollo y promoción humanos, entendido como un sistema integral regulador del empleo y las relaciones laborales entre los servidores y la administración municipal (artículo 115); éste sistema protege a todos los servidores municipales, nombrados a base de selección por mérito y remunerados por el presupuesto, salvo los servidores interinos y los de confianza que quedan excluidos (artículos 117 y 118). Los sueldos y salarios de aquellos servidores, se rigen por las siguientes reglas: a) Ningún empleado devengará un sueldo inferior al mínimo correspondiente al desempeño del cargo que ocupa; b) Los sueldos y salarios de los servidores municipales serán determinados por una escala de sueldos que fijará las sumas mínimas y máximas correspondientes a cada categoría de puestos; c) Para determinar los sueldos y salarios, se tomarán en cuenta las condiciones presupuestarias de las municipalidades, el costo de vida en las distintas regiones, los salarios que prevalezcan en el mercado para puestos iguales y cualquiera otras disposiciones legales en materia salarial (artículo 122). Estas normas abren un importante espacio para la determinación de la retribución económica de los servidores municipales. El costo de vida está sujeto al índice de precios del Banco Central de Costa Rica, que a su vez debe responder a las necesidades de cada región del país; el estudio de mercado es un mecanismo de comparación y equiparación, conforme a la regla del artículo 57 de la Constitución Política, en el sentido que *“el salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”*. La violación de estas reglas, por falta de aplicación o por aplicación indebida, puede generar un movimiento colectivo, dirigido a mejorar las condiciones de empleo imperantes, actualizando o adaptándolas a la realidad imperante. El estado de sujeción en que se encuentra el servidor con la administración municipal, no es incompatible con la idea de la negociación colectiva, pues el propio legislador dejó sentadas las bases con arreglo y dentro de las cuales pueden concertarse, límites que no pueden modificarse o derogarse en razón de la jerarquía normativa (Cfr. Artículo 112, inciso 3], de la Ley General de Administración Pública, y sentencias de la Sala Constitucional, N° 2000- 04453, considerando VII, *premisa # 6*, y N° 1696-92, considerando XI). La convención colectiva, en tanto acoja el acuerdo que zanje el conflicto y le pone término, celebrado entre los representantes patronales y los sindicatos de trabajadores, o en su caso, establezca reglamentaciones duraderas con el fin de prevenir futuros conflictos laborales, se convierte en un precioso instrumento de paz social, frente a eventuales movimientos colectivos.

**VIII.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:** Del escrito de demanda y contestación, se colige que según acción de personal N° 0961, de fecha 30 de agosto de 1974, el actor *Carlos Mora Brenes* se vinculó laboralmente con la Municipalidad demandada desde el 26 de agosto de ese año, como “peón sanitario” en el Departamento de Sanidad Municipal. Asimismo, que adquirió la propiedad el 15 de abril de 1975 al amparo de la acción de personal N° 01314. También, que la relación laboral terminó el 31 de diciembre de 2003, para acogerse a la pensión por vejez, cuando lo hacía como auxiliar de servicios operativos B, en el Departamento de Acueductos. (Ver folio 5) Pretende el pago de cuatro meses de auxilio de cesantía, según lo dispuesto en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, firmada por los sindicatos y la Municipalidad de Alajuela en 1998, ya que solamente le reconocieron ocho meses por ese concepto.

**IX.-** Para la época en que el actor se le pagó el extremo de auxilio de cesantía, por acogerse a la pensión por vejez, regía la Convención Colectiva entre la Municipalidad de Alajuela y la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados - ANEP- y la Unión de Trabajadores Municipales de Alajuela - UTEMA-, de fecha 3 de julio de 1998, que en el numeral 50, párrafo 2°, establece la obligación de la Municipalidad de indemnizar un mes de salario (auxilio de cesantía) por cada año de servicios hasta un máximo de doce años. Esta Convención fue homologada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Departamento de Relaciones de Trabajo, en resolución DRT-119, de las 9 horas del 24 de febrero de 1999, en el entendido que de conformidad con el Voto 3053-94 de la Sala Constitucional y a los dictámenes C-184-94 y C-186-98 de la Procuraduría General de la República, solamente cubre a los trabajadores que no participan de la gestión pública, correspondiendo a cada Institución la obligación de determinar esta cuestión. Téngase en cuenta que en sentencia N° 5445-99 de las 14:30 horas del 14 de julio de 1999, en que se analizó la autonomía municipal, la Sala Constitucional señaló: “...cabe recordar que mediante el régimen propio de las concesiones, la Administración puede contratar con el particular la prestación de los servicios públicos que le competen, régimen que es de plena aplicación para las autoridades municipales, sobre todo para la prestación de los intereses y servicios locales, de manera que la recolección de basura, limpieza de aceras y cunetas o la prestación del servicio de suministro de agua potable -

entre otros-, bien puede atribuirse a asociaciones privadas o a particulares, mediante el contrato respectivo. En este sentido, y referido a la materia, cabe resaltar que la concesión no traslada la competencia de lo local al particular o entidad privada autorizada en los términos del artículo 10 impugnado, sino que se trata del otorgamiento de un derecho de explotación o de prestación del servicio, de manera que "[...](e)l concesionario tiene evidentemente el deber, y no sólo el derecho, de prestar el servicio público, quedando la titularidad de ese servicio en la Administración, a quien corresponde la organización del servicio público y el control de la prestación que haga el concesionario" (sentencia número 5403-95, de las dieciséis horas seis minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco); con lo cual, queda claro que, al no existir una transferencia de las competencias municipales, sino una convención en lo que respecta a su prestación, la cual para su verificación debe contar con la aprobación del Concejo y concretización mediante el respectivo contrato de concesión, no hay infracción a la autonomía municipal. Las tareas municipales admiten participación de la iniciativa privada, salvo que exista ley reforzada que lo prohíba y declare un monopolio municipal al respecto (artículo 46 constitucional); por lo que, más bien, puede decirse que la prestación de los servicios por particulares debidamente aprobada consolida un verdadero derecho a la empresa y a su valor económico, con entera independencia, en tanto existe en nuestro país, el derecho a la libre empresa. ..." Si el actor laboraba como auxiliar de servicios operativo B, en el Departamento de Acueductos, se trataba de un empleado que no participaba de la gestión pública de la Administración Municipal en razón de la índole del puesto que desempeñaba. Pero además, su posición dentro de la institución o respecto de la negociación colectiva, no se encuentra dentro de aquellas excluidas de los beneficios de una negociación colectiva, según el análisis realizado supra.

X.- En consecuencia, se debe confirmar la sentencia recurrida."

#### 4. Licitación pública: Análisis con respecto al estudio de mercado y razonabilidad del precio

[Sala Primera de la Corte]v

Voto de mayoría

"II.- Se hace la observación que en el recurso de casación que aquí se conoce, los agravios no son divididos mediante numeración, pero sí con títulos. En aras de un estudio ordenado del punto jurídico objeto de discusión, se procede a reordenar los reclamos, de la siguiente manera. El **primero** que se analiza, denominado "*Obligatoriedad del Estudio de Mercado y Razonabilidad del Precio*", denuncia que en el procedimiento de licitación pública objeto de este proceso, era obligatorio realizar dicho estudio, lo cual no se hizo. Se muestra disconforme con lo resuelto por el Tribunal, órgano jurisdiccional que determinó que no era necesario el citado estudio, y en apoyo de su tesis, invoca la Circular de la Contraloría General de la República, de las 10 horas del 5 de noviembre de 2004, reconociendo que desde el año 2006 fue dejada sin efecto. Argumenta, pese a la derogatoria, en ese mismo año el ente Contralor emitió la resolución R-DCA-334-2006, en la cual externó un criterio contrario al del A-quo. Sostiene, la exigencia del estudio, tiene asidero además, en la generalidad del ordenamiento jurídico, en particular, como un mandato propio del deber de probidad, consagrado en el numeral 3 de la Ley no. 8422, así como el precepto 49 ibídem, y de los principios fundamentales de razonabilidad y proporcionalidad derivados de los artículos 34 y 182 de la Constitución Política. Cita asimismo, los votos 998-98 y 6432-98 de la Sala Constitucional, los preceptos 8, 31, 42 inciso f) de la Ley de Contratación Administrativa, Resolución del Despacho del Contralor General de la República de las 8 horas del 18 de febrero de 2004, y el numeral 9 del Reglamento de Refrendo para Contrataciones Administrativas. Insiste, en sede administrativa, la Contraloría no realizó un debido estudio técnico sobre la razonabilidad del precio para emitir la resolución cuestionada, y en sede judicial, el Tribunal valoró de forma impropia la trascendencia del argumento en cuanto a este aspecto, lo que a su juicio, determina un vicio pleno de lo fallado.

III.- Para resolver este primer quebranto, debe partirse de que el procedimiento cuestionado, corresponde a una licitación pública, gestionada por el MEP, para la compra de "*Router y video beams*", equipo necesario para su actividad de capacitación, iniciada en el mes de febrero de 2008, que fue adjudicada a favor del Consorcio Font-Epson. El A quo consideró, que para este tipo de contratos administrativos, no resulta indispensable un estudio previo de mercado y razonabilidad de precios, ya que la Resolución de la Contraloría General de la

República de las 10 horas del 5 de noviembre de 2004, fue derogada expresamente por el artículo 13 inciso b) del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-33, emitido a las 14 horas del 8 de marzo de 2006. Esta Sala estima que el agravio no es de recibo. Para esta determinación, se considera pertinente enunciar de forma breve, el contenido de la norma derogada, así como el de la normativa posterior relacionada con este tema. La materia de contratación administrativa, se rige por el principio de legalidad, entre otros de linaje constitucional, en virtud del cual, la autoridad actúa en la medida que se encuentre facultada por la ley, entendida en sentido amplio, siendo que, los procedimientos de contratación se encuentran definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta. El contenido de los ordinales 8, 31 y 42 de la Ley de Contratación Administrativa, determina los parámetros bajo los cuales, se regula lo relativo al requerimiento de estudios técnicos dentro de un procedimiento de esta índole, categoría genérica que engloba un análisis de mercado y razonabilidad de precios, determinando esta cámara, que en el caso en estudio, se cumple con lo exigido por el ordenamiento jurídico. El numeral 8 ibídem, indica, en lo de interés, que para iniciar el procedimiento de contratación administrativa, resulta necesario contar con recursos presupuestarios suficientes para enfrentar la erogación respectiva. Por su parte el ordinal 31 ibídem, determina los parámetros para la estimación contractual, la cual dependerá de las formas de remuneración, el tipo de contratación, y de las bases del concurso. Tratándose de una licitación pública, el precepto 42 de la Ley de Contratación Administrativa, determina, que el procedimiento se desarrollará reglamentariamente, precisando los márgenes dentro de los cuales se circunscribe la potestad reglamentaria. En el inciso a) de la norma de cita, se indica que, para tomar la decisión administrativa de promover el concurso, la Administración está obligada a realizar los estudios suficientes donde se demuestre que los objetivos del proyecto de contratación serán alcanzados con eficiencia y seguridad razonables. Esa norma es la única mención que se hace, relativa a la obligatoriedad de estudios técnicos, pero en la fase previa a la convocatoria del concurso, relativos al logro de la finalidad del procedimiento de contratación, supuesto que no corresponde al denunciado, donde se cuestiona la bondad del precio ofrecido por el Consorcio adjudicatario, y no el logro de los objetivos del proyecto, con eficiencia y eficacia. Pero, valga la oportunidad para indicar, que el mismo recurrente reconoce que dicho estudio sí se realizó, tal y como lo afirma a folio 381 vuelto: *"...Y en cuanto a un estudio de mercado, solamente se puede decir que hubo uno realizado por el Ministerio de Educación Pública, para fijar su presupuesto y la cuantía de la contratación..."*. La Ley de Contratación Administrativa, ni su Reglamento, no exigen la realización de un estudio similar, en una fase posterior, dentro de la tramitación regular de una licitación pública. Sólo de forma excepcional se requiere efectuar un análisis sobre los precios ofertados, en el supuesto contemplado en el numeral 30 de este cuerpo normativo, que refiere el trámite a seguir, en el caso de que la Administración considere que el precio ofertado es ruinoso, no remunerativo o excesivo, que excede la disponibilidad presupuestaria, o producto de una práctica colusoria o de comercio desleal. En estos supuestos, se debe garantizar debido proceso al oferente cuestionado, procedimiento dentro del cual, se incluye la realización de un estudio técnico que venga a sustentar el criterio de la Administración. Con este análisis, y previa audiencia al participante cuestionado, la Administración podrá tomar la determinación de excluir al oferente del procedimiento de contratación. En el presente asunto, el MEP nunca consideró que el precio ofrecido por el Consorcio Font-Epson fuera ruinoso, siendo únicamente Office C. R. quien así lo sostiene. Por esta razón, ante la sola duda de uno de los participantes en el procedimiento de licitación, respecto a las bondades del precio ofertado por otro de los aspirantes, no existe la obligación por parte de la Administración, en este caso el MEP, de elaborar este estudio. Asimismo, tal y como lo reconoce de forma expresa el recurrente, la resolución de la Contraloría General de la República, de las 10 horas del 5 de noviembre de 2004 fue derogada de forma expresa, por el artículo 13 inciso b) del Reglamento Sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, número R-CO-33, de las 14 horas del 8 de marzo de 2006. Por las mismas razones apuntadas, las Resoluciones R-DCA-334-2006, y de las 8 horas del 18 de febrero de 2004, dictadas por la Contraloría General de la República, que el casacionista cita en el recurso, tampoco obligan a la Administración a efectuar un estudio de mercado y razonabilidad del precio, en el supuesto fáctico objeto de este proceso. Esta Sala concluye, que los preceptos analizados, sólo exigen realizar un estudio de mercado y razonabilidad de precios en la fase inicial del procedimiento administrativo, esto con el fin, que el ente proceda a fijar su presupuesto y la cuantía de la contratación, con base en parámetros objetivos, lo cual se cumplió en el caso en estudio. Por estas razones, la infracción al ordenamiento jurídico denunciada, no se dio, lo que obliga al rechazo del cargo.

**IV.-** Dentro de la Resolución de la Contraloría General de la República de las 10 horas del 5 de noviembre de 2004, el ente fiscalizador determinó: *" Al amparo de los artículos 8 y 31 de la Ley de Contratación Administrativa, las administraciones públicas deben establecer el monto estimado por reservar de sus presupuestos para una determinada contratación. Como parte de la estimación se impone realizar un estudio*

*técnico o de mercado para obtener –en términos razonables- el posible precio por pagar .”* Esta normativa fue derogada de forma expresa, por el artículo 13 inciso b) del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, no. R-CO-33 de las 14 horas del 8 de marzo de 2006, que a su vez fue derogado por un nuevo reglamento, con el mismo nombre, no. 44 de 11 de octubre de 2007. En ambos cuerpos normativos, la Contraloría General de la República, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, no incluyó la obligatoriedad de este estudio, por lo cual, no corresponde a un requerimiento indispensable para la legalidad del procedimiento de contratación administrativa, con excepción del supuesto que se dirá. Resulta importante destacar, que el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, vigente, establece en el cardinal 9, párrafo segundo, lo siguiente: “ *Es responsabilidad exclusiva de la Administración constatar la razonabilidad del precio, aspecto que no será abordado en el análisis de legalidad del refrendo, pero estará sujeto a la fiscalización posterior facultativa. Cuando los estudios técnicos incorporados en el expediente señalen la no razonabilidad del precio, deberán acreditarse las razones técnicas y jurídicas que sustenten la decisión de proseguir con la contratación. La procedencia de esas razones forma parte del ámbito de responsabilidad de la Administración y está sujeta a la fiscalización posterior facultativa.*” La norma de reciente enunciación, debe valorarse junto al precepto 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que exige a la Administración un estudio de esta índole, con el fin de dar el debido proceso y derecho de defensa, al oferente, que resulte excluido del procedimiento de contratación, dado que el precio ofrecido está dentro los presupuestos contemplados en el precepto de cita. Se exige entonces, que la Administración tenga una duda respecto a la bondad del precio ofrecido, con el fin de dar inicio al procedimiento para la exclusión de la oferta. De esta forma, si la Administración, pese a contar con un estudio técnico donde se indique que el precio es inaceptable, opta por continuar con el procedimiento, debe dar razón de los motivos de esta decisión, por así exigirlo el canon 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública. En el presente caso, el MEP no ha cuestionado el precio ofrecido por el Consorcio, motivo por el cual, el estudio aludido no resulta obligatorio, al tenor de lo dispuesto en la normas de reciente cita. De esta forma, el argumento del casacionista, relativo a que el fallo de primera instancia lesiona el numeral 9 del Reglamento de reciente cita, carece de sustento fáctico y jurídico.

V.- El recurrente argumenta, que acorde al deber de probidad, consagrado en el canon 3 de la Ley no. 8422, el ordinal 49 ibídem, los principios fundamentales de razonabilidad y proporcionalidad “*derivados de los numerales 34 y 182 de nuestra Constitución Política (ver votos no. 0998-98 y 6432-98 de la Sala Constitucional)*”, se deriva la obligación de efectuar un estudio técnico de mercado y razonabilidad de precios, posterior al requerido en la fase inicial del procedimiento . **Deber de probidad.** Prevé el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito: “*El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.*” Con el proceder de la Administración Pública, en este caso el MEP y la Contraloría General de la República, no se ha lesionado este principio fundamental de todo Estado Democrático de Derecho. Por el contrario, el procedimiento de licitación pública fue tramitado conforme al ordenamiento jurídico, efectuándose el estudio técnico aludido en el momento que el MEP fijó su presupuesto y la cuantía de la contratación, tal y como lo exige la normativa, situación que fue apreciada en forma debida por el A quo, motivo por el cual, la sentencia no adolece del vicio que se le recrimina. Por otra parte, el canon 49 de la Ley de cita, regula el tipo penal del “*sobreprecio irregular*”, estableciendo pena de prisión, en caso que se cumplan con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la aplicación de esta norma. Al respecto, señala: “ *Será penado con prisión de tres a diez años, quien, por el pago de precios superiores o inferiores - según el caso- al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los demás entes y las empresas públicas, las municipalidades y los sujetos de derecho privado que administren, exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión.*” El presente proceso, corresponde a uno de tramitación preferente, regulado por el Código Procesal Contencioso Administrativo, dado que se ventila un asunto propio de esta materia. Por lo anterior, para lo relativo a la aplicación de un tipo penal, debe acudir en la vía correspondiente, siendo que, en todo caso, este órgano decisor le está vedado conocer asuntos de esta naturaleza. **Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.** El fallo de primera instancia, no lesionó estos

postulados, reconocidos por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, como máximas rectoras de la actividad del Estado, y en particular, de la materia de contratación administrativa. Primero, se hace la aclaración, que el artículo 34 constitucional, consagra el principio de irretroactividad de la ley, aspecto que no forma parte de la litis trabada en este asunto. El recurrente, cita el dato de la sentencia 998 de las 11 horas 30 minutos de 16 de febrero de 1998 de la Sala Constitucional, de la cual refirió que se consagran los principios aludidos, pero omitió indicar una cita o contenido concreto del fallo. No obstante, de un estudio pormenorizado del voto en cuestión, esta Sala considera, que el Tribunal Constitucional se refirió, entre otros aspectos, a la importancia del uso adecuado de los fondos públicos dentro de los procesos de contratación administrativa, así como a la obligación constitucional de fiscalización y vigilancia de la Contraloría General de la República. Interesa destacar, a efectos de resolver el presente asunto, las siguientes consideraciones: “... *Y como conclusión general inicial, que emana del examen de los principios, de la doctrina y la jurisprudencia que se han expuesto en los considerandos anteriores, sólo puede afirmarse que el sistema de contratación administrativa está conformado, por un lado, por los principios constitucionales que emanan del artículo 182 de la propia Constitución, y por otro lado, como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, sea la Contraloría General de la República, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público. Es a la luz de estas normas y principios que se entra a analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la normativa impugnada, referente a la contratación administrativa contenida en la Ley y el Reglamento impugnados.*” Se concluye que el alcance dado por el recurrente, a las normas constitucionales, y a la jurisprudencia citada, no conlleva a determinar que el estudio de mercado y razonabilidad de precios es obligatorio, so pena de nulidad absoluta del procedimiento administrativo. Por el contrario, la Sala Constitucional reiteró la función del ente Contralor, respecto al manejo de los fondos públicos, y las potestades que tiene, acorde a la Carta Magna, dentro de las cuales está, la de emitir reglamentos, con base en los cuales norme su actividad, en aras de lograr los fines que el Constituyente le otorgó, siendo la actuación desplegada en el presente proceso de contratación administrativa, conforme a esta enunciación. En consecuencia, ha de rechazarse este agravio.

**VI.-** En el **segundo** motivo, que la parte titula: “*Sobre el Precio Inaceptable (por ruinoso)*”, se denuncia que el fallo no aprecia, las explicaciones externadas, respecto a que el precio ofrecido por el Consorcio Font-Epson es inaceptable por ruinoso. Señala, en la tramitación del procedimiento administrativo, se solicitó se excluyera de la plica del Consorcio, por presentar un importe con las características señaladas, acorde con lo dispuesto en el precepto 30 del Reglamento de Contratación Administrativa. Afirma, en esa ocasión, se solicitó efectuar un estudio sobre la razonabilidad del precio, el cual asegura, se echaba de menos dentro del procedimiento seguido. Asevera, este análisis no se realizó, ni se estimaron las consideraciones apuntadas por la actora, dictándose un acto administrativo de adjudicación, viciado de nulidad absoluta, al carecer de tres elementos esenciales y básicos, a saber: el “*fundamento*”, el motivo y contenido necesario. Refiere, ante la Contraloría General de la República, se realizó un “*supuesto*” estudio de razonabilidad del precio, que acusa, no se efectuó en el momento procesal oportuno, por lo que sostiene, existe un vicio en todo lo procedido, pues se dictó un acto de adjudicación sin ponderar este aspecto, que cataloga de esencial y obligatorio. La sentencia recurrida, insiste, no apreció estos aspectos.

**VII.-** Conforme a las explicaciones brindadas líneas atrás, esta Sala, con fundamento en el ordenamiento jurídico que regula la materia de contratación administrativa, estimó que el estudio técnico mencionado, debe efectuarse en la fase previa del procedimiento administrativo, y no en la oportunidad que el recurrente lo señala, motivo por el cual, el argumento relativo a que existe un vicio esencial en la tramitación, que lleva a la nulidad de todo lo actuado por la Administración, por no haberse efectuado un análisis similar con posterioridad, carece de sustento normativo. Respecto al agravio denunciado, revisada la sentencia impugnada, se concluye que el reproche no es de recibo. El A quo procedió, en el considerando de fondo destacado con la letra V, a enumerar los argumentos esgrimidos por el casacionista, relativos al precio ofertado por el Consorcio Font-Epson, para luego ponderarlos uno a uno, de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente, y la normativa aplicable. La valoración efectuada, fue contraria a los intereses de Office C. R., ya que el Tribunal desestimó las razones de esta parte, pero este aspecto no puede ser objeto del control de la Sala, dado que lo denunciado, es que en primera instancia no se apreciaron estas razones, y en el fallo sí se hizo. De ahí que el agravio, deberá ser rechazado.

**VIII.-** En el **tercer** reproche: “*Supuesta Falta de Prueba en cuanto al Precio Inaceptable por Ruinoso*”, se muestra disconformidad con lo resuelto en la instancia previa, en particular, con la afirmación del Tribunal, relativa a

que la sociedad actora, no aportó prueba de que el precio del Consorcio Font-Epson, sea inaceptable por ruinoso, aseveración que califica de falsa. Asegura, para la demostración de que un precio es ruinoso, sólo hay dos posibilidades: la revelación de la estructura de su importe, y un estudio de mercado debido y comparativo. Sostiene, el Consorcio de forma injustificada, no ha querido detallar la composición de su precio, situación que en su criterio, no ha sido ponderada debidamente. Respecto al estudio mencionado, aduce la existencia de uno solo, efectuado por el MEP, para fijar su presupuesto y la cuantía de la contratación, análisis al que, afirma, no se le ha dado importancia alguna. Explica, acorde con el numeral 30 del Reglamento de Contratación Administrativa, ante la negativa del Consorcio Font-Epson de revelar la composición del precio ofertado, se pasó de una situación de presunción, a una de certeza, en cuanto al hecho denunciado. Pero refiere, en sede administrativa y por los juzgadores, se consideró de forma errada, que acorde al cartel, no era necesario un desglose de la estructura del precio, conforme al ordinal 26 *ibidem*. Asevera, esta norma no ha sido invocada, sino que el precepto que se ha de aplicar es el artículo 30 inciso a) del mismo cuerpo normativo, y este canon, a su juicio, obliga a la oferente cuyo importe se acusa de ruinoso, a demostrar las bondades de su precio. Asegura, como prueba de que el precio es ruinoso, está la negativa del Consorcio, de revelar su estructura, lo cual, en su criterio, confirma la razón que alega tener, ante la renuencia y rebeldía. Otra prueba, es el presupuesto base fijado por la Administración, al cual alega, hicieron alusión conforme a lo obligado por los numerales 8 y 31 de la Ley de Contratación Administrativa, así como el ordinal 3 de la Ley Contra la Corrupción, en el cual el MEP estimó la contratación de forma aproximada, en la suma de \$906,00, y fijando un monto presupuestario cercano a \$1.480.000,00, para adquirir 1636 paquetes de video beams, en referencia al cual, la oferta del Consorcio es un 40 % inferior (\$677,00). El recurrente afirma, que el precio menor ofrecido, le permitió al Ministerio comprar 555 paquetes adicionales. En igual sentido, insiste en el estudio elaborado por el Contador Público Autorizado, que a su juicio, acredita plenamente que el precio es ruinoso, análisis que sostiene, no ha sido refutado por otro estudio de la misma índole y peso, pero que considera, se ha dejado de ver, pese a su claro contenido, según lo indica el casacionista. Asimismo describe, que efectuó un estudio de mercado, comparando diferentes precios, llegando a la conclusión que todos los importes son superiores en rangos del 30 % o más, respecto al precio cuestionado. Alega, estos elementos de prueba son los únicos que se pueden presentar, y con ellos se acredita, que con el precio ofertado por el Consorcio, no es posible suministrar los bienes objeto de la licitación, lo que hace inaceptable el importe.

**IX.-** En la sentencia de primera instancia, al ponderarse las razones dadas por las partes en litis, relativas al precio ofertado por el Consorcio Font Epson, el Tribunal determinó que la sociedad actora Office C. R., no demostró que el importe del adjudicatario fuera inaceptable por ruinoso. Igualmente consideró, que en el presente caso, acorde al numeral 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no es necesario un desglose de la estructura del precio, a menos que el cartel lo indique. El A quo refirió además, el hecho que la demandante no objetó el cartel en este punto en concreto. El aspecto jurídico a resolver, consiste en determinar cuál es la norma aplicable, si el numeral 30 o el 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Este órgano decisor comparte lo resuelto por el Tribunal, en el sentido de que resulta aplicable el canon 26 *ibidem*. Nótese que este precepto, es el que determina, en cuáles hipótesis se exige a los participantes, detallar la estructura del precio, obligación que sólo se prevé, en los procedimientos relacionados con: contratos de servicios y de obra pública, y cuando así lo determine el cartel. El presente proceso de licitación pública, no está dentro de los postulados indicados, motivo por el cual, el Consorcio Font-Epson no está obligado a brindar esta información. Por su parte, el recurrente insiste en aplicar el ordinal 30 *ibidem*, lo cual no es compartido. Reiterando lo dicho en el considerando III, la norma de cita refiere el trámite a seguir, para el supuesto cuando la Administración considere que el precio ofertado es: “*ruinoso o no remunerativo para el oferente*”, “*excesivo*”, “*que excede la disponibilidad presupuestaria*”, o “*producto de una práctica colusoria o de comercio desleal*”, lo que no ocurre en el presente asunto, ya que el MEP no cuestionó el precio ofrecido por el Consorcio Font-Epson, siendo únicamente Office C. R. quien así lo sostiene. El recurrente pretende darle a la norma un alcance que no tiene, pues ni de su contenido literal ni de su interpretación, puede concluirse, que por la sola duda de uno de los participantes en el procedimiento de licitación, el oferente cuestionado esté es la obligación de revelar la estructura de su precio. Ante la negativa del Consorcio adjudicatario de detallar la composición del importe ofrecido, por la petición de Office C. R., no se pasa “*de una situación de duda a una de certeza*” respecto a que el precio es ruinoso, ya que en este caso, la omisión es avalada por el ordenamiento jurídico, al no ser un requisito exigido en el numeral 26 del Reglamento en mención, ni por el cartel. Por la misma razón, no puede ser valorado como un indicio de la ruinosidad del precio, ya que el Consorcio actuó conforme a derecho. Así, a Office le correspondía la carga de demostrar su afirmación. **Estudio de Mercado.** El recurrente afirma, que en la sentencia recurrida, no se le dio importancia alguna al estudio efectuado por el MEP, para fijar el presupuesto base de la contratación, determinando la

Administración el precio en \$906,00, esto de forma aproximada. De acuerdo con la demanda, la suma indicada, correspondió al precio base de referencia, que el MEP fijó al momento de disponer la contratación. A criterio de Office C. R., el importe ofertado por el Consorcio Font-Epson, está más de un 40 % por debajo del precio de referencia, lo que debe valorarse como una prueba de la ruinosidad de este. Al tenor del artículo 7 de la Ley de Contratación Administrativa, la estimación del costo del objeto de la contratación, es un requisito para el inicio del procedimiento administrativo. El estudio citado se enmarca dentro de esta normativa, porque fue el que le permitió al MEP determinar el precio base de referencia de los bienes objeto de la licitación pública, según lo afirma el propio recurrente. De un estudio del fallo cuestionado, se evidencia que el Tribunal, si bien es cierto no indicó de forma expresa la existencia del citado estudio, sí valoró en la resolución cuestionada el cartel de licitación, documento que indica cuál era el presupuesto base de la Administración, siendo esta la finalidad última del estudio de cita. Asimismo, debe indicarse que el precio referido, no corresponde al importe definitivo, del cual no podían salirse las ofertas, sino que se trataba de uno de referencia, con fines meramente presupuestarios. Nótese que el propio Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa prevé la posibilidad de que los participantes oferten un precio menor, al disponer en el párrafo segundo del numeral 86: “ *...Si la oferta ganadora del concurso presenta un precio menor al monto presupuestado, la Administración podrá adjudicar una mayor cantidad de bienes o servicios si la necesidad así lo justifica...* ”. Esta situación fue lo que ocurrió en el presente asunto, pues el propio recurrente acepta que, dado que el precio ofertado por el Consorcio Font-Epson, que estuvo un 40 % por debajo de la estimación inicial, le permitió al MEP adjudicarse 555 paquetes adicionales. Por estas consideraciones, el argumento por sí solo resulta intrascendente para casar el fallo, ya que la estimación inicial, a criterio de esta Sala, resulta insuficiente para determinar que un precio es ruinoso. **Estudio del Contador Público Autorizado.** El Tribunal determinó, que este informe técnico aportado por Office C. R., no demostró que el precio ofertado por el Consorcio adjudicatario fuera ruinoso por inaceptable. Sobre el particular, el A quo indicó: “ *...no cuenta con una suficiente credibilidad, debido a que expresamente indica ese estudio, que las bases del cálculo se sustentan en costos obtenidos de la empresa actora, lo que hace concluir a este tribunal, que la información utilizada por dicho profesional proviene de la misma parte actora, por lo que su base informativa no es apta para tomarla como una verdadera prueba técnica e independiente...* ” Lo resuelto es conforme con el ordenamiento jurídico. El documento elaborado por el profesional aludido, no corresponde a una prueba idónea, la cual acredite que el precio ofertado por el Consorcio Font-Epson tenga por características los atributos contemplados en el numeral 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Esto porque expresamente indicó, que “ *Las bases del cálculo realizado se basa en los costos obtenidos por la empresa IMPORTACIONES OFFICE DE COSTA RICA, OFFICE CR. S. A.* ” (véase documento a folio 172 del expediente de apelación, Contraloría General de la República), lo que implica, que el análisis no parte de parámetros objetivos, a efecto de determinar si el dicho de la actora resulta cierto, máxime considerando que se trata de un profesional contratado de forma privada por la sociedad Office C. R., quien realizó el estudio sin participación de la parte contraria de este litigio. El recurrente refiere además, que efectuó un estudio de mercado, comparando precios de los dos más grandes mayoristas independientes de productos Epson para América Latina; los precios dados por el mismo Consorcio para Licitaciones llevadas a cabo en el MEP contemporáneamente con la objetada, los precios del mercado nacional (mayoristas), refiriendo que es claro que todos son superiores en rangos del 30 % o más, con los precios que se cuestionan. Al respecto, la sentencia analizó con propiedad este aspecto, y consideró que las solas variaciones en los precios, no constituyen un elemento suficiente para aceptar la tesis de la parte casacionista. Por el contrario, el A quo determinó, como una prueba relevante para el dictado del pronunciamiento de fondo, el informe técnico DCA-2476, del 18 de agosto de 2008, elaborado por el Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinario de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, donde se indicó que la recurrente no aporta prueba que permita fundamentar fehacientemente los cuestionamientos respecto al precio ofrecido por el Consorcio Font-Epson, con lo cual el documento emanado del Contador Público Autorizado, y los demás citados, fueron desacreditados por el estudio del ente contralor. Pese a la claridad del fallo respecto al valor probatorio que le otorgó a esta prueba, y a los elementos de convicción que extrae de su ponderación, el recurrente no incluyó en el recurso de casación, argumentos para socavar lo afirmado por el Tribunal. Con base en lo expuesto, el reproche ha de ser rechazado.”

## 5. Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados: Recibo de chalecos antibalas con características distintas a los contratados

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

"II.- [...] En primer término, debe dejarse claro que, en cuanto a los hechos atinentes a la contratación de chalecos del años 2003, el imputado F., fue sobreseído, por resolución del Juzgado Penal, de las 16:25 horas, del 1 de octubre de 2010 (folios 1022 a 1028). De ahí que aunque en esta causa penal se ha venido discutiendo lo relativo a dos procesos de licitación, uno del 2003 y otro del 2005, para la compra de chalecos antibalas, en cuanto al imputado M., el Ministerio Público ha limitado su recurso a la compra del 2005, donde se atribuye a este imputado que, en su condición de Funcionario de la Secretaría General del Organismo de Investigación Judicial, dio el visto bueno para recibir 112 chalecos, marca Kata, a pesar de tener conocimiento de que eran de un nivel de protección balístico inferior al nivel de protección III A y que el modelo MD 102-2 no cumplía con la norma NIJ-ST0101.04. (hecho4, a folio 907), lo que implica que incurrió en una falsedad al afirmar que esos bienes correspondían con los que habían sido objeto de licitación. Sobre este particular debe tomarse en cuenta que el artículo 50 de la Ley 8422, Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, regula: *"...Falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados. Será penado con prisión de dos a ocho años, el funcionario público, el consultor o alguno de los servidores de este, contratados por la respectiva entidad pública, que incurran en falsedad o en manipulación de la información acerca de la ejecución o construcción de una obra pública, o sobre la existencia, cantidad, calidad o naturaleza de los bienes y servicios contratados o de las obras entregadas en concesión, con el propósito de dar por recibido a satisfacción el servicio o la obra. Si con esa conducta se entorpece el servicio que se presta o se le imposibilita a la entidad pública el uso de la obra o la adecuada atención de las necesidades que debía atender el servicio contratado, los extremos menor y mayor de la pena se aumentarán en un tercio...."* El Ministerio Público acusó al señor M., porque afirmó, falsamente, que recibía los chalecos correspondientes a la licitación del 2005, porque correspondían con los que habían sido objeto de contratación en la licitación de ese año, a sabiendas de que eso no era cierto. Es decir, que recibió unos chalecos, indicando que correspondían a los que habían sido objeto de adjudicación, a sabiendas de que lo anterior no era cierto, con lo cual habría incurrido en el ilícito acusado. En relación con esa imputación, el Tribunal absolvió, por certeza, al imputado M., bajo el argumento de que no era una persona que tuviera conocimientos especiales en esta materia, es decir, no era un perito y que no tuvo una participación activa en ambas licitaciones, ni fue quien escogió dichos chalecos, o bien que no se logró establecer algún vínculo entre M. y los representantes de la empresa Armiel S.A., quienes ganaron la licitación y entregaron bienes que no correspondían a los contratados. Como bien lo señalan los representantes del Ministerio Público, el tema en cuestión no era si el acusado había participado activamente en el proceso de contratación de los chalecos, sino que, en forma dolosa afirmó, falsamente, que los chalecos que recibía correspondieran a los que habían sido objeto de licitación. Tampoco era esencial determinar si había relación de alguna índole entre ese acusado y los representantes de Armiel S.A., pues en ningún momento se le imputó un hecho en tal sentido. Ahora bien, sobre este particular el Ministerio Público aportó gran cantidad de prueba, que no fue objeto de valoración por los juzgadores, y que demuestra, objetivamente que existía una falsedad en lo afirmado por el imputado M., pues los chalecos no tenían el nivel III A, que era el requerido para que los oficiales del Organismo de Investigación Judiciales fuesen protegidos ante disparos con armas que son comunes en el uso de los delincuentes, a saber, *Mágnum* calibre 44 y 357. Independientemente de las siglas que se acompañen a la citada licitación (MD-102), era claro que el Nivel III A fue incluido dentro de los requerimientos y tiene un significado especial, pues sirve para protegerse contra proyectiles de las armas apuntadas. De tal forma que era innecesario que se consignara en la licitación el tipo de arma contra las cuales debía servir los chalecos, pues sería una redundancia, dado que el nivel III A ya los contemplaba. Ahora bien, en cuanto al nivel de protección de los chalecos, se contó con el testimonio de A.A. (folios 1329 a 1330), quien fue encargado por el imputado M. para recibir los chalecos, y fue sumamente claro en que no quiso hacerlo porque no se contaba con el criterio técnico de que fuesen de la calidad de las especificaciones. Es decir, no hace referencia únicamente a un conflicto interno sobre este tema,

como afirma el Tribunal, sino a que algunos conocedores de la materia ya habían cuestionado el material, concretamente los oficiales C. y R., agentes del SPII. Aunque el imputado M. negó tener conocimiento de que A.A. hubiese rechazado los chalecos, es obvio que faltó a la verdad, pues él lo había encargado de esa labor y debía informarle de las razones por las cuales no recibió dichos bienes. Consecuentemente, si ya existía un criterio negativo sobre la falta de correspondencia entre lo contratado y lo que pretendían entregar los imputados A. y B., es claro que M. conocía la falsedad en que incurrió al indicar que sí se trataba de los mismos bienes, lo que podría implicar la comisión del hecho delictivo que le atribuyó el Ministerio Público. De igual manera, carece de sustento la afirmación del Tribunal de mérito en cuanto a que existe una coincidencia entre los chalecos que originaron la contratación 3-313-05 y los recibidos por el imputado M., en el tanto se trataba de chalecos marca Kata, MD-102, pues se está dejando de lado que lo importante era el nivel de protección, que en esta caso quedó bien especificado en la licitación y en lo adjudicado. Es decir, no bastaba con tomar tres o más chalecos al azar en el juicio e indicar que existía una coincidencia. O bien que existía un peritaje de W., donde se indicaba que esos chalecos sí correspondían con los ofertados, porque resistían los proyectiles Magnum 44, pues existe una prueba que desmiente categóricamente lo anterior y consiste en el acta consular sobre la información remitida por la casa fabricante de los chalecos, donde se establece que el nivel de protección de los chalecos es IIA, lo cual evidencia que no se cumple con los requerimientos, tal y como lo había señalado el francés que rindió un informe al respecto, a saber, O. Si bien es cierto el señor Ro. no fue sometido al contradictorio, no por eso pierde valor la información que aportó, máxime que coincide con la información de la casa fabricante y con lo que ya había señalado la investigadora G. (folios 1334 a1337). Incluso esa testigo afirmó que, en las pruebas realizadas por el señor R., en el primer día estuvo presente el perito W., pero cuando las balas empezaron a pasar los chalecos, se retiró del sitio (folio 1136), lo que evidencia que el peritaje rendido por W., a pesar de que fue sometido a contradictorio, no tenía mayor valor ni sustento científico. En síntesis, el Tribunal de mérito ha dejado de valorar varios elementos probatorios que resultaban esenciales para la imputación que formulaba el Ministerio Público, en cuanto a la presunta participación dolosa del imputado, al afirmar, falsamente, que los chalecos recibidos correspondían a los que habían sido objeto de licitación. El imputado M. ya había sido advertido por otros funcionarios del Organismo de Investigación Judicial, en el sentido de que dichos chalecos no cumplían con los requerimientos y, a pesar de ello, siempre los recibió y afirmó la falsedad referida. De tal forma que corresponde al Tribunal de Juicio analizar la totalidad de esos elementos probatorios y brindar los argumentos para determinar si el imputado cometió o no el hecho que se le atribuye en relación con la contratación del 2005. Por lo anterior, por mayoría, se declaran con lugar los motivos y se anula el fallo, en cuanto absuelve al imputado M., por el delito de falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados, por haber recibido los chalecos que se licitaron en el 2005. Se ordena el reenvío para nueva sustanciación al respecto.”

#### **“VI.-VOTO SALVADO JUEZA GARCÍA VARGAS.**

Con todo respeto para lo que ha resuelto la mayoría, me permito disentir parcialmente de lo resuelto, únicamente en lo que se refiere a la anulación de la absolutoria dictada en favor del imputado M. [...] **En primer lugar**, aunque tengo claro que él fue la persona que dio por recibido los chalecos, el delito que se le ha venido atribuyendo es el de falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados, que está previsto en el artículo 50 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. En ese sentido, como es obvio, se trata de un delito doloso que, a su vez, contempla varias posibilidades para su ejecución. En lo que aquí interesa, tendría que haberse demostrado que el aquí imputado falseó o manipuló la información sobre la calidad o naturaleza de los bienes contratados, con el propósito de dar por recibido, a satisfacción ese servicio. Claramente, en este caso el acusado nunca se demostró que hubiera falsificado algo para dar por recibido a satisfacción los chalecos. Por otra parte, la otra opción típica sería que él hubiera manipulado esa información con el mismo fin de dar por recibido. Conducta que tampoco se demostró. **En segundo lugar**, en mi criterio lo que se presentó en este caso, fue que M. incumplió, gravemente, con su deber de verificar con mayor criterio y profundidad, si de verdad los chalecos que se le estaban entregando, cumplían o no con las especificaciones pretendidas en el cartel de la licitación. Desde mi punto de vista, el voto de mayoría traslapa y confunde el dar por recibido esos chalecos con la falsedad o la manipulación previa que tendría que haber hecho el aquí acusado. Véase que según ese voto la falsedad en que incurrió el acusado fue, al mismo tiempo, porque recibió los chalecos, sin embargo, en ningún momento se determinó que él dijera que éstos sí cumplían

con las especificaciones, por el contrario, su acción se limitó a recibir. En otras palabras, dicha falsedad no puede ser, al mismo tiempo, el dar por recibido esos chalecos aunque implícitamente esto pudiera significar que dio por bueno lo que no lo estaba. Como también se tuvo por demostrado en la sentencia y lo acepta el voto de mayoría, a M. otros compañeros le advirtieron que no recibiera aquellos bienes, porque les parecía que no cumplían con los requisitos y por esto ellos se negaron a hacerlo. Sin embargo, también es claro que el tema de si los chalecos cumplían o no con las especificaciones requeridas, ameritó de varios criterios técnicos y de pericias y documentaciones adicionales. Desde esta perspectiva, cómo se va a predicar que el imputado actuó de manera dolosa, dando por recibido como bueno algo que tenía que saber que no lo estaba, si no fue sino hasta bastante tiempo después que se llegó a establecer la posibilidad de que esos chalecos tuvieran los defectos que se ha detallado y que, conforme se indicó en el voto unánime, no fueron bien ponderados por el Tribunal, pero respecto de la absolutoria dictada en favor de los otros dos coimputados. Un dato que advierte esta situación es, precisamente, que la licitación que interesa era del año 2005, fecha en que este acusado dio el visto bueno para recibirlos, pero la denuncia respectiva penal no inició sino hasta el año 2008. Quiere decir, que no fue cuando el imputado recibió, que se determinó la posibilidad de que el bien entregado tuviera algún problema, sino que fue hasta mucho tiempo después. Tal circunstancia, además, se debe ver de la mano de lo que se le acusó a este imputado y que, para considerarlo como una conducta dolosa, se indicó que él tuvo conocimiento, junto con los otros acusados, de que los chalecos no cumplían con las especificaciones (ver folio 1274). Esta forma de imputación sí hubiera sido coherente con el dolo requerido por el delito en cuestión, en la medida que se hubiera probado que M. actuó en conjunto, con los otros imputados para defraudar al Estado, falsificando o manipulando la información para dar por recibidos los bienes que no cumplían con las especificaciones respectivas. Ahora bien, desde mi punto de vista, tal y como ya he mencionado, la conducta del este acusado fue negligente e irresponsable porque no escuchó las advertencias que le hicieron, precipitándose a recibir cuando, una persona diligente y preocupada por verificar todos los aspectos establecidos en una licitación, no puede recibir un servicio o un bien, si se presentaba alguna duda respecto a su calidad o condición.”

## 6. Tráfico de influencias: Inexistencia en caso en el que se emiten recomendaciones laborales

[Sala Tercera de la Corte]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

“I.- Se desprende de los autos que a folios 742 y siguientes, el Fiscal General a. i. de la República Lilliam Gómez Mora, solicita desestimar la denuncia interpuesta contra M. de acuerdo con los siguientes hechos: “1. El día 13 de febrero del año 2007, los ex Diputados representantes de la fracción del Partido Acción Ciudadana presentaron denuncia y adujeron que la señora ex diputada, actual Ministra de Economía, incurrió en el delito de Tráfico de Influencias, al generar para terceros de forma ilícita nombramientos y plazas a desempeñarse como educadores, misceláneos y otros puestos, en el sector público de educación, propiamente ante el Ministerio de Educación Pública. 2. Denunciaron También que algunos ex diputados conformaron las denominadas “comisiones de nombramientos regionales”, eran los encargados de ejercer esa influencia política en el sector de educación, ante el ex director del jefe del Departamento de Personal del MEP, A , como en el caso del ex + diputado O , quien se encargó del sector de Corredores. 3. Es así como la denunciada, realizó una propuesta de nombramientos de terceras personas de varios sectores del País, ante el Jefe del Departamento de Personal del MEP, con el fin de que fueran nombrados en algunas plazas dentro del Ministerio de Educación Pública.” (Folio 742). Solicita la desestimación de la sumaria al considerar que los hechos denunciados no son configurativos de delito alguno, por carencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo en cuestión. Sustenta su petición señalando que: “Como lo indica la doctrina el delito de Tráfico de Influencias es un delito de resultado y debe producir en el sujeto activo ese poder de influencia que lo lleve a realizar una acción con relación a su cargo para beneficiarse él o un tercero, situación que en la presente causa no se efectuó, porque el simple hecho que los exdiputados denunciados externaran una recomendación a esas terceras personas para los puestos varios, no significa que se haya realizado esa influencia ante el Ministerio de Educación, ya que como quedó analizado los nombramientos se efectuaron con fundamento en los Estatutos del Servicio Civil”. (folio 746) **La solicitud es de recibo.** El artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, número 8422 establece: “Artículo 52.—**Tráfico de influencias.** Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, 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". Como se desprende de la norma transcrita, la intención del legislador es castigar a quien influya en un servidor público para que: "haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones," de forma tal que genere un beneficio económico para sí o un tercero. Como acertadamente lo señala la representante del Ministerio Público la conducta penalizada es aquella que provoque un resultado concreto, así como que la misma sea capaz de influir a un funcionario para que tome un acto administrativo determinado. Conviene señalar lo establecido en los numerales 21, 22 y 87 del Estatuto de Servicio Civil, ley número 1581. El numeral 21 indica: "La selección de los candidatos elegibles para servidores públicos comprendidos por esta ley corresponderá a la Dirección General de Servicio Civil de acuerdo con lo que disponen los artículos siguientes." Por su parte el artículo 22 reza: "La selección se hará por medio de pruebas de idoneidad a las que se admitirá únicamente a quienes satisfagan los requisitos que establece el capítulo IV. Para la preparación y calificación de las pruebas la Dirección General deberá requerir el asesoramiento técnico de los organismos en donde ocurran las vacantes, cuyos jefes estarán obligados a darlo. Podrá también la Dirección General asesorarse de otros organismos o personas." Por último el numeral 87 indica: "Para el nombramiento del personal técnico-docente y administrativo docente, se seguirá el procedimiento de terna que señala el Título Primero de este Estatuto y su Reglamento. Sin embargo, la elaboración de las bases y promedios para la selección previa tanto el personal propiamente docente, como del personal técnico y administrativo docente, estará a cargo de jurados asesores de la Dirección General de Servicio Civil. Estos jurados tendrán, además, la función de determinar la calificación mínima que, en cada concurso, se requiera para obtener calificación de "elegible". Estarán integrados por un delegado de cada una de las siguientes instituciones, asociaciones y colegios: 1) Para puestos en Pre-Escolar y Primaria: a) Universidad de Costa Rica; b) Asociación Nacional de Educadores; c) Ministerio de Educación Pública; d) Dirección General de Servicio Civil; y e) Conferencia Episcopal de Costa Rica, cuando se trate de maestros de religión. 2) Para puestos de Enseñanza Media, Especial y Superior: a) Universidad de Costa Rica; b) Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza; c) Asociación Nacional de Educadores; d) Ministerio de Educación Pública; e) Colegios Profesionales Docentes; f) Dirección General de Servicio Civil; y g) Conferencia Episcopal de Costa Rica cuando se trate de profesores de religión. Excepto el delegado de la Dirección General, los restantes deberán ser profesionales, del nivel para el cual se hará la selección de candidatos. La sede del jurado estará en el edificio de la Dirección General de Servicio Civil, salvo que, para favorecer los trámites, aquel resuelva reunirse en otro local u oficina. (Así reformado por el artículo 1 de la Ley N° 4889 de 17 de noviembre de 1971)". Como se deduce, el trámite de nombramientos, según lo establece las normas atinentes del Estatuto de Servicio Civil y demás normativa que la complementa, es un proceso algo complejo que se divide en diferentes etapas: a) ofertas de servicio, b) orden de prelación según condiciones establecidas legalmente, c) calificación de atestados, d) ingreso a la nómina de elegibilidad, entre otros. Es decir, para ocupar un puesto en el sector educación no sólo se requiere llenar una oferta de trabajo sino que deben superarse una serie de etapas de previo a ingresar a la lista de elegibles y optar de acuerdo a un orden preestablecido por una plaza en forma interina o en propiedad. Por lo tanto, la recomendación que pudiera extender la denunciada, no abona en nada el proceso al que deben sujetarse las personas interesadas para acceder a un puesto en el sector educación. En este sentido, no se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de Tráfico de influencia, razón por la cual los hechos denunciados no son típicos de la delincuencia acusada, razón por la cual, se acoge la solicitud formulada por el Ministerio Público y **se desestima la denuncia** formulada contra M , actual Ministra de Economía."

## 7. Tráfico de influencias: Desestimación del delito en caso de memorando del referendo acerca del TLC

[Sala Tercera de la Corte]<sup>viii</sup>

Voto de mayoría

“I.- Conforme lo dispuesto en los artículos 391 y siguientes del Código Procesal Penal de 1996, se atribuye a esta Sala la competencia para tramitar el procedimiento y juzgar a los miembros de los Supremos Poderes de la República. Visto el contenido de la gestión presentada por el Lic. Francisco Dall’Anese Ruiz, en su condición de Fiscal General de la República, en la que solicita la desestimación de la denuncia interpuesta por el Diputado Oscar López Arias, contra el Diputado Fernando Sánchez Campos, en donde indica entre otras cosas que: “...se tiene por plenamente acreditada la existencia del memorando... así como el nombre de las (sic) persona que lo confeccionó (Kevin Casas Zamora) y por el contenido del mismo pareciera derivarse la también aceptación de las ideas plasmadas por parte del aquí denunciado, Fernando Sánchez Campos... Corresponde analizar, si el haber emitido el harto mencionado documento conlleva consigo la comisión de algún hecho delictivo, así como determinar la posibilidad de haberse empleado dineros o fondos públicos en apoyo o promoción de alguna de las posiciones encontradas con relación al TLC...” (cfr. folio 171). Agrega, el Fiscal que “...la misiva dirigida al Presidente de la República por parte de algunos alcaldes y alcaldesas (72) en apoyo al TLC, es de fecha 08 de junio de 2007, es decir, anterior al tantas veces mencionado memorando (lo que además evidencia su contenido, al hacer referencia la carta de los 72 alcaldes) acá denunciado, por lo que no podría considerarse esa nota como producto de presiones generadas por aquel (El cual además fue dirigido a dos destinatarios completos, siendo la prensa la que lo hizo de conocimiento público, en setiembre de 2007)... Importante también es señalar, que en el acto público celebrado en la sede de la Conferencia Episcopal el día 14 de agosto del año 2007, el discurso del señor Presidente denominado “A Cumplir una Deuda Pendiente” visible a folios 43 a 47 del expediente, no contiene exigencias de algún tipo para con los Alcaldes, en el mismo se refiere a la gestión de éstos (aquel documento suscrito por 72 alcaldes) y a los compromisos de campaña y plan de gobierno, agradeciendo el apoyo a la aprobación del T.L.C...” (Cfr. 172 a 174). Manifiesta, que “...no podría derivarse razonablemente (como se propone en la denuncia), que el memorando confeccionado por el señor Kevin Casas Zamora y compartido por el acá denunciado Fernando Sánchez Campos, haya tenido incidencia relevante en los eventos señalados (carta de los 72 alcaldes, y acto público del Presidente en la sede de la Conferencia Episcopal), ni las ideas ahí plasmadas, revelan la comisión de alguna conducta delictiva” (Cfr. folios 174 y 175). Se expone con fundamento en el oficio DDA-027-01, suscrito por el Director de la División Administrativa, de la Asamblea Legislativa, MBA. Pedro Solano García, que el denunciado Sánchez Campos no utilizó bienes o servicios de la Asamblea Legislativa, o sea fondos públicos, para la promoción de alguna tesis sobre la aprobación del T.L.C. (ver folios 175 y 176). Asimismo se expone con fundamento en lo señalado por el Tribunal Supremo de Elecciones en la resolución 1957-E6-2008, que: “...determinó que no les está vedado a las y los funcionarios de instituciones del Estado, sostener discusiones y participar en labores de campaña y apoyo o rechazo al T.L.C., siempre que no se comprometan indebidamente recursos institucionales y la inaplicación del artículo 88 del Código Electoral en los procesos de referéndum... la falta de adecuación de la conducta denunciada al artículo 153 del Código Electoral, el cual sanciona la violación a las prohibiciones establecidas en el artículo 88 de ese mismo cuerpo legal” ( Cfr. folio 179). También una vez ponderados los elementos probatorios recabados se logró descartar que el Diputado Fernando Sánchez con ocasión de la consulta popular sobre el proyecto de Ley N° 16047 (aprobación del T.L.C.) hubiera incurrido en la comisión de los delitos de peculado o malversación. Finalmente, con sustento en la plataforma fáctica denunciada se determinó la falta de adecuación a alguno de los supuestos contemplados en el numeral 152 del Código Electoral (Ley N° 1536, vigente al momento de los hechos), por las siguientes razones: el Diputado Sánchez Campos no fue miembro de una Junta Receptora de Votos, magistrado o funcionario del Tribunal Supremo de Elecciones, miembro de un organismo electoral o de una Junta, Director o servidor del Registro Civil o de la Imprenta Nacional (que en cuanto a las circunstancias personales del sujeto activo resultan indispensables para tener por demostrado el tipo objetivo). Tampoco se violó la inmunidad de un miembro de Junta Electoral, ni se denunció el impedimento de un acto de propaganda o la suplantación de un fiscal de mesa, la suplantación de votantes, de adherentes, o la falsificación de adhesiones para inscribir un partido político, así como se interrumpió la votación, se cambió el local de votación, se extrajeron papeletas o se retiró material de votación durante el período establecido en el artículo 102 del Código Electoral. En lo que se refiere a lo dispuesto en el inciso r) del artículo 152 del Código ibidem, que sanciona a : “Quien, con dádivas, promesas de dádivas, violencia o amenazas compeliere a otro a adherirse a una candidatura, a votar en determinado sentido o a abstenerse de votar...”, se expone que el citado “memorando”:

“...tenía como únicos destinatarios a los hermanos Arias Sánchez, consecuentemente no podría inferirse de este documento una amenaza directa para los ciudadanos en general, más bien, planteaba una especie de estrategia (cuya moralidad no está en análisis), para obtener el apoyo a la tesis a favor de la aprobación del T.L.C.” ( Cfr. folio 183), a lo que se adiciona que el contenido del citado documento lo que hacía era aconsejar al Presidente de la República y al Ministro de la Presidencia una estrategia o acciones para activar la campaña del sí al T.L.C., sin que tampoco sea posible adecuar la participación del denunciado a la figura del instigador (ver folios 184 a 186). Finalmente, no se está en presencia de los elementos típicos de los delitos de: a) coacción, ya que en el memorando no se advierte amenaza alguna, ni sus destinatarios compelieron a nadie mediante amenazas o violencia, a hacer o tolerar algo a lo que no estaban obligados; b) tráfico de influencias ni influencia en contra de la Hacienda Pública, al no adecuarse a ninguno de los supuestos objeto de tutela; c) fraude de Ley en la función administrativa, en la medida que el documento: “...no refleja el ejercicio de la función pública per se, ni es muestra del encubrimiento de una actuación a través de una norma que permite evadir o más acertadamente eludir, otra que debía aplicarse” ( Cfr. folio 188). Así las cosas, siendo adecuadas y suficientes las razones expuestas en el libelo agregado entre folios 162 a 188, y no estando en los supuestos del artículo 395 ibídem, procede acoger la solicitud de desestimación formulada por el Ministerio Público y en consecuencia, **se desestima** la denuncia formulada contra **Fernando Sánchez Campos**, Diputado de la Asamblea Legislativa, por los delitos de coacción e instigación pública (artículos 193 y 273 del Código Penal), tráfico de influencias, influencia contra la Hacienda Pública y fraude de ley en la función administrativa (numerales 52, 57 y 58 de la Ley N° 8422) que se le atribuyeron.”

## 8. Tráfico de influencias: Análisis del tipo

[Sala Tercera de la Corte]<sup>ix</sup>

Voto de mayoría

“I. [...] El artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública contiene la conducta que el legislador ha tipificado como constitutiva del delito de tráfico de influencias. La disposición de comentario está dirigida a sancionar a toda persona que, por sí misma o utilizando un intermediario, se valga de su cargo o de cualquier situación personal o jerárquica suya respecto de un funcionario público, influya sobre este último. Como se ve, el núcleo de la acción es el influir sobre un servidor público. A su vez, el verbo influir, cuando se refiere a personas, significa “*ejercer predominio, o fuerza moral*” (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición). Entonces, el tráfico de influencias supone que el sujeto activo ejerce sobre el pasivo un dominio o una fuerza suficientes para imponerse sobre él. En otras palabras, el influido se ve determinado por el influyente. Además, la preponderancia del sujeto activo sobre el pasivo requiere de una situación de jerarquía o personal entre ambos, de forma que el funcionario público destinatario de la influencia se vea comprometido a cumplir la voluntad de quien influye. Adviértase entonces que autor del delito puede ser tanto quien desempeña un cargo público como alguien ajeno a la función pública. Esto porque en el primer párrafo del artículo 52 mencionado, luego de donde se lee “...*prevaleándose de su cargo...*”, se lee una “o”, lo cual significa que aparte de la utilización del puesto, además hay otros supuestos en que se tipifica la influencia, como lo pueden ser ligámenes afectivos (familiares, de amistad íntima, de pareja, entre otros) o de otra índole (negocios o intereses comunes, por ejemplo) que conlleven la sumisión del servidor público destinatario del ejercicio de predominio ante quien practica esa fuerza. Finalmente, debe tenerse siempre presente que para la configuración de este ilícito, se influye al funcionario, con el fin de que genere beneficios económicos o ventajas indebidas, ya sea para quien influye o para un tercero. Así, todo ese ejercicio de poder ya descrito requiere de una finalidad específica, cual es la de que el sujeto activo obtenga, para sí o para alguien más, alguna situación beneficiosa que no es debida, es decir, que el ordenamiento jurídico no reconoce a favor de quien la obtiene. Y ese favorecimiento indebido abarca cualquier tipo de ventaja, incluidos los beneficios económicos. Claro está que se trata de asuntos que estén al alcance del funcionario público influido y enmarcados en el ámbito de sus atribuciones. Ahora bien, en el presente asunto, definitivamente no se está ante ninguna actuación ilícita por parte de la Diputada xxxx . En primer lugar, tal como lo señala la representante del Ministerio Público, la denunciada no goza de ninguna posición de superioridad jerárquica respecto del Ministro de la Presidencia, ni del Presidente de la Caja Costarricense de Seguro Social, ni tampoco del Director del Instituto Costarricense sobre Drogas. Además, las misivas dirigidas al Ministro Arias Sánchez y al Dr. Doryan Garrón, no son más que el traslado de inquietudes comunales. A

juicio de esta Sala, lo único que hace la Diputada en esas cartas es poner en conocimiento de las autoridades, distintas problemáticas en las que pueden intervenir con el objetivo de solucionarlas. En el caso del licenciado Boraschi Hernández, la encartada no hizo más que pedirle permiso para revisar las bodegas institucionales para ver si allí había algún vehículo útil para realizar un proyecto (del cual, por cierto, solamente hizo un comentario al Director del Instituto Costarricense sobre Drogas). Además, en ninguna de las tres situaciones se aprecian peticiones para algo indebido. La carta dirigida al Ministro de la Presidencia tiene como único fin ponerlo al tanto de varias necesidades que distintas comunidades expresaron a la legisladora en materia de salud; lo que indicó la Diputada al titular de dicha cartera ministerial fue simplemente que “*valore la posibilidad de solucionar lo planteado*”. Exactamente lo mismo sucede con la nota remitida al Presidente de la Caja Costarricense de Seguro Social. Y, como ya se dijo, al licenciado Boraschi Hernández sólo se le pidió una autorización. Es criterio de esta Sala que ninguna de las solicitudes es contraria a Derecho, es decir, no se busca algo indebido para nadie. En los dos primeros casos, la denunciada xxxx no hizo más que cumplir con su función de representante popular. Recuérdese que aún cuando los Diputados son elegidos por Provincias, tienen ese carácter por la Nación (artículo 106 de la Constitución Política). Así las cosas, por derivar su investidura del sufragio universal y por tener a su cargo la representación popular, nada es óbice para que los Diputados realicen gestiones tendientes a la satisfacción del interés general, que es la “*expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados*” (artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública). En el asunto bajo examen, ese interés es evidente en las misivas dirigidas al Ministro de la Presidencia y al Presidente de la Caja Costarricense de Seguro Social. En lo que respecta a la gestión realizada ante el Director del Instituto Costarricense sobre Drogas, sin entrar a valorar la viabilidad jurídica del proyecto al que hace alusión la denunciante, esta Sala estima que no hay nada indebido en pedir permiso, a la autoridad competente para otorgarlo, de revisar las bodegas institucionales. Así las cosas, considera este Tribunal que lleva razón la licenciada Gómez Mora al estimar que en el presente asunto no hay conducta ilícita penal alguna por parte la denunciada, lo cual hace que carezca de todo mérito proseguir una causa penal en su contra. Por todo lo anterior, **se acoge la solicitud formulada por la licenciada Lilliam Gómez Mora, en su calidad de Fiscal General Subrogante de la República, y en consecuencia, se desestima la causa que se ha seguido contra la Diputada xxxx, por el delito de tráfico de influencias que se le atribuía en perjuicio de los deberes de la función pública, toda vez que no hay delito alguno que perseguir.**”

## 9. Comiso: Bien proveniente del delito de enriquecimiento ilícito efectuado por un alcalde municipal

[Sala Tercera de la Corte]x

Voto de mayoría

**“XX.-** [...] En el presente asunto, el Tribunal dispuso el comiso de la finca con matrícula de folio real número [...] del Partido de San José a favor de la Municipalidad de Aserrí. En este sentido se dijo: “*...De conformidad con lo establecido por los artículos 103 inciso 3 –que consigna que el hecho punible tiene como consecuencia el comiso-, 110 –que establece que el delito produce la pérdida de las cosas o valores provenientes de su realización, a favor del Estado- del Código Penal y 61 de la Ley No 8422, Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el presente caso procede decretar el comiso de la finca con número de folio real [...] del Partido de San José a favor de la Municipalidad de Aserrí. En concreto, el artículo 61 de la Ley No 8422, Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece con respecto a las consecuencias civiles del delito de enriquecimiento ilícito: “La condena judicial firme por el delito de enriquecimiento ilícito producirá la pérdida, en favor del Estado o de la entidad pública respectiva, de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero o derechos, obtenidos por su autor, su coautor o cómplices, como resultado directo de este delito, **salvo derechos de terceros de buena fe**, conforme lo determine la respectiva autoridad judicial. En el caso de bienes sujetos a inscripción en el Registro Nacional, bastará la orden judicial para que la sección respectiva del Registro proceda a trasladar el bien a las municipalidades de los cantones donde se encuentren ubicados, si se trata de inmuebles, a fin de que puedan ser usados en obras de provecho para el cantón o de beneficencia pública. Los demás bienes tendrán el destino que se determine en el Reglamento de esta Ley. La orden de inscripción o de traspaso estará exenta del pago de timbres y derechos de inscripción.” Se ha acreditado, tal y como se indicó supra que el delito de enriquecimiento ilícito se configura, cuando J. emite la nota indicando el saldo de la deuda subsistente con Morales Guzman (sic), quien la emplea -lo que le permite adquirir una propiedad (la propiedad número [...] del Partido de San José) que tenía un valor mayor, para la cual Morales Guzmán no tenía soporte económico en sus*

ingresos para acceder al crédito hipotecario de la Mutual, de modo que se le aprobara el crédito por la totalidad del valor de la propiedad, ni condición económica que le hubiera permitido asumir la deuda por la totalidad del valor de la propiedad- así como cuando se realiza el ulterior traspaso constituyéndose la hipoteca a favor de la Mutual Alajuela de Ahorro y Préstamo, momento en el cual hubo una condonación vedada e ilegítima (sic) de parte del señor J. en su carácter personal y como representante de sus empresas [...], gracias a lo cual Morales Guzmán, como funcionario Público acrecentó su patrimonio incurriendo en la figura de enriquecimiento ilícito que prevé el artículo 46 de la ley 8422. En consecuencia, procede declarar el comiso de la finca número [...] del Partido de San José a favor de la Municipalidad de Aserrí, **sin perjuicio de derechos de terceros de buena fe incluida la hipoteca que soporta de la Mutual Alajuela de Ahorro y Préstamos...**” (cfr, folios 1324 a 1326, el destacado no es del original). De conformidad con el artículo 110 del Código Penal: “El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros”. Por su parte, el numeral 61 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece: “La condena judicial firme por el delito de enriquecimiento ilícito producirá la pérdida, en favor del Estado o de la entidad pública respectiva, de los bienes muebles o inmuebles, valores, dinero o derechos, obtenidos por su autor, su coautor o cómplices, como resultado directo de este delito, salvo derechos de terceros de buena fe, conforme lo determine la respectiva autoridad judicial...”. En el caso examinado, el Tribunal ordenó el comiso de la finca número [...] del Partido de San José a favor de la Municipalidad de Aserrí, conformándose con indicar “sin perjuicio de derechos de terceros de buena fe incluida la hipoteca que soporta de la Mutual Alajuela de Ahorro y Préstamos”. Nótese que el órgano juzgador claramente indicó que la Mutual Alajuela de Ahorro y Préstamos es acreedora hipotecaria del bien inmueble objeto de comiso, sin embargo, no consta en autos que a esta Mutual como acreedora hipotecaria se le comunicara la posibilidad de apersonarse en el proceso a efectos de que como tercero de buena fe hiciera valer sus derechos alegando lo que considerara oportuno. En consecuencia, siendo el comiso una consecuencia civil del hecho punible y apreciando esta Sala que la acreedora hipotecaria Mutual de Alajuela de Ahorro y Préstamo quedó en un estado de indefensión, conforme el párrafo final del ordinal 359 del Código Procesal Penal, se declaran con lugar –por razones distintas a las alegadas– el séptimo reclamo por la forma del recurso de casación presentado por el licenciado Mario Navarro Arias, así como el cuarto reproche por el fondo y el segundo reclamo por la forma del recurso de casación interpuesto por Mario Morales Guzmán. Se anula la sentencia impugnada, únicamente en lo referente al comiso de la finca número [...] del Partido de San José. Se ordena el juicio de reenvío de la causa para que el mismo Tribunal Penal, con distinta integración a la que dictó el fallo impugnado, proceda a su debida tramitación en cuanto a este único aspecto. En todo lo demás, el fallo permanece incólume. “

#### **“VOTO PARCIALMENTE SALVADO DEL MAGISTRADO ARROYO GUTIÉRREZ:**

El que suscribe, Magistrado Arroyo Gutiérrez salva parcialmente el voto y se aparta del criterio de mayoría en cuanto a los reclamos planteados contra la resolución del a quo de ordenar el comiso de la finca número [...] del Partido de San José. De conformidad con la opinión de este juzgador, no es de recibo, como lo alega el defensor Navarro Arias, una supuesta violación a las reglas de la sana crítica en la medida en que el Tribunal de sentencia no analizó el peritaje establecido por la Mutual de Alajuela en cuarenta millones de colones, refiriéndose sólo al monto de quince mil dólares, dejando por fuera la procedencia de la finca y el resto del precio de ésta. De igual manera, tampoco resulta de recibo el alegato del propio imputado Morales Guzmán cuando señala errónea interpretación de los artículos 103 y 110 del Código Penal y del numeral 61 de la Ley No. 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Es lo cierto que el comiso decretado obedece a que analizada la conducta del coimputado Morales Guzmán, se estableció que las maniobras fraudulentas realizadas por él y por el coimputado J. , conformaron el delito de Enriquecimiento Ilícito pues acrecentaron el patrimonio de Morales como funcionario público, disfrutando del usufructo de la casa de habitación que había perdido judicialmente por espacio de varios meses y posteriormente recuperando esa propiedad cuando J. emite un documento haciendo constar como deuda a su favor una suma relativamente baja (la equivalente a los quince mil dólares en cuestión) que le permite a Morales adquirir el préstamo por parte de la Mutual e hipotecarla a favor de esta entidad. Era claro además, que si la operación se hubiera realizado por el monto verdadero del valor de la propiedad, Morales no estaba en condiciones de enfrentar el préstamo por no tener la capacidad económica para hacerlo, de manera que operó una condonación o regalía de buena parte del precio real de la propiedad que J. consintió en realizar a cambio de los favores que su empresa recibía en los trámites que Morales estaba en condiciones de facilitar como Alcalde

de la Municipalidad de Aserrí. Estos hechos están descritos y fundamentados por los juzgadores del caso (folios 1324 a 1326) con toda claridad y solidez, motivo por el cual no cabe, en esta opinión, anular el fallo y reenviar para nueva discusión. Asimismo, cuando el Tribunal de sentencia decreta el comiso a favor de la Municipalidad, lo hace con perfecta aplicación de los artículos 103 inciso 3 y 110 del Código Penal y, específicamente el numeral 61 de la Ley 8422 Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. No tiene ninguna trascendencia si el a quo no hizo mayor reparo del peritaje total de cuarenta millones que la Mutual de Alajuela había realizado acerca del valor real de la propiedad en cuestión, puesto que sí se dice con claridad que la diferencia operó como parte del valor real que le fue otorgado a título de regalía (enriquecimiento ilícito) de parte de J. para con Morales. En nuestro criterio, no tiene sentido, en función de que no fue tomada en cuenta procesalmente la intervención de la Mutual de Alajuela, anular el comiso y promover una nueva discusión de ese extremo. Esta cuestión deviene en un mero formalismo, puesto que los intereses de la Mutual no están en peligro conforme los términos en que se decide el punto en sentencia. Tampoco estamos frente a un caso igual al que la jurisprudencia de esta Sala ha resuelto en casos anteriores, ya que no se trata de un tercero de buena fe al que se le esté eventualmente afectando sus derechos sin haber sido notificado nunca de que el bien en entredicho ha sido comisado. Se reitera que los términos de la decisión del a quo en este caso, pone a salvo esos derechos e intereses y no tiene porqué considerarse que hay algún riesgo para ese tercero debidamente identificado en el conflicto. Nótese que la decisión del Tribunal de sentencia consiste en que se hagan los cambios registrales, con resguardo de los derechos eventuales de terceros, particularmente la hipoteca que soporta esta propiedad a favor de la Mutual mencionada, lo cual resguarda cualquier perjuicio en su contra. Si se invalida este comiso, a quien realmente se está perjudicando es la Municipalidad de Aserrí, entidad pública que, conforme a las leyes citadas, debe ser la beneficiaria en virtud de un delito debidamente comprobado. Por esta razón es que el juzgador que suscribe no está de acuerdo tampoco con las razones de la mayoría y estima innecesario y contraproducente el reenvío para una nueva discusión de este extremo. En consecuencia, la posición que se sostiene es la declarar sin lugar los alegatos esgrimidos por los interesados en cuanto se decreta embargo de la propiedad No. [...] del Partido de San José.”

#### **10. Falsedad ideológica de documento público o auténtico: Carácter de funcionario público del notario y régimen de prescripción aplicable**

[Sala Tercera de la Corte]<sup>xi</sup>

Voto de mayoría

“**ÚNICO.**- [...] En el caso particular, el sentenciado pretende, a la luz de argumentos que ya fueron examinados en esta sede, que esta Cámara reconsidere loresuelto sobre el tema de la prescripción. Con ello, se coloca fuera del ámbito de admisibilidad de la revisión. Nótese que en el fallo número 923, de las 11:25 horas, del 27 de agosto de 2010, se expuso lo siguiente: “...*Habiendo actuado en su condición de notario público, para todos los efectos elimputado tenía la condición de funcionario público, según lo establece el artículo 1 del Código Notarial (ley número 7764 del 17 de abril de 1998). Demanera que el régimen de prescripción para tales hechos no es sólo el preceptuado en el Código Procesal Penal, sino el que en particular establece la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (número 8422, del 29 de octubre del 2004). A tenor de esta ley especial, el plazo de prescripción, una vez que se ha interrumpido (como aconteció en este asunto, al ser indagado J.C. el 30 de enero del 2002 –al respecto, ver el inciso a del artículo 33 del Código Procesal Penal-), empezaba a contar nuevamente, pero sin reducción alguna (artículo 62, inciso (a) de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública). En consecuencia, el plazo se extendía hasta el 30 de enero del 2010, pues la pena máxima imponible para la delincuencia en cuestión es de ocho años (inciso (a) del artículo 31 del Código Procesal Penal en relación al artículo 360 del Código Penal). De tal forma que la convocatoria o señalamiento de la audiencia preliminar se encontraba dentro del plazo de la prescripción, el cual se vio interrumpido nuevamente a partir de esa fecha (7 de junio del 2007). Así las cosas, se declara si lugar la excepción de prescripción de la acción penal interpuesta con respecto al delito de falsedad ideológica cometido en daño de la señora R...*” Obsérvese, como aspecto relevante, que para el momento de entrada en vigencia de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, no se había cumplido el plazo de prescripción de la causa, partiendo desu cómputo con la reducción a la mitad, por lo cual, lo resuelto por esta Sala no constituye aplicación retroactiva de la ley, sino aplicación desde su vigencia.”

## **11. Incumplimiento de deberes: Análisis sobre su naturaleza como delito omisivo propio de mera actividad en relación con la consumación**

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]<sup>xii</sup>

Voto de mayoría

“II.- [...] Por otra parte, debe decirse que concuerda ésta Cámara con el juzgador de juicio, en cuanto al hecho de que el delito de Desobediencia a la Autoridad no es un delito de efectos permanentes. Tal y como lo sostiene el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en el resolución 812-2002 que se cita en el fallo, la conducta típica de desobediencia se consuma en el momento mismo en que se desobedece la orden. Valga agregar que el delito de Desobediencia a la Autoridad, y en igual forma el regulado en el artículo 71 de la Ley de Jurisdicción Constitucional que no es más que una norma especial para el incumplimiento de las órdenes de la Sala Constitucional, puede requerir para su consumación, un hacer o un no hacer. De ello dependerá cuando se entiende por consumado el mismo. Si lo ordenado es una prohibición, cualquier acción que el sujeto destinatario de la orden ejecute en contra de esa prohibición, constituirá el delito de desobediencia. Así por ejemplo, si se incumple varias veces la orden cuya contenido es una prohibición (un no hacer), cada incumplimiento constituirá un delito independiente (Res 2009-325 y 2010-111 Tribunal de Casación Penal de Cartago). Por el contrario, si la orden contiene una obligación de hacer, por ejemplo en el presente caso, en que JUDESUR representada por los imputados, debía sacar a licitación una concesión y adjudicar la misma en el término de seis meses, se consumó el delito en el momento en que el término otorgado por la autoridad que emitió la orden, se venció. En este caso, sólo una vez se consumará el delito de desobediencia, pues de lo contrario se caería en el absurdo de que cada día que pasa sin que la orden se cumpla, estaríamos en presencia de un nuevo delito. Por ello, consideramos tal y como lo sostiene el *a quo* que el delito de desobediencia no es un delito de efectos permanentes, sino un tipo omisivo de mera actividad. Finalmente, debe decirse que el régimen de prescripción establecido en la Ley contra la Corrupción y Enriquecimiento ilícito de La Función Pública, no es aplicable al presente proceso, toda vez que el artículo 62 de dicha ley dispone: *“La acción penal respecto de los delitos contra los deberes de la función pública y los previstos en la presente Ley, prescribirá en la forma establecida por la legislación aplicable; no obstante, regirán las siguientes reglas: a) Una vez interrumpida la prescripción, los plazos fijados en el artículo 31 del Código Procesal Penal volverán a correr por un nuevo período, sin reducción alguna. b) Además de las causales previstas en el artículo 33 del Código Procesal Penal, la acción penal podrá interrumpirse por la declaratoria de ilegalidad de la función administrativa, activa u omisiva, o por la anulación de los actos y contratos administrativos que guarden relación con el correspondiente delito, ya sea que el pronunciamiento se produzca en vía judicial o administrativa”*. De tal forma, que la legislación citada que contiene reglas especiales de prescripción, no se aplica al delito de desobediencia a las órdenes de la Sala Constitucional, previsto en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por lo anterior, debe rechazarse el motivo.”

## **12. Delitos contra los deberes de la función pública: Cómputo del plazo de prescripción**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xiii</sup>

Voto de mayoría

“I. [...] Lleva razón el recurrente cuando señala que los criterios de reducción del plazo a la mitad de la prescripción, contemplados en el artículo 33 del Código Procesal Penal no se aplican a los delitos contra los deberes de la función pública, dentro de los que está incluido el delito de Abuso de Autoridad, de modo que una vez producida la causal de interrupción de los plazos de prescripción, dicho plazo nuevamente empieza a correr completo, o sea en este caso en concreto los tres años, por el delito de Abuso de Autoridad. La primera causal de interrupción de la prescripción en el presente caso se produjo con la declaración indagatoria del imputado en fecha primero de febrero de dos mil cinco (Cfr folio 15), la siguiente causal de interrupción se dio en fecha dos de mayo de dos mil cinco en que se señaló para la Audiencia Preliminar (Cfr folio 27), con lo cual apenas había transcurrido tres meses y un día. Dos años, un mes y trece días después, o sea el quince de junio de 2007 se dicta la sentencia de sobreseimiento definitivo siendo que para aquella fecha, el dictado de la

sentencia también era causal de interrupción de la prescripción. Asimismo en fecha veinticuatro de setiembre de dos mil siete, el Tribunal de Casación Penal, conociendo del presente recurso de casación, dicta la resolución 2007-1078 de las nueve horas treinta y cinco minutos del día veinticuatro de setiembre de dos mil siete en la que suspende el procedimiento y la prescripción de la acción penal por estar pendiente una acción de inconstitucionalidad contra varios artículos de la ley 8422, entre ellos el 62, aplicable en este caso. Entre la sentencia de Sobreseimiento Definitivo, y el voto del Tribunal de Casación del veinticuatro de setiembre de dos mil siete, había transcurrido apenas tres meses y nueve días. La acción de inconstitucionalidad fue resuelta en fecha siete de mayo de dos mil ocho por lo que a partir de esa fecha empezó a correr nuevamente el plazo de prescripción que a la fecha no se ha cumplido, pues ha transcurrido apenas un año y cuatro días a los que hay que sumarle los tres meses y nueve días entre el dictado de la sentencia de sobreseimiento y la acción de inconstitucionalidad presentada, lo cual nos da un año, tres meses y doce días, lo que implica que la causa no está prescrita. Tómese nota además que conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, (entre otros resoluciones 576-2002 de 11:50 horas del 1 de agosto de 2002, voto 2003-0162, voto 2006-1013 y 2006-1167), las resoluciones del Tribunal de Casación son sentencias y por ende interrumpen la prescripción. En razón de lo anterior, se declara con lugar el recurso de casación interpuesto. Se anula la sentencia de sobreseimiento definitivo y se remite el expediente al despacho de origen para que continúe con la tramitación de la causa.”

### **13. Prescripción de la acción penal: Consideraciones en relación a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xiv</sup>

Voto de mayoría

"I.- En el único motivo del recurso, el licenciado José Pablo Alvarado Cascante acusa errónea aplicación de las normativa procesal, específicamente la relacionada con la prescripción de la acción conforme lo dispone el artículo 62 de la "Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública". Refiere que el Tribunal de Juicio se equivocó al decir que no eran aplicables las nuevas reglas que sobre esta materia se establecieron en este numeral, dado que, a partir de su vigencia, sea el 29 de octubre de 2004, y conforme a lo que en él se dispuso, ya no regía la reducción del término previsto en la normativa de rito, sino que tenía que contarse la totalidad del plazo. Señala que "(...)lo anterior no conlleva una aplicación retroactiva de la Ley, ni modificar el acto interruptor del día 13 de abril de 2004, simplemente **aplicar a partir del día 29 de octubre de 2004 la prescripción que se encuentra vigente en dicho momento**, esto conllevaría a que el 13 de octubre de 2005 no prescribió la causa, toda vez que el artículo 62 de la Ley 8422 para ese momento vigente, señalaba que no se aplicaba reducción a la mitad del plazo de prescripción. A saber, la ley 8422 entró en vigencia cuando la causa aun no se encontraba prescrita por lo que le resulta aplicable las nuevas reglas de prescripción, siendo lo contrario el caso hipotético de que el año y medio hubiese transcurrido antes del 29 de octubre de 2004, situación en la cual no se podría aplicar retroactivamente la nueva normativa." (Ver folios 303 y 304). **El reclamo no es de recibo:** Ya la jurisprudencia de este Tribunal (así votos No. 391-1999, No. 372-2001 y No. 1058-2001), lo mismo que la de la Sala Constitucional (ver votos No. 5821-1998 o No. 4397-1999) y la Sala Tercera de la Corte (cfr. votos No. 891-1999, No. 368-2000, No. 383-2002, No. 1017- 2002, No. 1019-2002 y No. 35-2003), ha indicado que las reglas de la prescripción, como normas de carácter instrumental que son, tienen vigencia tan solo hacia el futuro y nunca al pasado. No es posible aplicar por tanto retroactivamente la ley procesal, dado que tal posibilidad se prevé únicamente para las normas sustantivas y siempre que resulten más beneficiosas al imputado. Bajo tal consideración, las reglas en materia de prescripción serán eficaces a partir de su vigencia para los hechos o los actos procesales que ella prevé, pero nunca a los ya producidos, pues no se puede retrotraer sus efectos a éstos. Así las cosas, si bien el artículo 62 de la "**Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública**" (Ley No. 8422) dispone que en lo sucesivo no se aplicará la reducción prevista en el artículo 33 del Código Procesal Penal una vez interrumpido el término de la prescripción cuando sobrevenga alguna de las causales que así lo permiten, iniciando de nuevo la totalidad del plazo del artículo 31 de ese mismo cuerpo legal, tal norma no podrá aplicarse a los supuestos o casos en los que, previo a su entrada en vigencia, ocurrida el 29 de octubre del año 2004, ya se había reducido el término de la prescripción a la mitad como consecuencia precisamente de alguna de las causales interruptoras previstas, según lo establecía para ese momento la normativa procesal. Tal norma es eficaz únicamente a

partir de su entrada en vigencia para los casos en los que sobrevenga alguno de los actos interruptores que la normativa procesal prevé y siempre que el término no se hubiese ya reducido con anterioridad conforme estaba previsto, ya que las actuaciones se rigen por la ley procesal que se encuentra vigente al momento en que se producen y no a las que ya habían ocurrido. En otras palabras, no podría restablecerse la totalidad del plazo de la prescripción a partir de una norma que aún no se hallaba vigente para el momento en que, conforme a la legislación que sí regía, se produjo una causal con efecto reductor. Ello significa que cuando se promulga la "*ley de enriquecimiento ilícito*" (29 de octubre de 2004), en este proceso ya se había interrumpido y reducido a la mitad el término de la prescripción, ello de acuerdo con la normativa que así lo regulaba, sea de según lo previsto en el numeral 33 del Código procesal. Con esto se logra salvaguardar de mejor forma los derechos de las partes y el principio esencial de seguridad jurídica, pues se descarta que una legislación procesal posterior venga a dirimir de manera diversa lo acaecido en un proceso o trámite anterior. Esto último se produce incluso independientemente del momento en que se declare la extinción de la acción penal (sea durante el tiempo de vigencia de la reforma o antes de ella), porque la resolución que así lo establece tiene tan solo un carácter declarativo y no constitutivo de la prescripción ya consumada. De esta forma, si en el caso bajo análisis, y según lo previsto por la ley que estaba vigente cuando se suscitó, el término de la prescripción se redujo a la mitad una vez que se presentaron los actos interruptores correspondientes, el plazo que se debe computar es el de un año y seis meses y no el de tres años como se afirma en el recurso. Por tanto, si el último acto que lo interrumpió lo fue la primera convocatoria a audiencia preliminar dictada el 13 de abril del año 2004 por el Juzgado Penal de Liberia (ver folio 21), la prescripción se produjo en este caso el 13 de octubre del año 2005, conforme lo resolvió el Tribunal de Juicio, no solo porque para esa fecha se cumplió el año y seis meses que se requería para ello, sino también por cuanto no se presentó ninguna otra causal con carácter interruptor durante este período. Así las cosas, no siendo atendibles los alegatos del representante del Ministerio Público, lo que se impone es declarar sin lugar el recurso que interpone. [...]

**III.-** En el segundo motivo del recurso por la forma, la querellante Olga Patricia Guevara Rodríguez acusa violación a las reglas de la sana crítica y solicita la nulidad de la sentencia de sobreseimiento que se dictó a favor de la justiciable Rosa Elena Viales Gutiérrez. En lo esencial señala que el Tribunal se equivocó al considerar la convocatoria a audiencia preliminar dictada por el Juzgado Penal de Liberia como un actor interruptor, con fecha 13 de abril del año 2004, pues dicho órgano jurisdiccional no era competente para dictar esta resolución. Conforme a la "*Ley de creación de la jurisdicción penal de hacienda y de la función pública*", Ley No. 8265, vigente desde el 17 de mayo del año 2003, la única instancia jurisdiccional que tenía el poder de convocar a la referida audiencia lo era el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Por ello, la verdadera convocatoria a audiencia preliminar que debe tomarse para efectos de determinar la interrupción de la prescripción, lo es la que este despacho judicial dictó el 17 de julio del año 2005 y no la que emitió el Juzgado Penal de Liberia. Agrega además que al haberse declarado incompetente el Juzgado Penal de Liberia para conocer del asunto, conforme lo alegó el Ministerio Público en la audiencia que se llevó a cabo en dicha jurisdicción, la convocatoria que se ordenó para tal efecto no podía tenerse como un acto interruptor en los términos previstos en el artículo 33 de la normativa procesal. Igualmente, estima que al recibirse la declaración de indagatoria de la imputada, esto el 7 de agosto del año 2003, el término de la prescripción se redujo a la mitad como estaba previsto en la ley, sin embargo al sobrevenir la reforma a las reglas que rigen esta materia a través del artículo 62 de la "*Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública*", esto el 29 de octubre del año 2004, el plazo se modificó a tres años. Por tanto, si la indagatoria en la causa se realizó el 7 de agosto del año 2003, siendo este el primer acto interruptor de la prescripción, el término para su declaratoria se debía cumplir hasta el 7 de agosto del año 2006, cosa que no ocurrió, pues antes de que ello ocurriera se dictó por primera vez la convocatoria a audiencia preliminar por parte de la autoridad jurisdiccional que realmente era competente para hacerlo, sea por parte del Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José el 17 de julio del año 2005. Los reproches no son de recibo: En primer término, tal y como se resolvió en el primer Considerando de la presente resolución, no es cierto que el término de la prescripción en la causa era de tres años, pues la modificación introducida a través del artículo 62 de la "*Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública*", Ley No. 8422 del 29 de octubre de 2004, tiene efectos solo hacia el futuro y no se le puede dar efectos retroactivos. En otras palabras, una vez producido los actos interruptores que se observan en el expediente, como lo fue la indagatoria del 7 de agosto del año 2003, o bien, la primera convocatoria a audiencia preliminar del 13 de abril de 2004, el término de la prescripción era de un año y seis meses y no de tres años como se afirma en el recurso. En este mismo orden de ideas, si bien el Juzgado Penal de Liberia no era competente para ordenar la primera convocatoria a audiencia preliminar, dada la creación de la "Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública" por Ley No. 8265 del 17 de mayo de 2003, dicha circunstancia no afecta la eficacia o la validez de ese acto. El artículo

48 del Código Procesal Penal, al regular los problemas de incompetencia que se pueden presentar en el trámite de las causas penales, es muy claro al respecto. Dispone que la inobservancia a las reglas sobre esta materia por las autoridades respectivas solo produce o acarrea la ineficacia de los actos que se suscitan una vez que haya sido declarada la incompetencia. Esto quiere decir que todas las actuaciones realizadas por un Juez Penal incompetente mantienen su validez o sus efectos, mientras no se hubiese declarado así. Por lo anterior, si el Juzgado Penal de Liberia reconoció que no podía continuar conociendo de la causa ante la gestión interpuesta por el representante del Ministerio Público cuando se realizó la audiencia preliminar el 19 de mayo del año 2004 (ver folios 27 a 30), resulta claro que todos los actos previos a esta diligencia mantienen su validez o eficacia, como lo sería la resolución del 13 de abril del año 2004 que ordenó la convocatoria de esta actuación. Consecuentemente, esta última sería la primera convocatoria decretada en este proceso y no la que dictó el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, y como tal tiene el efecto de producir la interrupción del término de la prescripción, según lo resolvió el Tribunal de Juicio. Por último, a mayor abundamiento de lo expuesto, aun cuando de manera hipotética se asumiera que la resolución del Juzgado Penal de Liberia no tenía efecto interruptor alguno, cosa que ya se dijo no es cierto, debe acotarse que la prescripción de la causa siempre habría operado, pues desde que se practicó la indagatoria de la imputada Viales Gutiérrez el 7 de agosto del año 2003, momento en el que se redujo el plazo a la mitad, al dictado de la convocatoria ordenada por el Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José el 17 de julio de 2005, transcurrió más de año y seis meses, que era el término que se requería para que prescribiera la acción penal en la especie, lo cual habría sucedido (de aceptar el alegato de la recurrente en cuanto a la ineficacia de los actos de una autoridad jurisdiccional incompetente) el 7 de febrero del año 2005. Por último, como ya se dijo, aun asumiendo que esa resolución fuera eficaz, como lo reclama el impugnante, el párrafo final del artículo 33 referido, estipula que la interrupción de la prescripción opera aun cuando la resolución dictada (vgr. convocatoria a audiencia preliminar o sentencia) se declare ineficaz. En otras palabras, de cualquier forma siempre habría prescrito la acción penal en este caso. Así las cosas, no llevando razón la quejosa en sus reproches, se declara también sin lugar este segundo motivo de la impugnación que presenta."

**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, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del 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 las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. 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 CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

---

<sup>i</sup> Asamblea Legislativa. Ley 8422 del 06/10/2002. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Fecha de vigencia desde 29/10/2004. Versión de la norma 7 de 7 del 19/10/2012. Gaceta núm. 212 del 29/10/2004.

<sup>ii</sup> Sentencia: 00877 Expediente: 06-016713-0042-PE Fecha: 22/07/2011 Hora: 10:15:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

<sup>iii</sup> Sentencia: 00337 Expediente: 11-000066-0621-PE Fecha: 19/02/2013 Hora: 03:25:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.

<sup>iv</sup> Sentencia: 00550 Expediente: 04-000282-0639-LA Fecha: 15/08/2007 Hora: 09:55:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

- 
- v Sentencia: 00496 Expediente: 08-000936-1027-CA Fecha: 18/05/2009 Hora: 11:00:00 a.m. Emitido por: Sala Primera de la Corte.
- vi Sentencia: 01042 Expediente: 08-004231-0042-PE Fecha: 21/05/2013 Hora: 11:40:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.
- vii Sentencia: 00005 Expediente: 10-000032-0033-TP Fecha: 14/01/2011 Hora: 08:57:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- viii Sentencia: 00051 Expediente: 07-004497-0647-PE Fecha: 03/02/2010 Hora: 10:05:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- ix Sentencia: 00060 Expediente: 07-007367-0647-PE Fecha: 30/01/2009 Hora: 09:00:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- x Sentencia: 00877 Expediente: 06-016713-0042-PE Fecha: 22/07/2011 Hora: 10:15:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- xi Sentencia: 00191 Expediente: 11-000052-0006-PE Fecha: 15/02/2013 Hora: 11:10:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- xii Sentencia: 00142 Expediente: 03-000902-0455-PE Fecha: 21/04/2010 Hora: 11:07:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de Cartago.
- xiii Sentencia: 00483 Expediente: 04-201983-0306-PE Fecha: 11/05/2009 Hora: 10:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.
- xiv Sentencia: 00132 Expediente: 03-200913-0396-PE Fecha: 23/02/2006 Hora: 10:30:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.