



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

JURISPRUDENCIA SOBRE PREVARICATO

Resumen: el siguiente informe no es más que una compilación sobre el Delito de Prevaricato, el análisis va desde el concepto, presupuestos, elementos constitutivos del tipo y finaliza con ejemplos claros de cuando se está en presencia de éste delito y cuando no.

SUMARIO:

- I. Concepto
- II. Análisis doctrinario y normativo
- III. Elementos constitutivos del tipo y concepto de "resolución administrativa".
- IV. Presupuestos
- V. Omisión de pronunciamiento por errónea interpretación de la pretensión en recurso de amparo no lo configura
- VI. Interpretación de la ley está fuera del prevaricato
- VII. Resolución que emite un criterio interpretativo de la ley no lo configura.
- VIII. Atipicidad de la conducta al asignar magistrados para la tramitación de un recurso de amparo
- IX. Inexistencia en caso de magistrados que rechazan de plano recurso por no obedecer a un mandato de la Sala Constitucional.
- X. Análisis sobre la condena en costas en caso del desistimiento expreso de la querrela.
- XI. Adelanto de criterio e interpretación sobre los alcances de una disposición jurídica constitucional no lo configura
- XII. Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones que en ejercicio de sus atribuciones interpretan los alcances de una disposición jurídica constitucional no lo configura
- XIII. Delegación ilegal de competencia administrativa no lo configura al no existir afectación al bien jurídico tutelado



Centro de Información Jurídica en Línea



- XIV. Delito que solo pueden cometerlo funcionarios que dictan resolución.
- XV. Atipicidad de la conducta de ministro que presenta proyecto de la Oficina de Presupuesto a la Asamblea Legislativa.
- XVI. Análisis doctrinario y normativo sobre los alcances del concepto "resolución administrativa"
- XVII. Innecesario que los funcionarios reciban contraprestación



Aires, Editorial Astrea. 1981. p. 4). Importante es destacar que si bien algunos autores identifican el objeto de tutela en estos delitos, con la Administración Pública en sí misma considerada, lesionada por la infracción de un deber por parte del funcionario, lo cierto es que hoy se aboga porque tales conductas deben mirarse desde otra óptica, aquella que centra la naturaleza de la función pública de cara a los administrados, quienes son los destinatarios de la actividad estatal y, en general, pública, para que así la penalización de estas conductas adquiera un sentido razonable, proporcionado y propio, distinto del ámbito disciplinario que acompaña y regula el quehacer de los funcionarios y empleados públicos o de quienes ejercen funciones públicas. Porque es un hecho que la función pública implica para el funcionario que la realiza, el cumplimiento y respeto de una serie de deberes, que no pueden separarse del ejercicio de la función misma. Se ha dicho, con razón, que centrarse únicamente en el quebrantamiento del deber implica "una concepción subjetiva del deber, que sitúa en primer plano el quebrantamiento de la confianza que el Estado deposita en el funcionario, desplazando el contenido objetivo del deber a cumplir, que sólo en las concepciones que tienen en cuenta ese aspecto de la función permite encontrar un interés digno de protección (...) Indudablemente, si tal infracción del deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, no sólo se empobrece, sino, lo que es más grave, adopta un tinte antidemocrático en el que, en definitiva, el núcleo del injusto radica en la lesión a la autoridad del Estado (...) Lo cierto es que resulta difícil delimitar lo que es el correcto ejercicio de la función sin atender a los deberes propios del funcionario que la desempeña. Pero entiendo que ello puede hacerse configurando objetivamente el deber y sin que necesariamente suponga centrar el injusto en la lesión de la relación funcionarial. Los deberes del cargo son también los deberes en relación al administrado, sin cuya concreción se difumina la función" (García Arán, Mercedes. La prevaricación judicial. Madrid, Tecnos, 1990. pp. 26 y 37.) Pues bien, siguiendo esta línea de exposición, el delito de prevaricato se ha concebido como un delito contra la función jurisdiccional, excepcionalmente cubriendo, bajo esa misma denominación, la conducta de otros sujetos equiparados, teniendo estos en común que realizan actividad jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, como los árbitros o arbitradores, o bien, en el caso del ordenamiento español, que alcanza a aquellos funcionarios encargados de resolver asuntos o negocios administrativos, manteniéndose la característica de actuarse frente a un reclamo, conflicto, litis o contención (véase



Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1991. 366 y ss.) También se equipara al prevaricato la conducta de los abogados, procuradores o mandatarios judiciales que perjudiquen los intereses que le han sido encomendados, todos con incidencia en un proceso y precisamente son estas conductas las que originariamente fueron calificadas de praevaricatio -de prae y varicare, desviarse del camino recto, o sea, la traición al deber de defensa- (Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal Parte Especial. Bogotá, Editorial Temis, Volumen III, 1972. p. 307; Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978. pp. 590 y ss. Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia. Tirant lo blanch, 1993. pp. 762 y ss.; Creus, op. cit. pp. 429 y ss). En nuestro particular caso, se equiparan además, en el artículo 351 del Código Penal, los asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. En el caso de la legislación argentina, el prevaricato está estructurado como un delito que lesiona estrictamente la función judicial, teniendo como figura básica el llamado prevaricato judicial, que sanciona la conducta del juez "que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas", llegando incluso algunos a admitir que esta definición incluye al juez administrativo "pues lo que decide, en última instancia, es que el asunto sea justiciable" (Breglia Arias, Omar. Gauna, Omar. Código Penal y leyes complementarias. Buenos Aires. Editorial Astrea, segunda edición actualizada. 1987. p. 929). De esta figura parten las restantes, todas integradas en el capítulo X del Título XI que contempla los Delitos contra la Administración Pública. Como común denominador de los delitos tipificados en este capítulo X, se señala que protegen la administración de justicia y que mediante ellos "se tutela la rectitud, legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, sean éstos cumplidos por los órganos habilitados para pronunciarla, sea por los auxiliares de ella que contribuyen a la formación de los actos procesales en que la actividad decisoria se apoya" (Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Tomo V, 1973. p. 208.). En la legislación española por su parte, se contempla la llamada "prevaricación de funcionarios", que engloba la actuación de funcionarios no judiciales, encargados de resolver asuntos o negocios administrativos y que, en ejercicio de este cargo, dicten "a sabiendas" resoluciones "manifiestamente injustas" o bien que lo hagan "por negligencia o ignorancia inexcusable" y al respecto se señala que el sujeto activo "puede ser el juez, pues es



funcionario, si se trata de un asunto administrativo. Es necesario que dicte resoluciones injustas, es decir, que implique decisión sobre un asunto" (Bustos, op. cit. p. 368.). De los antecedentes doctrinales citados, resulta claro que el prevaricato, concebido como la infidelidad dolosa a la ley por parte del juez, según se vio, comprende en algunos casos a funcionarios administrativos, que participan de alguna manera de la labor decisoria típica del órgano jurisdiccional, pues gozan de independencia y sumisión total a la ley, además de que deben resolver un asunto y ejecutar lo resuelto, características que se han señalado como propias del poder jurisdiccional (Véase García Arán, op. cit., pp. 48 y ss.). Es un hecho que dentro de nuestro esquema constitucional, el poder jurisdiccional como poder público se ejerce por "la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que establezca la ley" -artículo 153 de la Constitución Política-, pero ello no implica desconocer que se reconocen facultades semejantes a los órganos administrativos, cuando deben resolver reclamaciones y recursos de los administrados contra las decisiones que les afectan, como sucede dentro del procedimiento administrativo, el disciplinario o bien, en el seno de las Corporaciones Municipales, cuando se impugnan decisiones del Ejecutivo o del propio Concejo Municipal, aún cuando tales decisiones finalmente puedan ser objeto de revisión en la vía judicial. Es un hecho que esta labor decisoria de reclamos, configura los supuestos de resolución que eventualmente serían el objeto del delito de prevaricato por parte de funcionarios administrativos. Para esta conclusión sirve de apoyo lo dispuesto en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, que clasifica los actos administrativos, según su naturaleza y alcance y señala que "Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones", normativa que es aplicable a la actuación de los entes municipales, que forman parte de la órbita del Derecho Público. Como conclusión a lo expuesto, cabe señalar que la aprobación y visado del plano del fraccionamiento del fundo "Loma Linda" por parte del Concejo Municipal de Vázquez de Coronado y por el Ingeniero Municipal, no constituyen una "resolución" en los términos en que se tipifica el prevaricato del funcionario público en el numeral 348 del Código Penal, sino que son simples acuerdos que, si bien deben adoptarse legalmente, sólo atienden la petición de un interesado. Es, sin duda, un acto administrativo, contra el cual podrían ejercerse los recursos del caso y finalmente, cuestionarlos en sede jurisdiccional, mas no encaja dentro de las previsiones del tipo penal imputado, sin que ello implique desconocer que constituye, sin duda alguna, una grave irregularidad, según se ha expuesto."²



III. Elementos constitutivos del tipo y concepto de "resolución administrativa".

"I.- ÚNICO: Atribuyéndose a esta Sala la competencia para juzgar a los Miembros de los Supremos Poderes (artículos 394, 397 y 398 del Código Procesal Penal de 1.996) y no estando en los supuestos del artículo 395 ibídem, se acoge la solicitud de desestimación que en la especie formula el Ministerio Público, que ha considerado que los hechos denunciados no constituyen delito alguno. Al respecto, el Fiscal General de la República, invocando jurisprudencia de esta Sala Tercera de Casación, en lo que más interesa indicó que, con respecto al supuesto delito de prevaricato, en la especie no nos encontramos en presencia de una " *resolución* ", pues la conducta que se le atribuye a los aquí imputados no consistió en resolver algún asunto sometido a su conocimiento, sino en firmar un acuerdo de naturaleza política con la Administración y el Frente Interno de los Trabajadores del Instituto Costarricense de Electricidad a fin de ponerle término a la huelga gestada por los trabajadores del ICE. Según la denuncia, en dicho acuerdo, a pesar de que se estaba frente a una huelga en la cual no se cumplió con los parámetros y procedimientos legales, tanto el Gobierno como la Junta Directiva del ICE se comprometieron a abstenerse de imponer a los trabajadores que lideraron o participaron en dicho movimiento, las sanciones que correspondían conforme a Derecho. Por otra parte, y en lo que respecta al supuesto delito de favorecimiento, según oficio de folio 12 se logró establecer que, contrario a lo que en este expediente se denunció, no se presentó ninguna queja escrita por parte de algún trabajador en la que se indicara que, mediante amenazas o violencia, se hubiere compelido a alguien a no presentarse al centro de trabajo (cfr. folio 20, línea 14 en adelante). En consecuencia, siendo que efectivamente se advierte la ausencia de uno de los requisitos esenciales para la configuración del delito de prevaricato que se acusa, esto es, la *tipicidad* del acto jurídico que se le atribuye a los denunciados por no estar en presencia de una " *resolución* " (ya fuese judicial o administrativa), además de que -en efecto- en lo que se refiere al supuesto delito de favorecimiento no se ha evacuado ni un solo elemento que permita suponer siquiera que los trabajadores del ICE hayan sido de algún modo amenazados u obligados mediante el ejercicio de violencia física a sumarse al movimiento huelguístico, lo que procede es desestimar la denuncia formulada. En relación al tema que nos ocupa, tal y como lo hace ver el Fiscal General en su solicitud, esta Sala ha señalado lo siguiente: "... *Es necesario advertir que nuevamente se está ante un vicio de fondo y no uno procedimental. En concreto, se trata de la correcta aplicación de la normativa sustancial, en particular el artículo 350 del Código*



Penal. Antes de resolver el presente caso, debe considerarse el criterio que expuso esta Sala en la sentencia N° 1264-98, de las 8:45 horas del 24 de diciembre de 1998. Allí se indicó que "la labor decisoria de reclamo, configura los supuestos de resolución que eventualmente serían objeto del delito de Prevaricato por parte de funcionarios administrativos" (ver Considerando IV de dicho fallo). Sin embargo, pese a que lo anterior es cierto, también lo es que hay otros actos administrativos que se enmarcan dentro de lo que el legislador entiende por "resolución administrativa" para efectos del ilícito en estudio. Ello se extrae de un adecuado análisis de la normativa administrativa relacionada con el artículo 350 del Código Penal. Este último dispone: "Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.// Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.// Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículos será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores." Como puede apreciarse, la norma legal de referencia contempla como sujetos activos del ilícito sólo a funcionarios administrativos y judiciales. Claro está que la conducta que ellos desplieguen debe ser dolosa. Eso significa que deben conocer que lo que están resolviendo es contrario a la ley o se basa en hechos falsos y deben querer, a sabiendas de lo anterior, dictar la resolución. Asimismo, es necesario hacer ver que en ningún momento se exige el otorgamiento de ventajas de cualquier tipo a los funcionarios públicos para que se configure el delito de Prevaricato. Ahora bien, por "resolución", cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir. En otras palabras la "resolución administrativa" a la que se alude en el numeral que regula el delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo ...", Voto N° 1021-00, de las 10:45 horas del 1° de setiembre de 2000. Así las cosas, con base en lo dispuesto por los artículos 282, 297, 299, 394, 397 y 398 del Código Procesal Penal de 1996, se desestima la denuncia interpuesta."³

IV. Presupuestos

"Coincide este Tribunal de Casación con el criterio expresado por el señor Fiscal General de la República en su libelo de



desestimación en el sentido de que los hechos denunciados por don Rodrigo Núñez Cedeño, por ser atípicos, no configuran el delito de prevaricato, y en esa virtud hace suyas las razones que sobre el particular expone el Lic. Carlos Arias Núñez en su carácter de superior jerárquico del Ministerio Público. En efecto, en el caso concreto de que se conoce no se está en presencia de una **resolución**, pronunciamiento de contenidos y características propias a través del cual pueden prevaricar los funcionarios judiciales o administrativos, sino de acuerdos y pronunciamientos enderezados más bien a aclarar situaciones de conveniencia para el denunciante y de todos los interesados en el régimen jubilatorio del Poder Judicial, de allí que en la conducta acusada como prevaricadora, está ausente de manera total el dolo, elemento constitutivo del tipo penal que fue acusado. El denunciante estuvo siempre en posibilidad de reclamar en la sede correspondiente los derechos que pudo sentir vulnerados, pero no le es legítimo hacerlo en la vía penal, que no corresponde por tratarse de hechos atípicos desde el punto de vista represivo. Conviene reproducir, en respaldo del acogimiento de la solicitud de desestimación que aquí se hace, unos pocos conceptos del ya citado libelo que presentó al proceso el señor Procurador General: *" El denunciante considera que los hechos denunciados son configurativos del delito de prevaricato, y su relamo principal radica en el hecho de que el Consejo Superior del Poder Judicial haya admitido una gestión de aclaración invocada por uno de sus miembros, con la que se pretendía aclarar un punto oscuro o que se podía prestar a confusión con la lectura del acuerdo, sin que tal solicitud de manera alguna, pudiera motivar o general alguna resolución en el sentido que lo tutela el tipo penal, pues no resolvía absolutamente ningún litigio ni podría generar discusión alguna, pues lo único que pretendía era aclarar un estado jurídico cual es el hecho de que los derechos a la jubilación son imprescriptibles, motivando tal gestión lo confuso del pronunciamiento del Asesor Legal del Departamento de Personal del Poder Judicial..."*. No concurren en la conducta denunciada los elementos típicos del delito que describe y sanciona el artículo 350 del Código Penal. Ni se trata de una resolución dictada por el Consejo Superior del Poder Judicial del que forma parte el denunciado; ni es doloso el pronunciamiento objetado; ni se dictó contra la ley o se fundó en hechos falsos. Aparentemente se ha tratado de convertir la denuncia penal incoada en una especie de recurso, de nueva instancia en la que pueda revisarse lo actuado por el citado Consejo Superior, lo que no es posible. En la sede penal escogida por el denunciante debe estarse a la verdad histórica que se compruebe para calificarla frente a la verdad jurídica establecida por la norma, siendo imposible examinar



nuevamente lo actuado por el órgano colegiado cuyo pronunciamiento se acusa como constitutivo de prevaricato. En el caso, los hechos que se acusan como delictivos no lo son a criterio del Ministerio Público como ente al que corresponde el ejercicio de la acción penal, criterio que esta Sala acoge. No parece oportuno reiterar las argumentaciones que hace el señor Fiscal General de la República, amplias, precisas, y claras, las cuales, como se dijo, se acogen a fin de que también se tengan como fundamento de esta resolución que desestima la denuncia formulada contra el Magistrado Luis Paulino Mora Mora por el delito de prevaricato acusado en perjuicio de don Carlos Rodrigo Núñez Cedeño."⁴

V. Omisión de pronunciamiento por errónea interpretación de la pretensión en recurso de amparo no lo configura

"I II. Se ordena la desestimación de la denuncia interpuesta ante el Ministerio Público. Tal como lo hace ver el Fiscal General en su solicitud de desestimación, los hechos denunciados por Alexander Yung Li resultan atípicos. Efectivamente, se observa que en el fallo que originó la interposición de la denuncia contra el Magistrado Adrián Vargas Benavides (voto # 13523, de las 11:53 horas del 28 de noviembre de 2003), los miembros de la Sala Constitucional -entre ellos, el imputado- interpretaron de manera errónea la pretensión consignada en el recurso sometido a su conocimiento, omitiendo pronunciamiento sobre el aspecto que resultaba de interés para el denunciante Yung Li. Así, entendieron que lo que se estaba cuestionando era el requisito de la revisión técnica de vehículos en sí, y no el hecho de que se requiriera un marchamo que -según lo indicado por el recurrente- es producto de un monopolio particular ilegal. Sin embargo, ello no puede considerarse, de ninguna manera, como una resolución fundada en hechos falsos (es decir, que no existen o que se les da un valor que no tienen) o en contra de la ley. En casos como el presente, en los que una resolución se sustenta de acuerdo con la interpretación que se hace de la petición planteada, y esta no satisface las alegaciones del recurrente, como lo señala la Fiscalía en su libelo, la Ley de Jurisdicción Constitucional prevé un procedimiento concreto a seguir. En ese rumbo, en el artículo 12 de dicha normativa se señala que: *"Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas, a petición de parte, si se solicitare dentro de tercero día, y de oficio en cualquier tiempo, incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo"*. Considera así esta Cámara, que ese era el procedimiento que correspondía en este caso, en tanto el denunciante no consideró



resueltos los puntos acusados en su gestión contra el Instituto Nacional de Seguros, y no, acudir a la vía penal, pues están ausentes los elementos objetivos del tipo (ya que como se indicó, la resolución # 13523-2003 no es contraria a la ley ni se funda en hechos falsos), no configurándose por ende, el ilícito de prevaricato denunciado. Con base en lo anterior, **se acoge la solicitud del Fiscal General de la República, licenciado Francisco Dall' Anese Ruiz y se ordena desestimar la denuncia penal que interpone Alexander Yung Li por el delito de prevaricato, en contra del Magistrado de la Sala Constitucional Adrián Vargas Benavides, por no haber delito alguno que perseguir.** "5

VI. Interpretación de la ley está fuera del prevaricato

"I.- [...]. Estima la recurrente que la acción descrita en el "diere" del artículo 343 del Código Penal no solamente incluye el dar efectiva o materialmente, sino también el "dar en ofrecimiento", por lo que las conductas de [los imputados] -al "ofrecer" una considerable suma de dinero a los Oficiales del Organismo de Investigación Judicial para que alteraran el resultado de la alcoholemia practicada a [el hijo de uno de los imputados]- está comprendida en el tipo penal indicado. Por otra parte, agrega la quejosa que la acción "permitiere" prevista en esa norma penal significa "no impedir lo que se pudiera o debiera evitar", por lo que concluye que el numeral en cuestión sanciona tanto al que "diere" (ya sea entregando o proponiendo) como al que permitiere" (es decir, cuando voluntariamente no impide el acto corrupto del funcionario que puede y debe evitar), por lo que no es cierto que exista un error legislativo de transcripción del verbo "permitiere" en vez de "prometiere", porque incluyendo la acción de "dar" la de "prometer", la consignación de estas dos palabras en el mismo tipo sería, al decir de la voz popular, como "albarda sobre aparejo", locución figurada y familiar con que se hace burla de lo sobrepuesto o repetido innecesaria y torpemente. Consideran los suscritos Magistrados que el reclamo aducido debe acogerse por las razones que de seguido se dirán. Revisando en la sentencia de sobreseimiento las reflexiones del a quo anteriormente citadas, se constata que ellas obedecen a la consideración que aquel hizo del Voto N° 461-C-91 del 27 de febrero de 1991, correspondiente a la resolución de la Sala Constitucional, N° 461-91 de la 15:14 horas de esa misma fecha, en el recurso de hábeas corpus promovido por el Dr. Francisco Castillo en favor de [el imputado] contra el Juez Sexto de Instrucción de San José. Dicha resolución establece lo siguiente: "CONSIDERANDO UNICO: El artículo 39 de la Constitución



Política consagra el principio de legalidad en materia penal, principio rector e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de él la única fuente creadora de los delitos y de las penas es la ley. En esta materia queda excluida la analogía y la costumbre, careciendo los tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los tipificados en la ley, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible en ella, será impune; aún cuando ésta sea muy grave. Consecuentemente lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no especialmente descritas en la ley. Señala el accionante que en la causa N° 104-3-91 que se sigue contra su defendido en el Juzgado Sexto de Instrucción de San José, se ha encuadrado mal la conducta del imputado, pues el artículo 343 del Código Penal habla de "permitiere" y no de "prometiere" como debería de ser para tener por configurada como típica la conducta del señor [imputado]. Veamos como el imputado de común acuerdo con el co-imputado [...] se pusieron en contacto con oficiales del Organismo de Investigación Judicial, a quienes prometieron una dádiva si se lograba la alteración de las alcoholemias de su hijo imputado en otra causa por el delito de Homicidio Culposo. El expediente legislativo original firmado por el presidente de la República muestra que el artículo 343 fue aprobado y se ordenó publicar con el verbo "permitiere" sin que haya habido ninguna reforma legislativa referente a este artículo. Por lo expuesto es criterio de esta Sala Constitucional que el artículo 343 del Código Penal no se puede interpretar sin lesionar el principio de legalidad constitucional, en el sentido de que lo que el legislador quiso decir no es "prometiere", sino "permitiere". Por todo lo anterior la amenaza que sufre el señor [imputado] es ilegítima, si se basa en que en vez del verbo "permitiere" regulado en el artículo 343 del Código Penal se debe leer "prometiere", acción que resulta impune al tenor del citado artículo y de su correcta interpretación. POR TANTO: Se declara con lugar el recurso interpuesto y en consecuencia no puede afectarse la libertad del amparado por interpretarse que en el artículo 343 del Código Penal donde dice "permitiere" se deba leer "prometiere...". Como se ve, este criterio de la Sala Constitucional descarta la validez de una anterior interpretación jurisprudencial según la cual en el artículo 343 del Código Penal se consignó por error material la palabra "permitiere" en lugar de "prometiere", pues la mayoría de la doctrina estima que la acción típica en cuestión, desde el punto de vista de corruptor, es la de dar u ofrecer dádivas, donde "da" el que entrega y "ofrece" el que promete (cfr., entre otros, CREUS, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, T. II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición, 1988, págs. 287 a 289; BREGLIA ARIAS,



Omar y otro: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, págs. 899 a 901; CREUS, C.: Delitos contra la Administración Pública, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, págs. 297 a 302; FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Octava Edición, 1978, págs. 569 a 570; MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, Parte Especial, Bogotá, Vol. III, Editorial Temis, 1972, págs. 204-205). La valía de esta interpretación jurisprudencial es incluso admitida por uno de los señores Magistrados de la Sala Constitucional que concurrieron a dictar la resolución anteriormente transcrita, el Dr. Rodolfo Piza Escalante, quien al final de aquella suscribió la siguiente anotación: "He concurrido en el voto de mayoría porque considero que efectivamente no se puede perseguir a una persona por un delito que no está tipificado como tal, aunque sea obvio que la palabra "permitiere" en el artículo 343 del Código Penal constituye un simple error de transcripción errónea de la palabra "prometiere" que es la única que tendría sentido racional en esa norma: pero a mi juicio, ello no excluye la posibilidad de que se juzgue al recurrente por tentativa de cohecho, en virtud de la combinación de los artículos 24 y 343, en relación con los 338 y siguientes de dicho Código, lo cual sería, de manera completamente diferente, aplicación de un grado general de participación". Esta Sala de Casación conviene con la Sala Constitucional en que, respecto al artículo 343 del Código Penal, no es legítimo modificar el tipo penal mediante la substitución del verbo "permitiere" por "prometiere", porque ello contraviene la función garantizadora del tipo y violenta el principio de legalidad. Sin embargo, el reclamo incoado por [la representante del Ministerio Público] es atendible, pues las razones que aduce para motivarlo son valederas y en forma alguna contravienen los términos de la resolución en comentario de la Sala Constitucional. En efecto, el análisis de la Sala Constitucional -con excepción de la nota del Magistrado Piza Escalante- es meramente formal, no se extiende más allá de la mera literalidad del tipo legal, es decir no comprende el análisis semántico del mismo. Dicho en otras palabras, la Sala Constitucional estableció que no es legítimo leer "prometiere" donde dice "permitiere", pero lo cierto es que no estableció nada respecto a la significación de las palabras que componen el tipo penal: no nos dice qué debemos entender o qué no debemos entender de esas palabras. Y lo que la recurrente sostiene es, precisamente, que cuando la Sala Constitucional establece que no se puede sustituir el verbo "permitiere" por la palabra "prometiere", no está excluyendo el "ofrecimiento" o la "promesa" como posible contenido semántico de la palabra "diere" consignada en el referido numeral del Código Penal. La consulta de diversos diccionarios da



la razón a la impugnante. Así, la vigésimo primera edición del Diccionario de Lengua Española (1992), elaborado por la Real Academia Española, señala que la tercera acepción de uso corriente de la palabra "dar" es "proponer, indicar". Esta misma significación es avalada por otros diccionarios comunes (véase, por ejemplo, el Vol. II de la edición de 1991 del Diccionario Enciclopédico Exito, de la Editorial Océano), incluso algunos de ellos agregan la palabra "ofrecer" como sinónimo de "dar" (así, los diccionarios Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, 1994, p. 316 y el Diccionario Abreviado de la Lengua Española, Vox, Bibliograf S.A, pág. 146) y aún otro dice que "dar" es "proponer: dar una idea" (Diccionario Práctico Español Moderno, Ediciones Larousse, México, 1983, pág. 148, de tal forma que debe convenirse con la impugnante en que quien promete, ofrece o propone a un funcionario público una dádiva, presente o futura, para que éste haga un acto contrario a sus deberes (o incurra en cualquiera de las hipótesis de los artículos 338 a 342 del Código Penal), adecúa su conducta a la hipótesis prevista y sancionada en el artículo 343 del Código Penal, independientemente de que el funcionario público acepte o rechace la dádiva o ventaja indebida, e independientemente de que el objeto le haya sido exhibido, le haya sido entregado o puesto bajo su posesión o mera tenencia, pues la Penalidad del corruptor (cohecho activo) no supone para su consumación la codelinquencia del funcionario público ni la tradición de la cosa, en tanto la sola conducta del corruptor descrita en el tipo legal es idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado, que no es otra cosa que el sano y normal funcionamiento y prestigio de la administración pública a través de la corrección e integridad de sus empleados o servidores, así lo ha entendido nuestra jurisprudencia: "... lo que la ley ampara es el correcto desempeño del cargo por el funcionario frente a la Administración Pública, sustrayéndolo a toda costa, en aras del cumplimiento de las obligaciones que le conciernen, de la venalidad" (Sala Tercera, V-256-F de las 9:40 horas del 25 de setiembre de 1987). De esta óptica, se constata que la consideración hecha por el Tribunal sentenciador de la resolución de la Sala Constitucional anteriormente comentada, no era razón jurídica suficiente para sobreseer a los imputados [...]. Por otra parte -aún cuando no se compartiera la tesis de la recurrente-, debe tenerse presente que la figura contenida en el artículo 343 es de peligro abstracto, por lo que podría sancionarse una "promesa" de entregar una dádiva o ventaja, a título de tentativa, conforme al artículo 24 del Código Penal, tal como lo anotó el Magistrado Piza Escalante al pie de la resolución transcrita (al respecto véase además ZUÑIGA MORALES, Ulises: La Tentativa: su configuración en los delitos de peligro,



San José, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, 1990, pág. 103). Excluir las promesas, ofrecimientos o propuestas de dádivas o ventajas indebidas como contenido posible de la acción típica prevista en el artículo 343 del Código Penal, no sólo niega el significado común de las palabras utilizadas en el tipo legal, sino que además atenta contra la inteligencia del ordenamiento jurídico, ya que configura un fraude a la ley, toda vez que así además se infringiría el espíritu de la norma (cfr. el artículo 20 del Título Preliminar del Código Civil). El Dr. Francisco Castillo señala en su memorial [...] que las peticiones del recurso de casación aquí examinado ya fueron objeto de sentencia firme, con autoridad erga omnes, según la resolución de la Sala Constitucional citada y considera que darle trámite implica una desobediencia a la Sala Constitucional y que si esta Sala de Casación lo llegara a declarar con lugar, incurrirían los suscritos Magistrados en el delito de Prevaricato, por violación del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma". Consideran los suscritos que no es atendible semejante argumento, pues la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la "interpretación de la ley", está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho (así, CREUS, Delitos..., págs. 431 a 432 y SOLER, Sebastián: Op. cit., pág. 212), es decir, que: "... cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones -salvo el caso evidente de malicia-, el Juez no prevaricaría al aplicarla" (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948). Esta Sala de Casación ha respetado, respeta y respetará la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional y lo que se ha resuelto en este caso no es la excepción a esa regla. El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí, pues, como se expuso, la tesis aducida por la recurrente en el sentido de que la palabra "dar" comprende las acciones de "proponer, ofrecer o convenir una proposición" no contraviene o contradice la resolución N° 461-91 de la Sala Constitucional, pues ahí lo único que se establece es que en el artículo 343 del Código Penal no se puede cambiar, sustituir o entender la palabra "prometiere" en vez de "permitiere", que es la que expresa ese numeral, pero en forma alguna establece cuál es el



contenido semántico de las palabras que constituyen ese tipo penal, por lo que la interpretación que de esas palabras se haga, dentro de los parámetros legales, resulta válida, pues la mencionada resolución de la Sala Constitucional no lo prohíbe, como tampoco define, aclara o delimita el significado que la palabra "diere" tiene en ese contexto. Por todas las razones anteriores el recurso por el fondo interpuesto por el Ministerio Público debe declararse con lugar, por lo que procede también casar la sentencia de sobreseimiento impugnada. En el recurso de casación por el fondo, con base en el artículo 482 del Código de Procedimientos Penales, la Sala debe resolver el caso de acuerdo con la ley aplicable, cuando casa la resolución impugnada. Esta solución es la que adopta al pronunciarse por la absolución o la condena cuando casa una sentencia dictada luego de finalizado el debate. La solución prevista en esa norma (resolver el fondo de acuerdo con la ley aplicable) frente a una sentencia absolutoria o condenatoria es diferente a este caso, porque no podemos pronunciarnos por la culpabilidad o la inocencia del imputado, ya que ni siquiera ha existido juicio, sino lo que corresponde hacer, con base en el estado de la causa (fase de instrucción) es determinar si hay base para estimar como probable que el imputado realizó el hecho que se le atribuye, y si tal hecho es en apariencia delictivo, o si por el contrario no hay mérito para ello (en este mismo sentido véase la resolución de esta Sala V-260-F de las 16:07 horas del 7 de junio de 1993). De lo instruido hasta la fecha aparece lo siguiente: 1°. Que para el mes de setiembre de 1987 [...] se desempeñaban como funcionarios públicos dentro del Organismo de Investigación Judicial -en lo sucesivo O.I.J-, los dos primeros como Auxiliar de Investigación y Suboficial de Investigación, respectivamente, mientras que el tercero ejercía el cargo de Asistente de Laboratorio en el Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, realizando los análisis toxicológicos y recolección de muestras de orina, saliva y frotis, además de la custodia de dichas muestras. 2°. Que para el día [...] hijo del imputado [...] conducía el vehículo tipo pick up [...] en compañía de [...] ello en las inmediaciones del Mercado Central de esta Ciudad, colisionando con el vehículo de servicio público, taxi [...] en el cual viajaba la señora [...] la cual falleció como efecto del percance. 3°. Que momentos posteriores a la colisión a [el conductor y su acompañante] se les practicó la correspondiente alcoholemia en los laboratorios del O.I.J. por parte de [Asistente de Laboratorio] resultando el primero de ellos con 130 miligramos por ciento de alcohol en la sangre, y el segundo con 30 miligramos por ciento de alcohol en su sangre. 4°. Que [el Asistente de Laboratorio] procede a denunciar en vía administrativa disciplinaria, ante la Oficina de



Asuntos Internos del O.I.J. [...] que para esos días estaba siendo objeto de ofrecimiento de una considerable suma de dinero por parte de [Suboficial de Investigación] quien se encontraba relacionado con [Auxiliar de Investigación] con la finalidad de que se cambiara el resultado de la alcoholemia practicada en la persona de [el hijo del imputado] y que se encontraba en el proceso por homicidio culposo seguido en el Juzgado Quinto de Instrucción, haciendo ver [Asistente de Laboratorio] que la persona que ofreció el dinero fue el imputado [...] ayudando en ello [el co-imputado] quien conocía a [el Suboficial] y lo puso en contacto con [el imputado]. 5°. Que a raíz de tal denuncia se iniciaron investigaciones relativas a esos extremos, procediéndose el día [...] a realizar un operativo donde participaron los investigadores [...] frente a la casa de habitación de [el Asistente de Laboratorio] en Hatillo Dos, pudiendo determinarse que al ser aproximadamente las 13 horas, se hicieron presentes, en el vehículo [...] el co-imputado y el hijo del imputado] quienes penetraron al interior de la vivienda. Algunos minutos después abandonaron el sitio, procediéndose por parte de los investigadores y en compañía del Lic. [...] a entrar en la casa de habitación de [el Asistente de Laboratorio] y proceder a decomisar un tubo de ensayo de vidrio de 10 centímetros cúbicos conteniendo sangre extraída a [el hijo del imputado] para modificar la alcoholemia citada, así como los implementos necesarios para obtener esa muestra, no se logró decomisar dinero alguno. 6°. En las oficinas del O.I.J. [el Asistente de Laboratorio] se comunicó por vía telefónica con [el co-imputado] conviniendo que la entrega del dinero sería el día siguiente [...] en los alrededores del Museo de Arte Costarricense en las inmediaciones de la Sabana, sin embargo nadie se presentó en ese lugar a la cita acordada. 7°. Que [el Asistente de Laboratorio, el Auxiliar de Investigación y el Suboficial de Investigación] no acusan condenatorias anteriores, mientras que el imputado [...] acusa una condenatoria anterior por el delito de libramiento de cheques sin fondos [...]. De acuerdo con lo expuesto hay elementos de convicción suficientes para admitir como probablemente fundada la existencia del hecho que se le atribuye al imputado [...] que eventualmente podría lesionar al bien jurídico tutelado por el artículo 343 del Código Penal, razón por la cual procede casar por el fondo la sentencia impugnada y dejar sin efecto el sobreseimiento dictado en favor del encartado [...] dictándose en su lugar auto de procesamiento en su contra, como presunto autor de ese delito." ⁶



constitutiva del delito de prevaricato. Si bien el tipo penal del prevaricato, se ubica bajo el numeral 350 y la sección IV del Título XV del Código Sustantivo propios de los "delitos contra los deberes de la función pública", pese a ello, resulta ilícita desde el punto de vista penal solamente aquella ilegalidad administrativa que sea típica y afecte o esté en condiciones de afectar de hecho los derechos o intereses de los administrados en general, o por lo menos de un grupo o persona específica. De igual manera, cabe indicar que no existe el delito de prevaricato cuando lo que ha mediado en el trasfondo de una resolución es simplemente un criterio de interpretación de la ley, y no conlleva, por lo tanto, una contradicción con la misma, ni se sustenta en hechos falsos. Tal como lo refiere el Ministerio Público en su solicitud de desestimación, en el presente asunto no se presenta el delito de prevaricato debido a que la resolución R-209-2003 emitida por el imputado, desarrolla un criterio de interpretación jurídica, y, contrario a lo afirmado por el denunciante, no ha sido dictada en contraposición con lo establecido por la ley de minería. Efectivamente, el artículo 66 del Código de Minería (numeral 63, antes de la reforma del 24 de abril de 2002), cuya inobservancia reclama el denunciante, no resulta aplicable a este caso en particular, y por esa razón, ante la inutilización del término de noventa días, y la fijación en la resolución mencionada del término de dos años para rendir los informes requeridos, no se configura el delito denunciado. No resulta aplicable dicha norma pues, tal como lo hace ver el Ministerio Público, el artículo 66 del Código de Minería remite necesariamente al numeral 34 del mismo cuerpo normativo, y ambo artículos se encuentran referidos al concesionario de una explotación minera ubicado en condiciones objetivas que no se presentan en este caso en particular. Dicho en otras palabras, la naturaleza de los informes que debía rendir la empresa "Ganadera los Maizoles S.A." no coincide con aquellos exigidos en los artículos antes mencionados, y su naturaleza, así como las circunstancias en las que le fueron requeridos a esa empresa, divergen de los supuestos establecidos en tales normas. Como se deriva de la investigación realizada por la representación fiscal respecto del expediente minero #2141, la concesión minera fue otorgada inicialmente a la empresa "Ganadera los Maizoles S.A.", pero esta empresa suscribió un contrato privado, arrendando dicha concesión a "Corporación Inversionista Gran Jefe S.A." Sin embargo, durante enero de mil novecientos noventa y cinco el representante legal de "Ganadera los Maizoles S.A." solicitó a la Dirección General de Geología y Minas la suspensión de la explotación por parte de "Corporación Inversionista Gran Jefe S.A." debido al incumplimiento de obligaciones contractuales, a la vez



que formuló una demanda ante el Juzgado Civil de San Ramón, en la que se solicitaba la resolución del citado contrato de concesión de explotación minera. Esa demanda fue acogida por ese mismo juzgado mediante resolución de octubre de mil novecientos noventa y ocho, la cual fue confirmada por el voto 514-f-2001, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, el desalojo de los empleados de la "Corporación Inversionista Gran Jefe S.A." de las instalaciones de la mina fue ejecutado por la fuerza pública en fecha diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Debido a todas estas circunstancias es que finalmente se restituyó el derecho de explotación minera en favor de la empresa "Ganadera los Maizoles S.A." Con ese fin, en sede administrativa, mediante las resoluciones #1744 de las 11:00 horas del 21 de octubre de 1999 y R-1406-99 MINAE de las 08:00 horas del 10 de diciembre de 1999 se restituyó el derecho de explotación minera a la empresa antes mencionada y además se estableció que la Dirección de Geología y Minas debía indicarle a dicha empresa las directrices técnicas que debía seguir, así como las obligaciones que se encontraban pendientes para recuperar el manejo técnico de la mina, fijando para ello un plazo prudencial. De esta manera, la Dirección de Geología y Minas emitió la resolución #585 de las 13:00 del 24 de julio de 2001, con que se informó a la concesionaria "Ganadera los Maizoles S.A." que se había integrado una comisión por los Doctores Laguna y Bolaños con el fin de que revisara la documentación técnica y la situación de la mina Chassoul y que debía aportar todos los informes y los estudios técnicos recomendados por dichos peritos. Como apunta el Ministerio Público, el citado informe técnico en el que se basó esta última resolución administrativa, concluyó que en la mina se utilizaron métodos de explotación no autorizados, que el plan de explotación resultó impreciso, que se presentaban pérdidas millonarias, que no se habían aportado estudios de factibilidad, ni ambientales y que se encontró gran desorden técnico y administrativo en el proceso de explotación, nada de lo cual -según considera el Ministerio Público- se podría atribuir a la empresa "Ganadera los Maizoles S.A.", a quien se restituyó la explotación minera por parte del MINAE hasta el año 1999. En ese mismo informe rendido por los Doctores Laguna y Bolaños, se señaló que se debía suspender el permiso de explotación hasta que el concesionario presentara: A. Un nuevo y actualizado plano geológico a escala adecuada, con definición de las vetas y zonas minerales a explotar; B. Un nuevo cálculo de reservas con base en nuevos y muy actualizados análisis químicos; C. Un plan de explotación muy bien definido, con análisis financiero exhaustivo proyectado a 5 años; D. Una readecuación de estudio de impacto ambiental, según las nuevas tecnologías a aplicar. Para todo lo



VIII. Atipicidad de la conducta al asignar magistrados para la tramitación de un recurso de amparo

" **I.-** Harold Juergens Miller denunció al Magistrado Luis Fernando Solano Carrera, en su Condición de Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por haber procedido a designar Magistrados para la tramitación de recursos de amparo, sin respetar un turno riguroso, el cual debería ser de cada siete recursos, ello en virtud del número de Magistrados que integran la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El detalle de los recursos de amparo presentados por el denunciante y la asignación de los mismos, se encuentran contenidos en los puntos 2 y 3 (**ver folio 48**) del acápite denominado Hecho Denunciado de la solicitud de desestimación presentada por el Fiscal General de la República. **II.-** La figura del prevaricato contenida en el numeral 350 del Código Penal, se ubica en la Sección IV del Título XI "delitos contra los deberes de la función pública", pese a ello, lleva razón el Fiscal General en su escrito, cuando considera que el objeto de tutela del tipo penal no puede ser la Administración Pública en sí considerada, sino dicha función, en relación a los administrados como destinatarios de esa actividad, de lo contrario, quedaríamos restringidos al ámbito disciplinario interno de la propia administración. Este preámbulo resulta necesario para la comprensión de la exigencia dentro del tipo objetivo del elemento "resolución" para que pueda configurarse el delito de prevaricato, sin una resolución propiamente dicha, la conducta desplegada resulta atípica, que es precisamente lo que ocurre en la causa bajo estudio. Una resolución, no es solamente en el ámbito del Derecho Público o Administrativo, el acto final que da por agotada la vía administrativa, sino que se refiere a toda disposición que resuelva o disponga sobre los derechos o intereses de los administrados, quienes son los destinatarios del quehacer estatal. Tratándose específicamente de la tramitación jurisdiccional como parte de la Administración de Justicia, la asignación de Magistrados para la tramitación de un recurso de amparo, no puede ser considerada una resolución a efectos del elemento de tipicidad objetiva del ordinal 350 del Código Penal, ya que tal designación incide únicamente hacía el interior de la propia Sala Constitucional y se refiere a la forma en que se asigna el trabajo, sin que ello afecte los derechos e intereses de los ciudadanos -coincidiendo esta Sala con las apreciaciones de la Fiscalía General de la República-, para efectos del tipo penal de prevaricato, resolución que sería eventualmente la decisión final adoptada en todos los casos por la Sala Constitucional en pleno. En consecuencia, resulta que aún



aceptando el cuadro fáctico propuesto por el denunciante, el cual podría no ser concluyente si se considerara el resto del circulante de la Sala Constitucional (*habeas corpus* , acciones de inconstitucionalidad, entre otros), la conducta acusada carece de un elemento esencial del tipo objetivo, ya que la disposición de asignar Magistrado instructor a los recurso de amparo, no constituye propiamente una resolución a los efectos del tipo contenido en el artículo 350 del Código Penal, por ende es atípica y procede su desestimación. Por lo expuesto, con base en los numerales 1 y 39 de la Constitución Política; 30 y 45 del Código Penal; 297, 282 y 394 del Código Procesal Penal y 71 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se procede a desestimar la denuncia presentada en contra de Luis Fernando Solano Carrera, Magistrado Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia." ⁸

IX. Inexistencia en caso de magistrados que rechazan de plano recurso por no obedecer a un mandato de la Sala Constitucional.

" I.- En memorial visible a partir de folio 209, el licenciado Francisco Dall'Anese Ruiz, Fiscal General de la República, solicita la desestimación de la denuncia interpuesta por los señores Flor María Delgado Zamora y Francisco Ramón Jaén Martínez contra los Magistrados de la Sala Constitucional, Luis Fernando Solano Carrera, Carlos Manuel Arguedas Ramírez, Adrián Vargas Benavides, Gilbert Armijo Sancho, Ernesto Jinesta Lobo, Alejandro Batalla Bonilla y Aldo Milano Sánchez, por el delito de Prevaricato, en perjuicio de la Administración de Justicia . La denuncia presentada ante el Ministerio Público se refiere a dos resoluciones emanadas de la Sala Constitucional, la primera ellas es la número 2002-11431, dictada a las 9:16 horas del 29 de noviembre del 2002 que rechazó parcialmente y a su vez, dio curso a uno de los reclamos del amparo presentado por los denunciantes; la segunda, número 2003-05313 dictada a las 9:06 horas del 20 de junio de 2003, que declaró sin lugar la referida acción de amparo. Se denunció que la primera de estas resoluciones, había rechazado de plano lo concerniente al reclamo por desobediencia a las órdenes de la misma Sala Constitucional, considerando en esa oportunidad la Sala, que *"el alegato en relación al incumplimiento de una orden de la Sala Constitucional en recursos anteriores declarados con lugar, debe ventilarse en esos procesos, no siendo la vía idónea, el plantear un nuevo recurso para reclamar la desobediencia. Con relación al desalojo administrativo, al haberse dado traslado de la decisión inicial que comunicaba la intención de desalojo permitiéndole así a*



los recurrentes presentar los recursos correspondientes en ejercicios de su derecho de defensa, el debido proceso fue garantizado, la inconformidad con lo resuelto y lo referente a la legislación aplicable, debe discutirse en la sede administrativa o en la jurisdicción ordinaria que corresponda y no ante la Sala Constitucional [...]” (cfr. folio 214). La resolución número 2003-5313 referida y que declaró sin lugar el reclamo contra la Empresa de Servicios Públicos de Heredia por violación al artículo 50 de la Constitución Política, se dictó teniendo como base los informes rendidos bajo la fe del juramento, los que permitieron arribar a la conclusión de que la empresa recurrida “actuó de conformidad con los principios constitucionales para la defensa del medio ambiente y el sano desenvolvimiento ecológico [...]” (cfr. folio 217). **II.-** Para fundamentar la solicitud de desestimación de la denuncia, el Ministerio Público parte de un análisis de los elementos objetivos del tipo penal de prevaricato, explicando las razones por las que considera que -en este caso en concreto-, no se estuvo en presencia de un dictado de resoluciones contrarias a derecho o bien, fundadas en hechos falsos. En cuanto a la primera resolución que rechazó de plano los reclamos concernientes a la desobediencia a órdenes emanadas de la Sala y a la infracción del debido proceso dentro de un desalojo administrativo, el Ministerio Público considera que fue dictada en estricto apego al ordenamiento jurídico, por las siguientes razones: a) “el rechazo de plano de un recurso en cuanto a la posible desobediencia a un mandato propio de la Sala Constitucional, resulta ajustado al ordenamiento jurídico, por cuanto la desobediencia alegada no puede ser objeto de un recurso de amparo autónomo [...] si los aquí denunciantes consideraban la posibilidad de la comisión del delito de desobediencia, debería haber denunciado el hecho de conformidad con lo previsto en los artículos 278 y 279 del Código Procesal Penal, acudiendo al Ministerio Público [...]” (cfr. folio 219) y b) que: “En gestiones como la que nos ocupa, el respeto al debido proceso se cumple al notificarle al ocupante la aceptación de la gestión de desalojo, pues a partir de este momento, -en caso de existir oposición- surge la posibilidad de interponer recurso de reposición ante el Ministro y con ello el derecho a ser escuchado”, (cfr. folio 220). Así las cosas, en cuanto a esta resolución, no existe elemento objetivo del tipo, por lo que deviene atípica la conducta. Con relación a la resolución número 2003-05313, indicó el Ministerio Público que el considerar que una empresa actuó de conformidad con los principios constitucionales “no resulta contrario a derecho, sino simplemente una valoración de las circunstancias que envuelven el cuadro fáctico sometido a conocimiento”, (cfr. folio 222), lo que -de igual forma- equivale a concluir que la conducta resulta atípica por ausencia de elemento



objetivo del tipo. **III.-** Tras examinar la solicitud de desestimación que presenta el Fiscal General de la República, así como las diligencias de investigación que la preceden, estima la Sala que ha de acogerse su requerimiento. En efecto, comparte este Tribunal el criterio del Ministerio Público en el sentido de que las resoluciones acusadas de prevaricantes fueron dictadas en estricto apego al ordenamiento jurídico. Así, la resolución número 2002-11431 que parcialmente rechazó de plano el amparo presentado, fue ajustada a derecho, ya que se trataba de un reclamo por desobediencia a un mandato de la Sala Constitucional, punto que resulta improcedente su análisis en un amparo independiente, siendo lo propio plantear la denuncia ante el Ministerio Público, o bien, el testimonio de piezas dentro del proceso en el que se emitió el mandato. Por otro lado, la debida notificación de un procedimiento administrativo hace nacer la posibilidad de oposición ante los órganos correspondientes sin que se pueda sostener que ello lesiona de forma alguna el debido proceso, tal y como lo argumenta el Ministerio Público. Por lo demás, consta que la resolución 2003-05313 tampoco fue dictada en contra de la ley o bien, fundada en hechos falsos, elementos necesarios dentro del tipo penal de prevaricato. Esa última resolución declaró sin lugar el amparo porque se determinó - con base en los informes dados bajo juramento-, que la decisión de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. de dejar fuera de operaciones la planta Imhoff de tratamiento de aguas residuales no lesionó el artículo 50 de la Constitución Política, al acreditarse que dicha planta había sido sacada de operación desde hace aproximadamente diez años por su deterioro irreparable y que, para no arriesgar la seguridad de las personas, se modernizaron y pusieron en funcionamiento otras plantas.

Resulta también relevante el razonamiento de la Fiscalía en el sentido de que los informes que rinden las autoridades recurridas ante la jurisdicción constitucional lo son bajo juramento. Esto es así porque si lo plasmado en dichos informes resulta falso y la resolución se fundamentó en lo allí contenido, tampoco podría sostenerse que exista el delito de prevaricato, pues -como lo expone el Fiscal General- de ser así, "*los Magistrados acusados en habrían actuado cometidos a engaño por parte de las autoridades recurridas y por ende sin dolo, deviniendo en atípicos los hechos denunciados*" (cfr. folio 223) lo que podría acarrear responsabilidad penal para los recurridos en esa acción de amparo pero no constituir el delito de prevaricato por ausencia del elemento subjetivo. Así las cosas, tal y como lo indica el Fiscal General en su solicitud, si los Magistrados denunciados no dictaron resoluciones contrarias a la ley o fundadas en hechos falsos, procede acoger la solicitud del Ministerio Público y desestimar la denuncia planteada, por no haber delito alguno que perseguir." ⁹



X. Análisis sobre la condena en costas en caso del desistimiento expreso de la querrela.

"I.- Dada la relación existente, esta Sala resolverá de manera conjunta el primer motivo por la forma y el único motivo "por el fondo" que menciona el recurrente. **PRIMER MOTIVO : Falta de fundamentación y fundamentación contradictoria** : Con base en los artículos 7, 11, 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 2, 6, 142, 175, 178, 361 inciso d), 366, 369 inciso d), 443 a 445 y 450 del Código Procesal Penal, el señor Franz Ulloa Chaverri, apoderado generalísimo sin límite de suma de la sociedad querellante Compañía Río Minerales S.A., acusa la nulidad de la sentencia en lo relativo al tema de costas, pues por un lado el Tribunal resolvió el asunto sin especial condenatoria en costas (folio 212 frente), y por otro indicó que las costas personales son a cargo del querellante, fijándolas en la suma de doscientos mil colones para cada uno de los imputados. Aunado a esto, si nos atenemos a lo que indica el "Por Tanto" de la sentencia, nos encontramos ante un vicio de falta de fundamentación ya que no se indican las razones de la condena en costas y los parámetros económicos para su determinación. **ÚNICO MOTIVO POR EL FONDO** : Con base en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 2, 6, 30 inciso b), 78, 326, 366, 383, 384, 369 inciso i) del Código Procesal Penal, el impugnante alega que nunca se tuvo a Ronald Sánchez Trejos como imputado. Como se indicó en el fallo de mérito, la inexistencia de una querrela en contra de Sánchez Trejos fue lo que motivó el dictado de un sobreseimiento definitivo. Así las cosas, es ilegítimo declarar un desistimiento de una acción inexistente y condenar a la querellante al pago de doscientos mil colones por concepto de costas personales a favor de Sánchez Trejos. Para el señor Ulloa Chaverri, la norma que habla del desistimiento de la querrela y de la condenatoria en costas es una norma de fondo, razón por la cual solicita se aplique correctamente. **En los términos que se dirá, lleva razón el recurrente** : Estudiado el reclamo que se formula en el primer motivo por la forma, concluye esta Sala que el Tribunal incurre en una contradicción en cuanto al tema de las costas. En concreto, primero señaló que el asunto debía resolverse "sin especial condenatoria en costas; corren los gastos del proceso a cargo del Estado (...)" (folio 212 frente) y luego, sostuvo que las costas personales son a cargo del querellante: "las que se fijan en la suma de doscientos mil colones para cada uno de los imputados." (folio 213 frente). Para el licenciado Randall Peraza Abarca, habría que entender que cuando el Tribunal resolvió el asunto "sin especial condenatoria en costas" , se estaba refiriendo a las



procesales solamente, razón por la cual no se da ninguna contradicción cuando condena al querellante al pago de las costas personales (folio 230 frente). Tal posición, aunque respetable, no es de recibo, pues tal y como ha indicado la jurisprudencia en material civil -que comparte esta Sala-, con la expresión "las costas" , se ha sobreentendido que se refiere a ambas (así, Tribunal Superior Primero Civil, resolución No. 989-R de las 7:50 horas del 17 de agosto 1990). Por otra parte, aprecian los suscritos Magistrados que el Tribunal cometió un grave error al condenar al querellante al pago de costas personales a favor de los encartados Waddy Villalobos Quirós, Roberto Aguilar Rodríguez, Jorge Vargas Rojas, Marta Ligia Blanco Rodríguez y Rosey Jiménez Moya, pues se basó en una circunstancia que no les atañe, a saber, el desistimiento expreso que operó a favor de Ronald Antonio Sánchez Trejos. Finalmente, a folio 213 frente los Juzgadores fijaron las costas personales en la suma de doscientos mil colones para cada uno de los imputados, sin que se indique cuáles son los motivos que amparan la elección de dicho monto. Los vicios descritos son suficientes para que se anule la sentencia en cuanto a ese extremo, pues impiden que la parte querellante conozca las razones por las cuales se le condenó en costas y sobre todo, los parámetros para fijarlas en la suma de doscientos mil colones a favor de cada encartado. Tratándose de la sentencia de sobreseimiento definitivo a favor Ronald Sánchez Trejos, hay que hacer las siguientes acotaciones: Según se desprende del acta de debate, la parte querellante desistió al iniciar el juicio de la acción que había incoado en contra de éste. En concreto, el acta indica: " *Se le concede la palabra al Apoderado del querellante para que proceda a dar lectura a los hechos de la querrela en relación al delito de Prevaricato, únicamente, no sin antes el Lic. Suñol Prego hace expresamente el desistimiento tácito en cuanto al querrellado Ronald Sánchez Trejos a solicitud del querellante. (...) El Tribunal acoge el desistimiento de conformidad con el artículo 78 del Código Procesal Penal y en su oportunidad se pronunciará al respecto.*" (folio 232 frente y vuelto, el destacado no es del original). El hecho de que Tribunal haya concluido que la querrela estaba mal formulada (dado que no le atribuyó a cada uno de los imputados la realización de una conducta constitutiva de delito), no permite concluir *prima facie* que Ronald Antonio Sánchez Trejos no tuvo la condición de querrellado, pues una cosa es la demanda o querrela (contra la cual los procesados ejercen una defensa) y otra muy distinta la calidad con que se elabora la misma. Tratándose de la primera, tal y como se desprende del folio 22 vuelto, líneas 1 a 9, es claro que Sánchez Trejos fue uno de los regidores propietarios denunciados en este asunto. Así las cosas, no puede decirse que la



querrela en contra de Sánchez Trejos no existió, o bien que el Tribunal se equivocó al tenerla por desistida. No obstante lo expuesto, se aprecia por esta Sala que, en este asunto no procedía el dictado de una sentencia de sobreseimiento definitivo, pues contrario a lo que indican los Jueces, aquí no son aplicables los artículos 383 y 384 del Código Procesal Penal (relativos al desistimiento de las querellas por delitos de acción privada), sino el numeral 78 del mismo cuerpo normativo, concerniente al desistimiento expreso de las querrela por delitos de acción pública. Si analizamos esas normas a la luz del artículo 30 inciso b) y 311 inciso d) del mismo Código, concluimos que solo en los delitos de acción privada el desistimiento de la querrela causa la extinción de la acción penal y en consecuencia, cabe el dictado de una sentencia de sobreseimiento definitivo. Por el contrario, cuando la parte desiste de su querrela tratándose de delitos de acción pública (como es el caso del prevaricato), no se extingue la acción penal y en ese tanto queda abierta la posibilidad de una nueva persecución. Sin embargo, al no haber existido recurso en cuanto a este aspecto en particular (ya que la disconformidad que expone el quejoso en el tercer motivo versa sobre otros aspectos), esta Sala no puede más que limitarse a señalar el vicio. Tratándose del tema de las costas, tal y como se apuntó líneas atrás, el Tribunal resolvió el desistimiento basándose en la normativa aplicable a las querellas por delitos de acción privada, desconociendo de esta manera que el prevaricato es un delito de acción pública. Esto era esencial ya que a diferencia de lo que ocurre con los delitos de acción privada (donde el legislador indica que ante el desistimiento las costas se le impondrán al querellante, salvo que las partes hubieran convenido otra cosa al respecto, -artículo 384 citado-), en los delitos de acción pública el desistimiento expreso de la querrela implica que el querellante tome a su cargo las costas propias, *"y quedará sujeto a la decisión general que sobre ellas, dicte el tribunal, salvo que las partes convengan lo contrario."* (artículo 78 del Código Procesal Penal). Como se desprende de la norma, no se establece como un imperativo legal la condena en costas al querellante en los delitos de acción pública. Al remitir a las normas generales (a saber, los artículos 265 y siguientes del Código Procesal Penal) y no obstante que en principio las costas están a cargo de la parte vencida (artículo 267 del Código Procesal Penal), también surgen algunas posibilidades diversas que los Jueces debieron considerar (por ejemplo, el eximir al querellante del pago de las costas si es que consideran que hay razón plausible para litigar). Finalmente, el Tribunal no señaló los parámetros que usó para fijar las costas personales en la suma de doscientos mil colones. Por todo lo



anterior, se acogen los presentes motivos. Se anulan la sentencia y el debate que le precedió, únicamente en lo relativo al tema de las costas. Se ordena el reenvío del expediente para que el mismo Tribunal, con una nueva integración, resuelva ese extremo conforme a derecho." ¹⁰

XI. Adelanto de criterio e interpretación sobre los alcances de una disposición jurídica constitucional no lo configura

" I- El Fiscal General de la República, licenciado Francisco Dall Anese Ruiz presenta solicitud de desestimación de la causa por el delito de prevaricato que se inició en contra de los magistrados de la Sala Constitucional, Luis Fernando Solano Carrera, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, Gilbert Armijo Sancho y Ernesto Jinesta Lobo, a partir de la denuncia penal interpuesta por el diputado José Miguel Corrales Bolaños. En un primer punto, expone el licenciado Dall Anese que el denunciante en entrevista personal con él le agregó al expediente el libro Piedra Azul del Ministro de Cultura Guido Sáenz, en el que se extrae un fragmento que se refiere a un posible adelanto de criterio de alguno de los Magistrados de la Sala Constitucional, pero el Fiscal General considera que no existe el delito de prevaricato por adelanto de criterio sino que esto se regula en la Ley Orgánica del Poder Judicial como una falta disciplinaria. En un segundo punto, argumenta el Fiscal General que el hecho denunciado por el Legislador Corrales, se refiere al dictado de resoluciones contrarias a la ley, a partir del voto de mayoría de la Sala Constitucional N° 2003-2771 de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003, sin embargo, el criterio de la Fiscalía es que no existe el delito de prevaricato cuando lo que está de por medio son criterios de interpretación de la ley. Para fundamentar este punto señala cuáles son dichos criterios, a saber: la interpretación gramatical, la interpretación histórica, la interpretación teleológica, la interpretación sistemática y la interpretación lógica, agrega que: *" en la medida en que el resultado interpretativo derive de la aplicación de las técnicas hermeneúticas dichas, el resultado es legal aunque existan otras conclusiones también aceptables; de no ser así, cada vez que un tribunal de superior jerarquía revoque una resolución conocida en alzada bajo una interpretación normativa distinta a la del juez inferior, habría de concluirse el prevaricato de este último"* . Por esto señala que no se cometió el delito de prevaricato cuando los magistrados de la Sala Constitucional por voto de mayoría, concluyeron que era incompetente la Asamblea Legislativa para restringir el derecho a la reelección presidencial, por ser este un principio solamente



modificable por el poder constituyente y que este problema de competencia hace que se trate de un aspecto procedimental y no sustantivo, por lo que la resolución que tomaron se adecuó a lo establecido en el numeral 73 inciso ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y consecuentemente no hubo una actuación contraria a la ley. En el tercer punto señala el licenciado Dall Anese que el señor Lemuel Gracias Espinal, denunció los mismos hechos y por esto debe desestimarse con las mismas razones. **II-** Con relación a la coadyudancia que presentó el señor Jaén Martínez en su momento a la denuncia del diputado Corrales, se pronuncia en igual sentido el Fiscal General, respecto a que debe desestimarse por cuanto la existencia del tratado que invoca Jaén Martínez en nada afecta el análisis de fondo, considera el Fiscal General que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, tienen autoridad superior a las leyes pero inferior a la Constitución Política, salvo cuando los instrumentos internacionales de Derechos Humanos otorguen mayores derechos o garantías, que en todo caso, como ya expuso en la solicitud de desestimación el pronunciamiento de la Sala Constitucional no es contrario a derecho, sino el reflejo de un quehacer interpretativo y que la existencia del tratado que invoca el señor Jaén Martínez no torna en "prevaricante" la resolución 2771 de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003 de dicha Sala, por todas estas razones reitera su solicitud de desestimación de la causa. [...] **IV-** Se ordena la desestimación de la querrela y de la denuncia interpuesta ante el Ministerio Público. Conforme el artículo 395 del Código Procesal Penal la acusación o la querrela, se podrán desestimar cuando los hechos acusados no constituyen delito, en este caso se denunció a los Magistrados de la Sala Constitucional por el delito de Prevaricato, porque a criterio del señor Corrales dictaron una resolución contraria a la ley, cuando resolvieron la acción de inconstitucionalidad contra la reforma que prohibió la reelección presidencial. Dicha acción fue resuelta por el Voto 2771 de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003 en el que los Magistrados de la Sala Constitucional Luis Fernando Solano Carrera, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, Gilbert Armijo Sancho y Ernesto Jinesta Lobo declararon la inconstitucionalidad de la Ley N° 4349 del 11 de julio de 1969. Tal como lo hace ver el Fiscal General en su solicitud de desestimación, no se trata de una resolución que se hubiera dictado en contra de la ley, sino más bien de la interpretación jurídica que hacen los Magistrados de los alcances constitucionales de la ley cuestionada y del artículo 73 inciso ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que les autoriza a conocer de acciones de inconstitucionalidad, cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas



constitucionales de procedimiento. No es posible discutir en la vía penal, si los Magistrados se equivocaron en sus consideraciones jurídicas respecto a la competencia que les autoriza el artículo citado de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, puesto que eso implicaría un control jerárquico que no existe para esta Sala. El Legislador José Miguel Corrales, tanto en su denuncia penal, como en la querrela interpuesta, antes que presentar un reclamo en el que se establezca la probabilidad que se hubiera cometido el delito de prevaricato, lo que externa es una disconformidad con lo resuelto por la Sala Constitucional, señalando los errores jurídicos que, a criterio del mismo tiene dicha resolución. En este sentido la denuncia y la querrela interpuesta señalan: " **NO ES CIERTO** que la señora Magistrada y los Señores Magistrados denunciados hayan resuelto el caso de marras por "violación a normas constitucionales de procedimiento", único supuesto que admite el artículo 73 inciso ch de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en tratándose de acciones de inconstitucionalidad contra reformas de la Constitución. **C. Las normas de rango Constitucional que se refieren a la reforma de la Constitución Política son los artículos 195 (para reformas parciales o puntuales) y 196 (para reformas generales). Ninguna de las dos normas citadas, ni ninguna otra de rango Constitucional, de hecho ninguna otra norma del Sistema Jurídico costarricense, establecen que la razón esgrimida por la Señora Magistrada y los Señores Magistrados denunciados ("la restricción o la eliminación de un derecho fundamental únicamente puede hacerlo una Asamblea Constituyente") constituya un motivo o un asunto de procedimiento." . (ver folios 6, 7, 77 y 78). Esta Sala de Casación Penal no puede entrar a conocer si la resolución que se reclama, se equivocó o no se equivocó respecto a las consecuencias jurídicas y de interpretación de la ley, que les permitió concluir en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 4349 del 11 de julio de 1969, sino que el análisis debe limitarse a establecer si existe o no un delito de prevaricato en los hechos denunciados. Al existir el art. 73 inciso ch antes citado, que autoriza a resolver acciones de inconstitucionalidad cuando no se respetó el procedimiento constitucional establecido, los alcances que los Magistrados le dieron a esta norma no puede constituir el delito denunciado. Como bien lo indica el Fiscal General de la República, si el prevaricato se diera por una errónea interpretación de la ley, cada vez que por vía de recurso se revoca o anula una resolución por una aplicación equivocada de la misma, existiría el delito de prevaricato, que en todo caso, para que se configure debe existir el dolo de resolver en forma contraria a la ley o fundada en hechos falsos. Con relación a la figura del Prevaricato, la**



doctrina argentina señala que: " encuadra en el delito de prevaricación aquella resolución que está guiada por un criterio abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable. Por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial ", (Donna, Edgardo Alberto, " Delitos contra la administración pública ", Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 417). Por otra parte, el Fiscal General de la República, con relación al contenido del libro Piedra Azul, escrito por el Ministro de Cultura Guido Sáenz, consideró que un adelanto de criterio no puede constituir el delito de prevaricato. Para exponer su posición, cita un fragmento del libro cuyo contenido es el siguiente: "[...] Ese era el tono de mi escrito, que a él le gustó como también a otros personajes. Todos aquellos convencidos de la trascendencia que tenían para nuestro maltrecho país, cuajado de balbucientes tanteos, demagogias populismo y desorientación, el posible regreso de Oscar Arias a la Presidencia. De los siete votantes de la sala constitucional, cuatro se pronunciaron en contra, tres a favor. Lo llamé en cuanto me enteré de la catástrofe. 'Guido, yo estaba ciento por ciento seguro de que me pasaban la reforma. Tenía promesa de cuatro magistrados. Uno me traicionó.' Me dio su nombre. [...]" (SÁENZ, GUIDO: Piedra azul: atisbos de mi vida, Editorial Costa Rica, 1ª edición, San José, 2003, p. 361) (folio 25). Lleva razón el Fiscal General, en cuanto a que no existe el delito de prevaricato, por adelanto de criterio, en el tanto que éste, no representa una resolución en sentido estricto, de modo que no se configura ninguno de los dos elementos normativos del artículo 350 del Código Penal, que son " dictar resoluciones contrarias a la ley " o " fundarse en hechos falsos", de manera que adelantar criterio no está comprendido como una forma de prevaricato, por el contrario, lo único que se podría presentar es una posible responsabilidad disciplinaria. Además de lo anterior, observa esta Sala de Casación que el tema aludido en el texto transcrito no se refiere a la resolución de la Sala Constitucional, que ahora se cuestiona por parte del diputado José Miguel Corrales, como una resolución contraria a la ley, porque precisamente el texto menciona que la votación fue en contra de la reelección presidencial, tema que conoció la Sala Constitucional en la resolución 7818-00 de las 16:45 horas del 5 de setiembre del 2000. Por esas razones, también procede su solicitud de desestimación respecto a ese punto. Con relación a la "coadyudancia" que interpusiera Francisco Ramón Jaén Martínez en la que se alega como razones para fundamentar el delito de prevaricato, la existencia del Tratado General de Paz y Amistad



aprobado por el Congreso Constitucional de la República de Costa Rica el 24 de noviembre de 1924, porque este tratado obligaba a los Estados a mantener el principio de no reelección del Presidente y Vicepresidente. Esta Sala de Casación considera que es acertada la posición del Fiscal General, en mantener la desestimación respecto a los hechos expuestos por el señor Jaén Martínez, esto porque nuestra Constitución tiene mayor valor en la jerarquía de las normas que los Tratados o instrumentos internacionales en el tanto que éstos no otorguen una protección más amplia a los Derechos Fundamentales, en el caso presente, el Tratado que invoca el coadyudante, restringe derechos no los amplía y además, cuando se resolvió la acción de inconstitucionalidad que ha provocado la denuncia y la querrela, no se discutió por los Magistrados dicho tratado, por lo que no procede ahora argumentar la existencia del mismo para que en esta sede se le considere. Como se ha expuesto con relación a la denuncia original interpuesta por el diputado José Miguel Corrales y que luego presentó como querrela, no es posible que utilizando la vía de la denuncia penal por Prevaricato, se pretenda cuestionar indirectamente lo resuelto por la Sala Constitucional y, como ya se ha dicho, no puede existir este delito cuando lo que se discute son los alcances y la interpretación de normas que le otorgaron competencia para actuar a los magistrados denunciados. Al respecto esta Sala ha señalado que: *"...la doctrina y la jurisprudencia son acordes en cuanto a que todo aquello que caiga dentro de los límites de la "interpretación de la ley", está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho [...], es decir, que: « cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones -salvo el caso evidente de malicia-, el juez no prevaricaría al aplicarla » (Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 10:30 horas del 10 de diciembre de 1948) [...] El delito de prevaricato exigiría que en la presente resolución existiera una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara, o bien que la resolución se fundamentara sobre hechos falsos, como serían aquellos que no existen o no aparecen constando en autos, lo cual no sucede aquí..." (Sala Tercera, V-183-F de las 11:20 horas del 24 de marzo de 1995).* Por todo esto, tratándose de los mismos hechos contenidos en la denuncia y en la querrela, se acoge la solicitud del Fiscal General de la República licenciado Francisco Dall'anesse¹¹

XII. Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones que en ejercicio de sus atribuciones interpretan los alcances de una disposición jurídica constitucional no lo configura



" I. El licenciado Carlos Arias Núñez, Fiscal General de la República al momento en que presentó la gestión que aquí se conoce, solicita se desestime la denuncia interpuesta por Víctor Hugo González Montero contra los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones Oscar Fonseca Montoya, Luis Antonio Sobrado González y Olga Nidia Fallas Madrigal. Indicó el otrora jerarca del Ministerio Público, que el planteamiento del denunciante se relaciona con la decisión del Tribunal Supremo de Elecciones mediante la cual se reconoce al Partido Renovación Costarricense el derecho a recibir la contribución estatal para sufragar los gastos en que incurrió en la campaña electoral de 2002, lo que comúnmente se conoce como "deuda política". En concreto, González Montero cuestiona el criterio vertido por la máxima autoridad del Poder Electoral en la resolución 0591-E-2002 de las 9:35 horas de 19 de abril de 2002, en la que se expresa que pese a que el Partido Renovación Costarricense no alcanzó el cuatro por ciento (4%) de los votos válidamente emitidos en las elecciones de 2002, lo cierto es que alcanzó la elección de un Diputado, por lo que se encuentra dentro de los supuestos del artículo 96 de la Constitución Política que hacen posible que reciba la contribución estatal ya referida. El denunciante alega que en 1998, el Tribunal Supremo de Elecciones se había pronunciado en el sentido de que los partidos inscritos a escala nacional que no obtuviesen el cuatro por ciento (4%) de la totalidad de votos válidamente emitidos, no eran acreedores de la contribución estatal, aunque hubiesen logrado la elección de un Diputado. Considera González Montero que esa disparidad de criterios revela la intención del Tribunal Supremo de Elecciones de favorecer al Partido Renovación Costarricense con lo resuelto en 2002. Ante lo planteado por el denunciante, el Ministerio Público expresa que en realidad no se está ante ningún delito. A juicio del órgano requirente, en el presente caso no se está ante una resolución dictada en contravención del Derecho, sino en el ejercicio legítimo de interpretar las disposiciones constitucionales en torno a la materia electoral. En virtud de esto último, el gestionante estima que no se dan los supuestos típicos del prevaricato, por lo que la denuncia se debe desestimar. II. **La gestión es de recibo:** En los términos del artículo 350 del Código Penal, el delito de prevaricato se configura cuando un funcionario judicial o administrativo dicta resoluciones contrarias a la ley o las funda en hechos falsos. A esa disposición legal debe agregarse lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Política, en el cual se establece lo siguiente: " *Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato .*" Como se ve, el constituyente dispuso que el delito



de comentario también contempla como sujeto activo del mismo a los Magistrados que integran el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando se trata de las resoluciones emitidas por este órgano. En el presente caso, está claro que la determinación que hace ese órgano constitucional de quiénes son los acreedores de la contribución estatal para sufragar los gastos de los partidos políticos se enmarca dentro del concepto de resolución. Lo que sucede es que lo actuado por el Tribunal Supremo de Elecciones no es contrario a Derecho y por ello no se enmarca dentro de la figura del prevaricato. Nótese que lo que han hecho los Magistrados integrantes del más alto órgano del Poder Electoral es interpretar -en el ejercicio de atribuciones que le son exclusivas- la Constitución Política en cuanto a los alcances del artículo 96 de la misma. Además de resolver cómo ha de entenderse dicho numeral, han ofrecido una fundamentación amplia, profunda y razonable sobre por qué sostienen el actual criterio, pese a que el mismo es contrario al emitido en 1998 sobre el mismo tema. Asimismo, debe advertirse que expresamente tratan el problema del cambio de criterio sobre los alcances del ya mencionado artículo constitucional y justifican por qué adoptan el hoy vigente. Eso es interpretar normas jurídicas y la interpretación es un acto legítimo por parte de los aplicadores del Derecho, ya sean órganos del Poder Judicial, del Poder Electoral o de la Administración Pública, razón por la cual no es viable -en principio- considerarla como un supuesto de prevaricato. Ahora bien, claro está que puede haber errores en la interpretación o en la aplicación de las disposiciones jurídicas que conduzcan a una situación no amparada por el Derecho. En esos casos de error en la aplicación de las normas, las respectivas resoluciones podrán ser declaradas ineficaces, anuladas, revocadas, o incluso -de conformidad con algunas construcciones doctrinales y jurisdiccionales- inexistentes. En todas estas últimas situaciones se estaría ante una resolución contraria a Derecho, sí, pero no por ello se estaría ante el delito de prevaricato, pues este ilícito requiere que esa contravención del ordenamiento sea dolosa, es decir, consciente de que se va a resolver algo que éste no permite. Este carácter intencional de la infracción del Derecho es lo que diferencia la resolución antijurídica constitutiva del prevaricato de todas aquellas que -aunque infringen el ordenamiento sustantivo o procesal- no se enmarcan dentro de esta figura por ser producto de errores. Ahora bien, retomando el tema de la interpretación normativa, debe recordarse que mediante ella se delimitan los alcances de una disposición jurídica. En el caso bajo estudio, esto es lo que hizo el Tribunal Supremo de Elecciones, el cual estableció la manera como debe aplicarse el artículo 96 inciso 2)



de la Constitución Política. Es necesario advertir que si bien es cierto la propia Ley Fundamental somete a los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones a la acción por prevaricato y de esa manera le permite a los órganos correspondientes de la administración de justicia penal examinar si lo actuado es constitutivo o no de ese delito, debe siempre tenerse el cuidado de no usurpar las atribuciones constitucionales de ese cuerpo del Poder Electoral. Ello por cuanto no puede caerse en la práctica - que a juicio de los suscritos sería inconstitucional- de crear, mediante el conocimiento de las denuncias por el delito de comentario, una especie de instancia de alzada contra las decisiones del Tribunal Supremo de Elecciones. Tal uso de los mecanismos para activar la justicia penal constituiría un fraude procesal, pues tendría como fin obviar una prohibición expresa y hacer posible la revisión de las resoluciones en materia electoral emitidas por el órgano constitucional mencionado. Así, en situaciones como estas, las autoridades penales deben primero ponderar si se está ante un caso de interpretación de normas o de mera aplicación de las mismas. Si se trata de lo primero, el razonamiento por parte de la autoridad (administrativa, electoral o judicial) que dictó la resolución debe aparecer grosera y abiertamente contrario a las disposiciones jurídicas para poder luego examinar si en realidad es antijurídico y se trata de una conducta dolosa y así poder determinar si en el caso concreto de dio prevaricato o no. En el asunto bajo análisis, está claro que de lo que se trata es de interpretación de disposiciones constitucionales, que es una atribución del Tribunal. Además, lo expuesto por el Tribunal Supremo de Elecciones en la resolución N° 0591-E-2002 de las 9:35 horas de 19 de abril de 2002 (ver folio 75) constituye una interpretación del artículo 96 de la Constitución Política, que ni siquiera en apariencia resulta ajena a lo dispuesto en ese artículo, pues lo que se hace es aclarar que el uso de la letra "o" es disyuntivo, de modo que hay tres posibilidades mediante las cuales un partido político puede convertirse en acreedor de la contribución estatal para el financiamiento de la campaña. Así, las cosas, como bien lo señaló en su momento el licenciado Arias Núñez, no se aprecia que en la especie se esté ante una resolución contraria a Derecho y mucho menos que tal cosa -si la hubiera- se hubiese dictado dolosamente, razones por las cuales lo decidido por el Tribunal Supremo de Elecciones evidentemente no se enmarca dentro de los supuestos constitutivos del prevaricato. En virtud de todo lo anterior, **se acoge la solicitud formulada por el Ministerio Público y, en consecuencia, se desestima la denuncia interpuesta por Víctor Hugo González Montero contra los Magistrados del Tribunal Supremo de**



Elecciones Oscar Fonseca Montoya, Luis Antonio Sobrado González y Olga Nidia Fallas Madrigal. "12

XIII. Delegación ilegal de competencia administrativa no lo configura al no existir afectación al bien jurídico tutelado

"III.- En cuanto a la delegación : Los Juzgadores analizan que el Consejo Técnico es el ente superior jerárquico de Aviación Civil y la Dirección General es un órgano subordinado del Consejo, aunque ambos comparten idénticas funciones. En el caso de la delegación hecha en la sesión 8-95 y ratificada en la 10-95, del 23 y 31 de enero de 1995 respectivamente, en cuanto el Consejo delega al Director General autorizar los gastos de viaje y pagos de viáticos de los miembros del Consejo y del propio Director y Subdirector General, el Tribunal estima que tal delegación, no es, en primer lugar, de una *competencia esencial* y en todo caso, nunca se llevó a la práctica, porque por un lado, lo que se probó -y que tiene relación con los cargos que, en forma independiente, se les atribuye a algunos de los acusados, por los delitos de concusión y falsedad ideológica- es que el Director General en la mayoría de los casos y en otros el Subdirector General o el Presidente del Consejo Técnico, en forma independiente, gestionaron la entrega de pasajes o boletos aéreos a que están obligadas las aerolíneas que operan en nuestro país, según el artículo 225 de la LGAC. Estiman que no se trata de una competencia esencial, entendiendo por aquella una competencia **establecida en la ley** y, por lo tanto, indelegable, porque el artículo 31 del Reglamento de Gastos de Viaje y de Transporte para Funcionarios Públicos, que establece que corresponde al Superior Jerárquico gestionar el pago de gastos por esos conceptos, no es una ley que establezca una competencia esencial indelegable, sino que, como lo ha dicho la Sala Constitucional, es un *compendio de normas orientadoras emanadas del ente contralor* . Entonces, razonan los Juzgadores, como no es competencia legalmente establecida, la delegación no resulta ilegal, porque no hay una norma legal que establezca que compete al Consejo Técnico de Aviación Civil en exclusiva el ejercicio de esa potestad. Además, no se probó que el Director General autorizara el pago ilegal de viáticos, porque eso correspondía a otros departamentos, como el Financiero, sin que en dicho trámite, así como en el control de las liquidaciones, tuviera algo que ver Rodríguez Gonzalo. **La Sala estima, con las puntualizaciones que se hacen de seguido, que tales conclusiones son acertadas** . Especialmente en lo que toca a la ausencia de prueba por parte del ente acusador, de que Rodríguez



Gonzalo efectivamente tramitara, tuviera injerencia u ordenara el pago ilegal de viáticos a funcionarios que no correspondían, en rubros que no eran los autorizados o en viajes fuera de los contemplados en la ley. Pero además, es evidente que esas hipótesis **no están siquiera contempladas en la acusación que el Ministerio Público formuló** . Si se analiza con detalle la acusación en ella sólo se describen, aparte del acuerdo de delegación para que el Director General autorizara los gastos de viaje y viáticos a los miembros del Consejo y los suyos propios, todas y cada una de las oportunidades en que Rodríguez Gonzalo y, en ocasiones Nicolás Alvarado o Alvarado Soto, gestionaron ante las empresas aéreas, la emisión del ticket correspondiente para que pudieran viajar en forma gratuita determinadas personas en hipótesis que están fuera de las previsiones del artículo 225 de la LGAC, con fundamento en el cual se hacían tales solicitudes y por las cuales el ente fiscal les atribuye, en forma independiente, los delitos de concusión y falsedad ideológica. En ninguna parte de la acusación se detallan y precisan *viajes ilegales de los funcionarios* , se desglosa el pago impropio de viáticos, su monto, fecha, concepto y autorización así como beneficiario; tampoco se precisa quiénes hicieron viajes fuera de las hipótesis autorizadas **que significaran una erogación ilegal de dinero por parte del Estado** , cubriendo gastos de viaje, transporte y viáticos que no correspondían, ni con qué prueba lo demuestra. Por el contrario toda la acusación relacionada se circunscribe a enunciar las solicitudes de tickets aéreos que se hicieron en forma fraudulenta a las aerolíneas, pero, como analiza el Tribunal, **ello no tiene nada que ver con el pago ilegal de viáticos y otros gastos** , porque el ticket aéreo dado en esas condiciones, no representaba erogación alguna para el Estado. Por esa razón, ni siquiera la acusación es idónea para atribuir a Rodríguez Gonzalo el haber ordenado, intercedido o facilitado que se pagara en casos no autorizados y en montos ilegales, los gastos por concepto de viajes -transporte y viáticos- al exterior. En cuanto a este extremo llama la atención que dentro de los fundamentos que el Ministerio Público dio al formular la acusación (folios 227 a 242 especialmente del Tomo XI citado) se destaca en forma insistente la circunstancia de que el acuerdo de delegación es ilegal porque significaba sin más que el propio Rodríguez Gonzalo se autorizara sus propios viajes e hiciera lo propio con sus superiores, lo que diluía de antemano toda posibilidad de control, como en efecto se afirma -en dichos fundamentos- sucedió en el caso de los coimputados Nicolás Alvarado y Arce Gutiérrez, quienes viajaron "a su antojo" y con cargo a dineros públicos, sin molestarse siquiera en liquidar los gastos que les fueron reconocidos. Sin embargo, pese a que es elocuente su mención dentro de los fundamentos de la pieza



acusatoria, tales elementos no se reflejan dentro de la acusación misma, como específicas hipótesis de hecho que se atribuyeran a los acusados y que debieran, entonces, ser objeto de debate y decisión, tal y como más adelante se profundizará. En segundo lugar, de la lectura de la Ley General de Aviación Civil no se desprende que existiera una competencia **legalmente establecida**, así como definida de esencial, en cuanto a que el Consejo tuviera la potestad de autorizar los gastos de viaje y transporte, porque esta competencia la crea, la establece el Reglamento de Gastos de Viaje y Transportes para Funcionarios Públicos. Los Juzgadores echan mano de tal razonamiento para desestimar la ilegalidad penal de la delegación y se basan, fundamentalmente, en lo que respecto de la naturaleza de este Reglamento dijo la Sala Constitucional en la resolución número 5826-97 de las 14:09 horas del 19 de setiembre de 1997, pues en cuanto a la índole jurídica de ese cuerpo normativo, la instancia constitucional determinó que ni siquiera se trataba de un reglamento ejecutivo (autónomo o de servicio de hecho que no es), como fuente normativa, sino que es un *compendio de procedimientos* de obligado acatamiento, con el objeto de facilitar la función fiscalizadora y contralora del gasto y la Hacienda Pública, que la propia Constitución Política encomienda a la Contraloría General de la República, de modo que mal puede pensarse que ese Reglamento establezca una competencia esencial que sea indelegable, conforme al artículo 90 inciso c) de la Ley General de la Administración Pública, si esa competencia no la establece la Ley General de Aviación Civil, la Ley General de Administración Pública ni ninguna otra ley. En efecto, la Sala Constitucional en la resolución que se mencionó, especificó: "(...)De conformidad con lo anterior, y dado que se trata de funciones de control de gasto público, tanto el artículo 1° de la Ley número 3462 del veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, Reguladora de los gastos de viaje y gastos por concepto de transportes para todos los Funcionarios del Estado, como los Acuerdos emitidos por la Contraloría General de la República, no resultan contrarios a los artículos 9 y 140 inciso 3) de la Constitución Política, puesto que en términos generales, corresponde a la Contraloría General de la República, como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, determinar la racionalidad de los gastos, los límites y legalidad de los mismos, en ejercicio, eso sí, de las atribuciones contenidas en el artículo 184 de la misma Constitución Política. Los reglamentos que se objetan, no es (sic) en estricto sentido, un reglamento ejecutivo, sino un manual de procedimientos que deben observar todos los entes públicos sometidos al control en la forma explicada y por ello, la acción debe declararse sin lugar(...)" . [...] **IV.** El artículo 31 del Reglamento de Gastos de Viaje y de Transporte para Funcionarios



Públicos, adoptado en el Acuerdo No.5-DEE-94 por la Contraloría General de la República, vigente para la fecha de los hechos (pues hoy día rige un Reglamento con el mismo nombre, pero modificado y que se aprobó en la Resolución No. 4-DI-AA-2001 de ese mismo ente de las 15:00 horas del 10 de mayo de 2001, publicado en La Gaceta 97 del 22 de mayo de ese año), estaba dentro del capítulo IV referido a los "Viajes al exterior" y establecía: "(...) Artículo 31.- **Necesidad de acuerdo previo del órgano superior** . Para que un funcionario tenga derecho a recibir el importe correspondiente a gastos de viaje al exterior, debe existir un acuerdo previo del órgano superior del ente público respectivo en que se autorice el viaje y en que se señale como mínimo: a) Nombre del funcionario; b) Cargo que desempeña el servidor; c) Países a visitar; ch) Período del viaje; d) Objetivos del viaje; e) Monto del adelanto (...)" . Por las características propias de la normativa en que se encuentra esta disposición, debe considerarse que aún cuando efectivamente establece una competencia específica del superior jerárquico del ente público, para que, mediante la adopción indispensable y necesaria de un acuerdo previo, se autorice el viaje al exterior de un funcionario de la entidad, que se realizará al amparo de ese Reglamento, normativa de obligatorio acatamiento, que indiscutiblemente forma parte del llamado bloque de legalidad a que están sujetas la Administración y sus funcionarios, es claro que no puede calificársele de *competencia esencial* -y por tanto indelegable-, en los términos del artículo 90 inciso c), tal y como lo razonó el Tribunal, al menos desde el punto de vista de la valoración penal de esa decisión, como contraria al ordenamiento represivo. La esencialidad de la competencia la define el propio inciso c) del artículo 90, que establece que será esencial la competencia que al órgano **"le dan nombre o que justifican su existencia"** y está claro que aún cuando competencia específica, la autorización de un viaje al exterior así como del pago de viáticos no es una competencia que justifique la existencia ni del Consejo Técnico ni de la Dirección General de Aviación Civil, ni tampoco resultan dependencias de una entidad creada para administrar los viajes al exterior de funcionarios públicos. Es el ente encargado de regular la actividad aeronáutica en Costa Rica y ésa es su competencia esencial y es precisamente la que le da nombre a la entidad. La autorización de viajes al exterior, así como del giro de los viáticos es una competencia interna y para fines administrativos únicamente y por eso no se trata de una competencia esencial, como erróneamente lo afirma el Ministerio Público. No obstante lo dicho, sí es clara la ilegalidad administrativa de la delegación, porque es hecha por un órgano colegiado en favor de un órgano unipersonal y ello claramente lo prohíbe el inciso e) del



artículo 90 tantas veces mencionado, pero ello no significa, según se razonó, que el acuerdo sea en sí mismo delictivo. **V-** Sin embargo, fundamentalmente la delegación en los términos que ahora plantea el Ministerio Público en su impugnación no funcionó en la práctica -al menos no se probó, pero tampoco se acusó-, porque el órgano fiscal no acusó ni tampoco demostró que Rodríguez Gonzalo **autorizara el viaje, así como el pago de viáticos y gastos de transporte ilegales** a los miembros del Consejo y a sí mismo y que estos le hubieran encomendado esa tarea y que, con ello, se lesionara la Hacienda Pública y se perjudicaran las arcas del Estado. Esto es así porque la base para calificar de ilegal la delegación no sólo es el citado reglamento, que según veremos define en detalle qué se entiende por gastos de transporte y viáticos, sino además porque siguiendo todo el marco que el propio reglamento da, nada de ello se ve reflejado en la imputación específica de conductas relacionadas con esta materia. Esta normativa es efectivamente un desglose de conceptos y reglas específicas dirigidas a regular la forma en que puede autorizarse un viaje, dentro o fuera del país, a los funcionarios públicos, en el desempeño del cargo y **a costa de la Hacienda Pública**. Incluye, por esa razón, un conjunto de definiciones de lo que se consideran gastos generados por el viaje, cuáles se entienden comprendidos, cómo se calcularán -pues hay tablas con los montos según las regiones a visitar, etcétera- cómo serán pagados -adelanto y reembolso- y muy especialmente, cuál es el procedimiento a seguir para la liquidación de esos rubros, por parte del funcionario que viajó. En el Capítulo I de este Reglamento, que recoge las disposiciones generales, se establece: "(...) Artículo 1º.- **Ambito de aplicación**. El presente Reglamento establece las condiciones generales a que deberán someterse las erogaciones que, por concepto de gastos de viaje y transporte (viáticos), deban realizar los funcionarios o empleados del Estado y las instituciones o empresas estatales, en adelante entes públicos, cualquiera sea la naturaleza jurídica de éstas, según lo disponen la Ley 3642 del 26 de noviembre de 1964 y el Decreto Ejecutivo Nº 7927.-H del 12 de enero de 1978, cuando, en cumplimiento de sus funciones, deban desplazarse dentro del territorio nacional; Artículo 2º.- **Concepto**. Por viático debe entenderse aquella suma destinada a la satisfacción concreta de gastos de hospedaje, alimentación, traslado, y otros gastos similares, que los entes públicos reconocen a sus servidores cuando éstos deban desplazarse en forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones del cargo(...) Artículo 5º.- **Oportunidad del gasto**. Deberá existir una estrecha relación entre el motivo del viaje y la naturaleza del cargo que desempeña cualquiera de los sujetos



indicados. en los artículos 3° y 4°. Asimismo, en el caso de las misiones oficiales aprobadas por acuerdo ejecutivo, además del evidente interés público que las debe caracterizar, es necesario que exista una relación directa entre el motivo de éstas y el rango o especialidad profesional o técnica de la(s) Persona(s) designada(s)(...) Artículo 7°- **Competencia para extender las autorizaciones** . En el caso de viajes al interior del país, corresponderá dar las autorizaciones de éstos y del adelanto para los gastos de viajes y transporte, al respectivo jefe de división, de dirección general, de departamento, o en su defecto al funcionario que designe el órgano competente de la entidad de la que se trate. Por su parte, corresponde al órgano superior del ente público respectivo dictar el acuerdo de autorización de los viajes al exterior así como del adelanto correspondiente, en la forma que señala el artículo 31(...)" . La fuente normativa de estas disposiciones, que como lo analizó la Sala Constitucional, no es un reglamento ejecutivo, cuyo desarrollo está encomendado constitucionalmente al Poder Ejecutivo, sino que es un compendio de normas y procedimientos -parte, eso sí, del bloque de legalidad- es la Ley Reguladora de Gastos de Viaje y Gastos por Concepto de Transporte para todos los Funcionarios del Estado, número 3462 del 26 de noviembre de 1964, que señala: "Artículo 1°.- Los gastos de transporte y viáticos de los funcionarios y empleados del Estado que en función pública deban viajar dentro o fuera del país, se regularán por una tarifa y un reglamento que elaborará la Contraloría General de la República, en un plazo no mayor de tres meses a partir de la vigencia de la presente ley. Son funcionarios y empleados del Estado los que dependan de cualquiera de los tres Poderes, del Tribunal Supremo de Elecciones, de las instituciones autónomas o semiautónomas, de las Municipalidades o de cualquier otro organismo del sector público. Artículo 2°.- La tarifa se referirá únicamente a los gastos de viaje y comprenderá dos partes: una relativa a los gastos necesarios para cumplir los compromisos internacionales o las misiones en el extranjero encomendadas a los funcionarios del Estado, y otra que señalará los gastos de viaje o viáticos para el interior del país. Esa tarifa deberá indicar la categoría del funcionario o empleado y la naturaleza del viaje que origina el gasto. En caso de referirse a un gasto para el exterior, deberá considerar además, el sector geográfico al cual se dirige el funcionario o empleado. Artículo 3°.- El Reglamento indicará el procedimiento para autorizar el gasto o incluirá regulaciones sobre los sistemas de transporte a usar. Se usarán los servicios de una línea aérea nacional, cuando cubran la totalidad o parte de la ruta del viajero; y en su defecto se dará preferencia a las líneas aéreas aquí ofrezcan el mayor descuento al Estado, en el precio de



los pasajes(...)". Entonces existe una ley que regula quiénes, en qué supuestos y de qué forma podrán viajar los funcionarios del Estado, con cargo a éste de los gastos de ese viaje. También, que tales gastos, definidos reglamentariamente como viáticos, incluyen, además del transporte, especialmente alimentación, hospedaje, traslados y gastos similares. Tal regulación tiene sentido desde que será el Estado, con fondos públicos, quien costeará el pago de esos rubros, de modo que deben quedar absolutamente definidos los supuestos y la forma en que se procederá. Los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 del Reglamento regulan todo lo relativo al trámite de autorización de tales gastos, incluyendo un rubro que se eroga como adelanto y que el funcionario debe solicitar, una vez aprobado el viaje; la posterior liquidación de los gastos y presentación de cuentas por parte del funcionario que viajó y las obligaciones del funcionario encargado de revisar tales liquidaciones. Según la acusación del Ministerio Público que se ha transcrito, los miembros del Consejo Técnico de Aviación Civil, órgano superior jerárquico de dicho ente, delegaron en forma ilegal en el Director General de la entidad: **i)** la potestad de autorizar el viaje de los funcionarios; **ii)** la potestad de autorizar los gastos de viaje y de transporte. Además pretende, ahora en el recurso, señalar que **iii)** en virtud de esa delegación aprobó el pago de sumas millonarias en concepto de viáticos y en forma improcedente, a José Francisco Nicolás Alvarado y Pablo Arce Gutiérrez. Los Juzgadores concluyeron que la conducta es atípica del delito de prevaricato porque estiman que la delegación no es ilegal, porque la competencia delegada no está determinada por ley, pero, fundamentalmente, porque lo probado es en esencia que Rodríguez Gonzalo y Alvarado Soto y Nicolás Alvarado en algunos supuestos, gestionaron ante las empresas aéreas, la entrega de tiquetes a que las obliga el artículo 225 de la LGAC y concluyen, con base en ello, que gestionar los tiquetes no es, en primer lugar, dar la autorización para el viaje y, en segundo lugar, tampoco es una autorización para el pago de esos gastos y esa conclusión es correcta. Como vimos, la normativa relacionada con el tema de los viajes de los funcionarios públicos con cargo al Estado, se refiere no sólo al trámite para autorizar el periplo, sino además, a los gastos que se entienden cubiertos y de ellos, el transporte es sólo uno de ellos. El artículo 3 de la ley, establece que respecto de la adquisición de pasajes aéreos, se preferirá adquirirlos de una aerolínea nacional, si la hubiera y, en todo caso, tendrá prioridad la aerolínea que conceda el máximo descuento en el precio al Estado. Esto es porque el Estado deberá invertir en el pago de los tiquetes y, desde ese punto, es un gasto público. En el caso específico de Aviación Civil y según se verá en detalle más adelante, existe una norma, el artículo 225 de la LGAC



que obliga a las empresas aéreas a transportar gratuitamente a los miembros del Consejo Técnico, al Director y Subdirector, así como a los Técnicos de esa Dirección cuando viajen en funciones propias del cargo. Así, establece: "(...) *"Las empresas aéreas que operan con certificado de explotación otorgado por la autoridad aeronáutica costarricense, están obligados a transportar gratuitamente en las rutas autorizadas por sus respectivos certificados, a los miembros del Consejo Técnico de Aviación Civil, al Director y Subdirector de Aviación Civil, y a los Técnicos de esa Dirección que se trasladen en funciones de su cargo(...)"* Entonces, si lo que se tiene por probado y lo que el Ministerio Público desglosó en la acusación, es que fundamentalmente Rodríguez Gonzalo gestionó ante las aerolíneas la entrega de los tiquetes, eso no constituye ni imputación y menos aún prueba, de que el acusado **autorizara la realización del viaje** y además, **autorizara el pago de los gastos del viaje**. Que no exista acuerdo del Consejo autorizando viajes a José Francisco Nicolás Alvarado y a Pablo Arce Gutiérrez, en quienes centra su atención el impugnante en esta sede, no quiere decir que haya sido Rodríguez Gonzalo quien lo autorizara, porque ni siquiera esa imputación directa se le hace en estos casos. Tampoco el hecho de que el recurrente mencione aquí el informe de la Contraloría General de la República en cuanto al monto de gastos que le fueran cubiertos a ambos acusados, implica automáticamente la autorización para tales erogaciones, en cabeza de Rodríguez Gonzalo, porque esta específica imputación no se le formula en forma directa y los Juzgadores no pueden ni hacerla, ni construirla con fundamento en la prueba, porque el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público y en todo caso, a un órgano distinto del llamado a juzgar. Pero además, ni siquiera se desglosa si toda esa suma -y con fundamento en qué prueba- se refiere al pago ilegal de viáticos, porque no hay precisión en esos extremos. Por eso, los jueces consideran atípica la conducta de los miembros del Consejo, en cuanto estiman que la delegación no es ilegal, pero además porque no es posible, con la acusación ni con la pruebas, identificar que ese acuerdo fuera expresamente para que el Director General concentrara todo el poder de autorizar los viajes y el pago de viáticos ilegales a los miembros del Consejo, sin control alguno. Por esa razón es que los jueces expresamente señalan **que cosa distinta** es lo que los miembros del Consejo y el Director General **hayan hecho en forma individual** y valiéndose de las atribuciones que ostentan como funcionarios de Aviación Civil, pero ese es otro análisis aparte y en tal razonar, no encuentra la Sala yerro alguno. La gestión del tiquete, como bien lo señala el Tribunal, no es equiparable a la autorización del viaje y del pago de los



viáticos. Entonces, no hay vinculación de los acuerdos que se imputan como ilegales y una conducta de autorizar **ilegalmente** tales gastos en Rodríguez Gonzalo, como de una voluntad expresa del órgano colegiado para que eso fuera de esa forma. Los acusados que declararon en debate, afirmaron que el citado acuerdo se adoptó con la finalidad de agilizar el trámite para el viaje de los funcionarios técnicos y el personal correspondiente, porque el Consejo sesionaba una vez por semana y tales autorizaciones no debían demorarse. Entonces, aunque pareciera que la voluntad si era delegar ese extremo en Rodríguez Gonzalo, la conducta sólo revestiría carácter delictivo, si era para hacer uso ilegal de esa potestad así delegada, autorizando viajes improcedentes y pago de gastos de igual forma ilegales y eso no sólo no se acusó, sino que no se demostró y además, trasladaría el encuadre típico a otras conductas -peculado, malversación de fondos, etcétera- y no al delito de prevaricato. Y esto tiene importancia porque para que pudiera estimarse que estamos frente a una resolución ilegal, no basta sólo con establecer que el acuerdo o resolución es contraria al ordenamiento administrativo, porque si la delegación se da, pero el órgano delegado hace uso correcto de las potestades, no hay perjuicio para la colectividad ni para el desempeño de la propia Administración. El punto central es que esa delegación *facilite un uso ilegal o desvío de poder con resultados abiertamente abusivos e ilegales*, porque así podría considerarse la prevaricación de los funcionarios. En el caso concreto, a juicio de la Sala no bastaría con que se describa que la competencia delegada era esencial y que tal delegación está prohibida en la Ley General de la Administración Pública, artículo 90 inciso e) o en alguna ley orgánica específica, porque hasta entonces no hemos salido del ámbito de ilegalidad y antijuridicidad administrativos y por esa sola irregularidad no podría calificarse el acto como constitutivo del delito de prevaricato. Por eso, los alegatos del impugnante dirigidos a enfatizar en la ilegalidad de la delegación por el solo hecho del traslado de competencias, no son suficientes para sustentar la imputación por el delito de prevaricato. Ahora bien, el énfasis para calificar de ilegal la delegación lo pone el Ministerio Público al señalar que ésta se hizo *para evadir controles y facilitar la autorización de viajes y el pago de gastos improcedentes* y como vimos, eso no sólo no fue probado -sin que a efectos de desmerecer las conclusiones del Tribunal en cuanto a este punto, sean útiles los reclamos por vicios en la fundamentación que se formulan- sino además ni siquiera está especificado en la pieza acusatoria, como en forma reiterada se ha señalado y, se insiste, aún cuando se hubiera acreditado, lo realmente delictivo sería el uso específico de la competencia



delegada, en actuaciones concretas -autorizaciones de gastos ilegales, etcétera- pero no la delegación en sí misma. La gestión fraudulenta de los tiquetes -que en todo caso constituyen imputaciones independientes- no es útil a los fines de acreditar la acusación por el delito de prevaricato. A ello debe unirse la consideración que desde el punto de vista estrictamente de erogación, los tiquetes que las aerolíneas entregaron y que el Ministerio Público se preocupó pormenorizadamente de detallar en la pieza acusatoria, no significaron gasto alguno para el Estado -aunque no para las aerolíneas como se analizará posteriormente- y, desde este punto de vista no entrarían en el rubro correspondiente **al pago estatal del gasto de transporte**, como un elemento de los viáticos. No hay, en consecuencia, concreción de la hipótesis acusatoria en los términos en que fue formulada, sin que ello implique legitimar la solicitud de tiquetes que se hiciera y que es tema de análisis en lo que al delito de concusión se refiere y que, por sus características es independiente de los hechos que se atribuyeron como constitutivos del delito de prevaricato [...].

VI.- Además de las razones expuestas, los Juzgadores también consideran que si bien es cierto por disposición de la Ley General de Aviación Civil, en su artículo 303, los acuerdos del Consejo son resoluciones administrativas, de conformidad con el contenido del artículo 350 del Código Penal, pero especialmente con relación al bien jurídico tutelado, tal y como lo entiende la doctrina y lo ha interpretado esta Sala, que se refiere al correcto ejercicio de la función pública, de cara a los derechos e intereses de los administrados, la conducta es atípica porque según el contenido material del acto, no se está en presencia de una resolución que esté en condiciones de afectar los derechos e intereses de los administrados y que exprese en relación con ellos, la voluntad de la Administración. Así, razonan: " (...)El artículo 350 del Código Penal, dispone: "Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores." Nos interesa en este caso concreto analizar el término resolución, el diccionario de la Real Academia Española señala en las acepciones 1 y 5 que es "la acción y efecto de resolver o resolverse", "Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial". (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la Lengua Española, edición electrónica, versión 21,1.0, Espasa-Calpe S.A, 1995). Los autores jurídicos definen el término de la siguiente forma: "fallo, auto, providencia de una



autoridad gubernativa o judicial" (CABANELLAS, GUILLERMO: *Diccionario Jurídico Elemental*, 11ª edición, Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 351-352). "denominación genérica de las providencias generales, colectivas o individuales dictadas por los ministros" (ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT: *Vocabulario Jurídico*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1995, p. 767).

Más concretamente, se indica que resolución administrativa es "todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte el ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva, podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los ciudadanos." (GONZÁLEZ CUSSAC: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1997, pp. 49-50)

Considerando que la función jurisdiccional ha sido entendida como aquella actividad estatal dirigida a la resolución de conflictos, habrá **resolución administrativa**, cuando se decida acerca de un conflicto, con arreglo a las normas del ordenamiento jurídico. La Sala III, en el voto 1021, de 10:45 hs., 1-setiembre-2000, mantiene idéntico criterio y ha manifestado: "por "resolución", cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir. En otras palabras la "resolución administrativa" a la que se alude en el numeral que regula el delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo". El voto en mención agrega, el término resolución administrativa no puede restringirse "sólo al conocimiento de recursos o reclamos sino que en materia administrativa abarca las decisiones que se toman de oficio y atendiendo a las particularidades de todos y cada uno de los diversos procedimientos administrativos establecidos en muchas leyes distintas". En consecuencia con el voto de la Sala III, es importante señalar, que hay algunos actos de la administración que aunque no revisten la forma de resolución sí son verdaderas resoluciones y otras actuaciones que revisten forma de resolución, por así establecerlo el ordenamiento jurídico, pero no poseen ningún contenido decisorio. Debe observarse a nuestro criterio el contenido material del acto, ya que éste determina el contenido de injusto. Es conveniente aclarar, de previo a continuar con el análisis de tipicidad objetiva, que los Decretos Ejecutivos N.º 8979-P y 9469-P, ambos de 1978, excluyeron del procedimiento de



la Ley General de Administración Pública, a la Ley General de Aviación Civil, no obstante, se mantuvieron vigentes y por tanto aplicables, las disposiciones generales de la Ley General de la Administración Pública, dentro de las cuales se encuentran las normas que establecen la clasificación y el valor de los actos administrativos que son aplicables a Aviación Civil. (En igual sentido, Sala I, v. 225, de 11-julio-1990. Considerando II, en donde se indica que la clasificación de los actos está en el Libro primero y se aplica en cualquier caso). Es entonces obligada la referencia, al artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública. Establece este artículo que los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llaman resoluciones. Si bien, el Tribunal considera siguiendo nuestra jurisprudencia penal que restringir el concepto de "resolución administrativa" a lo que se establece en 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, puede llevar a las inconsistencias que muy atinadamente señala la Sala III, en el voto, 1021 de de (sic) 10:45 hs., 1-setiembre-2000. En el caso sub-judice, por disposición expresa, del artículo 303 de la Ley General de Aviación Civil No. 5150 y sus reformas, las resoluciones del Consejo Técnico de Aviación Civil, son resoluciones administrativas. También y por no constituir excepciones a la Ley de Administración Pública, el Consejo Técnico de Aviación Civil, puede manifestar su voluntad a través de acuerdos y éstas son resoluciones que deciden un recurso o reclamo administrativo. Como indicamos, no siempre los actos de la administración pública tienen contenido decisorio aunque consten en resoluciones. La administración también realiza una gran cantidad de actos no resolutivos, que pueden constar en acuerdos, como puede ser por ejemplo, una orden de pago. En todo caso, a criterio del Tribunal debe analizarse el contenido material del acto y si éste vulnera el bien jurídico protegido, a saber la resolución de conflictos de cara a los intereses de los administrados y desde la óptica del principio de legalidad. Recordemos que no toda actividad administrativa interesa al Derecho penal, sino sólo aquella que vulnera el bien jurídico protegido (principio de lesividad) De forma tal que consideramos que no hay incongruencias al restringir el término resolución administrativa, frente al bien jurídico tutelado. Ampliarlo excesivamente como pretenden algunos, y en este caso el Ministerio Público considerando resolución administrativa, cualquier pronunciamiento de la Administración o acuerdo que tome una autoridad pública rebasa los límites que el bien jurídico se propone, de ahí que formuláramos como tesis de principio la función del bien jurídico como "mecanismo de interpretación de la propia norma, en la medida en que permite elegir las conductas punibles a



partir de su real afectación al bien jurídico". Así pues, debe entenderse a nuestro criterio que cuando los funcionarios públicos no resuelvan conflictos, es decir, sus actos no tienen contenido decisorio que afecte los derechos e intereses de los administrados, las conductas quedan fuera del tipo penal y por ende corresponde su análisis a otras esferas del ordenamiento jurídico, pero no al Derecho penal(....) "(...)El Tribunal es de distinto criterio, la resolución del Consejo Técnico no es una resolución administrativa, en el sentido del artículo 350 del Código pena (sic). Si bien, los acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil, son resoluciones por así indicarlo el art. 303, el contenido material de dicho acuerdo no se adecua a los supuestos supra analizados de la resolución administrativa a que alude el tipo penal del prevaricato. Esos acuerdos 8-95 y 10-95 del Consejo Técnico de Aviación Civil, no son actos de contenido decisorio, que afecten los derechos e intereses de los administrados, en consecuencia falta un elemento normativo del tipo penal. Veamos en detalle la transcripción de los acuerdos: Sesión ordinaria número 08-95, celebrada por el Consejo Técnico de Aviación Civil, a las dieciséis horas del 23 de enero de 1995, "Acuerdo Vigesimoctavo: Con el fin de lograr una mayor agilidad en la tramitación de autorizaciones para viajes al exterior, dado que éste es un órgano colegiado que se reúne una vez a la semana y se presentan eventualmente por los vínculos, obligaciones y otros que genera la actividad de la aviación; la necesidad **del Director General de Aviación Civil para autorizar en estos casos, gastos de transporte y viáticos, tanto para los Directores del Consejo Técnico como para el señor Director.** Se acuerda: Ampliar los términos del artículo dieciséis de la sesión 59-94 del 04 de julio de 1994, delegando en el señor Director de Aviación Civil, para que éste **pueda autorizar gastos de viaje al exterior y de transporte para los señores Directores y el señor Director en funciones oficiales** " En el acta de sesión ordinaria número 10-95, del 30 de enero de 1995, por los encartados José Miguel Alfaro Masís, Edgar Alberto Arroyo Quesada, Rafael Montero Maykall y José Francisco Nicolás Alvarado, como miembros del Consejo Técnico de Aviación Civil, haciéndose constar en actas únicamente la ausencia del encartado Pablo Arce Gutiérrez, en el artículo segundo se indica " **Lectura y aprobación de las actas ordinarias número 08-95 y extraordinaria número 09-95** ". (La negrita es nuestra) Con meridiana claridad se establece que se hace una delegación en el Director General de Aviación Civil, consistente en "autorizar gastos de transporte y viáticos tanto para los Directores del Consejo Técnico como para el señor Director en funciones oficiales". Con respecto a la delegación de funciones volveremos adelante, veremos por ahora lo relativo al contenido



material de los acuerdos. No se ha resuelto un conflicto, ni existe un acto de contenido decisorio que afecte el ámbito de los derechos e intereses de los administrados luego de un debido procedimiento administrativo. Ni se ha expresado la voluntad de la Administración Pública en relación con los derechos e intereses de los habitantes. Se trata de un acto de la administración en la que se asignan competencias o se cambian competencias, a criterio nuestro dentro de la relación de jerarquía entre el Consejo Técnico de Aviación Civil y el Director, y la delegación de competencias expresamente la permite la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 70. Así, el artículo 17 de la Ley General de Aviación Civil, establece una relación de jerarquía entre el Consejo Técnico de Aviación Civil y el Director de Aviación Civil, al indicar "este será el ejecutor de las resoluciones del Consejo Técnico de Aviación Civil, teniendo las atribuciones que le asigne esta ley y sus reglamentos". Lo cual también es constatable al examinar las normas, 304, 305 y 308 en relación con los artículos 101, 102 a 105 y 107 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP) (...)" (sentencia, folios 93 y ss.). Para esta Sala, la interpretación que hace el Tribunal del término resolución en el artículo 350 del Código Penal, así como de la jurisprudencia de esta sede, es correcta. Sin embargo, hay que aclarar que también existe un interés de los administrados -valga decir, de la ciudadanía en general- para que las competencias de los órganos de la Administración Pública y en general, el desempeño de los entes públicos, a través de la conducta de sus funcionarios, sea adecuado y de conformidad con la ley. El principio de legalidad en la Administración Pública tiene tanta trascendencia que es por su medio que se explica -y justifica- todo el accionar del aparato público y que se delimita su ejercicio, como también que se posibilita el control de los abusos y la desviación de poder. El principio de legalidad, que recoge nuestra Constitución Política en su artículo 11 que establece: "(...) Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles responsabilidad penal por sus actos es pública" significa que la Administración - los funcionarios- sólo puede hacer lo que le está permitido. Este principio -garantía fundamental del Estado de Derecho- tiene sentido desde que el Estado, por su poder y organización, está en condiciones de interferir en la esfera de los derechos y garantías de los ciudadanos y por eso su accionar está debidamente demarcado por la ley -para prevenir y evitar abusos y desviaciones- pero especialmente por la propia Constitución Política. " El principio



de legalidad dispone que todo acto o comportamiento de la Administración que incida sobre los derechos del particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico. Aparentemente el fin único o principal es la protección del ciudadano, que así puede anticipar la conducta de la Administración con vista de ese orden; se le indica de antemano lo que aquella puede hacer o no hacer en relación con sus derechos. Desde este ángulo, el principio de legalidad es una garantía típica del Estado Liberal de Derecho y un freno para la actividad estatal. Está permitido únicamente lo que está autorizado y está prohibido todo lo demás(...) Sin embargo, el principio de legalidad es también una garantía de primer rango de la eficiencia administrativa, en cuanto crea un orden de conducta indispensable para que la acción pública pueda realizar los fines que persigue. Vincular el Estado a la observancia del Derecho es no sólo hacer previsible para el jerarca lo que puede o debe hacer sino asegurar un mínimo de oportunidad y conveniencia a su gestión(...) " (Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Biblioteca Jurídica Diké, edición 2002. p.73). Entonces, puede afirmarse que hay interés público en que las competencias y las funciones públicas se desarrollen según lo establecido en la ley. Ahora bien, es cierto, como lo razonan los Juzgadores en el fallo de mérito, que no todo incumplimiento o desviación de poder, o bien irregularidad en el ejercicio de tales competencias o funciones, interesa al derecho penal, menos aún, desde la perspectiva particular del delito de prevaricato, aunque eso no significa que sea irrelevante desde las otras esferas del ordenamiento jurídico, como ya se indicó supra. Hay otros tipos penales -el peculado, el cohecho, la exacción ilegal, la concusión, entre otros- que regulan específicos campos de desviación del accionar de los funcionarios públicos y la función pública que se han tipificado como delitos por su relevancia en el universo de bienes jurídicos esenciales que deben ser protegidos. Desde la óptica del delito de prevaricato, es evidente que no será todo acuerdo o resolución el que interese a efectos de la tutela y sanción penal, como tampoco toda ilegalidad en dichas actuaciones, sino aquéllos que evidencien la voluntad de la Administración, resultado de la aplicación -instada o de oficio- del procedimiento administrativo y que esté en condiciones de afectar derechos e intereses de los administrados. En el caso específico de la delegación que se atribuye a los miembros del Consejo Técnico, se trata de un traslado de competencias, ciertamente, de un órgano colegiado a un órgano unipersonal que está prohibida por el inciso e) del artículo 90 LGAP, según se vio. Cuánto pueda perjudicar esa decisión a los administrados, de cara al bien jurídico protegido en el delito de prevaricato, dependerá no del acuerdo en sí mismo,



sino del uso ilegal de competencias que realice el funcionario que las ejecutará y de la vinculación de los funcionarios delegantes con cada acto específico. Entonces, en este caso concreto, la ilegalidad de interés para el derecho penal estaría en esos actos específicos de aplicación del acuerdo ilegal -peculado, malversación de fondos públicos, etcétera- y no en el acuerdo en sí mismo. Así, si el Director General en ejercicio de la delegación ilegal autoriza un viaje con cargo al Estado, sin que el funcionario viaje en funciones de su cargo y sin que por ello, se justifique el pago de viáticos, estaríamos en presencia de un delito de peculado en el que puede vincularse en principio, la participación de éste y del funcionario que viaja y habría que determinar el conocimiento y participación de los funcionarios delegantes originales, en ese específico acto concreto. Porque indiscutiblemente la Ley General de la Administración Pública prohíbe la delegación de competencias de un órgano colegiado a uno unipersonal en el inciso e) del artículo 90, pero eso no convierte al acuerdo de delegación en delictivo *desde el punto de vista del derecho penal*, aunque indudablemente es ilegal desde el punto de vista del derecho público. Si esa delegación no hubiera implicado un uso ilegal y arbitrario de competencias, sino simplemente el cumplimiento de los fines de la Administración, aunque por un órgano incompetente, tales actuaciones no solo no causarían perjuicio sino que en virtud de los principios de conservación y de ejecutoriedad del acto administrativo, conservarían su validez e incluso, en algunos supuestos, estarían protegidas por la doctrina del funcionario de hecho. Esto demuestra que no toda irregularidad en el desempeño y distribución de competencias públicas está en condiciones de invalidar la actuación de la Administración, menos aún de ser relevante al derecho penal, sobre todo de cara a los derechos e intereses de los administrados. La sola ilegalidad de un determinado acto no implica, por sí mismo, su carácter delictivo, es decir, la prevaricación del funcionario que actuó ilegalmente. Ahora bien, en este caso, el Ministerio Público atribuyó la ilegalidad de la delegación, porque se hizo -según la hipótesis acusatoria- *con la intención manifiesta de evadir los controles y concentrar en una sola persona*, la autorización de gastos y viajes al exterior y poder de esa forma, hacer un uso abusivo de la potestad de viajar y cobrarle al Estado gastos improcedentes. Nada de eso está probado y, aparte de su mención en la primera parte de la pieza acusatoria, ningún hecho específico que relate autorizaciones de viajes, autorizaciones específicas de gastos improcedentes y giro de reembolsos y pagos ilegales, facilitados por la tan mencionada delegación y realizados por el imputado Rodríguez Gonzalo, se acusa y menos aún se probó. Es decir, no hay



actos concretos y específicos en la acusación, que sean desarrollo específico de la pretendida delegación y que puedan analizarse desde la óptica del derecho penal. Esta Sala comparte los razonamientos de los Juzgadores en cuanto a que el acuerdo para delegar no es una resolución en el sentido del tipo penal del prevaricato, lo que no significa afirmar que es válido, desde el punto de vista del derecho administrativo. Pero además, comparte las objeciones que se le formulan a la pieza acusatoria, por las razones ya expuestas y la conclusión de los Juzgadores en cuanto a que no puede considerarse que los miembros del Consejo actuaran dolosamente con la intención de facilitar **un uso ilegal** de la autorización de viajes y gastos, lo que no significa que no pudiera haber irregularidades de interés para el derecho penal, en el uso que de esas potestades -poder viajar, con cargo al Estado, en funciones oficiales en cumplimiento del cargo- hicieran en forma individual los funcionarios, abusando de sus prerrogativas y de sus cargos, que es tema que se analizará más adelante. Por supuesto que es interés de los administrados la correcta administración de los fondos públicos y el manejo adecuado de la Hacienda Pública, pero eso no convierte en sí mismo al acuerdo de delegación, en una resolución ilegal en los términos del delito de prevaricato. Y, se insiste, cuestión aparte es la conducta desplegada por algunos de los acusados -que no son, por cierto, todos los miembros del Consejo- en las concretas solicitudes hechas de tiquetes a las empresas de transporte aéreo, tema que es objeto de análisis más adelante. Para esta Sala es absolutamente claro, además, que las gestiones que el Director General y en algunos supuestos, el Subdirector General y el Presidente del Consejo Técnico, hicieron ante las aerolíneas para que les entregaran boletos aéreos en supuestos no amparados por la ley, son por completo independientes de la delegación aludida. Para esa gestión no era necesario que se delegara, pues este acuerdo no tiene nada que ver con la solicitud de los boletos, en resumen: la delegación no es útil, ni fue el medio, ni es la explicación para esas solicitudes ilegales, aspecto que se profundizará más adelante, cuando se analicen específicamente estos hechos. **VII-** Aparte de lo dicho, hay otras razones que sustentan la absolutoria y se refieren a la tipicidad subjetiva del delito que se acusó. El Tribunal toma en cuenta la actuación de los acusados Edgar Alberto Arroyo Quesada y José Miguel Alfaro Masís, quienes pidieron consejo técnico al licenciado Sergio Ramírez, en cuanto a la legalidad de la delegación (cfr. folios 674 a 684, tomo XII). Con un dictamen favorable, ellos no encontraron objeción alguna, sobre todo porque la finalidad manifiesta y expresa del acuerdo era agilizar los trámites para la autorización de gastos de viaje y transporte, para lograr una mayor



eficiencia, elemento que ni la imputación ni la prueba desvirtuaron. El Ministerio Público no probó que fuera otra la finalidad del acto, sus alegatos en casación no contribuyen a desvirtuar las conclusiones de la sentencia en cuanto a estos extremos y además, esos elementos que el Tribunal señala claramente excluyen -al menos por duda- el conocimiento de la ilegalidad del acuerdo -que aún cuando ilegal, como se indicó, no es delictivo-, así como la intención de utilizarlo como mampara para el uso abusivo y el descontrol en el manejo de los gastos, en el caso de los acusados Arroyo Quesada y Alfaro Masís y eso es suficiente para que se desmorone la hipótesis de la acusación, que atribuye **un acuerdo expreso** de todos los acusados, para que, prevaleciéndose de su condición de miembros del Consejo, acordar la delegación con los fines descritos. Los jueces hacen expresa mención a que el Ministerio Público no demostró en forma alguna que los acusados tuvieran alguna injerencia en el trámite propio para autorizar los gastos de viaje y reembolso de viáticos a los miembros del Consejo. Efectivamente, para autorizar a un funcionario a viajar con los gastos cubiertos por el Estado, hay que cumplir una serie de requisitos, trámites previos, que pueden incluir el giro anticipado de parte de los gastos y posteriores, de liquidación de cuentas y reembolso, en los supuestos en que proceda, según ya se analizó. Nada de ello, como se ha señalado, se expone en la acusación, de modo que no puede venir ahora el representante del Ministerio Público a reprochar que en la prueba ofrecida, a saber la relación de hechos 352-96 y 30-97 se demuestran las sumas millonarias pagadas a José Francisco Nicolás Alvarado y Pablo Arce Gutiérrez, por concepto de gastos de viaje y transporte, si en ninguno de los hechos relatados en la acusación se especifican esas circunstancias. Si ese material constaba desde la investigación previa, mal hizo el Ministerio Público en no traducirlo en hipótesis concretas en la acusación, con todos los requisitos sustanciales que cabe exigir a la pieza acusatoria desde la óptica del debido proceso, en cuanto al principio de intimación y al derecho de defensa. Por eso esa omisión no puede reprocharla al Tribunal, que se limitó a analizar la viabilidad jurídica y probatoria de los hechos acusados, sin poder extenderse más allá de eso, por ejemplo, declarando delictivos hechos que constan en las pruebas, pero que no fueron acusados, como pareciera pretenderlo el Fiscal. ¿En qué hecho de la pieza acusatoria se desglosan y especifican cuáles viajes realizó en forma ilegal José Francisco Nicolás Alvarado o Pablo Arce Gutiérrez, a qué destinos, bajo qué pretextos o justificaciones falsas, quién, cómo y cuándo se tramitaron los gastos de esos viajes, a cuánto ascendieron, cómo se liquidaron y por qué razón la liquidación es fraudulenta o ilegal y



cómo se vinculan esas situaciones a Rodríguez Gonzalo y a los miembros del Consejo?. Claro que el informe de la Contraloría que cita el Fiscal señala una suma global pagada por gastos de viajes de ambos funcionarios y claro que señala irregularidades en dichos pagos que comprenden desde liquidaciones hechas hasta casi un año después de realizado el viaje; salidas que no se efectuaron y por las cuales se dio a estos funcionarios los adelantos respectivos sin que siquiera se hayan liquidado; ausencia de comprobantes de gastos y cálculo de los viáticos en porcentajes mayores a los que correspondían, además de salidas hechas sin aprobación alguna (cfr. resumen ejecutivo de las relaciones de hecho 352-96 y 30-97). También llama la atención, por ejemplo, de la relación de hechos 31-97 que es documentación anexa a este caso e incorporada como prueba, cómo la Auditoría General de la Contraloría, como parte de sus investigaciones, también señala, entre otros, la compra de pasajes hecha con dineros de Aviación Civil para familiares de Bernardo Arce Gutiérrez -5 pasajes- y Nelson Rodríguez Gonzalo -6 pasajes-, en rutas a Nueva York y a Miami respectivamente-, sin que los datos que constan en esa investigación se hayan mencionado en esta causa. Entonces, la pregunta que surge es ¿cómo trató ese material fáctico el Ministerio Público en la imputación? Tales hechos, así como los que ahora enfatiza el recurrente y relacionados con el supuesto pago ilegal de viáticos -que podría eventualmente configurar el delito de peculado- no han sido acusados y por eso, sobre ellos, en este proceso no podía emitirse pronunciamiento. Si la acusación no los contempla, es responsabilidad del Ministerio Público y el Tribunal no podía exceder el campo de acción que el propio ente fiscal le dio. Por todas las razones expuestas, el recurso del Ministerio Público y la Procuraduría General de la República en cuanto cuestionan la absolutoria por el delito de prevaricato, deben desestimarse." ¹³

XIV. Delito que solo pueden cometerlo funcionarios que dictan resolución.

"[el impugnante], refiere que se cometió un prevaricato por parte del oficial de policía que tuvo a cargo la investigación o que los juzgadores cometen una falta, sin embargo no señala con claridad en qué consiste cada una de estas irregularidades, además de que el prevaricato no es un delito que pueda ser cometido por un oficial de policía, sino que está limitado para las autoridades que se señalan en el artículo 350 del Código Penal, es decir, dicho delito lo comete únicamente aquellos funcionarios que tienen a su cargo la obligación de dictar resoluciones." ¹⁴



XV. Atipicidad de la conducta de ministro que presenta proyecto de la Oficina de Presupuesto a la Asamblea Legislativa.

"I.- **Único.** Atribuyéndose a esta Sala la competencia para juzgar a los miembros de los Supremos Poderes (Arts. 394, 397 y 398 del Código Procesal Penal de 1996) y no estando ante los supuestos del artículo 395 ibídem, se acoge la solicitud de desestimación que formula el Ministerio Público, el cual ha considerado "que los hechos denunciados resultan atípicos". Al respecto, el Fiscal General de la República señala que : *"en cuanto al análisis de tipicidad, tenemos que los hechos denunciados contrariamente a lo estimado por el diputado Célimo Guido, no encuadran en ninguna de las figura (sic) penales de prevaricato, malversación de fondos públicos, incumplimiento de deberes y abuso de autoridad, ni en ninguna otra, toda vez que los tipos penales expuestos, justo en los elementos objetivos establecen presupuestos que dado que existe una ley de presupuesto que tiene como ejecutor al Poder Ejecutivo en figura del aquí encartado, eliminan la tipicidad y con ello el reproche jurídico penal"*. Coincide esta Sala con las apreciaciones que esboza el Fiscal General de la República. Efectivamente, confrontando las piezas que componen el expediente se llega a la conclusión de que la conducta que ha sido atribuida al endilgado no encuadra dentro de las previsiones del delito de prevaricato, pues "es claro que el tipo penal sanciona a los funcionarios públicos que tengan algún poder **decisorio** , no obstante en la plataforma fáctica nunca se emitió una resolución en el sentido que tutela el tipo en cuestión, más bien por parte del Ministro acusao su conducta se limitó, a presentar en nombre del Poder Ejecutivo el proyecto elaborado por la Oficina del Presupuesto a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y por parte de los diputados tampoco se emitió resolución alguna sino más bien lo que hicieron fue aprobar un proyecto de ley "Ley de Presupuesto" para que se convirtiera en ley formal de la república por lo que los hechos devienen atípicos".¹⁵

XVI. Análisis doctrinario y normativo sobre los alcances del concepto "resolución administrativa"

"I- En recurso de casación interpuesto por los sentenciados Rodrigo Marchena Ortiz y René Contreras Sandoval, reclaman existencia de los siguientes defectos: **a).- Indebida aplicación del artículo 348 del Código Penal:** Argumentan, que en el caso concreto no existen



los supuestos de hecho para utilizar esa norma, pues aunque tomaron un acuerdo administrativo en su condición de funcionarios públicos, no emitieron resolución alguna dentro de un proceso de índole jurisdiccional. Resaltan, que en el fallo no se tuvo por demostrado que al adoptar el acuerdo, lo hicieran a sabiendas de que infringían la Ley. **b).- Carencia de aplicación del artículo 63 de la Ley de la Zona Marítimo-Terrestre:** Al respecto, aducen que existe un concurso aparente de normas entre el artículo 63 citado y el ordinal 348 del código sustantivo, en virtud del cual debe aplicarse únicamente la primera, por existir una relación de especialidad. Estiman, que esta defectuosa subsunción impidió que la causa prescribiera (confrontar folio 406). **II.- Los reclamos no son de recibo:** A efecto de resolver adecuadamente los reclamos indicados, es pertinente transcribir la relación de hechos tenidos por demostrados en sentencia, pues sólo a partir de ese marco fáctico, podrá examinarse la subsunción realizada por el Tribunal de mérito. Así - en lo que interesa - se acreditó que: "... A) Los aquí imputados René Contreras Sandoval, Adela Sequeira Gutiérrez cc Viria y Rodrigo Marchena Ortiz, actuando en calidades de Presidente Municipal el primero, vicepresidente municipal la segunda y regidor propietario el tercero, en la sesión ordinaria N° 21-87 del Consejo Municipal de Carrillo celebrada el día catorce de abril de mil novecientos ochenta y siete, conocieron de una solicitud de parte del señor Fernando Hurtado Clachar para construir una terraza de madera frente al negocio Bar El Papagayo, esto en la Zona Pública de la Zona Marítima Terrestre de Playas del Coco, Carrillo. B) Según acuerdo número cinco inciso segundo de la citada sesión Municipal, los aquí imputados acordaron del todo improcedente y denegaron tal solicitud, pues tomaría parte de la calle que va a la playa que es zona pública inalienable y la ley prohíbe la construcción dentro de los cincuenta metros mencionados de acuerdo con la ley y el Plan Regulador de Playas del Coco. C) En sesión ordinaria N° 23-87 del Consejo Municipal de Carrillo celebrada el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y siete, los encartados Adela Sequeira Gutiérrez quién actuó como presidente Municipal, Rodrigo Marchena Ortiz quien actuó como vicepresidente Municipal, y René Contreras Sandoval actuando como Regidor Propietario, conocieron una petición del señor Fernando Hurtado Clachar, a fin de reconsideraran la negación del permiso para construir una plataforma removible de madera frente al negocio. El Papagayo, esto en la Zona Pública de la Zona Marítimo Terrestre de Playas del Coco, acordando los imputados en forma contraria a lo establecido en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, otorgar el permiso a Hurtado Clachar, para que construyera "una plataforma de madera desarmable sin ninguna base de cemento y por el término de un año



prorrogable de común acuerdo y comunicación de un mes de anticipación", permiso que se concedió además sin la previa y expresa autorización del Instituto Costarricense de Turismo, Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y del Ministerio de Obras Públicas y Transportes ..." (sic, folios 366 y 367). Señalan los impugnantes, que por no ostentar la condición de jueces carecen de facultades para dictar resoluciones jurisdiccionales y aún cuando al momento de ocurrir los hechos desempeñaban funciones públicas como integrantes del Concejo Municipal del Cantón de Carrillo (Provincia de Guanacaste), no dictaron una resolución final en un "procedimiento administrativo". Interpretan, que bajo tales condiciones no podría estimarse como configurado el tipo penal contenido en el artículo 350 del Código sustantivo (prevaricato). En realidad, como se colige de la misma redacción del numeral 350 citado, no existe obstáculo penal alguno para considerar que funcionarios públicos -distintos a los jueces- puedan dictar resoluciones contrarias a la ley. Así, el texto normativo dispone, que: "... Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos...". Como delito especial, el prevaricato solo puede realizarse por los sujetos descritos en la norma, que debe ser un "funcionario judicial o administrativo" con posibilidad de dictar resoluciones. Además, la antijuridicidad de la acción está determinada por inobservancia de la ley (procesal o sustantiva). Recientemente, esta Sala ha dimensionado en su correcto sentido, el elemento normativo: "resoluciones", según la debida protección que cabe otorgar al bien jurídico tutelado (deberes de la función pública). En ese sentido, debe tenerse presente, que según lo ha establecido la jurisprudencia: "... la norma legal de referencia [artículo 350 del Código Penal] contempla como sujetos activos del ilícito sólo a funcionarios administrativos y judiciales. Claro está que la conducta que ellos despliegan debe ser dolosa. Eso significa que deben conocer que lo que están resolviendo es contrario a la ley o se basa en hechos falsos y deben querer, a sabiendas de lo anterior, dictar la resolución. Asimismo, es necesario hacer ver que en ningún momento se exige el otorgamiento de ventajas de cualquier tipo a los funcionarios públicos para que se configure el delito de Prevaricato. Ahora bien, por "resolución", cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento administrativo para decidir. En otras palabras la "resolución administrativa" a la que se alude en el numeral que regula el



delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo. Lo anterior se ve respaldado por calificadas opiniones doctrinales. Por ejemplo, José Luis González Cussac afirma: "El término 'resolución' no ofrece demasiados problemas. Jurisprudencia y doctrina viene a entender por 'resolución' todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte el ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva, podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los ciudadanos." (ver: El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, 1997, pp. 49-50). Por su parte, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán estiman que la resolución a la que se refiere el delito de Prevaricato es "una acción positiva de realización de un acto administrativo" (ver: Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 11ª edición, 1996, p. 836). Además, no es posible obviar cómo se define "resolución" por parte de quienes se han dedicado al estudio especializado del vocabulario jurídico. Los especialistas franceses que colaboran con la Asociación Henri Capitant sostienen que "resolución" es una "denominación genérica de las providencias generales, colectivas o individuales dictadas por los ministros" (ver: Vocabulario Jurídico, publicado bajo la dirección de Gerard Cornú, traducción al español efectuada por Jaime Restrepo y Jorge Guerrero sobre la base de la segunda edición francesa, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1995, p. 767). De lo anterior, debe resaltarse el carácter genérico del vocablo en estudio, ya que abarca todo tipo de decisión dictada por las autoridades públicas, ya sean éstas jurisdiccionales o administrativas. Por su parte, Guillermo Cabanellas entiende por "resolución" todo "fallo, auto, providencia de una autoridad gubernativa o judicial" (ver: Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, S.R.L., 11ª edición, 1993, pp. 351-352) y de esa forma queda claro que el término no puede restringirse sólo al conocimiento de recursos o reclamos, sino que en materia administrativa abarca las decisiones que se toman de oficio y atendiendo a las particularidades de todos y cada uno de los diversos procedimientos administrativos establecidos en muchas leyes distintas. Es necesario resaltar que en el ordenamiento costarricense no hay posibilidad alguna de restringir el concepto de "resolución administrativa" a lo que se establece en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública. Ello



por cuanto generaría muchas y muy serias (por sus graves derivaciones) inconsistencias. La primera es que de aplicarse una noción tan restringida del término de comentario, ello equivaldría a obviar que la naturaleza jurídica del instituto sigue siendo la de acto administrativo y que en esencia es un acuerdo. La segunda es que se darían incongruencias dentro de la misma Ley General, ya que en ese apartado se especifica que el acuerdo mediante el cual se deciden recursos y reclamos administrativos tiene el nombre de "resolución", pero aferrarse a esta denominación conllevaría un desconocimiento de la posibilidad de que la Administración Pública inicie de oficio (ver el artículo 284 de la Ley General) procedimientos administrativos que afectan los derechos e intereses de los administrados. La tercera radica en que en la misma Ley General de la Administración Pública se utiliza la palabra "resolución" en supuestos distintos a los que contempla el numeral 121 inciso 3); así, por ejemplo, en el 227 se menciona la "resolución" de cuestiones previas. La cuarta se aprecia fácilmente en el artículo 224 de la Ley General, ya que el procedimiento administrativo no se sigue sólo en relación con reclamos o recursos, sino también con peticiones (además, el artículo 261 de ese cuerpo legal distingue entre demandas y peticiones y en ambos supuestos establece que se resuelve el asunto con un acto final). La quinta consiste en la obligatoriedad de que el procedimiento concluya con un acto final dentro de los dos meses de iniciado (ver el artículo 261 -ya mencionado- de la Ley General) y conviene aclarar que por tal no se entiende necesariamente el último acto (sea, el que resuelve un recurso) ni el que agota la vía administrativa, sino aquel que sirve para dictar la primera decisión de fondo dentro del procedimiento. La sexta inconsistencia que generaría una interpretación tan cerrada del concepto de "resolución administrativa" sería el desconocer que hay muchísimos otros procedimientos administrativos que no se rigen por la Ley General de la Administración Pública. Sólo a modo de ejemplo, puede citarse los que se contemplan en el Código Municipal, el Código de Minería, la Ley General de Salud, la Ley de Expropiaciones, la Ley de Extradición, la Ley de Planificación Urbana, la Ley General de Aviación Civil, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Indígena. Estos procedimientos quedaron excluidos del régimen de la Ley General mediante los decretos 8979-P y 9469-P, ambos de 1978 y amparados a la autorización legal prevista en el artículo 367 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública. Por último, pero no por ello menos importante, debe advertirse que por "resolución" en lo que se refiere al Prevaricato cometido por funcionarios públicos, el legislador que promulgó el Código Penal en 1970 nunca pudo haber pensado en lo que se dispuso en el



artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, porque ésta fue emitida en 1978. Lo expuesto hasta aquí explica por qué hay decisiones administrativas emitidas mediante acto final que no se rigen por la Ley General tantas veces mencionada y por qué son susceptibles de ser consideradas como "resolución administrativa" para los efectos del delito de Prevaricato...". (Voto # 1.021-2.000, de 10:45 horas del 1 de setiembre de 2.000). Tal como tuvo por demostrado el sentenciador, los acusados ostentaban la condición de integrantes del Concejo Municipal del Cantón de Carrillo (Provincia de Guanacaste) y en tal calidad, concedieron una ventaja contraria a la ley, consistente en otorgar un permiso temporal (por un año, pero prorrogable) para colocar una construcción de madera "removible" en la Zona Pública de la Zona Marítimo-Terrestre, en Playas del Coco. En esa tesitura, debe aclararse que no excusa la actuación de los acusados, el que el interesado gestionara revisión del anterior acuerdo denegatorio, aduciendo que colocaría una plataforma removible. Por el contrario, ello es indicativo de que los justiciables conocían con antelación, que por mandato de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre (Ley # 6.043, de 2 de marzo de 1.977, publicada en el Alcance No. 36, a La Gaceta No. 52, de 16 de marzo de 1.977), incumbía a ellos como integrantes de la Corporación Municipal, velar directamente por el cumplimiento de las normas de esa ley referentes al dominio, desarrollo, aprovechamiento y uso de la zona marítimo terrestre y en especial de las áreas turísticas de los litorales (artículo 3). Es claro, que los acusados sabían que la autorización emitida era contraria a la ley, pues implicaba una ocupación temporal de una parte de la Zona Pública, lo cual es manifiestamente improcedente, pues en principio: "... la zona pública no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella. Estará dedicada al uso público y en especial al libre tránsito de las personas..." (artículo 20 ibídem), salvo en los casos de excepción previstos en la ley, como la autorización para construir plantas industriales, instalaciones de pesca deportiva o instalaciones artesanales, obras portuarias, programas de maricultura u otros establecimientos o instalaciones similares, para cuyo funcionamiento sea indispensable ubicarse en las cercanías del mar, requiriendo en tal evento la aprobación expresa del Municipio respectivo, del Instituto Costarricense de Turismo (I.C.T.), del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (I.N.V.U.) y demás instituciones del Estado encargadas de autorizar su funcionamiento, así como del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (M.O.P.T.) (artículo 18 ejúsdem). Tal como expuso el a quo, el caso sub-exámene no se encontraba ante ninguno de los supuestos referidos. Es claro que la acción dolosa se comprobó, no



solo porque entre sus funciones estaba vigilar y proteger dicho bien público, sino porque además con anterioridad se había denegado una gestión del interesado, argumentando en aquella oportunidad, que: "... Juzgamos del todo improcedente tal solicitud pues tomaría parte de la calle que va a la playa que es zona pública inalienable y la ley prohíbe la construcción dentro de los 50 mts mencionados de acuerdo con la ley y el plan Regulador de Playas del Coco ..." (confrontar transcripción del acuerdo municipal, agregada a folio 27). Así, si entre el primer acuerdo y la decisión que ahora se cuestiona existió un lapso de quince días, manteniéndose las mismas justificaciones legales, ahora no pueden pretender los quejosos que actuaron sin dolo, pues era de su conocimiento que aún cuando autorizaran instalar una plataforma removible, ello comprometía el libre acceso a la Zona Pública, que de esa forma resultaba ocupada.

III.- Luego, se ha resaltado que los hechos demostrados se adecuaban a las previsiones del artículo 63 de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre que dispone que: "... El funcionario o empleado que otorgare concesiones o permisos de ocupación de desarrollo o aprobare planos, contra las disposiciones de esta ley o leyes conexas, o impidiere o hiciere negatoria la orden de suspensión o demolición, legalmente decretadas o dispuestas, de una obra o instalación, o la sanción de algún infractor a las normas de esta ley y sus reglamentos, será reprimido con prisión de tres meses a dos años si no se tratare de delito más grave. Además será despedido de su empleo sin responsabilidad patronal. Si el funcionario fuere de elección popular, procederá a la pérdida de su credencial a juicio del Tribunal Supremo de Elecciones, previa información que éste dispondrá levantar...". (el resaltado no está en el original). **No lleva razón el reproche:** Si bien es cierto existe similitud entre el numeral 350 del Código Penal y la norma transcrita, ello no implica necesariamente que exista una relación de especialidad que desplace el artículo 350. Precisamente, el ordinal 63 establece una **cláusula de subsidiariedad expresa**, que obliga al Juzgador a verificar que la acción **no esté más severamente reprimida** con otro tipo penal, como sucede en este evento, en que la pena prevista para el ilícito de prevaricato es de 2 a 6 años de prisión, mientras que la preceptuada en el artículo 63 de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre, oscila entre tres meses y dos años de pena privativa de libertad. En este sentido, la adecuación típica realizada por el Tribunal de instancia se ajusta a la base fáctica comprobada y corresponde a una interpretación razonable del artículo 23 del Código Penal, que señala que en los casos en que exista una subordinación expresa o tácita entre varias normas, debe optarse por aquella a la que remite la norma accesoria, precisamente por representar una



afectación mayor del bien jurídico. En consecuencia, se **declara sin lugar** el recurso de casación interpuesto".¹⁶

"Como **segundo motivo del recurso por la forma**, el impugnante acusa violación de las reglas de la sana crítica a la hora de apreciar los alcances del artículo 350 del Código Penal. En concreto, critica el hecho de que para el Tribunal de Juicio los acuerdos municipales no están contemplados en el concepto de "resolución" que contiene el numeral citado. Considera que en realidad sí están comprendidos dentro de lo que el legislador denomina con ese término. **El reparo es de recibo**. Es necesario advertir que nuevamente se está ante un vicio de fondo y no uno procedimental. En concreto, se trata de la correcta aplicación de la normativa sustancial, en particular el artículo 350 del Código Penal. Antes de resolver el presente caso, debe considerarse el criterio que expuso esta Sala en la sentencia N° 1264-98, de las 8:45 horas del 24 de diciembre de 1998. Allí se indicó que " *la labor decisoria de reclamo, configura los supuestos de resolución que eventualmente serían objeto del delito de Prevaricato por parte de funcionarios administrativos* " (ver Considerando IV de dicho fallo). Sin embargo, pese a que lo anterior es cierto, también lo es que hay otros actos administrativos que se enmarcan dentro de lo que el legislador entiende por "resolución administrativa" para efectos del ilícito en estudio. Ello se extrae de un adecuado análisis de la normativa administrativa relacionada con el artículo 350 del Código Penal. Este último dispone: " *Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.// Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.// Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores.* " Como puede apreciarse, la norma legal de referencia contempla como sujetos activos del ilícito sólo a funcionarios administrativos y judiciales. Claro está que la conducta que ellos desplieguen debe ser dolosa. Eso significa que deben conocer que lo que están resolviendo es contrario a la ley o se basa en hechos falsos y deben querer, a sabiendas de lo anterior, dictar la resolución. Asimismo, es necesario hacer ver que en ningún momento se exige el otorgamiento de ventajas de cualquier tipo a los funcionarios públicos para que se configure el delito de Prevaricato. Ahora bien, por "resolución", cuando se trata del resultado de la actividad administrativa, se entiende todo aquel acto final mediante el cual la Administración Pública expresa su voluntad en relación con los derechos e intereses de los habitantes, luego de haber desarrollado un procedimiento



administrativo para decidir. En otras palabras la "resolución administrativa" a la que se alude en el numeral que regula el delito de Prevaricato es toda aquella decisión final que afecta derechos e intereses de los administrados, a la que llega la Administración Pública tras cumplir el procedimiento respectivo. Lo anterior se ve respaldado por calificadas opiniones doctrinales. Por ejemplo, José Luis González Cussac afirma: " *El término 'resolución' no ofrece demasiados problemas. Jurisprudencia y doctrina viene a entender por 'resolución' todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte el ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva, podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los ciudadanos.* " (ver: El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, 1997, pp. 49-50). Por su parte, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán estiman que la resolución a la que se refiere el delito de Prevaricato es " *una acción positiva de realización de un acto administrativo* " (ver: Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 11ª edición, 1996, p. 836). Además, no es posible obviar cómo se define "resolución" por parte de quienes se han dedicado al estudio especializado del vocabulario jurídico. Los especialistas franceses que colaboran con la Asociación Henri Capitant sostienen que "resolución" es una " *denominación genérica de las providencias generales, colectivas o individuales dictadas por los ministros* " (ver: Vocabulario Jurídico, publicado bajo la dirección de Gerard Cornú, traducción al español efectuada por Jaime Restrepo y Jorge Guerrero sobre la base de la segunda edición francesa, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1995, p. 767). De lo anterior, debe resaltarse el carácter genérico del vocablo en estudio, ya que abarca todo tipo de decisión dictada por las autoridades públicas, ya sean éstas jurisdiccionales o administrativas. Por su parte, Guillermo Cabanellas entiende por "resolución" todo " *fallo, auto, providencia de una autoridad gubernativa o judicial* " (ver: Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, S.R.L., 11ª edición, 1993, pp. 351-352) y de esa forma queda claro que el término no puede restringirse sólo al conocimiento de recursos o reclamos, sino que en materia administrativa abarca las decisiones que se toman de oficio y atendiendo a las particularidades de todos y cada uno de los diversos procedimientos administrativos establecidos en muchas leyes distintas. Es necesario resaltar que en el ordenamiento costarricense no hay posibilidad alguna de restringir



el concepto de "resolución administrativa" a lo que se establece en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública. Ello por cuanto generaría muchas y muy serias (por sus graves derivaciones) inconsistencias. La primera es que de aplicarse una noción tan restringida del término de comentario, ello equivaldría a obviar que la naturaleza jurídica del instituto sigue siendo la de acto administrativo y que en esencia es un acuerdo. La segunda es que se darían incongruencias dentro de la misma Ley General, ya que en ese apartado se especifica que el acuerdo mediante el cual se deciden recursos y reclamos administrativos tiene el nombre de "resolución", pero aferrarse a esta denominación conllevaría un desconocimiento de la posibilidad de que la Administración Pública inicie de oficio (ver el artículo 284 de la Ley General) procedimientos administrativos que afectan los derechos e intereses de los administrados. La tercera radica en que en la misma Ley General de la Administración Pública se utiliza la palabra "resolución" en supuestos distintos a los que contempla el numeral 121 inciso 3); así, por ejemplo, en el 227 se menciona la "resolución" de cuestiones previas. La cuarta se aprecia fácilmente en el artículo 224 de la Ley General, ya que el procedimiento administrativo no se sigue sólo en relación con reclamos o recursos, sino también con peticiones (además, el artículo 261 de ese cuerpo legal distingue entre demandas y peticiones y en ambos supuestos establece que se resuelve el asunto con un acto final). La quinta consiste en la obligatoriedad de que el procedimiento concluya con un acto final dentro de los dos meses de iniciado (ver el artículo 261 -ya mencionado- de la Ley General) y conviene aclarar que por tal no se entiende necesariamente el último acto (sea, el que resuelve un recurso) ni el que agota la vía administrativa, sino aquel que sirve para dictar la primera decisión de fondo dentro del procedimiento. La sexta inconsistencia que generaría una interpretación tan cerrada del concepto de "resolución administrativa" sería el desconocer que hay muchísimos otros procedimientos administrativos que no se rigen por la Ley General de la Administración Pública. Sólo a modo de ejemplo, puede citarse los que se contemplan en el Código Municipal, el Código de Minería, la Ley General de Salud, la Ley de Expropiaciones, la Ley de Extradición, la Ley de Planificación Urbana, la Ley General de Aviación Civil, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Indígena. Estos procedimientos quedaron excluidos del régimen de la Ley General mediante los decretos 8979-P y 9469-P, ambos de 1978 y amparados a la autorización legal prevista en el artículo 367 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública. Por último, pero no por ello menos importante, debe advertirse que por "resolución" en lo que se refiere al Prevaricato cometido por



funcionarios públicos, el legislador que promulgó el Código Penal en 1970 nunca pudo haber pensado en lo que se dispuso en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, porque ésta fue emitida en 1978. Lo expuesto hasta aquí explica por qué hay decisiones administrativas emitidas mediante acto final que no se rigen por la Ley General tantas veces mencionada y por qué son susceptibles de ser consideradas como "resolución administrativa" para los efectos del delito de Prevaricato. En el presente caso, en lo que atañe al problema de la concesión de una patente para la venta temporal de licores en una reserva indígena, el Tribunal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica estima que para que haya una resolución administrativa propiamente dicha es necesario que previamente los administrados hayan formulado alguna petición y que por ello el acuerdo tomado no es una resolución (ver folio 392). La equivocación del a-quo es evidente. El órgano de mérito no sólo obvió el contenido del artículo 350 del Código Penal, ya expuesto en este fallo, sobre lo que debe entenderse por resolución administrativa, sino que incurre en las inconsistencias apuntadas líneas atrás. Esto último porque se centra en lo que se establece en el artículo 121 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública y desconoce la posibilidad de que el procedimiento administrativo se inicie de oficio. Además, obvia el hecho de que en materia municipal no rige la Ley indicada e incorrectamente deja por fuera lo dispuesto en los artículos 46 y 48 del Código Municipal vigente al momento de los hechos, en los que se establecía que los acuerdos municipales pueden obedecer a mociones de los regidores. Así las cosas, es evidente que la decisión del Concejo Municipal de otorgar esta patente para la venta de licores puede ser constitutiva del delito de Prevaricato, por lo que deviene mal aplicada la normativa del Código Penal, máxime cuando la voluntad de la Administración se manifiesta en relación con los derechos de los administrados. " ¹⁷

XVII. Innecesario que los funcionarios reciban contraprestación

"En lo que se refiere a la adjudicación a la señora Edith Ortega Gómez de un terreno que fue donado y luego quitado a CORTEL, nuevamente se aprecia el error del Tribunal de considerar que el acuerdo municipal no es una resolución. Contrario a lo que estima el a-quo, sí lo es. Es clarísimo que con la decisión municipal de despojar a CORTEL de un inmueble que le había donado y trasladarlo a una particular, se afectan los derechos e intereses de los administrados de contar con el servicio. Asimismo, debe tenerse



presente que consta en autos (ver folio 140) la advertencia de la Contraloría General de la República en el sentido de que el beneficiario con la donación no puede ser cambiado sin la autorización de ese ente de fiscalización superior y en todo caso debía ser otro sujeto de Derecho Público. Además, se siguió con el procedimiento entonces vigente para conocer y tramitar mociones de los regidores. Por ello, sí se está ante un acto administrativo que califica como resolución para los efectos del artículo 350 del Código Penal. Finalmente, para el órgano de mérito no se acreditó que los miembros del Concejo hayan recibido contraprestación alguna por el dictado de este acuerdo (folio 396) y tampoco que la señora Ortega Gómez haya tomado posesión del inmueble, por lo que -según los integrantes de ese cuerpo colegiado- se ve reforzado su criterio en el sentido de que el delito no se configuró. Allí se aprecia un nuevo yerro de los juzgadores, ya que el Prevaricato no exige para su configuración el que los funcionarios hayan recibido alguna contraprestación por dictar la resolución de que se trate. Además, el ilícito se consuma con el dictado de la decisión contraria a derecho o fundada en hechos falsos y no depende de que la misma surta eficacia o no; por ello, en nada incide que la nueva adjudicataria no hubiese entrado en posesión del inmueble. Por todo lo expuesto, siendo evidente el mal manejo por parte del a-quo de la legislación sustantiva aplicable en estos dos casos, **debe anularse el fallo absolutorio recaído a favor de los imputados, así como el debate que le precedió, y ordenarse el reenvío de la causa al Tribunal de origen para la reposición del juicio y la sentencia conforme a derecho**.¹⁸



FUENTES CITADAS:

- ¹ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2005-01001 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del dos de setiembre de dos mil cinco.
- ² SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 001264-98 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.
- ³ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2004-00044 de las diez horas del treinta de enero de dos mil cuatro.
- ⁴ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2001-000853 de las catorce horas treinta y cinco minutos del cuatro de setiembre de dos mil uno.
- ⁵ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2006-00061 de las nueve horas veinticinco minutos del tres de febrero de dos mil seis.
- ⁶ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 183-F-95 de las once horas veinte minutos del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cinco.
- ⁷ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2005-01047 de las quince horas cinco minutos del doce de septiembre de dos mil cinco.
- ⁸ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2005-00981 de las once horas diez minutos del veintiséis de agosto de dos mil cinco.
- ⁹ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2005-00831 de las nueve horas diez minutos del veintinueve de julio de dos mil cinco.
- ¹⁰ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2005-00713 de las diez horas diez minutos del veinticuatro de junio de dos mil cinco.
- ¹¹ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2005-00115 de las catorce horas treinta minutos del veintitrés de febrero de dos mil cinco.
- ¹² SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2003-01101 de las once horas treinta minutos del veintiocho de noviembre de dos mil tres.



-
- ¹³ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2003-00686 de las dieciséis horas treinta minutos del doce de agosto de dos mil tres.
- ¹⁴ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2001-00724 de las nueve horas treinta y cinco minutos d el veinte de julio de dos mil uno.
- ¹⁵ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2001-00673 de las dieciséis horas con cuarenta y dos minutos del cinco de julio de dos mil uno.-
- ¹⁶ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2000-01266 de las nueve horas con veintisiete minutos d el tres de noviembre del dos mil.
- ¹⁷ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2000-01021 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos d el primero de setiembre del dos mil.
- ¹⁸ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2000-01021 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos d el primero de setiembre del dos mil.