

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL  
DE LAS AMÉRICAS**

**MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**“IMPLICACIONES PROBATORIAS ANTE LA  
FALTA DE LA INTERVENCIÓN DE  
COMUNICACIONES EN LAS INVESTIGACIONES  
PENALES SEGUIDAS POR EL DELITO DE  
TRAFICO DE INFLUENCIAS”**

**JOHANNA RODRÍGUEZ ACOSTA**

## DEDICATORIA

A mi padre, el hombre que más amo, a quien admiro y deseo imitar, orgullosa de tener su sangre y ser llamada su hija.

A mi madre, por el apoyo incondicional para llevar a cabo este proceso académico.

A mi hija Fernandita, por llenar mis días de colores y alegrías.

A mi tía Vera, quien nunca me ha abandonado.

A mi amiga Naty, porque su vida es el reflejo más cercano que he tenido de una hermana.

## AGRADECIMIENTO

Cada proyecto en la vida cobra sentido cuando pensamos en la dicha de poder elegir y emprender el camino hacia los sueños. Convertir la ilusión en realidad y transformar las expectativas en triunfos certeros.

Cada proceso terminado merece ser honrado, su culminación alaba el esfuerzo y la perseverancia, representa la convicción y el anhelo de avanzar.

Por estas y muchas razones, agradezco a quien le da sentido a todo lo que hago, mi señor Jesús, su fidelidad es inquebrantable!.

A mis hermanas del corazón, Jessica y Loreley, por recorrer conmigo esta etapa y confirmar el amor y lealtad que nos une.

A los doctores Ronald Salazar Murillo y Rafael Ángel Sanabria Rojas, por la formación académica y el acompañamiento que me brindaron en este proceso académico.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>Carta de autorización del tutor .....</b>	<b>i</b>
<b>Carta de autorización del lector .....</b>	<b>v</b>
<b>Carta de autorización de la filóloga .....</b>	<b>v</b>
<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>ivi</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>vi</b>
<b>TABLA DE CONTENIDOS .....</b>	<b>vii</b>
<b>RESUMEN EJECUTIVO.....</b>	<b>vii</b>
<b>CAPITULO I INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
1.1 Tema .....	1
1.2 Planteamiento del problema .....	1
1.3 Justificación del tema y problema .....	1
1.4 Objetivos.....	4
1.4.1 Objetivo general .....	4
1.4.2 Objetivos específicos.....	4
<b>CAPITULO II MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>6</b>
2.1. La corrupción en el sector público en el contexto costarricense .....	6
2.1.1 Definición de la corrupción .....	6
2.1.2. La corrupción en el sistema democrático .....	10
2.1.3 La afectación de la fe en los ciudadanos .....	14
2.1.4 El desarrollo económico y la corrupción.....	16
2.1.5 Impulso de los organismos internacionales en contra de la corrupción .....	20
2.2 Análisis del delito de tráfico de influencias.....	24
2.2.1. Concepto y regulación.....	24
2.2.2 Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.....	28
2.2.3. Aspectos relevantes a nivel jurisprudencial.....	34
2.3 La obtención de prueba en el delito de tráfico de influencias .....	41
2.3.1. Características de la investigación en el delito de tráfico de influencias .....	41
2.3.2 Intervención de comunicaciones .....	45
<b>CAPITULO III MARCO METODOLÓGICO .....</b>	<b>53</b>
3.1 Metodología empleada .....	53
3.1.1 Características de la metodología empleada.....	53
3.2 Técnicas empleadas .....	54
3.2.1 Entrevistas a profundidad .....	54

3.2.2 Análisis de casos .....	54
3.4 Selección.....	54
3.4.1 Acerca de las entrevistas a profundidad .....	54
3.4.2 Acerca del análisis de casos.....	55
<b>CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE RESULTADOS .....</b>	<b>56</b>
4.1 Datos preliminares relevantes.....	56
4.2 Análisis de las desestimaciones dictadas por la Sala Tercera.....	58
4.2.1 Caso: Tráfico de influencias para modificación de reglamento sobre comercialización del cemento chino en Costa Rica .....	60
4.2.2 Caso: Tráfico de influencias para obtención de resolución en favor de grupo de comerciantes del Paseo de los Turistas en Puntarenas .....	66
4.2.3 Caso: Tráfico de influencias para la obtención de plazas en el sector de educación pública .....	69
4.2.4 Caso: Tráfico de influencias con prevalencia del cargo .....	72
4.3 Análisis de las entrevistas.....	74
<b>CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>82</b>
5.1 Conclusiones.....	82
5.2 Recomendaciones .....	85
5.3 Limitaciones presentadas en la investigación.....	87
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>88</b>
APÉNDICE N°A .....	93
APÉNDICE N° B .....	126
APÉNDICE N°C .....	132

## RESUMEN EJECUTIVO

La corrupción es el fenómeno social-transnacional con mayor impacto en los sistemas de gobierno, en la estructura interna de los estados, en el sector público y privado. Trasciende fronteras, se encuentra íntimamente relacionado con el crimen organizado. Se encarga de desnaturalizar el correcto funcionamiento de la labor pública y privilegiar el interés particular, sobre el interés general.

La corrupción ha empañado la imagen de Costa Rica, la transparencia de sus gobernantes y alto jerarcas, trastocado los tres poderes de la República. Esto en detrimento de la democracia, la confianza en el sistema judicial y en las empresas públicas. Se trata de un fenómeno tan grave, que ha sido tratado por organismos internacionales que buscan prevenirlo, sancionarlo y erradicarlo.

Una de las formas de corrupción en la función pública es representada por el delito de tráfico de influencias. Este delito sanciona a quien, prevaleciéndose del cargo, rango jerárquico o situación personal, influya sobre un servidor público con la intención de primar el interés privado sobre el público, para que dicho funcionario omita u realice determinadas acciones dentro del ámbito de sus atribuciones, de modo que se produzca un beneficio indebido o ventaja económica, para sí u otro.

En tal sentido, vale la pena analizar de qué manera puede enfrentarse las diversas formas de corrupción que se presentan desde la perspectiva represiva, lo que da lugar a valorar la pertinencia, utilidad e incidencia de la intervención de comunicaciones en las investigaciones seguidas por el delito de tráfico de influencias.

Lo anterior tomando en consideración que este medio probatorio permite incursionar en el ámbito de intimidad de los autores del delito, de quienes tienen relación con la dinámica delictiva. A la vez, conocer las motivaciones que conducen al sujeto activo a cometer la delincuencia, así como las circunstancias que rodean la dinámica delictiva. Es de suma importancia analizar si este medio probatorio es capaz de mejorar el abordaje de

los delitos de corrupción en la función pública en general y, en concreto, del delito de tráfico de influencias, así como si éste puede propiciar resultados más favorables en las investigaciones.

## **CAPITULO I INTRODUCCIÓN**

### **1.1 Tema**

Las implicaciones probatorias que genera la falta de la intervención de comunicaciones en los procesos seguidos por el delito de tráfico de influencias.

### **1.2 Planteamiento del problema**

¿Cómo incide en el tema probatorio la falta de la intervención de comunicaciones en los procesos seguidos por el delito de tráfico de influencias?

### **1.3 Justificación del tema y problema**

Este proyecto de investigación busca evidenciar las implicaciones probatorias que genera la falta de la intervención de comunicaciones en los casos seguidos por el delito de tráfico de influencias. Como punto de partida, es necesario entablar la normativa que regula la intervención de comunicaciones y la procedencia de la misma en las investigaciones por el delito de tráfico de influencias.

Es de conocimiento que en el año 1994 se creó la Ley N° 7425, denominada “Ley sobre Registro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones”, la cual regula, en el Artículo 9, la autorización para interceptar comunicaciones cuando se trate del esclarecimiento de algunos delitos, sin que dentro de esa lista taxativa se contemple los tipos penales que sancionan los actos de corrupción en la función pública.

Años después, en el año 2009, entró en vigencia la Ley 8754, llamada “Ley Contra la Delincuencia Organizada”, la cual estipula en el numeral 16 la posibilidad de intervenir comunicaciones en las investigaciones relacionadas con el esclarecimiento de delitos corrupción en el ejercicio de la función pública, enriquecimiento ilícito y casos de cohecho.

Este articulado, pese a no estipular expresamente que los delitos citados deban ser cometidos por una organización criminal, se considera que, al ser incluidos dentro de esta ley especial, requieren ser ejecutados bajo esa modalidad, unido a que el numeral 15 de ese mismo cuerpo legal refiere que en todas las investigaciones por delincuencia organizada se admite la interceptación o escucha de comunicaciones.

De tal manera que, para interceptar comunicaciones de acuerdo con la Ley 8754 Contra la Delincuencia Organizada, se requiere que los casos de tráfico de influencias cumplan con una serie de requisitos, establecidos en el Artículo 1 de dicha ley; entre ellos:

- Que sean cometidos por una organización criminal, es decir, que se trate de un grupo organizado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo.
- Que éstos actúen concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.

Tal regulación se mantiene incólume a través de la Ley 9481 denominada "Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica", la cual entrará en vigencia en octubre del 2019, ya que, en cuanto a la definición de los conceptos de "crimen organizado" y "delito grave", así como el tema de intervención telefónica remite a lo dispuesto en la Ley 8754 "Contra la Delincuencia Organizada".

En razón de lo anterior, deviene la necesidad de que los delitos por los cuales se vaya a intervenir comunicaciones constituyan un delito grave, de acuerdo con la descripción del párrafo último del numeral 1 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Por lo tanto, un delito grave es entendido como aquel delito que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más, particularidad que sí cumple el tipo penal en cuestión.

Véase que el Artículo 52 de la Ley 8422 vigente "Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública" regula el delito de tráfico de influencias, el cual dice textualmente lo siguiente:

Será reprimido con prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro. (Ley 8422, 2005, p.33).

Ahora bien, pese a que la legislación descrita solventó la carencia que existía acerca de la imposibilidad de utilizar la intervención de comunicaciones en los casos relacionados con corrupción en la función pública, prevalece la inaplicación de este medio probatorio dentro de las investigaciones penales por el delito de tráfico de influencias; entre las causas principales, está la falta de iniciativa del Ministerio Público o imposibilidad jurídica, al no cumplirse con todos los requisitos de la criminalidad organizada. Por tanto, resulta útil y pertinente analizar los efectos generados por tal inaplicación, así como los que se puedan producir efectuando lo contrario.

El presente proyecto cobra relevancia ya que, el delito que atañe presenta una serie de particularidades, las cuales vale la pena considerar para determinar la necesidad de aplicar este medio de prueba, de las cuales destacan al menos tres principales:

En primer lugar, el delito de tráfico de influencias, comúnmente suele ser cometido de manera clandestina y cautelosa por parte de los autores, sin que se cuente necesariamente con prueba testimonial o material. Por tanto, resulta de interés analizar si la intervención de comunicaciones podría acreditar aspectos medulares del tipo penal, como la acción de "influir" elemento objetivo esencial, el elemento subjetivo distinto al dolo, el cual especifica la intencionalidad del autor al realizar la influencia sobre el servidor público y, fundamentalmente, el aspecto subjetivo, que responde al dolo del sujeto activo al efectuar la influencia típica sobre el servidor público.

En segundo lugar, desde la óptica probatoria, generalmente prevalece la reticencia de estas personas que procuran evitar verse involucrados o hasta perjudicados en el ámbito laboral producto de colaborar en la investigación penal. De tal manera, es importante valorar si la intervención de comunicaciones sería capaz de solventar tal falencia, mediante la escucha de las conversaciones.

Como tercer y último aspecto, el sujeto activo en estos delitos generalmente es funcionario público o una persona que no cuenta con esa calidad, pero sí presenta cierto nivel de escolaridad, es decir, los llamados "delincuentes de cuello blanco". Lo anterior tiene incidencia en la forma de comisión del hecho delictivo, debido a que éstos procuran no ser descubiertos, por consiguiente, se esmeran en ejecutar el ilícito sin dejar rastro alguno.

En consecuencia, se considera relevante analizar los efectos de la utilización de este medio de prueba en las investigaciones por el delito de tráfico de influencias. Concretamente, para la demostración de los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal y, en caso de existir, la constatación de la existencia del grupo criminal, el papel que juega cada miembro de la organización, la distribución de funciones, el grado de participación y los niveles de jerarquía dentro del grupo delictivo.

El tema de investigación elegido representa un elemento vigente y actual porque el fenómeno de la corrupción se ha evidenciado exponencialmente en los últimos tiempos. La persecución de los delitos derivados de éste constituye uno de los objetivos fundamentales de las políticas criminales. Muestra de ello, son los esfuerzos efectuados por la Fiscalía General de la República en la lucha contra la corrupción, a partir del caso en investigación conocido como "El Cementazo", el cual involucra a funcionarios públicos, miembros de los supremos poderes y éstos en colusión con sujetos de derecho privado.

La lucha contra la corrupción es y será siempre un tema de interés a nivel legislativo, ejecutivo, judicial y que trasciende a la ciudadanía como principal perjudicada. Por tanto, resulta necesario analizar si la aplicación oportuna de la interceptación de comunicaciones en las investigaciones por actos de corrupción en la función pública, como es el caso del delito de tráfico de influencias, permitiría disminuir la impunidad que tanto aqueja al país por este tipo de delincuencia.

## **1.4 Objetivos**

### **1.4.1 Objetivo general**

Determinar a nivel práctico las implicaciones que trae consigo la falta de la intervención de comunicaciones en los procesos seguidos por el delito de tráfico de influencias.

### **1.4.2 Objetivos específicos**

1. Determinar el fundamento legal que motivó las desestimaciones dictadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con las investigaciones seguidas en

contra de miembros de los supremos poderes por el delito de tráfico de influencias, desde la vigencia de la ley 8422, en el año 2004, hasta el mes de febrero del 2019.

2. Identificar si en los casos anteriores la falta de la intervención de comunicaciones incidió en el resultado de las desestimaciones dictadas por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

3. Analizar las opiniones de profesionales con experiencia en la investigación de delitos de corrupción en la función pública e intervención de comunicaciones, acerca de las repercusiones probatorias y jurídicas que pueden derivarse de la utilización de la intervención de comunicaciones en los procesos penales seguidos por el delito de tráfico de influencias.

## CAPITULO II MARCO TEÓRICO

### 2.1. La corrupción en el sector público en el contexto costarricense

#### 2.1.1 Definición de la corrupción

La corrupción es un concepto que puede definirse desde distintas ópticas, cuyo contenido puede variar, ampliarse o desarrollarse a través del tiempo, de acuerdo a la realidad social y los sistemas de derecho de cada país. De ahí la justificación que encuentra la Convención de las Naciones Unidas para omitir dar un concepto de este fenómeno y, más bien, dejar abierta la posibilidad de evolución del mismo.

A pesar de lo anterior, se tratará de dar algunas conceptualizaciones de este fenómeno. Para iniciar, se puede mencionar que éste constituye un fenómeno social evidenciado tanto en el ámbito público como privado. Sin embargo, resulta más reprochable desde la visión populista y moralista de la sociedad, la corrupción en el ámbito público, al estar inmerso el Estado y sus instituciones, a cuyos funcionarios se les ha otorgado una investidura especial y a quienes se les ha depositado la confianza de la ciudadanía.

La corrupción pública y privada se encuentran relacionadas, pues el acto corruptor generalmente surge del sector privado, cuyos particulares, ya sea desde la posición individual como colectiva de una empresa, por ejemplo, buscan corromper al servidor público que ostenta potestades funcionales y legales. Esto para que a cambio de ventajas indebidas intervengan a su favor y, con ello, obtener el beneficio esperado dentro del sector público. Así también lo considera mediante prólogo Fernando Cruz Castro cuando indicó que “No puede existir corrupción pública sino existen agentes y representantes del sector privado que la propician, la mantienen y que, en muchos casos, aseguran su impunidad” (Barahona, 2004, p.22).

Se aprecia que existe una interrelación entre el sector público y privado, al surgir acuerdos ilegales o antiéticos entre el corruptor (particular) y el funcionario público, o bien, en aquellos casos donde el servidor público genera el acto corruptor mediante la inducción o coacción sobre el sujeto privado. Vale la pena resaltar en este punto, independientemente del sector que provenga la corrupción, surge la denominada “corrupción funcional” porque según

Todarello (2008) “la corrupción funcional se genera en aquellos supuestos en que el interés privado de los funcionarios irrumpe en el ámbito del interés público, es decir; cuando aquel prevalece por sobre la idea del bien público o bienestar general” (p. 8).

Ahora bien, en lo que se refiere a corrupción pública, la misma ha sido definida por el autor Barahona Kruger, quien indica lo siguiente:

Un funcionario en un cargo de poder con responsabilidades es remunerado con dinero u otros recursos no obtenidos legalmente, o sea, inducido a tomar decisiones que favorezcan a quien administra la remuneración, afectando negativamente los intereses públicos. (Barahona, 2004, p.66)

De la anterior definición se resalta de importancia que, al estar determinada la corrupción pública por el tipo de interés que se afecta (público), es posible afirmar que la misma surge no solamente de las actuaciones de sus funcionarios, sino también, de aquellas ejecutadas por servidores privados, siempre y cuando afecten o graven intereses públicos. Verbigracia, la legislación costarricense en el Artículo 361 párrafo segundo del Código Penal vigente, admite la comisión del delito de peculado, por parte de servidores públicos como privados, al señalar lo siguiente:

Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo. Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.(Código Penal, 2016, p. 232)

La corrupción es un conglomerado de aspectos sociológicos, políticos y económicos, los cuales están inmersos en la génesis de dicho fenómeno y permiten explicar las razones por

las cuales éste se presenta. Es necesario entender la estructura y funcionamiento de la sociedad humana, del sistema político y económico.

Tal posición es sostenida por el autor Cartier Bresson, (citado por Barahona 2004), quien indica que la corrupción es “un intercambio oculto para tener acceso a una ventaja indebida, pero un intercambio que se funda en el conjunto de transacciones sociales que se dan entre las élites económicas y políticas” (p. 61).

El autor Pablo Barahona Kruger, recopiló una serie de definiciones y apreciaciones sobre el tema de la corrupción, señalando lo siguiente:

La corrupción ha de ser entendida como la inobservancia de la legislación, por parte de aquellos funcionarios públicos que se encuentran en posición de garantes de la aplicación efectiva de la misma y de aquellos sectores civiles (empresas-incluidos los medios de comunicación-, partidos políticos, sindicatos o ciudadanos) que lejos de exigir el cumplimiento del derecho, se constituyen en corruptores, instigando por medio de presiones o dádivas, la comisión de actos de carácter ilícito que uno a uno componen el gran bulto de la corrupción(Barahona, 2004, p.65).

La anterior definición resalta el desenvolvimiento de los actores presentes en el fenómeno de la corrupción. Primero, el servidor público, quien tiene la posición de garante con respecto a dar seguridad al cumplimiento de lo establecido en el ordenamiento jurídico, en contraposición con la infracción de ese deber a través de actuaciones dolosas que violentan lo normado a cambio de retribuciones económicas o ventajas indebidas. En segundo lugar, la aparición de particulares de los diferentes sectores de la sociedad que, lejos de exigir el cumplimiento de la ley, se convierten en corruptores; pues ofrecen, prometen o entregan dádivas o ventajas ilegales a los funcionarios públicos, con el fin de que, incumpliendo el deber de garantes, les beneficien indebidamente.

Otra definición del término corrupción, es la acotada por Klitgaard (citado por Barahona 2004) “abuso de la función (o cargo) para fines no oficiales” (p. 60). Esta descripción del concepto bajo estudio explica con palabras sencillas que la corrupción es la

manifestación del abuso o aprovechamiento del poder encomendado, el cual es utilizado para obtener beneficios propios o ajenos.

Según Gómez, A y Gómez, C (2008) “La función pública puede ser deformada cuando se afecta el principio de legalidad o de interdicción de la arbitrariedad, puesto que la Administración Pública está determinada por la “reserva y preeminencia de la ley” (p.68). Precisamente, la corrupción es la pandemia que deforma la función pública porque afecta su funcionamiento normal, enfermando a los sujetos que la desarrollan para que se aparten del principio de legalidad.

La corrupción es el cáncer que deteriora a la Administración Pública porque inyecta y propicia la desigualdad social, genera impunidad, desconfianza hacia el sistema judicial y administrativo, así como desequilibrio económico, por mencionar algunos efectos. No respeta fronteras ni estatus sociales, como señala Klitgaard (citado por Barahona, 2004): “La corrupción existe en todas partes, en sectores públicos y privados, en países ricos y pobres” (p.60).

Un ejemplo histórico claro e impactante de la corrupción, fue el caso “Fujimori” en Perú, constituido por una red que incluía traficantes de armas, altos mandos militares y policiales, cárteles de droga, ministros de economía, órganos electorales, municipalidades, judicatura, ministerio público, medios de comunicación, sector privado, como compañías foráneas, empresarios y negociantes, entre otros. Sobre este tema escribió el autor Alfonso Quiroz:

Las áreas estratégicas del sector público y las instituciones del Estado se vieron profundamente infiltradas. Una parte importante de la élite política y económica del Perú estuvo seriamente involucrada. Hasta los magnates de los medios de comunicación y las celebridades del espectáculo fueron sobornados para que prestaran su apoyo a las campañas y abusos del régimen. Nunca en la historia peruana había sido posible obtener una imagen íntima que ilustrara tan clara y detalladamente el funcionamiento clandestino de la corrupción. (Quiroz, 2018, p. 370).

Este grave caso de corrupción se apoderó del Perú entre los años 1990 a 2000, encabezado por el presidente Alberto Fujimori, incluso antes de su juramentación como presidente, según lo indicado por Quiroz:

Recibió una <una donación> japonesa de 12,5 millones de dólares, destinada a satisfacer necesidades para los niños pobres. Sin embargo, y al igual que sucediera con tantas otras donaciones japonesas, Fujimori y sus parientes desviaron dicho dinero y lo utilizaron como un fondo discrecional para objetivos políticos y personales desde una cuenta bancaria en el Japón (Quiroz, 2018, p. 370).

La historia de la corrupción en el Perú, es un claro ejemplo, de que este fenómeno es capaz de conformar estructuras de poder, favorecer la criminalidad organizada, alcanzar diversos sectores de la sociedad al crear alianzas entre el sector público y privado, hasta carcomer la institucionalidad, el sistema democrático, los poderes del Estado, la administración de justicia, golpear la economía e incrementar la pobreza y la desigualdad.

### **2.1.2. La corrupción en el sistema democrático**

La democracia encuentra su significado en la facultad inherente al pueblo soberano que elige y controla a sus gobernantes. No obstante, a pesar de que Costa Rica responde a un estado de esta naturaleza, no resulta ser la excepción en cuanto a corrupción se refiere, porque también su esencia ha sido trastocada insidiosamente por este fenómeno. Sus efectos generan la desnaturalización del Estado democrático, el cual desvía su funcionamiento en provecho del bien privado por encima del bien común.

El autor Ariel Todarello se refirió sobre los efectos de la corrupción en el sistema democrático expresando lo siguiente:

La democracia, como forma de gobierno, supone que los ciudadanos eligen determinados delegados con el objetivo de que éstos protejan el interés común y desarrollen su labor – en todo momento- en búsqueda del bienestar general. Si dichos

representantes, en cambio, se sirven del Estado y utilizan los bienes públicos en beneficio de sus propios intereses privados, nos encontramos frente a una alteración de los fundamentos rectores del mencionado sistema gubernamental (Todarello, 2008, p. 177).

Del extracto anterior, se confirma que la corrupción desvía los fines que naturalmente deben perseguir los gobernantes, de tal manera que, ignoren el mandato constitucional regulado en el Artículo 50 párrafo 1 de la Constitución Política, que exige al Estado procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, así como el más adecuado reparto de riqueza. Sobre la misma temática, el autor Ariel Todarello, señaló que:

Quando los representantes de la ciudadanía se conducen de manera desleal con relación al contrato que su mandato implica, la clase política y los funcionarios comienzan a perder prestigio ante los ciudadanos – quienes a raíz de la desconfianza que les generan sus representantes se refugiarán en una visión y en un marco de conductas y finalidades individualistas – circunstancias que deterioran inevitablemente los aspectos substanciales del referido sistema democrático (Todarello, 2008, p.p. 177-178).

La corrupción se evidencia en los procesos electorales, ante la falta de transparencia en relación con el origen y manejo de dineros en las campañas, donde los partidos políticos intercambian muchas veces la integridad por la ambición de sobrepasar a sus contrincantes, aunque ello implique negociar los valores éticos. Así mismo, la corrupción afecta uno de los elementos esenciales de la democracia: el sufragio; el cual, como expresó Charles Louis de Secondat (citado por Todarello, 2008): “Se corrompe el sufragio por la intriga y el soborno, vicios de las clases elevadas; la ambición de cargos es más frecuente en los nobles que en el pueblo, ya que éste se deja llevar por la pasión” (p.74)

La corrupción es palpable en los procesos electorales cuando los políticos y sus representantes aceptan dineros para sus campañas bajo promesa de otorgar beneficios indebidos, una vez que sean elegidos en los cargos públicos que ostentan con su candidatura.

Con base en lo anterior, los futuros gobernantes elegidos por el pueblo bajo la temática de la “democracia”, son alcanzados por la corrupción externa y puestos en el poder con la ética debilitada, propensos a ceder ante los pedidos de aquellos particulares que les facilitaron su camino al cargo público o peor aún, dispuestos a cumplir a cabalidad con los compromisos ilícitos adquiridos.

Cuando la corrupción se impregna en el sistema democrático, el control que debería tener el pueblo sobre los gobernantes fenece. Esto pues la interferencia de esta atenta contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública; la misma cede a las pretensiones de particulares que pagan por ventajas indebidas, las cuales no obtendrían sin la intervención del servidor público.

A pesar de que los ciudadanos tienen acceso a la información sobre el funcionamiento de algunas instituciones públicas y esto facilita en alguna medida la detección de la corrupción como amenaza a la democracia, no resulta suficiente para desaparecer este fenómeno. Ejemplo de ello, prevalecen los procesos licitatorios comprados por grandes empresas, procesos judiciales pagados por particulares en detrimento de la justicia y trámites burocráticos se doblegan ante las dádivas o ventajas indebidas.

La concentración del poder en manos de unos pocos, la inadecuada creación de perfiles de puesto con innumerables atribuciones y la falta de controles internos, son algunos ejemplos que causan que la corrupción se permee en las instituciones y atente contra la democracia y el estado de derecho. La maquinaria estatal se convierte en productora de ilegalidades, enriquecimiento ilícito y benefactora de unos pocos.

La participación ciudadana en algunas decisiones políticas del país se ve limitada por la fuerza conjunta de los poderes. Es decir, cuando la corrupción ha alcanzado a todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), lo cual permite que los controles legales existentes sean burlados con apariencia de legalidad y luego publicitados a través del “cuarto” poder de la República, no menos importante en el escenario de la corrupción: “los medios de comunicación”.

Lamentablemente Costa Rica no ha sido la excepción de la interferencia de la corrupción en el sistema democrático, la cual penetró en máximos jerarcas y representantes del pueblo involucrados en procesos penales. Como ejemplo de ello se tiene a expresidentes de la República como Rafael Ángel Calderón Fournier y Miguel Ángel Rodríguez Echeverría juzgados en el caso “Ice Alcatel”, Óscar Arias Sánchez actualmente cuestionado por el caso conocido como “Crucitas”, así como el ex Fiscal General Jorge Chavarría Guzmán, el ex Magistrado Celso Gamboa Sánchez, el ex presidente de la Corte Suprema de Justicia Carlos Chinchilla Sandí, los ex diputados Víctor Morales Zapata y Otto Guevara Guth, actualmente investigados en el proceso conocido como “El Cementazo”.

Particularmente en los casos arriba mencionados, se evidencia que la corrupción alcanza las altas esferas de poder y, entre más poder, más contundentes son los efectos. También cabe resaltar, que en todos estos casos surge la participación de agentes externos o corruptores, los cuales compran el poder para su beneficio, de manera que, quienes se encuentren en él, utilicen el cargo para enriquecerse, sin importar el debilitamiento de la confianza de la ciudadanía y su desaparición en detrimento de la democracia.

Según se señaló en la tercera revista publicada por el Ministerio Público:

El índice de Corrupción de Transparencia Internacional 2017, publicado en febrero del 2018, reveló que solo 14 de los 32 países latinoamericanos incluidos en el estudio tienen puntajes superiores al promedio mundial de 43 puntos, con base de 0 a 100, donde este último número máximo significa “muy transparente”. Costa Rica obtuvo el puesto 38 (Vargas, 2018, p.4).

De la anterior información se destaca que Costa Rica, según los niveles percibidos de corrupción en el sector público y propiamente en América Latina, se ubica lejos de ser un país “transparente”. La calificación que se le asignó responde a la lamentable realidad y condición en la que se encuentra producto de la corrupción, como parte de la problemática que pesa sobre el continente americano.

Como afirmó Carlos Palma Rodríguez, catedrático de la Universidad de Costa Rica, citado en la revista *Ministerio Público* n°3:

“El fenómeno de la corrupción ha venido recorriendo como un cáncer todo el continente americano. Lo hemos observado desde la crisis privada del 2007, en los Estados Unidos, con el caso de las hipotecas basura, con el caso de los Panamá [sic] Papers o el caso de la constructora Odebrecht en Brasil, solo para citar algunos ejemplos. Hoy no existe un país de nuestro continente donde no hayamos visto a las altas autoridades de gobierno, funcionarios públicos y privados, en escándalos de corrupción, enjuiciados y encarcelados” (Palma, 2018, p. 4).

La percepción de la población costarricense sobre la corrupción aumenta cada día, la desconfianza por el sistema de justicia, la elección de candidatos y gobiernos locales crece grandemente ante todos los casos de corrupción que se han presentado en los últimos años. Esto debilita la democracia porque la participación ciudadana disminuye ante el desánimo, la desesperanza y la incredulidad.

### **2.1.3 La afectación de la fe en los ciudadanos**

La corrupción produce efectos devastadores que trascienden en la confianza de los ciudadanos de una nación. Es imposible pensar que cuando ésta sale a la luz pública no cause alteración en la fe de quienes creyeron o ignoraban las reprochables conductas de los infractores. Esto es sumamente peligroso porque distorsiona el equilibrio social, pues los ciudadanos aumentan su apatía hacia los procesos electorales, buscan obtener la justicia por propia mano al perder la confianza en el sistema judicial, se convierten en corruptores o en víctimas de la misma corrupción, la cual podría representarse como la única aliada en busca de la equidad.

La pérdida de la fe puede generar la decadencia en los valores de los mismos ciudadanos cuando éstos se enfrentan a desigualdades en el acceso de servicios o cuando son inducidos de manera directa por particulares y funcionarios públicos, que en asocio o común

acuerdo, los inducen u obligan para que entreguen, ofrezcan o prometan ventajas indebidas a cambio de beneficios sobre otras personas, en temas como la celeridad en los trámites u obtención de servicios, por mencionar algunos ejemplos.

Los casos de corrupción que se han dado a conocer en los últimos años generan irremediablemente una sensación de decepción en los habitantes de Costa Rica, viéndose afectada la credibilidad hacia los mandatarios, los partidos políticos, los actores de los supremos poderes y, en general, hacia la administración pública.

Según el Centro de Investigación y Asuntos Políticos (CIEP) en asocio con la Escuela de Ciencias Políticas (ECP) de la Universidad de Costa Rica, mediante el informe de resultados de la encuesta sociopolítica efectuada en octubre del 2017, la corrupción ocupa el segundo lugar, según percepción de las personas, en la escala de los principales problemas del país. Se sitúa por encima de temas como la situación económica, inseguridad y la delincuencia común.

Lo anterior refleja claramente que la percepción de corrupción por parte de los habitantes sobrepasó temas como la inseguridad ciudadana, la cual siempre ha sido una de las preocupaciones o debilidades más grandes que ha tenido la nación. La forma como la ciudadanía reconoce el fenómeno de la corrupción, representa a su vez el nivel de desconfianza, lo cual resulta insano al contrariar el artículo 50 de la Constitución Política, que establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. El Estado, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes (Constitución Política, 2013, p. 21).

La carta magna estipula el derecho de los ciudadanos a un ambiente sano, el cual abarca el derecho a vivir libre de corrupción, es decir, sanos de esta patología social que

deteriora la confianza por la institucionalidad y debilita el sistema democrático. La Sala Constitucional interpretó el derecho a un ambiente sano, en la resolución 41-2000, de las 16:30 horas del 04 de enero del 2000, del cual se extrae de interés lo siguiente:

El derecho a un ambiente sano tiene un contenido amplio que equivale a la aspiración de mejorar el entorno de vida del ser humano, de manera que desborda los criterios de conservación natural para ubicarse dentro de toda esfera en la que se desarrolle la persona, sea la familiar, la laboral o la del medio en el cual habita. De ahí que se afirme que se trata de un derecho transversal, es decir, que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando sus institutos. El ambiente es definido por la Real Academia Española de la Lengua como el "conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos", lo que recalca aún más el carácter general del derecho (Sala Constitucional, voto 000041, 2000).

La pérdida de la confianza en la ciudadanía a causa de la corrupción, es una consecuencia directa a la infracción a este derecho constitucional. Lo anterior porque el Estado, lejos de velar para que los habitantes vivan libres de este cáncer y sostengan su fe en el estado de derecho y en las instituciones que lo conforman, desvía sus fines al servicio de intereses privados en detrimento del bienestar de todos y todas, generando con ello un lamentable daño social, es decir, el menoscabo del interés colectivo tutelado.

#### **2.1.4 El desarrollo económico y la corrupción**

La corrupción tiene incidencia en varios ámbitos, pero uno de los más contundentes guarda relación con la economía de un país. Esto pues posterga o impide el desarrollo integral de la población, aumenta el costo de vida, afecta la competencia comercial, altera la distribución de la riqueza, prima el interés privado sobre el bien general, por tanto, aumenta los activos y patrimonio de unos pocos, a expensas del empobrecimiento de la mayoría.

Mediante sentencia 341-2004 de las 14:00 del 29 de junio del 2004, el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, se refirió a los efectos económicos que trae consigo el fenómeno de la corrupción:

Hechos como los que han sido demostrados en este proceso indudablemente constituyen delitos de corrupción en la función pública, lo que representa un gran problema en nuestra sociedad en tanto se concreta un deterioro de los valores éticos que a su vez tiene consecuencias directas en la eficacia del Estado que debe hacerle frente a esta carga sobre el sistema económico. Cuando un país se ve sometido a actos corruptos de sus funcionarios que tienen repercusión en el exterior, indudablemente eso genera un desprestigio que trae como consecuencia una disminución en la inversión, se disminuye la calidad de los servicios y se fomenta la dádiva como política a seguir para alcanzar la eficiencia. De acuerdo a estudios que se han hecho sobre el impacto en las naciones de la corrupción, se ha establecido que en aquellos lugares donde la corrupción es alta, la inversión desciende hasta un cinco por ciento como mínimo, de manera tal que la tasa de crecimiento económico se reduce en medio punto porcentual, produce el despilfarro debilitándose la economía y la confianza del público en las instituciones, socavándose las instituciones y redistribuyéndose la riqueza y el poder en forma injusta, poniéndose en marcha procesos de aprendizaje que van creando una cultura corrupta, de manera tal que se viene a distorsionar la realidad y se ven como legítimas conductas que no lo son (Tribunal de Juicio Segundo Circuito Judicial de San José, voto 341, 2004).

El extracto de la sentencia anterior, evidencia que la corrupción tiene repercusiones en el sistema económico; entre ellos, el desprestigio del país, que trae consigo la disminución de la inversión extranjera y la calidad de los servicios. De tal manera que se detiene el desarrollo y crecimiento de la nación, el costo de la vida aumenta y, por ende, se empobrece la población.

Otro de los efectos de la corrupción en la economía se manifiesta en la dinámica del mercado, cuando las empresas enfrentan restricciones de funcionarios estatales corruptos, unido a la actitud antiética de quienes conforman estas empresas. Esto provoca que los sobornos sean contemplados como parte legítima de sus costos de producción, a fin de superar o librarse de las restricciones e imponerse en el mercado.

La corrupción también afecta la competencia, porque cuando los sobornos se convierten en parte indispensable en la obtención de adjudicaciones, autorizaciones, otorgamiento de créditos, por mencionar algunos ejemplos, quienes tienen un nivel más alto de capacidad financiera para ofrecer dádivas mayores a los funcionarios corruptos logran acaparar el mercado. Se posicionan sobre aquellos que no pueden ofrecer lo mismo o del todo no cuentan con la posibilidad de ver el soborno como alternativa.

Al afectarse la competencia, las oportunidades de desarrollo y crecimiento económico aumentan solo en favor de unos pocos, causalmente, de los que más tienen y decrece en perjuicio de la clase media y baja que no cuenta con la misma fortaleza económica. De tal manera que se enriquecen solo ciertos sectores de la población y el resto queda estancado bajo la desigualdad ocasionada por la corrupción.

En ese mismo orden de ideas y retomando parte de lo expresado en la sentencia supra citada, la corrupción fomenta el pago de dádivas o sobornos como política para alcanzar la eficiencia y a esto se puede agregar, como forma de vida de los ciudadanos, que terminan doblegando su ética ante la necesidad de superar los trámites burocráticos que les impiden no solo tener oportunidades de desarrollo, sino también el acceso a los servicios estatales. En esta misma línea de pensamiento, expresó Orlando Reos lo siguiente:

Desde el punto de vista de los actores privados puede también sostenerse el argumento que cuando una economía está excesivamente regulada y cuando existen normas complicadas de cumplir y sujetas a arbitrariedades y decisiones erráticas, entonces las distintas formas de corrupción son la manera que las empresas y los individuos encuentran para romper esas limitaciones. En ciertos casos se utiliza el pago ilegal

para acelerar los trámites y ahorrar tiempo, y así generar mejoras en la eficiencia (Reos, 2003, p. 9).

Otro efecto negativo de la corrupción es la reducción de incentivos para invertir y generar actividades innovadoras, ya que, ante la existencia de gran cantidad y complejidad de restricciones en los procesos de autorización de inversiones privadas, genera que las empresas opten por re direccionar sus expectativas lejos de los nuevos emprendimientos. Sobre este aspecto se refirió Orlando Reos:

Se producirá un desvío de recursos hacia actividades donde se premia la utilización de métodos más conocidos, aunque sean de menor eficacia, en lugar de alentar la innovación y nuevos emprendimientos. En general estas últimas son actividades que deben ser autorizadas puesto que no existían con anterioridad. Si los procedimientos de autorización son sumamente engorrosos, con el propósito de generar oportunidades de sobornos y corrupción, habrá desaliento a esas actividades innovadoras (Reos, 2003, p. 10).

También la corrupción propicia que la inversión en la educación disminuya, porque los recursos económicos destinados para esta área terminan siendo desviados, sustraídos o mermados en atención a intereses privados que se sobreponen al bien común. Lo anterior sin importar que la educación es una columna fundamental para el desarrollo del país, un medio preventivo contra la delincuencia, la pobreza y otros fenómenos sociales que se propagan cuando los ciudadanos se encuentran desprotegidos de formación académica.

La corrupción genera desigualdad en el acceso a las prestaciones de servicios sociales, en detrimento especialmente de los sectores de bajos recursos y zonas lejanas, quienes muchas veces se ven compelidos a pagar sobornos a los funcionarios corruptos y de paso recibir un servicio deficiente. Esto sin posibilidad de acudir a otros lugares a obtener el servicio porque las mismas condiciones económicas no se los permiten.

La corrupción empobrece porque manipula los procesos administrativos, como por ejemplo el otorgamiento de créditos, con gran cantidad de trabas para los microempresarios o pequeños productores, así lo expresó Reos (2003) “Generalmente la presencia de la corrupción administrativa y política se traduce también en forma de exageradas regulaciones, controles y trámites para el funcionamiento de las micro empresas” (p.11). Esto provoca que los pequeños emprendedores se ubiquen en desventaja con relación a otros más grandes, exentos de tales controles o con capacidad para eludirlos a través de sobornos.

Desde otra perspectiva, se considera que la corrupción afecta las finanzas públicas a través de la incorrecta recaudación de impuestos, que trae consigo la disminución de los recursos del Estado, por ende, un déficit en la ejecución del presupuesto. Como bien apuntó Reos (2003) “Ese déficit se cubre con endeudamiento del Estado, es decir con obligaciones para ejercicios futuros que llevan consigo un costo financiero” (p.12). De tal manera que la corrupción pone en riesgo la economía y, en consecuencia, el futuro de todos los habitantes.

### **2.1.5 Impulso de los organismos internacionales en contra de la corrupción**

La corrupción no es problema local, sino un fenómeno transnacional, cuyos efectos han alcanzado cifras alarmantes desde hace muchos años. En el 2003 se dijo que “un billón y medio de dólares circulan anualmente en el mundo como producto de la corrupción, lo que equivale a una cifra equivalente al 5% del Producto Interno Bruto del planeta” (Rojas, s.f., p.p.165-166).

Ante circunstancias como la supra citada, adquirió trascendencia la lucha contra la corrupción, surgió la preocupación y compromiso de parte de los organismos internacionales para combatir este fenómeno social, entre ellos, la Organización de las Naciones Unidas. Dicha entidad consideró necesario definir objetivos y políticas para tales fines, que debían ser implementadas en el derecho interno de los estados parte.

Entre ellas, se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual no se circunscribe a un área geográfica limitada, sino que abarca 186 países, convirtiéndose prácticamente en un instrumento universal, el cual fue firmado por Costa Rica el 10 de diciembre del 2003. Los antecedentes de este instrumento guardan relación con la

Declaración de Viena sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, así como la resolución 55/25 relacionada con la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional que entró en vigencia el 19 de setiembre del 2003.

La Convención de las Naciones Unidas representa la preocupación de todos los estados parte en el combate a la corrupción, tratado como un fenómeno transnacional, vinculado a otras formas de delincuencia, como la delincuencia organizada, económica y por supuesto, la legitimación de capitales. La suscripción de este instrumento implica la concientización de todos los países, referente a que el fenómeno de la corrupción representa una porción significativa de los recursos de los estados, que amenaza la estabilidad económica e impide el desarrollo.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, establece en el numeral 1, algunos objetivos principales:

- Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción.
- Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos.
- Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Cabe destacar lo estipulado en el numeral 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, referente al ámbito de aplicación:

- La prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
- A menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

El primer inciso, denota la relevancia que tiene este instrumento internacional no solamente en el tema de prevención e investigación de los actos de corrupción, sino también, en la aplicación de medidas idóneas para desarticular y debilitar a los sujetos u organizaciones criminales dedicadas a esta delincuencia. Lo anterior, a través del decomiso y la incautación de los bienes y dinero provenientes de la misma actividad delictiva.

Por su parte, el inciso 2 descrito supra, refiere un aspecto trascendental, es que los delitos tipificados a nivel local, con ocasión de la convención bajo análisis, no requieren necesariamente contener dentro de su estructura, la producción de un daño o perjuicio para el Estado. Es decir, basta que las conductas pongan en peligro el bien jurídico tutelado.

El impulso de las Naciones Unidas contra la corrupción también abarca, dentro de sus postulados, la implementación de políticas tendientes a promover la participación ciudadana, el deber de probidad en la función pública y la obligación de rendir cuentas. Aspectos sumamente importantes, ya que a través de la intervención de los habitantes se fortalece el control democrático. Por otro lado, incentivar el deber de probidad implica el fomento de un valor fundamental que debe estar presente en el ejercicio de la función pública o privada. Finalmente, la obligación de rendir cuentas, retroalimenta la información que debe tener el ciudadano respecto del manejo de los bienes y dinero pertenecientes al Estado, así como la función pública en general.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también contempló la inclusión de sistemas idóneos en el sector público, dirigidos a temas de contratación de funcionarios, jubilaciones, la selección y formación de cargos públicos, la rotación del personal en las instituciones, la remuneración adecuada, la transparencia en la financiación de candidaturas y partidos políticos, así como los procesos de licitación y contratación de obras públicas, entre otros.

El esfuerzo de las Naciones Unidas a través del instrumento internacional pertinente, se extiende también a la adopción de medidas preventivas y de mejora, relativas a las auditorías y normas contables en el sector privado, así como prevenir los conflictos de interés y la promoción de la transparencia.

En el marco represivo, este instrumento internacional estableció algunos tipos penales que necesariamente debían ser adoptadas en las legislaciones de los países que integran la convención, entre ellos, el soborno de funcionarios públicos nacionales, el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, la malversación, el peculado, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, soborno y malversación en el sector privado, el blanqueo producto del delito, el tráfico de influencias, así como figuras penales dirigidas a la responsabilidad de personas jurídicas, lo cual es un tema aún en proceso en Costa Rica.

Otro organismo internacional comprometido en la lucha contra la corrupción es la Organización de los Estados Americanos (OEA), quienes suscribieron la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, firmada por Costa Rica el 29 de marzo de 1996 y ratificada el 09 de mayo de 1997. Los estados firmantes consideraron que el fenómeno de la corrupción afecta diversos e importantes ámbitos de la sociedad y, además, altera el orden moral, la justicia y el desarrollo integral de los pueblos.

Los fines principales de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se describen en el Artículo II de ese instrumento:

- Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.
- Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Esta convención, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas, comprende países únicamente del continente americano, pero con los mismos fines, pues busca la prevención de la corrupción, la detección de la misma, la penalización de ciertas conductas y, finalmente, la eliminación del fenómeno. Aunque esto último sea casi utópico, pero no menos relevante, puesto que las acciones encaminadas a este fin permiten atenuar o contrarrestar los efectos del fenómeno transnacional que se viene tratando.

Esta convención es aplicable solamente a los actos de corrupción que se definen en el Artículo IV, relacionados con el requerimiento o la aceptación, de beneficios indebidos por parte de particulares o funcionarios, a cambio de acciones u omisiones contrarias a la función pública, así como el aprovechamiento o encubrimiento de los activos provenientes de los actos de corrupción.

De esta convención surgió la figura penal del soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito. Además, se incentivó la cooperación internacional y se consideró que la aplicación de la misma no exigía que los actos de corrupción generaran un perjuicio patrimonial para el Estado. Esta convención fue pionera en el tema de medidas represivas sobre los bienes originados de los actos de corrupción definidos por la convención, tales como la confiscación, la inmovilización y el decomiso de bienes.

Los organismos internacionales mencionados en este apartado han sido promotores en el ámbito de la prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción. A través de los convenios suscritos no solamente se evidencia la magnitud del fenómeno y los alcances a nivel transnacional, sino también el compromiso de los estados en la implementación, fortalecimiento y seguimiento, de las acciones y medidas penales y administrativas para el tratamiento preventivo y represivo de este problema.

## **2.2 Análisis del delito de tráfico de influencias**

### **2.2.1. Concepto y regulación**

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consideró en el Artículo 18 la necesidad de tipificar como delito de tráfico de influencias, las siguientes conductas dolosas:

- 1.-La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.
- 2.-La solicitud

o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido(Convención Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005, p. 13).

Por su parte, la legislación costarricense introdujo este tipo penal mediante Ley Especial 8422 denominada “Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su Reglamento”, la cual lo tipifica en el guarismo 52:

Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro. Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior. Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional (Ley 8422, 2005, p. 33).

La normativa costarricense en armonía con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, coinciden medularmente en la estructura típica del delito de tráfico de

influencias, el cual se configura ante la influencia dolosa ejercida con la finalidad de obtener un beneficio o ventaja indebida. De manera más concreta se puede extraer algunas similitudes, entre ellas: la intervención de un funcionario público para obtener el beneficio, la intencionalidad del sujeto activo de conseguir el beneficio o ventaja y que la acción de influir representa la conducta típica o medio para alcanzar el favorecimiento pretendido.

No obstante, la descripción típica propuesta por la convención y la establecida en la ley especial de Costa Rica, dista de dos aspectos objetivos principales: el primero es que la convención en el Artículo 18.1 contempla la actuación de dos sujetos activos, es decir, el que influencia sobre el servidor público o cualquier otra persona para que éste, a su vez, abuse de su influencia para la obtención del beneficio o ventaja indebida. Por otro lado, el funcionario público o persona influenciada que abusa de la influencia para alcanzar el favorecimiento en favor del primero o instigador, como lo define la convención.

Lo anterior es contrario al Artículo 52 de la Ley 8422, pues el delito únicamente puede ser cometido por la persona que influencia sobre el servidor para que éste realice ciertas actuaciones encaminadas a obtener el beneficio o ventaja indebida, incluso, sin la exigencia de que sea éste último quien las ejecute por tratarse de un delito de mera actividad.

Otra diferencia clara que se extrae del numeral 18.1 convencional es que se determina la existencia de un pago o promesa a cambio de que el funcionario o persona influenciada abuse de la influencia para la obtención de la ventaja indebida, lo que no ocurre en el Artículo 52 de la Ley 8422, el cual no exige que el funcionario influenciado haya tenido que recibir pago o promesa indebida para efectuar las conductas de hacer, retardar u omitir nombramientos, adjudicaciones, concesiones, actos o resoluciones.

Siempre con respecto a las diferencias, en esta ocasión en relación con el Artículo 18.2 de la convención, se consideró la solicitud o aceptación de un beneficio por parte del funcionario para llevar a cabo la influencia, conductas que abarcan claramente la responsabilidad del servidor que solicita o acepta a cambio de influenciar, lo cual no ocurre en el Artículo 52 de la Ley 8422. Lo anterior pues la tipicidad objetiva no establece que el servidor público influenciado haya recibido un beneficio indebido y, segundo, porque la

solicitud de parte del funcionario o la aceptación clara por parte del éste para realizar la influencia se adecuaría más a los delitos de concusión y cohecho, según sea el caso.

El delito de tráfico de influencias es uno de los tipos penales opcionales que se establecen en la Convención, es decir, Costa Rica como estado miembro tiene la potestad de implementar este tipo penal en el derecho interno o bien no hacerlo. Sin embargo, al introducirlo dentro del ordenamiento jurídico en atención a este instrumento internacional, se encuentra sujeto a revisión y evaluación por parte de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Constituye el mecanismo de examen un proceso intergubernamental que pretende contribuir con los estados parte en lo referente a la aplicación de la convención.

Del informe de evaluación efectuado en Costa Rica sobre el periodo 2010-2015, se extraen algunas observaciones acerca del tipo penal de tráfico de influencias, en contraposición con la descripción típica de la convención; se determina lo siguiente:

El artículo 52 de la Ley núm. 8422/2004 tipifica el delito denominado “tráfico de influencias”, pero se refiere a la relación entre el actor y la persona tomando la decisión, mientras el artículo 18 de la Convención se refiere a la relación entre el actor y otra persona que influye a la persona tomando la decisión. El artículo 52 de la Ley num. 8422/2004 tampoco abarca los elementos promesa, del ofrecimiento o de la concesión, solicitud o aceptación de un beneficio indebido (Informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015, p. 34).

Unido a lo anterior, en dicho informe se denotó como desafíos en la aplicación del delito de tráfico de influencias “considere la posibilidad de ajustar el tipo de tráfico de influencias a la tipificación prevista en la Convención” (Informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015, p.34). De tal manera que, en aras de lograr los objetivos de la convención, se recomienda a Costa Rica realizar la modificación del tipo penal y, con ello, introducir el vínculo entre el actor y la persona que influye, así la existencia de promesas o dádivas en el proceso de influencia.

A diferencia de Costa Rica, países como Noruega, que doctrinariamente se ha considerado un país modelo en la lucha contra la corrupción, en cumplimiento con los compromisos internacionales, optó por simplificar su código penal de 1902 y penalizar los actos de corrupción bajo dos figuras base: el tipo penal de corrupción y el delito de tráfico de influencias; comprende este último una descripción más apegada a la Convención de las Naciones Unidas, en razón de lo siguiente:

Penaliza tanto el soborno activo como el pasivo de la persona que para sí o para terceros exija reciba o acepte (u otorgue u ofrezca a terceros) una oferta de ventaja ilícita con el fin de influir en el ejercicio de un cargo, nombramiento o comisión (Bacigalupo et al, 2017, p. 217-218).

Del tipo antes mencionado se denota que otras legislaciones, como por ejemplo Noruega, sí contemplaron la existencia de dádivas o ventajas solicitadas o aceptadas a cambio de efectuar la influencia, lo cual no ocurre en Costa Rica. Esta es una de las recomendaciones que se le hace al país en el informe antes mencionado, como mejora en la aplicación de la convención, por ende, en aras de obtener mejores resultados en la erradicación de la corrupción.

A modo de conclusión de este acápite, se estima que el delito de tráfico de influencias, pese a que se encuentra plasmado en el ordenamiento jurídico nacional, adolece de una conceptualización incompleta que requiere ser modificada a efectos de que sus alcances abarquen todos los aspectos fundamentales que convergen en la conducta delictiva. Esto de modo que se sancione tanto al que influye sobre el que se va a encargar de ejercer la influencia, como al que abusa de esa influencia para obtener el beneficio indebido, así como, la aceptación de ventajas o dádivas a cambio de llevar a cabo la influencia.

### **2.2.2 Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal**

La estructura del delito de tráfico de influencias, como cualquier otro tipo penal, debe ser analizado desde la óptica objetiva como subjetiva, a fin de extraer cada elemento que lo

conforma, su significado y trascendencia. Esto al tener claro que, ante la ausencia de alguno de los elementos esenciales, la conducta resultaría atípica.

En lo que a tipicidad objetiva concierne, es necesario decir que el sujeto activo es la persona que influye sobre el servidor público, o quien lo hace a través de otra persona. No exige una calidad especial, puede ser éste un funcionario público que se prevalezca de su cargo, situación jerárquica o personal sobre el servidor que tiene la facultad de hacer, retardar u omitir el acto. De igual forma, también puede ser cometido por aquel particular que se vale de las anteriores condiciones para ejercer esa influencia, por tanto, no se trata de un delito especial propio.

Según expresó Warner Molina Ruíz, el delito de tráfico de influencias comprende un círculo de posibles autores:

El delito lo puede cometer tanto un funcionario que ejerce influencia sobre otro funcionario público, prevaleciéndose de su cargo o de la situación jerárquica, pero también lo puede cometer un particular que ejerza su influencia sobre el funcionario público prevaleciéndose de su situación personal en el cual también podría incluirse el funcionario público que sin tener una relación jerárquica influya en el otro funcionario prevaleciéndose igualmente de una situación personal (no funcional) (Molina, 2009, p. 268).

A pesar de que el sujeto activo puede ser cualquier persona, el tipo penal establece que la pena se agravará o elevará en un tercio cuando quien ejerza la influencia sea el presidente o vicepresidente de la República, miembros de los supremos poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, contralor o subcontralor generales de la República, Procurador General o del Procurador General Adjunto de la República, Fiscal General de la República, defensor o el defensor adjunto de los habitantes, superior jerárquico de quien debe resolver o bien, miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

De lo anterior se logra colegir que la conducta resulta más reprochable cuando quien realice la influencia ocupe cargos de alta jerarquía dentro de la estructura estatal, lo cual es razonable debido a la magnitud del daño o impacto social que trae consigo los actos de corrupción cometidos por funcionarios de alto rango que influyen en pleno abuso o provecho de su cargo.

Por otro lado, es importante destacar que esta figura penal únicamente sanciona a quien ejerce la influencia, mas no a quien influenciado y según sus facultades, hace o deja de hacer determinados actos, aunque de este último se derive la producción del resultado deseado por el autor del delito. De tal manera que, según la descripción típica, la acción u omisión del servidor público, en caso de concretarse, estaría siendo determinada por la influencia ejercida por el sujeto activo.

De acuerdo con la posición antes expuesta, se admite que este delito sea cometido por el sujeto activo mediante autoría mediata, porque éste utiliza como instrumento al servidor público que cuenta con las facultades legales para obtener el beneficio económico o ventaja indebida para sí o para otro, aprovechando la prevalencia jerárquica, del cargo o personal sobre él; así como la justificación que le otorga la norma penal para que éste actúe sin generar responsabilidad. Sobre el tema refirieron Rojas y Sánchez (2009) “Autor mediato es quien se vale de un tercero que puede actuar sin tipicidad objetiva, sin dolo o bien justificadamente” (p.504).

Así, el sujeto activo como autor mediato tendría el dominio de la voluntad del servidor público, “El dominio del hecho en este caso, requiere que el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora de ese sujeto de atrás, que tiene en sus manos al intermediario, de donde surge que estos casos se denominen también como de dominio de voluntad (Rojas et al. 2009, p. 504).

Otro elemento objetivo es el sujeto pasivo, que corresponde al servidor público que dentro de sus atribuciones tiene la potestad de hacer, retardar u omitir el nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución. En cuanto al objeto, es decir, sobre lo que recae la acción típica, sería el nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución. Todos estos, elementos normativos jurídicos que reflejan la gama de facultades

que tiene el funcionario público para incidir en la generación del resultado pretendido por el autor del delito.

La acción típica es “influir”, lo que consiste en instigar, ejercer predominio o fuerza moral, según Boumpadre y Creus (2013) “La influencia supone, como bien se ha dicho, una interferencia en el proceso de toma de decisión” (p.301). Por otro lado, como señala Molina (2009), “No se trata de una mera interferencia en la función pública. Para que sea típica, la conducta de influir en un funcionario, debe ser disvaliosa” (p. 269). Esto lo significa, es que la influencia ejercida tiene una finalidad ilícita, lo que da lugar al elemento subjetivo distinto al dolo, porque el sujeto activo influencia con el ánimo de producir un beneficio económico o ventajas indebidas para sí u otro.

Se trata de la influencia tendiente a generar un beneficio que el ordenamiento jurídico no reconoce a favor de quien lo alcanza u obtiene, así lo analizó la Sala Tercera mediante voto 60-2009 de las 09:00 horas del 30 de enero del 2009, el cual textualmente refiere de interés lo siguiente:

Todo ese ejercicio de poder ya descrito requiere de una finalidad específica, cual es la de que el sujeto activo obtenga, para sí o para alguien más, alguna situación beneficiosa que no es debida, es decir, que el ordenamiento jurídico no reconoce a favor de quien la obtiene. Y ese favorecimiento indebido abarca cualquier tipo de ventaja, incluidos los beneficios económicos. Claro está que se trata de asuntos que estén al alcance del funcionario público influido y enmarcados en el ámbito de sus atribuciones (Sala Tercera, voto 000060, 2009).

Con referencia a los elementos normativos, beneficio económico y ventaja indebida, el primero atiende a todas las prestaciones estimables en dinero, títulos valores, bienes muebles, inmuebles, entre otros. El segundo corresponde a todos los beneficios carentes de contenido patrimonial. Por su parte, el beneficio económico o ventaja indebida que pretende el sujeto activo al influenciar corresponderá, en caso de darse, al resultado de las acciones u omisiones del funcionario influenciado. Esto según las facultades o atribuciones del cargo que ocupa, como hacer, retardar u omitir nombramientos, adjudicaciones, concesiones, contratos, actos o resoluciones.

Otro elemento objetivo de este tipo penal, el cual se puede definir como un elemento accesorio de modo, es que el sujeto activo debe ejercer la influencia, valiéndose de alguno de los siguientes supuestos:

- Cargo
- Situación personal
- Situación jerárquica

La prevalencia del cargo permite considerar la influencia de manera amplia, porque no se limita a una relación jerárquica, basta que el sujeto activo, por sí o interpósita persona, utilice o aproveche el cargo, independientemente de cuál sea, para influenciar al funcionario público. Por tanto, aquí se admite que el autor del delito sea una persona externa a la institución en la que se desarrolla el servidor público, pero que aprovecha su cargo de poder para incidir en la voluntad de éste.

La prevalencia de acuerdo con la situación personal, según señaló Molina (2009), “usualmente proviene de la persona particular, comprendiendo por ejemplo relaciones de carácter familiar, afectiva o amistosas” (p. 271). En este supuesto el sujeto activo se vale de las relaciones interpersonales o familiares para influenciar sobre el funcionario y, así, obtener el beneficio económico o ventaja indebida.

La prevalencia jerárquica, tal y como lo expresó Molina (2009) “Constituye un abuso de la superioridad de orden jerárquico o político respecto de la persona funcionaria sobre la que influye” (p.271). De tal manera, representa un aprovechamiento abusivo del poder que hasta podría traducirse en una especie de intimidación del sujeto activo sobre el funcionario público subalterno.

Vale la pena resaltar en este punto la posición de la doctrina española sobre la necesidad de que la influencia esté determinada por el “prevalimiento de una posición de poder”:

La influencia debe tener un nivel de intensidad superior a la inducción, pero inferior a las amenazas. No basta con hacer nacer en otro la idea de realizar el hecho

(inducción), sino que es preciso hacerlo desde el prevalimiento de una posición de poder, de modo idóneo para obtener la resolución pretendida. Por consiguiente, es atípico el mero hecho de interceder por otro sin abuso de poder, provocando que el funcionario oficioso se preste a satisfacer los propios deseos, libre de toda presión. (Quintero, 2016, p.420).

Ahora bien, en relación con los tres supuestos que definen el tipo de prevalencia utilizada por el sujeto activo para influenciar, se debe acotar que el tipo penal hace énfasis en que ésta puede ser real o simulada, lo cual se puede definir así: “Es real la situación personal o jerárquica, cuando existe y es comprobable en la realidad esa relación entre la persona influyente y la persona funcionaria pública influida. Será simulada cuando esa relación resulta ficticia, falaz o eventual” (Molina, 2009, p. 271).

En cuanto al análisis de los elementos objetivos, el bien jurídico tutelado puede contener el deber de probidad, objetividad, imparcialidad y transparencia en la función pública, así como el resguardo del interés general, la libertad de decisión del funcionario público; en síntesis, el correcto funcionamiento de la administración pública. De la doctrina argentina se extrae la apreciación del bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias, aplicable también a la realidad de la legislación costarricense:

Un cierto entendimiento patrimonialista de la función pública está sin duda en la base de esta prácticas viciadas y corruptas. Anteponer los intereses privados a los públicos en el ejercicio de la función pública es una forma de abuso o desviación de poder que anula la imparcialidad de la actuación administrativa. De aquí que pueda afirmarse que el bien jurídico tutelado por esta figura se circunscribe al funcionamiento normal y correcto de la Administración pública, resguardando especialmente la imparcialidad, objetividad y libertad moral de sus funcionarios, garantizando de esta manera la plena vigencia de un Estado de derecho moderno, inspirado en valores que conforman la ética pública y la transparencia en los procesos de decisión y gestión estatal, en los

que deben primar los intereses generales frente a los intereses o pretensiones particulares o de grupos de poder o influencia (Creus et al, 2013, p. 299).

Por otro lado, el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, ya que se consuma con la acción de influenciar bajo las condiciones que se han venido desarrollando, sin que la norma exija que el funcionario público lleve a cabo u omita lo que el sujeto activo pretendía con la influencia. En consecuencia, que se haya producido el beneficio económico o ventaja indebida en favor del sujeto activo u otro.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, se trata de un delito que solo puede ser cometido mediante dolo directo, pues resulta necesario que el sujeto activo tenga el conocimiento y voluntad de influir de manera disvaliosa en el funcionario público, prevaleciéndose del cargo, jerarquía o situación personal, con la finalidad de producir el beneficio económico o ventaja indebidos a su favor o de otro. Así lo considera Molina (2009) “La persona autora de la influencia, debe saber y querer realizarla ante el funcionario público, persiguiendo una finalidad específica: lograr un beneficio económico o ventajas indebidas sea para sí o para otro, lo cual explica el “para que” de la influencia” (p.273).

### **2.2.3. Aspectos relevantes a nivel jurisprudencial**

La Sala Tercera, actualmente denominada Sala de Casación Penal, ha emitido varios pronunciamientos relacionados con el delito de tráfico de influencias, mediante los cuales se han analizado los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Lo anterior permite destacar aspectos relevantes que dan lugar a una interpretación más clara de la norma, mismos que se desarrollarán a continuación.

#### **2.2.3.1 Sobre la clasificación del delito**

Según la Sala Tercera el delito de tráfico de influencias se trata de un delito de mera actividad, pero de resultado cortado. La explicación se encuentra en la siguiente sentencia:

En lo objetivo no se requiere la realización del resultado para su consumación; no se requiere que, en efecto, se consigna el beneficio económico o ventaja indebidos. Pero

desde el punto de vista subjetivo, la búsqueda de dicho fin es un elemento intencional distinto al dolo, necesario para la configuración del tipo. Nos hallamos entonces, ante un delito de resultado cortado; además del dolo de influir con prevalimiento, es necesario que en el autor concurra otro elemento intencional; que dicha influencia se ejerza para conseguir un beneficio económico o ventaja indebidos. Existe un resultado que se valora a nivel subjetivo, pero cuya materialización es innecesaria para que se consuma el tipo. (Sala Tercera, voto 00967, 2017).

Del extracto anterior, se logra colegir que el delito bajo estudio, desde la óptica objetiva, es un delito de mera actividad, porque para su consumación basta que el sujeto activo lleve a cabo la influencia con prevalencia sobre el servidor público, por tanto, se excluye la tentativa. Sin embargo, al señalarse que se trata de un delito de resultado cortado, significa que existe un resultado que debe valorarse a nivel subjetivo, sin que la materialización del mismo sea determinante para la consumación del delito, puesto que se trata de un delito de mera actividad como se indicó anteriormente.

De manera que, en la valoración subjetiva, requiere analizarse no solamente que el sujeto activo haya influenciado con prevalencia sobre el funcionario público de manera dolosa, sino también que la influencia la haya ejercido con la intención de obtener un beneficio económico o ventaja indebida. Esto significa que necesita estar presente ese elemento subjetivo distinto al dolo, el cual hace que la influencia sea disvaliosa.

### **2.2.3.2 Sobre el bien jurídico tutelado**

La Sala Tercera extiende la interpretación del bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias, indicando que trasciende al término de probidad en la función pública, posición que se desarrolla en el siguiente voto:

La determinación del bien jurídico protegido, es la mayor transcendencia. Esto es así, porque dependiendo de si se incluye como objeto de protección, además de los referentes tradicionales relacionados con la objetividad e imparcialidad en la función

pública, la igualdad de trato o acceso en condiciones de igualdad, ello puede abrir pie a la consideración del dictado de resoluciones ajustadas a Derecho, como constitutivas del delito de tráfico de influencias (Sala Tercera, voto 000967, 2017).

Sobre el mismo tema, la sentencia añade de interés lo siguiente:

El tráfico de influencia resguarda "... el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública. Sin embargo, no conviene olvidar, como ya en su día apuntara Cugat Mauri (1997:106 ss.), que en la raíz de todos esos principios está también el de igualdad, algo que resultará muy importante (...) a la hora de interpretar si determinadas conductas están o no incardinadas en los tipos penales; esto es, en definitiva, la protección de la libre formación de la voluntad del funcionario evitando la interferencia de intereses particulares – tratando a todos los ciudadanos por igual – y la desviación del mismo de los intereses generales como consecuencia de las influencias de individuos o grupos de presión. (Sala Tercera, voto 000967, 2017).

El criterio extraído de la sentencia supra es de vital importancia, porque no limita la penalización del delito de tráfico de influencias al resguardo del deber de probidad, entendido como la imparcialidad, objetividad y transparencia en la función pública, sino que se avoca a analizar los alcances y efectos que tiene la conducta del sujeto activo al realizar la influencia en aras de obtener un beneficio económico o ventaja indebida dentro del sector público. Lo anterior por cuanto si los beneficios se logran materializar, aunque correspondan a actos lícitos del funcionario público porque fueron ejecutados dentro de sus facultades legales, los mismos estarían siendo obtenidos sobreponiéndose al interés y derechos de otros en igualdad de condiciones.

Unido a lo indicado en el párrafo anterior, se destacan dos aristas más en la tutela del bien jurídico relacionado con el delito de tráfico de influencias: el primero, responde a la libre voluntad del servidor público o sujeto pasivo del delito, ya que éste es influenciado a hacer o

no hacer, producto de la condición de prevalencia del sujeto activo. En segundo lugar, la protección del interés general, porque es puesto en riesgo ante la interferencia de intereses privados que se pretenden privilegiar con la influencia disvaliosa.

### **2.2.3.3 Sobre la diferenciación con el delito de cohecho**

La Sala Tercera ha analizado el delito de tráfico de influencias en contraposición con el delito de cohecho. Criterio que resulta trascendental porque denota al menos dos diferencias medulares entre estos tipos penales, así como la aplicación idónea según el caso concreto:

La diferencia entre ambas figuras, consiste en que el cohecho es necesario demostrar que el sujeto activo recibió o aceptó la promesa de entrega de una dádiva o ventaja indebida, a cambio del favor requerido. Sin embargo, la naturaleza de dicho favor, puede ser tanto ilícita (cohecho impropio), como lícita (cohecho propio). El tráfico de influencias, en cambio, no contiene el requisito de la aceptación o promesa de recibir contraprestación, a cambio del acto u omisión solicitados. Por ello, la doctrina hace referencia a este, como un delito residual, o “refugio”, en caso de no acreditarse la dádiva (Sala Tercera, voto 000967, 2017).

Del extracto anterior, se concluyen dos diferencias fundamentales: la primera se refiere a la licitud o ilicitud de los actos u omisiones del funcionario público (sujeto activo o pasivo, según el delito), pues, en el delito de tráfico de influencias, el servidor público siempre va a ser influenciado por el sujeto activo, para que omita o realice un acto lícito dentro marco de sus atribuciones. En el delito de cohecho, el funcionario público como sujeto activo es inducido por el corruptor para llevar a cabo actos lícitos (propios de su función) como en el cohecho impropio, o bien, conductas ilícitas (contrarias a la función), como ocurre en el delito de cohecho propio.

La segunda diferencia guarda relación con el elemento objetivo “dádiva o ventaja indebida”, ya que, en el delito de tráfico de influencias, no existe entrega o promesa de dádiva

o ventaja en favor del servidor público que hace o no hace lo que le corresponde, pues la tesis sostenida a nivel jurisprudencial es que esta persona es influenciada por el sujeto activo, con prevalencia de una relación jerárquica o personal. Además, que el beneficio o ventaja indebida es en provecho de una persona distinta al funcionario público. Contrario a ello, en los delitos de cohecho propio e impropio sí se requiere la presencia de dádivas o ventajas indebidas, porque estas corresponden a la remuneración que acepta el servidor público a cambio de efectuar actos propios o contrarios a sus funciones.

#### **2.2.3.4 Sobre la intromisión en la voluntad del sujeto pasivo**

En el delito de tráfico de influencias surge expresamente la figura del servidor público como sujeto pasivo. Sin embargo, su papel es determinante en cuanto a la obtención del beneficio económico o ventaja indebida en favor del sujeto activo o tercero, lo cual podría ser un contrasentido que ha sido justificado por la Sala Tercera de la siguiente manera:

Entonces, el tráfico de influencias supone que el sujeto activo ejerce sobre el sujeto pasivo un dominio o fuerza suficientes para imponerse sobre él. En otras palabras, el influido se ve determinado por el influyente. Además, la preponderancia del sujeto activo sobre el pasivo requiere de una situación de jerarquía o personal entre ambos, de forma que el funcionario público destinatario de la influencia se vea comprometido a cumplir la voluntad de quien influye. Adviértase entonces que autor del delito puede ser tanto quien desempeña un cargo público como alguien ajeno a la función pública. (Sala Tercera, 00060, 2009).

Tal posición es sostenida a través de los años por parte de la Sala Tercera, pues sobre el mismo tema refirió lo siguiente:

En definitiva, lo que la figura en cuestión sanciona, es que una parte busque beneficiarse de manera irregular, afectando el proceso motivador de quien tiene en sus manos la resolución del asunto. En el caso de una injerencia sobre el proceso motivador del juez que tiene a su cargo tomar una decisión, por parte de alguien que se vale para ello, de su “posición personal o jerárquica”, la ventaja indebida deriva del

posicionamiento particular que logra el sujeto activo, a través de la influencia, para lograr el fin querido.(Sala Tercera, voto 000967, 2017)

La posición plasmada en ambas sentencias explica el motivo por el cual el legislador redactó la norma responsabilizando únicamente a quien ejerce la influencia y no a quien la recibe, a pesar de que de este último depende la producción del favorecimiento indebido. Bajo esta tesis, si el sujeto activo logra determinar la voluntad del sujeto pasivo, significa que está siendo instrumentalizado para beneficiar indebidamente al autor del delito.

Ahora bien, la intromisión que realiza el sujeto activo sobre el servidor público para que actúe como él quiere debe analizarse en conjunto con el elemento objetivo referente a la “prevalencia”, pues la posición de superioridad o ventaja que aprovecha el sujeto activo para ejercer la influencia genera el predominio o fuerza moral sobre el funcionario público para que éste, sin haber tenido contemplado realizar u omitir alguna de sus funciones, decida acatar el pedido del autor.

Según la descripción típica del delito de tráfico de influencias y la posición adoptada por la Sala Tercera, si el sujeto pasivo lleva a cabo lo solicitado por el sujeto activo, en consecuencia, se produce la ventaja indebida. Dicha conducta deviene atípica, porque su voluntad fue determinada por la influencia ejercida con prevalencia del cargo, relación jerárquica o personal.

La intromisión en la voluntad del sujeto pasivo fue desarrollada también en la siguiente sentencia:

La figura delictiva consiste en la eventual influencia sobre una acción que se dé a cargo de un sujeto activo sobre la libertad del sujeto pasivo; esta intromisión en el libre albedrío del sujeto pasivo, debe configurarse y demostrarse, de modo tal que logre imponer una voluntad sobre la otra. Otra consideración a referenciar, es que el sujeto activo debe valerse de una relación jerárquica o personal, que pudiese comprometer la voluntad y por ende el libre albedrío del funcionario público, al cual

se pretende someter a alguna eventual influencia externa (Sala Tercera, voto 00134, 2017).

Lo acotado anteriormente resulta vital para entender el espíritu del legislador respecto de sancionar solamente a uno de los actores que intervienen en la configuración del delito. No obstante, desde la óptica de aplicación de la norma, concretamente la etapa investigativa de esta delincuencia, debe necesariamente establecerse si la conducta del funcionario público (sujeto pasivo) fue producto de la influencia o si, más bien, éste participa en el plan de autor para la comisión del ilícito, lo que podría dar lugar al análisis de otros tipos penales.

Finalmente, se considera lógico aceptar que la voluntad del funcionario público en condición de sujeto pasivo puede ser doblegada por la prevalencia jerárquica o del cargo del sujeto activo, dada la intimidación o temor infundido directo o indirecto, verbigracia, a perder el trabajo o sufrir represalias en el ámbito laboral. Sin embargo, la prevalencia por cuestiones personales debe ser analizada con mayor cuidado, porque establecer que hubo una determinación de la voluntad, por ejemplo, por cuestión de mero amiguismo o relación sentimental, no justificaría la supuesta instrumentalización del sujeto pasivo y mucho menos la impunidad de su conducta.

### **2.2.3.5 Sobre el tipo de influencia**

Es importante hacer énfasis en el tipo de influencia que exige el delito bajo estudio, porque no se trata de una simple influencia, sino de una influencia disvaliosa, es decir, contraria al ordenamiento jurídico. Lo anterior porque lo que busca es favorecer indebidamente el interés particular de una determinada persona física o jurídica, a través de un medio irregular, es decir, mediante la intromisión en la voluntad del sujeto pasivo (funcionario público con facultades legales para hacer o no hacer). De manera que la influencia disvaliosa violenta no solamente los principios de transparencia y objetividad que necesitan imperar en la función pública, sino también la igualdad de trato, al acceso a la justicia, así como el acceso a las oportunidades y servicios brindados por la administración.

Al respecto, la Sala Tercera se refirió al tema del tipo de influencia que debe presentarse para la configuración de este tipo penal y señaló lo siguiente:

Todo ese ejercicio de poder ya descrito requiere de una finalidad específica, cual es la de que el sujeto activo obtenga, para sí o para alguien más, alguna situación beneficiosa que no es debida, es decir, que el ordenamiento jurídico no reconoce a favor de quien la obtiene. Y ese favorecimiento indebido abarca cualquier tipo de ventaja, incluidos los beneficios económicos. Claro está que se trata de asuntos que estén al alcance del funcionario público influido y enmarcados en el ámbito de sus atribuciones (Sala Tercera, voto 000060, 2009).

De esta forma, se requiere que la influencia ejercida por el sujeto activo tenga como finalidad la obtención de una situación beneficiosa que no es debida, contraria a lo que el ordenamiento jurídico reconocería dentro del marco del correcto y normal funcionamiento de la función pública. El sujeto activo ejerce la influencia sacando provecho de la condición ventajosa que tiene sobre el sujeto pasivo y con el ánimo de obtener el beneficio económico o ventaja indebida, que no podría alcanzar sino ejerciera la influencia en cuestión.

## **2.3 La obtención de prueba en el delito de tráfico de influencias**

### **2.3.1. Características de la investigación en el delito de tráfico de influencias**

El delito de tráfico de influencias es complejo; partiendo desde su descripción típica, la cual como ha sido analizado en este capítulo, exige la concurrencia de diversos elementos objetivos y subjetivos, los cuales requieren ser cubiertos con prueba suficiente y contundente para su demostración. Por tanto, la investigación de este tipo penal tiene algunas particularidades o características que lo diferencian de la delincuencia común.

#### **2.3.1.1 En relación con el tipo de autor**

El delito de tráfico de influencias encuadra en la denominada delincuencia de cuello blanco, porque sus autores son personas con cierto nivel intelectual y socio económico, distinto a delincuente común. Esto incide directamente en el plan delictivo y modo de operar utilizado en la comisión del ilícito, ya que éstos procuran no dejar rastros, dando apariencia de legalidad a cada una de sus actuaciones.

En el delito de tráfico de influencias el sujeto activo suele ostentar la calidad de funcionario público, de un miembro de los supremos poderes o de un particular con ventajas concedidas por el cargo que ocupa, estatus económico, social o político. Sobre este último aspecto se añade:

Se ha admitido al incluir ciertos delitos de corrupción cometidos en la función pública como pertenecientes a este tipo especial de criminalidad, que en dichos casos el poder económico o el status dentro del cual Edwin Sutherland enmarcó su teoría, es sustituido por el poder político (Burgos, 2015, p.74).

El perfil de los autores incide en la dinámica delictual, lo cual se ve reflejado desde la selección previa que estas personas realizan de aquellos servidores públicos que cuentan con las atribuciones legales necesarias e idóneas para obtener el beneficio económico o ventaja indebida pretendida, como en la forma clandestina y a veces sutil, de influir prevaleciéndose de las condiciones especiales que ostentan.

Seguido de lo anterior, el tipo de delincuente que incurre en el delito de tráfico de influencias tiene la capacidad de acuerdo con la situación del cargo, jerárquica o personal, de influir o determinar la voluntad del sujeto pasivo, para que éste ejecute los actos u omisiones que requiere para la obtención del resultado. Así mismo, este tipo de autores aprovechan que los actos derivados, del hacer o no hacer del funcionario influenciado, se encuentran dentro del marco de legalidad y que el ordenamiento jurídico no los sanciona, lo cual les permite instrumentalizar al sujeto pasivo sin mayor riesgo.

Se considera que el perfil del delincuente de cuello blanco está estrictamente relacionado con la formación académica, estatus socioeconómico, poder político y grado de autoridad derivado del cargo que poseen, dificulta la detección y sanción de sus actuaciones, sobre el tema refirió Edwin Sutherland (citado por Burgos, 2015):

Un tipo especial de criminalidad del que eran sujetos activos personas de clase socioeconómica alta, con poder económico y político, así como influencias en los órganos encargados de la administración de justicia lo que las torna menos vulnerables

ya sea porque escapan a la detención o a la condena o bien porque pueden contratar abogados más hábiles, para su defensa. (Burgos, 2015, p.64).

Sobre la misma línea de pensamiento, se estima que la delincuencia de cuello blanco o delincuencia económica, en cuya categoría se puede ubicar el delito de tráfico de influencias, requiere un abordaje distinto, posición respaldada por el doctor Álvaro Burgos:

La delincuencia económica corresponde a la categoría delictiva particular que plantea la necesidad de realizar un abordaje distinto, donde se observan por una parte conductas realizadas por sujetos que generalmente cuentan entre otras cosas con un alto poder económico, una imagen honorable, donde en virtud de su posición dentro de determinada actividad profesional se benefician de forma ilícita (...), teniendo a su vez incidencia en la dificultad de persecución de este tipo especial de delito en la vía penal y la alta tasa de impunidad que aumentan la imposibilidad para que la concurrencia de este tipo especial de criminalidad sea reflejada estadísticamente, existiendo una disparidad entre la delincuencia de cuello blanco y la delincuencia convencional. (Burgos, 2015, p 84).

Conforme al razonamiento acotado, el delito tráfico de influencias debe ser investigado con conocimiento jurídico y técnico, haciendo uso de todas las facultades que la ley otorga para las investigaciones, adecuándolas al tipo de autor y delincuencia especial, en aras de disminuir la impunidad y aumentar el reproche social.

### **2.3.1.2 Ausencia o insuficiente prueba testimonial**

Una particularidad de las investigaciones del delito de tráfico de influencias es la carencia de prueba testimonial, pues generalmente las personas que conocen de la actividad delictiva evaden figurar como testigos en los procesos, para evitar problemas laborales como represalias, acoso, discriminación, descensos, reubicaciones y hasta despidos.

Unido a lo anterior, no es común contar con el testimonio de la persona influenciada, quien puede optar por ocultar la información ante el temor a ser cuestionada por sus actos o

ser desplazado a una posición de desventaja con respecto al sujeto activo con un rango o cargo superior. Máxime si la persona que ejerció la influencia sobre él se valió del cargo o jerarquía, por tanto, su declaración pondría en riesgo su estabilidad laboral, económica y consecuentemente, familiar.

De igual manera, la corrupción en la función pública se ha extendido a tal magnitud, que han surgido organizaciones criminales dentro de las instituciones o bien funcionarios que de manera individual reciben ingresos ilícitos extras por pagos de dádivas. Esta circunstancia impide contar con testigos que deseen colaborar con las investigaciones, pues muchos de ellos también se encuentran involucrados en actos de corrupción y, por tanto, prefieren no exponerse ante las autoridades judiciales.

### **2.3.1.3 Utilización de prueba indiciaria**

Ante la ausencia de prueba testimonial, prueba principal en la mayoría de investigaciones seguidas por otros delitos, en relación con el delito de tráfico de influencias debe acudir a otros medios de prueba, generalmente, prueba indiciaria. No obstante, este tipo de prueba dificulta muchas veces la demostración del delito, debido a que se requieren indicios contundentes que superen cualquier duda razonable y sean capaces de establecer de manera unívoca la comisión del ilícito por parte del autor del hecho.

La prueba indiciaria, aunque también tiene valor probatorio y es capaz de generar certeza sobre la participación de una persona en el delito de tráfico de influencias, es más difícil de sostener, a diferencia de la prueba testimonial. Con esta última se puede demostrar con mayor claridad y precisión la influencia ejercida por el autor del delito sobre el funcionario público y la finalidad buscada con dicha acción.

Esto implica un esfuerzo mayor por parte de los fiscales, pues necesitan construir una base probatoria firme que permita acreditar el delito. Lo anterior en muchas ocasiones resulta más dificultoso ante la ausencia de prueba directa, máxime cuando por el paso del tiempo, se pierden indicios importantes, como por ejemplo los registros de las vinculaciones telefónicas entre los involucrados.

#### **2.3.1.4 Dificultad en la constatación de la influencia**

Otra característica particular en la investigación del delito de tráfico de influencias es la dificultad para constatar la influencia ejercida por el funcionario público, como génesis de las acciones u omisiones del sujeto pasivo influenciado. Esto pues en caso de que estos actos se materialicen y el beneficio indebido se genere, debe demostrarse que fueron producto de la conducta delictiva (influencia disvaliosa). Lo anterior por cuanto el beneficio indebido sería consecuencia de actos lícitos, propios del cargo que ocupa el funcionario, como nombramientos, adjudicaciones, contratos, concesiones, resoluciones; es decir, actos que se encuentran dentro del marco de legalidad.

Esto complica el esclarecimiento de los hechos y la demostración de la acción típica, máxime si no se cuenta con prueba testimonial que establezca que hubo una influencia disvaliosa en la producción del beneficio económico o ventaja indebida. Por su parte, en estas investigaciones, resulta insuficiente la prueba documental, ya que si se está ante actos lícitos del funcionario público influenciado, lo único que se va a desprender de los expedientes, informes, resoluciones, son actos legales, sin trascendencia probatoria para la acreditación de la influencia previa.

Así, es necesario hacer una valoración conjunta de los elementos de prueba directa o indirecta, a fin de determinar los aspectos fácticos y jurídicos del delito. Además, en estas investigaciones, máxime si se trata de delincuencia organizada, es importante valorar la aplicación de otros medios que permitan esclarecer los hechos y dar contundencia probatoria, tal es el caso de la intervención de comunicaciones, que será desarrollado en adelante.

### **2.3.2 Intervención de comunicaciones**

#### **2.3.3.1 Concepto y regulación**

La intervención de comunicaciones puede ser definida como la interferencia y la imposición del contenido de las conversaciones privadas por parte de autoridades judiciales, a fin de ser utilizadas como prueba legal dentro de los procesos penales relacionados con los delitos que la ley especial determinó.

La doctrina ha dado contenido a este medio probatorio, mediante la siguiente definición:

Las intervenciones telefónicas-vulgarmente denominadas “escuchas telefónicas”- implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el juez de instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios (Pérez, 2012, p. 112).

Otra definición acerca de la intervención de comunicaciones lo ha descrito el doctor Rafael Gullock Vargas:

La intervención de comunicaciones es un medio instrumental, mediante el cual se limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Es ordenado por un juez, en relación de un hecho punible de especial gravedad, mediante resolución fundada a fin de que se proceda al registro y grabación de las conversaciones telefónicas de un imputado u otros sujetos con el que éste se relacione, durante un tiempo determinado y la finalidad de investigar determinados delitos o, en su caso, recabar prueba con relación al hecho delictivo y participación de su autor. (Gullock, 2008, p. 18).

Para analizar este medio probatorio resulta necesario mencionar que ningún derecho fundamental es pleno, con excepción a la dignidad humana, todos pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Tal es el caso de los derechos a la intimidad y al secreto de las

comunicaciones, estipulados en el Artículo 24 de la Constitución Política (reformado mediante Ley 7607 del 29 de mayo de 1996), el cual dice textualmente lo siguiente:

Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuales casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo (Constitución Política de Costa Rica, 2013, p. 16).

En cuanto a la regulación de este medio probatorio, la Ley 8200 del 10 de diciembre del 2001, da origen a la normativa actual de la intervención de las comunicaciones, plasmada en el artículo 9 de la ley especial número 7425 denominada Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, en la cual se autoriza mediante orden jurisdiccional la utilización de este medio probatorio.

Dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, los tribunales de justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: secuestro extorsivo; corrupción agravada, proxenetismo agravado, fabricación o producción de pornografía, tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos; homicidio calificado; genocidio, terrorismo y los delitos previstos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de

capitales y actividades conexas, N° 8402 del 26 de diciembre del 2001. En los mismos casos, dichos tribunales podrán autorizar la intervención de las comunicaciones entre los presentes, excepto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 26 de la presente Ley; cuando se produzcan dentro del domicilio y recintos privados, la intervención solo podrá autorizada si existen indicios suficientes de que se lleva a cabo una actividad delictiva (Ley 7425, 2006, p. 114).

Este articulado autorizó la restricción de los derechos fundamentales a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, en atención a la necesidad de esclarecer delitos relevantes al involucrar bienes jurídicos como la vida, la libertad, la salud pública, la libre determinación sexual, la dignidad humana. Sobre este tema refirió el doctor Rafael Gullock:

Nuestro sistema regula la intervención de comunicaciones a través de un catálogo de delitos, que además resultan ser de especial gravedad en consideración con las penas a imponer por los hechos delictivos investigados, con el cual el legislador cumple con el principio de proporcionalidad. (Gullock, 2008, p. 33).

Por su parte, la Sala Constitucional se pronunció sobre el tema en la siguiente sentencia:

La intervención de comunicaciones telefónicas es un instrumento probatorio que las autoridades judiciales pueden utilizar de manera excepcional y con fines estrictamente procesales (...) la información recabada de esta forma está protegida constitucionalmente, a fin de que la intromisión en el ámbito privado de sus titulares sea la mínima requerida para garantizar los fines que la propia Carta Fundamental; y la Ley 7425 establecen. (Sala Constitucional, voto 9139, 2005).

Sobre el mismo tema, el Artículo 201 del Código Procesal Penal contempla la interceptación de comunicaciones como un medio de prueba lícito y reconocido por el ordenamiento jurídico costarricense, cuya regulación específica remite a la Ley Especial

7425, antes citada. Unido a lo anterior, la Ley 8754, llamada “Ley Contra la Delincuencia Organizada”, amplió el catálogo de delitos en los cuales se puede ordenar la intervención de comunicaciones, propiamente en el Artículo 16 que expresa así:

Además, de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N° 7425, y la presente Ley, el juez podrá ordenar la intervención de comunicaciones cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: (...)

d) Explotación sexual en todas sus manifestaciones.

e) Corrupción en el ejercicio de la función pública.

f) Enriquecimiento ilícito.

g) Casos de cohecho (Ley 8754, 2009, p. 14).

Del artículo supra (transcrito únicamente el contenido de interés) se desprende, la posibilidad de interceptar comunicaciones en los delitos graves de corrupción en la función pública, bajo la perspectiva de una organización criminal, definida por la Ley Contra la Delincuencia Organizada actual como: “un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves” (Ley 8754, 2009, p. 7).

Se puede enfatizar entonces la procedencia de este medio probatorio en las investigaciones seguidas por el delito de tráfico de influencias, entendido éste como un delito de corrupción en el ejercicio de la función pública, considerado grave por su rango de penas, y que abarca una descripción típica que sanciona la interferencia disvaliosa en la función pública en aras de beneficiar indebidamente intereses particulares. Este delito se encuentra contemplado dentro de la Ley 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, la cual tiene como fin la represión de todas aquellas conductas contrarias a la transparencia y probidad en la función pública, como respuesta, además, a la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

### **2.3.3.2 La importancia de la intervención de comunicaciones en las investigaciones penales**

La intervención de comunicaciones es un medio probatorio aceptado por el ordenamiento jurídico nacional, el cual se justifica ante la necesidad imperante de esclarecer hechos delictivos relacionados con delitos graves, cuyos bienes jurídicos trascienden la esfera de la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

La importancia de este medio probatorio radica en varios aspectos, uno de ellos corresponde a facilitar y contribuir con la labor investigativa a cargo del Organismo de Investigación Judicial y el Ministerio Público como rector jurídico del primero, pues al imponerse el contenido de las conversaciones entre los involucrados de un hecho delictivo, es posible individualizar a los autores, participación de cada miembro de una organización criminal, el modo de operar, la existencia y ubicación de elementos de prueba, por mencionar algunos ejemplos.

Sobre esa misma línea de pensamiento el doctor Rafael Gullock refirió:

La intervención telefónica puede servir como medio de prueba para lograr la identificación de los autores y partícipes de los hechos, el lugar en donde se oculta el objeto ilícito, los mecanismos para disfrazar el origen ilícito del dinero, entre otros (Gullock, 2008, p. 16).

También la intervención de comunicaciones resulta relevante para evitar la alteración y destrucción de la prueba, así como la evasión de responsabilidad por parte de los autores o partícipes del delito. Tal como lo mencionó Clariá (citado por Llobet, 2017):

“La intervención de comunicaciones procede, en primer lugar, cuando existen elementos de prueba para considerar que el imputado va a falsear la prueba, induciendo al falso testimonio, a la destrucción de pruebas, bien va a alertar a sus cómplices para que huyan” (p. 345).

Por su parte, este medio probatorio es importante para recabar prueba de interés en la investigación, así lo sostiene Llobet (2017) “Puede disponerse la intervención telefónica para que a través del conocimiento de las conversaciones del imputado se logren allegar elementos de prueba a la causa” (p. 345). De tal manera que la intervención de comunicaciones contempla el esclarecimiento de los hechos, la posibilidad de proteger la prueba, así como recabar otra novedad para la resolución de los casos.

La intervención de comunicaciones permite dar inmediatez y efectividad a la actuación de la policía, ya que puede constatar, a través de la activación de radio bases, la ubicación de los investigados en tiempo real, por ende, los lugares donde se está llevando a cabo los hechos delictivos o al menos los actos de planeación o ejecución del ilícito. Faculta establecer perfiles de comportamiento de los autores del delito, lugares frecuentados, relaciones interpersonales y, a su vez, es factible complementar con otros actos de investigación, como vigilancias, seguimientos o secuestro de videos de cámaras de seguridad.

Resulta ser un medio probatorio eficaz para dar contenido a las vinculaciones telefónicas derivadas de los rastreos de llamadas, a partir del conocimiento de las conversaciones entre involucrados. También es una herramienta útil para conocer o esclarecer el plan de autor, el ámbito íntimo de una organización, la conformación de la estructura de poder, así como el elemento subjetivo en los delitos dolosos.

Se trata de un medio probatorio que también es una herramienta útil para los actores encargados de la investigación, pues contribuye con la labor efectuada por los juzgadores, quienes tendrán que resolver los asuntos con la prueba allegada al proceso. En este punto, la intervención un medio idóneo y contundente al evidenciar conversaciones entre los autores y partícipes, lo cual generalmente supera toda duda razonable y brinda la certeza requerida por los jueces para fallar de manera acertada en cada uno de los casos.

Desde otra perspectiva, la intervención de comunicaciones es importante porque se convierte en una garantía para el imputado, quien estaría siendo juzgado con prueba allegada mediante un medio legal y capaz de exponer su participación de manera clara, lo cual descarta la indefensión ante una sentencia judicial.

Finalmente, es necesario señalar que al Ministerio Público y los jueces se les impuso el deber de procurar la averiguación de la verdad, según lo indica el Artículo 180 del Código Procesal Penal “El Ministerio Público y los Tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación” (Código Procesal Penal, 2016, p.122).

Tal posición es respaldada por la Sala Constitucional que ha mencionado lo siguiente: “La finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba” (Sala Constitucional, voto 1732, 1992).

Por lo tanto, si la intervención de comunicaciones es un medio legal y útil para alcanzar la averiguación de la verdad como uno de los fines del proceso, y es un deber del Ministerio Público y los jueces procurar tal objetivo, resulta trascendental valorar en la práctica judicial la aplicación de este medio de prueba, en aras de combatir la impunidad y conseguir sentencias favorables.

## CAPITULO III MARCO METODOLÓGICO

### 3.1 Metodología empleada

#### 3.1.1 Características de la metodología empleada

Para la presente investigación se selecciona el método cualitativo, según menciona Hernández (2010), basado en la recolección y análisis de datos sin medición numérica. Se elige este tipo de investigación porque como lo menciona Sáenz (2007), ésta hace posible la comprensión y la interpretación de una realidad que no es estática, sino dinámica, múltiple y holística a través de los significados, las percepciones, interacciones e interpretaciones tanto del fenómeno examinado, como de las referencias que lo estudian.

El objetivo principal será comprender el fenómeno que representa en las investigaciones penales la ausencia de intervenir comunicaciones en los casos de tráfico de influencias.

Características del método cualitativo:

- La literatura puede complementarse en cualquier etapa del estudio y apoyarse desde el planteamiento del problema hasta la elaboración de los resultados.
- Se basan en un proceso inductivo y de lógica; consistente en explorar, describir y luego generar perspectivas.
- Generalmente no se prueban hipótesis, éstas se generan a través del proceso investigativo o bien son un resultado del estudio.
- Se basa en métodos de recolección de datos.
- No pretende generalizar los resultados.

Se elige el enfoque exploratorio, el cual pretende generar una visión general y aproximativa con respecto a la realidad, máxime por tratar un tema poco explorado y analizado. Por tanto, éste permitirá aumentar el grado de conocimiento sobre las implicaciones probatorias que genera la ausencia de la intervención de comunicaciones en las investigaciones penales seguidas por el delito de tráfico de influencias.

## **3.2 Técnicas empleadas**

### **3.2.1 Entrevistas a profundidad**

Se trata de entrevistas conformadas por una serie de preguntas articuladas y orientadas a cumplir con los objetivos del presente proyecto, misma que se efectuará a profesionales con experiencia en materia de investigación de los delitos de corrupción en la función pública e intervención de comunicaciones. Mediante estas interrogantes se indagará sobre aspectos generales relacionados con el proyecto, como es el fenómeno de la corrupción.

Posteriormente, se abordarán temas más específicos, como las particularidades de la investigación de la delincuencia de cuello blanco, la utilidad y procedencia de la intervención de comunicaciones como medio probatorio. Asimismo, concluir con la incidencia o efectos que podrían generarse con la interceptación telefónica, en los procesos seguidos por el delito de tráfico de influencias.

### **3.2.2 Análisis de casos**

Se analizarán las sentencias de desestimación dictadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en favor de miembros de los supremos poderes, relacionadas directamente con el delito de tráfico de influencias. Por tanto, este análisis se enfocará en casos de importancia nacional, los cuales evidenciaron la trascendencia del fenómeno de la corrupción en Costa Rica.

## **3.4 Selección**

### **3.4.1 Acerca de las entrevistas a profundidad**

Se entrevistará al Director del Organismo de Investigación Judicial Walter Espinoza Espinoza, a la Fiscalía Adjunta II de la Fiscalía General de la República Paula Guido Howell, al Fiscal Adjunto II de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción Glenn Calvo Céspedes, a la Fiscal Coordinadora de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción del Ministerio Público, Milena Brenes Brenes y al Fiscal de Narcotráfico y

Crimen Organizado José Ángel Peñaranda Chaverri. Todos estos profesionales, desde sus cargos de importancia y experiencia en materia penal, podrán aportar criterios relevantes sobre el tema tratado en este proyecto.

### **3.4.2 Acerca del análisis de casos**

Se analizarán las cuatro desestimaciones dictadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con las investigaciones seguidas en contra de miembros de los supremos poderes por el delito de tráfico de influencias, desde la vigencia de la ley 8422, en el año 2004, hasta el mes de febrero del 2019.

## CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los resultados obtenidos de la presente investigación se derivan de la ejecución de la metodología empleada en aras del cumplimiento de los objetivos predeterminados. Por tanto, la información recopilada surge de las entrevistas a profundidad que se efectuaron a profesionales con experiencia en la investigación de delitos de corrupción e intervención de las comunicaciones, así como el examen de los casos seleccionados.

Adicionalmente, se efectuaron algunas consultas que arrojaron datos numéricos de interés sobre el tema tratado, los cuales se desarrollarán en primer orden, ya que constituyen la antesala del conglomerado de información que se analizará en este capítulo.

### **4.1 Datos preliminares relevantes**

Se llevaron a cabo varias consultas a autoridades competentes, a fin de establecer algunos datos de importancia para el presente proyecto, los cuales se muestran a continuación:

A través de consulta realizada a la Fiscalía General de la República, como encargada de suscribir las solicitudes de intervención de comunicaciones, según lo establece la Ley Orgánica del Ministerio Público, se determinó que la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción (encargada de la investigación de los delitos de corrupción en la función pública) promovió dos solicitudes de intervención de comunicaciones en un periodo de tres años, entre el 2016 al 2018 (ver apéndice n°6).

Cabe destacar que el registro de solicitudes de intervención ingresados a la Fiscalía General en el periodo de estudio, no tienen consignado el delito. Por tanto, el dato anterior se refiere de manera genérica a casos relacionados con delitos de corrupción en la función pública, al haber sido formulados por la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción. Esto sin que pueda establecerse con precisión si alguna de las peticiones haya correspondido a procesos penales por el delito de tráfico de influencias.

Justamente con el dato mencionado se confirma el problema que dio origen al presente proyecto: la intervención de comunicaciones. Este es un medio probatorio que a pesar de

autorizarse para los delitos de corrupción en la función pública prevalece la mínima o casi nula utilización del mismo por parte del ente ministerial, cuyas causas se analizarán posteriormente.

Unido a lo anterior, se estableció a través de la Fiscalía Especializada de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción del Ministerio Público que la incidencia de denuncias por el delito de tráfico de influencias durante el periodo 2016 a 2019 asciende a la cantidad considerable de 67 procesos (ver apéndice n°7).

Resulta importante aclarar que dicho dato numérico es únicamente aproximado, pues proviene de todas las causas que fueron registradas con el delito de tráfico de influencias, sin perjuicio de que existan más expedientes relacionados con este mismo delito, pero que hayan sido incorporados al sistema con otro tipo penal. Esto último ya sea por error o porque le haya precedido otro delito en la carátula del expediente, por tanto, se haya efectuado el registro por orden de aparición.

De igual manera es vital aclarar que se desconoce con precisión el desglose de dicha cantidad, es decir, el estado actual o resolución de los mismos. Estos pueden encontrarse aún en etapa preparatoria, acusados por ese delito o recalificados, con solicitudes de sobreseimiento o desestimación, o bien, asumidos por la Fiscalía General, la cual también atiende algunos asuntos de corrupción. Por lo tanto, este dato numérico únicamente evidencia la cantidad considerable de denuncias por el delito de tráfico de influencias, lo que cobra interés para el presente proyecto, pues surge la necesidad de valorar los beneficios que produciría la intervención de comunicaciones como parte del abordaje pro activo de este tipo de investigaciones.

Finalmente, se determina mediante consulta al Juzgado Penal de Hacienda, Segundo Circuito Judicial de San José, que durante los años 2016 a 2018, se sobreseyeron dos causas penales, desestimado cuatro y devuelto una al Ministerio Público. Relacionadas estas con el delito de tráfico de influencias, sin que se haya podido determinar los motivos legales, producto de la falta de autorización del Consejo Superior del Poder Judicial para acceder a los expedientes (ver apéndice n° 8).

#### 4.2 Análisis de las desestimaciones dictadas por la Sala Tercera

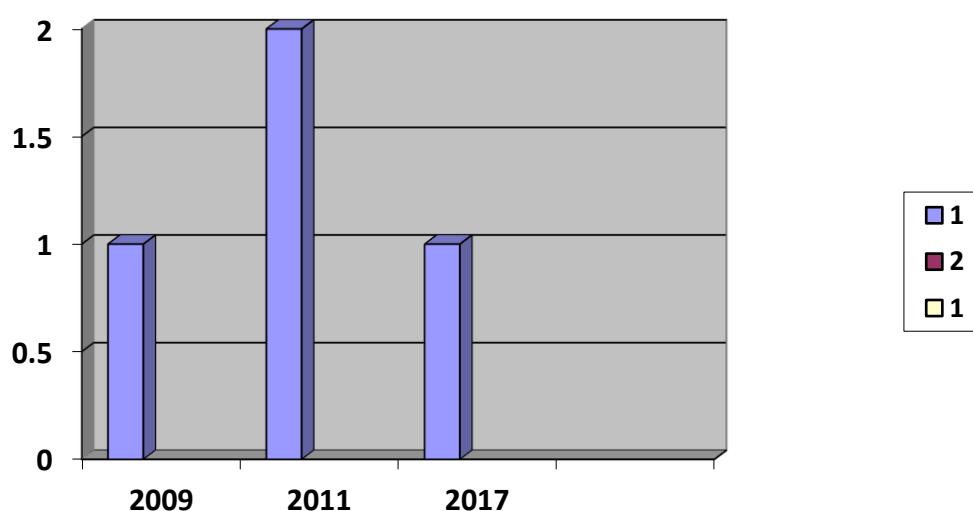
Se examinaron las desestimaciones dictadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con el delito de tráfico de influencias, en favor de algunas personas constituidas como miembros de los supremos poderes. Cabe destacar que la información contenida en este capítulo corresponde a información pública que puede ser accedida mediante el “Sistema Costarricense de Información Jurídica”; así como la publicitada por los medios de comunicación, por tanto, de conocimiento nacional.

El espacio temporal de las resoluciones comprende desde el año 2004 (entrada en vigencia de la ley 8422), hasta el mes de febrero del 2019, votos que se citan a continuación:

1. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 134-2017 de las 11:24 horas del 20 de febrero del 2017.
2. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 1163-2011, de las 04:02 horas del 22 de setiembre del 2011.
3. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 05-2011, de las 08:57 horas del 14 de enero del 2011.
4. Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 60-2009, del 30 de enero del 2009.

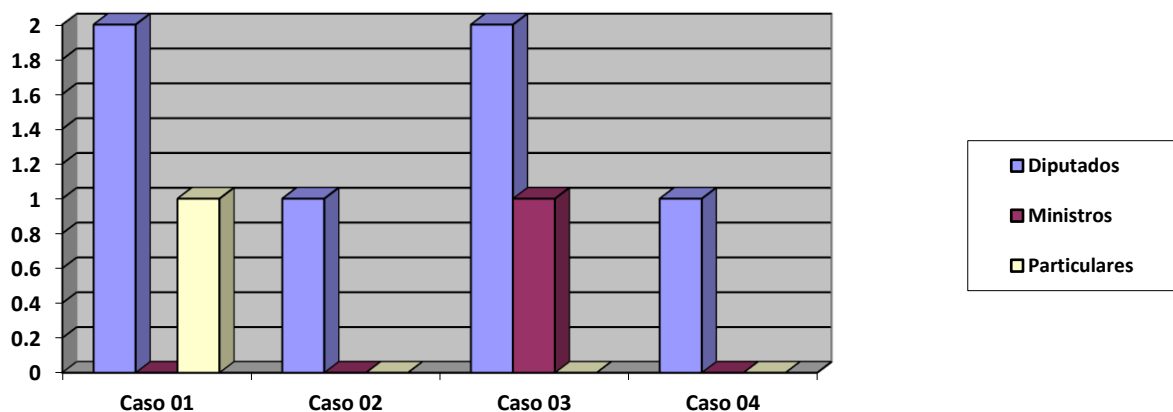
A continuación, se representarán aspectos generales de los casos bajo análisis:

**Cantidad de causas según periodos de análisis**



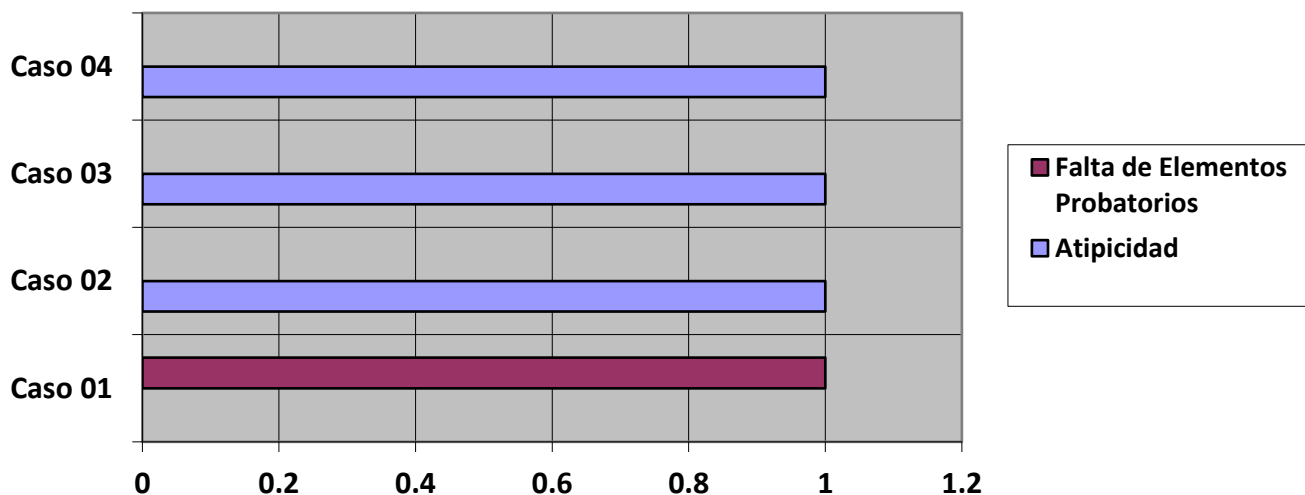
Fuente: Elaboración propia, 2019.

**Calidad de los sujetos activos dentro de las causas analizadas**



Fuente: Elaboración propia, 2019.

**Causas legales que motivaron las desestimaciones**



Fuente: Elaboración propia, 2019.

#### **4.2.1 Caso: Tráfico de influencias para modificación de reglamento sobre comercialización del cemento chino en Costa Rica**

Este caso se extrae del voto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número 134-2017, de las 11:24 horas del 20 de febrero del 2017, los aspectos generales del mismo son los siguientes:

Caso seguido por el delito: Tráfico de influencias.

Número de imputados: Al menos se desprende la presunta participación de tres personas: los ex diputados O.G.G, V. M. Z y el particular empresario J.B.R.

Acto conclusivo del ente ministerial: Solicitud de desestimación, con fundamento en la insuficiencia probatoria, de conformidad con el Artículo 299 del Código Procesal Penal.

Cuadro fáctico: Sin precisar fecha exacta, pero antes de noviembre del 2014, V.M.Z y O.G.G, siendo diputados en ejercicio, de común acuerdo, a fin de obtener un beneficio patrimonial para el empresario J.C.B.R, el cual era legitimar la actividad de importación de cemento chino en el país. Influenciaron para que se reformara el reglamento técnico de este material bajo nuevas especificaciones. Posteriormente, el 6 de marzo del 2015, el Poder Ejecutivo aprobó el nuevo reglamento, pese a las observaciones técnicas efectuadas por parte del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, de tal manera que, a partir del 31 de marzo de ese mismo año se nacionalizó el cemento chino adquirido por el empresario J.C.B.R, por consiguiente, se legalizó su actividad comercial.

Análisis jurídico efectuado por el Ministerio Público/Fiscalía General de la República:El sustento legal de la solicitud de desestimación consistió en la insuficiencia probatoria para establecer la tipicidad de la conducta denunciada, ni tampoco que la modificación del reglamento técnico para la nacionalización de cemento chino en Costa Rica fuese a generar la incursión exitosa en el mercado nacional y la obtención de ganancias elevadas para la empresa SINOCEM S.A. perteneciente al ex empresario J.C.B.R.

Fundamento o causa legal que sustentó la desestimación por parte de la Sala III: Se desestima la causa por insuficiencia probatoria según Artículo 299 del Código Procesal Penal.

Análisis de fondo por parte de la Sala Tercera para admitir la desestimación: La fundamentación intelectual de esta resolución aludía que O.G.G no ejerció influencia típica alguna, para que se modificara el reglamento técnico en cuestión. Esto por cuanto su interés e intervención en el tema atendió únicamente a una posición ideológica o partidista, dirigida a procurar una mayor apertura del mercado de cemento a nivel nacional.

Unido a lo anterior, la Sala Tercera adujo que, previo a la aprobación del nuevo reglamento, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio lo expuso a consulta a todos los actores del giro comercial e industria vinculados al cemento. Por lo tanto, la decisión de la presidencia de la República y el ministro del ramo fue adoptada tras un proceso consultivo, abierto y publicitado.

Por su parte, la Sala argumentó que en lo que respecta a V.M.Z no existió prueba que acreditara su influencia para que se produjera la reforma del reglamento, porque ni siquiera se pudo demostrar vinculación directa entre éste con el empresario Bolaños Rojas. A lo sumo, del informe de análisis del rastreo telefónico se estableció su contacto telefónico con O.G.G.

Aunado a lo acotado en el párrafo anterior, la sala refirió que tampoco era posible asegurar en grado de certeza que las llamadas registradas entre los congresistas contuvieran conversaciones relacionadas con la influencia denunciada dirigida a obtener la modificación del reglamento para favorecer a la empresa SINOCEM. Lo anterior se debe a que el listado de llamados no revela el contenido de las conversaciones.

Dentro del análisis valorativo, también se consideró que no fue posible demostrar las reuniones privadas cuestionadas entre los ex diputados y el empresario J.C.B.R, con el propósito de acordar el tráfico de influencias. Esto ante la imposibilidad de obtener los vídeos de las cámaras de seguridad de los restaurantes, donde, según la denuncia, se llevaron a cabo tales reuniones.

Acerca de la intervención de comunicaciones: No se utilizó este medio probatorio.

Procedencia legal de la intervención de comunicaciones: No se tiene claridad si era posible la declaratoria de crimen organizado. Esto porque aunque aparecen en escena al menos tres personas presuntamente asociadas para llevar a cabo un delito grave, como es el tráfico de influencias, se desconoce si tales sujetos conformaban una organización criminal, que existiera durante cierto tiempo y que, además, se dedicara a cometer concertadamente este u otros delitos graves.

#### Análisis sobre la incidencia de la falta de la intervención de comunicaciones

Una vez expuestas las generalidades del presente asunto, vale la pena analizar si la insuficiencia probatoria que motivó la desestimación pudo haber sido solventada a través de la intervención de comunicaciones, es decir, la incidencia que pudo haber tenido este medio en el tema probatorio y jurídico.

Se identifican al menos tres aspectos propios del caso en cuestión, que pudieron haber sido esclarecidos mediante la escucha de las conversaciones:

El primero de ellos se analiza a partir de la propia estructura o descripción típica del delito de tráfico de influencias, el cual establece que el servidor público, influenciado por el sujeto activo (producto algún tipo de prevalencia de las establecidas en la norma), acceda a lo pretendido por el agente y despliegue acciones propias de su cargo, que se encuentran dentro del marco de legalidad, que son parte de sus atribuciones y, en ese tanto, lícitas.

Véase que, en el presente asunto, lo que hace el Poder Ejecutivo (presidente y ministro de ramo), es aprobar un nuevo reglamento. Un acto propio de sus funciones y facultades legales, que incluso fue antecedido por un proceso consultivo, público y abierto. Es decir, la adopción de esta decisión, vista únicamente desde la óptica de las potestades que tiene el ejecutivo, no arroja mayor información para la investigación, al menos en cuanto a la demostración o descarte del delito de tráfico de influencias.

Esta particularidad del tipo penal bajo estudio genera un problema probatorio, que en el presente asunto pudo haber sido resuelto y esclarecidos los hechos, a través de una intervención telefónica. Por este medio se hubiese podido determinar si previo al acto lícito

del ejecutivo existió o no una influencia disvaliosa ejercida por parte de los ex diputados para que se diera la variación del reglamento.

La intervención de comunicaciones pudo ser útil para conocer qué hubo detrás de la aprobación de dicho reglamento, si existió influencia disvaliosa para favorecer indebidamente al empresario J.C.B.R; así como si hubo colusión entre los ex diputados para cometer la conducta delictiva denunciada.

De tal manera que la intervención de comunicaciones permite descubrir y demostrar si existió una influencia disvaliosa previo al acto lícito desplegado por el funcionario público influenciado. Por tanto, el abordaje de la investigación en casos como el presente deben trascender la simple valoración del acto propio y lícito externado por el sujeto pasivo, ya que éste por sí solo no aporta la carga probatoria que se requiere para acreditar un delito de tráfico de influencias de esta naturaleza. Se necesita que la investigación sea más proactiva, para poder conocer lo que motivó el desenvolvimiento normal del servidor público, en este caso, del Poder Ejecutivo, lo cual pudo haber logrado a través de una intervención telefónica. Máxime en cuanto se trató de un caso mediático, el cual tuvo que haber generado variedad de conversaciones sobre el tema entre los involucrados, incluso posterior a la influencia típica.

Unido a lo anterior, en la misma línea de esclarecer actos en apariencia lícitos, se considera que la intervención de comunicaciones pudo haber sido una herramienta capaz de dilucidar las motivaciones que tuvieron los ex diputados para llevar a cabo sus intervenciones como representantes del plenario. Para así determinar si verdaderamente el interés que tuvieron atendía a favorecer la apertura del mercado del cemento en Costa Rica, producto de una posición partidista como lo dijo la Sala Tercera; o si tales actuaciones respondieron más bien a un plan común que iba a ser ejecutado y disfrazado de legalidad, en aras de obtener un beneficio indebido para el empresario del cemento chino.

El segundo aspecto que pudo haber sido esclarecido con la utilización de la intervención telefónica es el tema de los rastreos de llamadas, pues lo que la Sala Tercera refirió es que éstos eran insuficientes para demostrar la vinculación entre los ex diputados y de éstos con el empresario Bolaños Rojas. Es importante resaltar que la Sala Tercera dijo que

a pesar de la gran cantidad de llamadas entre los involucrados, dicho tráfico de llamadas era insuficiente, porque se desconocía el contenido de las conversaciones.

De tales aseveraciones se extrae fácilmente la contundencia que pudo haber generado una intervención de comunicaciones, mediante la cual se hubiese conocido el contenido de las conversaciones entre los ex diputados, de éstos con quienes conformaban el poder ejecutivo y con todos aquellos que tuvieron alguna participación relevante en la toma de decisiones sobre el nuevo reglamento. Así mismo, se hubiese podido saber el contenido de las conversaciones entre los congresistas y el empresario Bolaños Rojas.

De tal forma que este medio probatorio era capaz de profundizar la investigación, trascendiendo al ámbito de intimidad de quienes participaron en apariencia de la criminalidad denunciada, porque el imponerse del contenido de las conversaciones permitía formar un engranaje de indicios tendiente a determinar si los ex diputados tenían el conocimiento, voluntad y ánimo de traficar influencias. Lo anterior prevaleciéndose de sus cargos como legisladores, a fin de que quienes tenían la facultad de modificar el reglamento accedieran al pedido y, de esta manera, se generara el beneficio indebido para J.C.B.R, consistente en su inclusión en el comercio del cemento chino.

Era insuficiente para la demostración del hecho delictivo y la participación de los ex diputados la sola evacuación del rastreo telefónico y análisis criminales del flujo de llamadas, pues representan indicios aislados que, si no se complementan con otros actos (al menos en este caso concreto) como la intervención de comunicaciones, no es posible determinar un delito tan complejo en su estructura típica como el tráfico de influencias.

El rastreo telefónico arroja únicamente contacto entre personas, mas no evidencia el contenido de esas comunicaciones, lo cual resulta estéril o insuficiente desde el punto de vista probatorio. Máxime si entre quienes se determina una vinculación telefónica existe una relación laboral o de amistad, tal como ocurre con V.M.Z y O.G.G. Es decir, las llamadas registradas pueden atender perfectamente a comunicaciones propias en razón del cargo que ambos ostentaban o la relación de amistad entre sí. Así, el simple registro telefónico sin contenido de las conversaciones no aportó valor probatorio inequívoco a la investigación.

El tercer y último aspecto, guarda relación con la utilidad que pudo haber tenido la intervención de comunicaciones en la generación de indicios para esclarecer el tema de las reuniones cuestionadas, entre los ex diputados y el empresario J.C.B.R, las cuales, según el análisis de la sala, no se pudieron corroborar ante la ausencia de los vídeos de seguridad de los restaurantes donde presuntamente se efectuaron.

A través de la intervención telefónica era posible establecer la existencia de estas reuniones y solventar con ello la falta de los vídeos de las cámaras de los locales comerciales. Pues incluso bajo el supuesto de que la denuncia se haya presentado posterior a las mismas, a través de esta herramienta era posible intentar captar alguna conversación que tuviese relación con estos acercamientos. Además, detectar si se iban a dar otras reuniones de interés entre los involucrados y, de esta manera, documentarlas a través de vigilancias y seguimientos por parte de la policía judicial.

Cabe destacar que no es infundado representarse la posibilidad de que los actores del hecho delictivo se hayan reunido con frecuencia; probablemente quizás de forma posterior a las reuniones que se reportaron en la denuncia anónima. Esto pues, en caso de que haya existido un contubernio para traficar influencias en aras de obtener la modificación del reglamento, implicaba necesariamente un plan estratégico y de seguimiento para lograr el fin deseado; máxime que tal modificación se iba a prolongar en el tiempo debido al proceso burocrático para su aprobación.

Por consiguiente, se estima que la intervención de comunicaciones, incluso posterior a las reuniones cuestionadas, pudo haber sido útil para esclarecer la existencia de las mismas, a través de conversaciones relacionadas con el tema. Así como para la corroboración de otras posibles reuniones posteriores, como se dijo anteriormente, a través de seguimientos, vigilancias, secuestro de vídeos y ubicación de radio bases.

Para finalizar, se añade que la intervención de comunicaciones no solamente era importante para acreditar la existencia de las reuniones, sino también para darle contenido probatorio a las mismas. Es decir, la escucha de las conversaciones no solamente era capaz de arrojar el acuerdo previo para reunirse, el lugar de encuentro, la participación de las personas en la misma, sino que también puede esclarecer el motivo de la convocatoria.

Por lo tanto, se concluye que la falta de la intervención de comunicaciones en el presente caso incidió en el acto conclusivo solicitado por el Ministerio Público, en consecuencia, en la desestimación adoptada por la Sala Tercera.

#### **4.2.2 Caso: Tráfico de influencias para obtención de resolución en favor de grupo de comerciantes del Paseo de los Turistas en Puntarenas**

Este caso se extrae del voto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 1163-2011, de las 04:02 horas del 22 de setiembre del 2011. Las generalidades del mismo son las siguientes:

Caso seguido por el delito: Tráfico de influencias.

Números de imputados: una persona investigada en su calidad de diputado.

Acto conclusivo del ente ministerial: Solicitud de desestimación, con fundamento en la atipicidad de la conducta.

Resolución adoptada por la Sala Tercera: Desestimación de la causa penal.

Cuadro fáctico: Sin precisar fecha exacta, el investigado C, prevaleciéndose de su cargo, en ese entonces como diputado del Partido de Liberación Nacional y con el ánimo de beneficiar indebidamente a un grupo específico de vendedores que operaban en el Paseo de los Turistas, influenció sobre los funcionarios de la Fiscalía Adjunta de Puntarenas a cargo de las causas penales relacionadas con el tema. Para lo cual, sin ser parte del proceso, presentó una nota ante esa autoridad judicial, en la cual ponía en conocimiento del Ministerio Público la existencia de criterios técnico jurídicos que beneficiaban a dicho grupo de comerciantes y que habían sido emitidos por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República.

Análisis jurídico efectuado por el Ministerio Público /Fiscalía General de la República: El sustento legal de la solicitud de desestimación consistió en sostener que no se configuró el delito de tráfico de influencias porque la actuación del ex diputado, que consistió en la presentación de la nota mencionada ante la Fiscalía Adjunta de Puntarenas, lejos de

coincidir con la voluntad típica prevista en el delito de tráfico de influencias, estaba dirigida exclusivamente a someter a consideración del Ministerio Público la situación que en ese momento se presentaba en el Paseo de los Turistas en Puntarenas. Lo anterior sin hacer referencia a una causa penal específica.

Fundamento o causa legal que motiva la desestimación: Atipicidad de la conducta, de conformidad con el artículo 282 del Código Procesal Penal.

Análisis de fondo por parte de la Sala Tercera para admitir la desestimación: Estimó la Sala Tercera que el delito de tráfico de influencias no se configuró porque el ex diputado C no impuso su voluntad sobre el funcionario judicial, ni tampoco se prevaleció de un cargo jerárquico para ello. Solo perseguía un fin informativo y no impositivo, que consistía en informar al ente ministerial acerca de los criterios técnicos jurídicos emitidos sobre el tema por parte de la Contraloría y Procuraduría General de la República.

Acerca de la intervención de Comunicaciones: No se utilizó este medio probatorio.

Procedencia legal de la intervención de comunicaciones: No procedía la intervención de comunicaciones porque no se cumplen los requisitos para la declaratoria de crimen organizado.

Análisis sobre la incidencia de la falta de la intervención de comunicaciones:

Una vez extraídos los aspectos generales del presente caso, debe mencionarse primeramente la imposibilidad legal de utilizar la intervención de comunicaciones, producto de la falta de los requisitos legales para la declaratoria de crimen organizado. Sin embargo, al ser esencial para el cumplimiento de los objetivos de este proyecto, partiendo de una reforma legislativa que no requiera tal declaratoria, se procede a analizar si dicho medio probatorio hubiese incidido en la investigación.

Se considera que el delito de tráfico de influencias es de difícil demostración por las exigencias típicas para su configuración. Una de las mayores dificultades se evidencia a través de la acreditación del elemento subjetivo distinto al dolo, consistente en el ánimo del sujeto activo de generar directa o indirectamente un beneficio económico o ventaja indebida para sí o para otro; máxime cuando la conducta denunciada se torna confusa con respecto al

trasfondo que la motiva. Muestra de ello, en el caso concreto lo que hizo el ex diputado fue presentar una misiva ante la Fiscalía de Puntarenas, destacando los criterios técnicos que, según se logra extraer del voto de la sala, podían ser aplicables al caso o casos que se estaban conociendo en la Fiscalía de Puntarenas sobre la problemática en el Paseo de los Turistas.

De manera que, si se circunscribe el análisis en la nota presentada, solo se puede intuir que el ex diputado la redactó de manera informativa, no impositiva y que se limitó a poner en conocimiento del Ministerio Público los criterios técnicos emitidos por los entes mencionados. No obstante, la investigación no se puede abocar únicamente al análisis superficial de una nota, porque al menos en este tipo de delito existe el elemento subjetivo distinto al dolo que debe ser abordado mediante otras fuentes de información y corroboración.

Tampoco es posible esclarecer las circunstancias fácticas denunciadas limitando la valoración de fondo en la legalidad o no de la actuación desplegada por el denunciado, porque incluso esto se justificó como el ejercicio del derecho de petición que tenía el diputado como representante popular. Por lo tanto, la investigación debe trascender a descubrir los aspectos motivadores de dicha actuación, de ahí la trascendencia que cobra la herramienta de la intervención de comunicaciones, porque ésta es útil para establecer los aspectos motivadores que conducen al sujeto activo a realizar los actos influyentes.

También la sala sustentó su decisión en que la nota presentada por el diputado C, lejos de buscar un beneficio contrario al ordenamiento jurídico, pretendía la correcta aplicación del derecho. Lo anterior es totalmente cuestionable, porque la interferencia del legislador en asuntos penales más bien representaba un indicio que debía aclararse con la investigación, pues a su cargo de legislador no le corresponde el deber de velar por la aplicación correcta del derecho, mucho menos en efectuar este tipo intromisión en la labor persecutora del Ministerio Público.

De lo anterior adquiere relevancia la utilidad de una intervención de comunicaciones en el presente asunto, porque hubiese permitido esclarecer la pretensión del diputado en la elaboración y presentación de la nota, qué circunstancias previas acompañaron tal intervención, así como el interés que éste tenía de que el Ministerio Público tomara en

consideración los criterios de la Procuraduría y la Contraloría General de la República en la resolución del tema del Paseo de los Turistas.

Adicionalmente, no basta indicar que el fin de la misiva no era la obtención de un beneficio contrario al ordenamiento jurídico, porque dicha situación requiere ser abordada con mayor análisis. Esto pues el tipo penal de tráfico de influencias, cuando menciona el beneficio indebido, no se refiere a que necesariamente ilegal o ilícito, sino a que dicho beneficio no es reconocido por el ordenamiento jurídico para quien lo obtiene a través de la influencia disvaliosa. Por tanto, la intervención de comunicaciones pudo ser un medio útil para determinar si la forma como se resolvió el caso penal, reconoció indebidamente un beneficio para determinado grupo de vendedores, el cual por su naturaleza y forma que fue obtenido no es reconocido válidamente por el ordenamiento jurídico.

Así, se estima que en casos como el presente la investigación no debe limitarse a la valoración superficial de la denuncia y la actuación concreta del investigado, por cuanto, en este tipo de delito, el elemento subjetivo distinto al dolo necesita ser descubierto y esclarecido mediante otras técnicas de investigación que permitan evidenciar las motivaciones previas al accionar.

#### **4.2.3 Caso: Tráfico de influencias para la obtención de plazas en el sector de educación pública**

Este caso se extrae del voto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 05-2011, de las 08:57 horas del 14 de enero del 2011. Las generalidades del mismo son las siguientes:

Caso seguido por el delito: Tráfico de influencias.

Números de imputados: Se extrae la actuación de una ex Ministra de Economía, así como la intervención de varios ex diputados que conformaron las comisiones de nombramientos regionales del Ministerio de Educación Pública.

Acto conclusivo del ente ministerial: Solicitud de desestimación.

Resolución adoptada por la Sala Tercera: Desestimación de la causa penal.

Cuadro fáctico: Se denunció por parte de la fracción del Partido Acción Ciudadana que una ex Ministra de Economía, así como algunos ex diputados, prevaleciéndose de sus cargos públicos, influenciaron sobre el jefe del departamento de personal del Ministerio de Educación Pública, con el ánimo de generar nombramientos de terceras personas en varios sectores del país.

Análisis jurídico efectuado por el Ministerio Público/Fiscalía General de la República:

El sustento legal de la solicitud de desestimación consistió en argumentar la atipicidad de la conducta, porque las acciones desplegadas se consideraron simples recomendaciones para que terceras personas ocuparan puestos dentro del Ministerio, sin que los nombramientos efectuados hayan sido producto de ello. Por el contrario, se estimó que esto fue producto de todo un proceso de selección regulado por los estatutos del servicio civil.

Fundamento o causa legal que motiva la desestimación: Atipicidad de la conducta, de conformidad con el Artículo 282 del Código Procesal Penal.

Análisis de fondo por parte de la Sala Tercera para admitir la desestimación: Se consideró que la recomendación que extendieron los denunciados no formó parte del proceso decisorio para que las personas accedieran a los puestos pretendidos. Contrariamente, los nombramientos son el resultado de un proceso complejo establecido por los estatutos del servicio civil y que responden principalmente a la recepción de ofertas, la clasificación según orden de prelación, calificación de atestados y el ingreso a la nómina de elegibilidad.

Acerca de la intervención de comunicaciones: No se utilizó este medio probatorio.

Procedencia legal de la intervención de comunicaciones: Se identifica la participación de más de dos personas, así como la presencia de un delito grave. No obstante, de la información extraída de la desestimación bajo estudio no se logra establecer si se trataba de una organización criminal dedicaba a cometer uno o más delitos graves, que, además, exista durante cierto tiempo.

### Análisis sobre la incidencia de la falta de la intervención de comunicaciones

Al conocer los aspectos principales del presente caso es importante resaltar que en este delito debe investigarse en aras de establecer si hubo influencia típica previa a los actos propios y legales del funcionario, así como la intencionalidad expresa que exige el tipo penal de generar el beneficio indebido o económico para sí o para otro.

No basta con descartar la existencia de influencia por motivo de que para efectuar los nombramientos se requería llevar a cabo un proceso de reclutamiento y selección complejo normado por los estatutos del servicio civil. Esto pues admitir tal posición, sin efectuar investigación alguna, daría al traste con la exclusión de influencia en todo tipo de concurso o proceso de contratación.

Véase que la existencia de procesos regulados y hasta burocráticos, así como la toma de decisiones en manos de pocos o muchos funcionarios no exime de actos de corrupción como el delito bajo estudio. Por el contrario, los mismos procesos e intervención de pocos o varios funcionarios son causas demostradas del incremento de este fenómeno.

De tal manera que no pierde utilidad la intervención de comunicaciones en el presente asunto, a fin de esclarecer si hubo influencia disvaliosa previa a los nombramientos (actos lícitos de la administración) y si la misma, efectuada por los investigados en calidad de altos jerarcas políticos, era motivada en la obtención de los nombramientos para los terceros, entendidos éstos como beneficios económicos o indebidos.

Por lo tanto, la escucha de las conversaciones, en el momento idóneo de la investigación como pudo haber sido en medio del proceso de selección y reclutamiento del personal que sería beneficiado con los nombramientos, hubiese arrojado la existencia o no de la influencia típica y la intencionalidad adicional que exige el tipo penal.

Finalmente, se estima que la intervención de comunicaciones era útil para establecer si existió vinculación entre los ex diputados y las personas que en principio serían beneficiadas por los nombramientos, lo cual hubiese resultado de gran trascendencia para acreditar el elemento subjetivo distinto al dolo, representado por el ánimo de obtener beneficios indebidos en favor de terceros.

#### **4.2.4 Caso: Tráfico de influencias con prevalencia del cargo**

Este caso se extrae del voto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 60-2009, del 30 de enero del 2009. Las generalidades del mismo son las siguientes:

Caso seguido por el delito: Tráfico de influencias.

Números de imputados: Se extrae la participación de una ex diputada.

Acto conclusivo del ente ministerial: Solicitud de desestimación.

Resolución adoptada por la Sala Tercera: Desestimación de la causa penal.

Cuadro fáctico: La ex diputada X, prevaleciéndose de su cargo como legisladora, dirigió algunas notas al ministro de la Presidencia y el presidente de la Caja Costarricense del Seguro Social, en las cuales les decía que valoraran la posibilidad de solucionar diversos problemas que agobiaban a algunas comunidades.

Análisis jurídico efectuado por el Ministerio Público/Fiscalía General de la República: El sustento legal de la solicitud de desestimación se fundamentó en la atipicidad de la conducta, ante la ausencia de prevalencia jerárquica entre la investigada y los servidores públicos destinatarios de la acción denunciada. Así como la falta del elemento subjetivo distinto al dolo, referente a la intencionalidad de obtener un beneficio indebido.

Fundamento o causa legal que motiva la desestimación: Atipicidad de la conducta, de conformidad con el Artículo 282 del Código Procesal Penal.

Análisis de fondo por parte de la Sala Tercera para admitir la desestimación: La Sala consideró que no se configuraba el delito de tráfico de influencias por tres aspectos fundamentales: el primero porque la denunciada no gozaba de superioridad jerárquica alguna respecto de quienes serían los sujetos pasivos. Segundo, porque la actuación de ellas consistió únicamente en presentar algunas misivas ante los funcionarios de alto rango, las cuales consistieron únicamente en el traslado de inquietudes por parte de algunos ciudadanos en relación con algunas necesidades de las comunidades. En tercer lugar, porque del actuar de la ex diputada no era posible inferir que el ánimo de legisladora atendiera a obtener un beneficio indebido.

Acerca de la intervención de comunicaciones: No se utilizó este medio probatorio.

Procedencia legal de la intervención de comunicaciones: Si se parte de uno de los requisitos indispensables para la declaratoria de crimen organizado, correspondiente al número de personas, no se podría aplicar al caso concreto debido a que solo se extrae la participación de una persona.

Análisis sobre la incidencia de la falta de la intervención de comunicaciones

En este caso concreto no era posible aplicar la intervención de comunicaciones por cuanto no se cumple con ninguno de los requisitos legales para la declaratoria de crimen organizado. Sin embargo, se rescata de interés para los objetivos del presente proyecto que la intervención de comunicaciones permite demostrar uno de los elementos objetivos del tipo penal de tráfico de influencias, descartado en el caso bajo estudio y que refiere la prevalencia utilizada para efectuar la influencia.

Esto es sumamente importante, porque el delito establece tres modos de ejecución de la acción típica de influir, tales como la prevalencia jerárquica, prevalencia por situación personal y prevalencia del cargo. Todas éstas constituyen formas de predominio y fuerza moral, generan que quien recibe la influencia vea su voluntad comprometida ante la intromisión e imposición del sujeto activo. Así, la preponderancia que exige el tipo penal es la que produce en determinados casos que la acción de influir surta los efectos pretendidos por el sujeto activo.

En conclusión, se considera que la intervención de comunicaciones es una herramienta sumamente útil para esclarecer si existió prevalimiento y de qué tipo, si las actuaciones en apariencia lícitas son o no acompañadas por otras circunstancias que comprometieran la voluntad de los funcionarios influenciados. También permite conocer la manera como se produce la influencia, la insistencia por parte del sujeto activo, las palabras utilizadas y hasta el tono para expresarlas, ya sea antes o después del acto propio que se denuncia.

#### **4.3 Análisis de las entrevistas**

En este acápite se analizarán los resultados de las entrevistas a profundidad, acerca de los aportes que brindaron sobre las repercusiones probatorias y jurídicas que pueden derivarse de la utilización de la intervención de comunicaciones en los procesos penales seguidos por el delito de tráfico de influencias.

Se efectuaron cinco entrevistas a profesionales con gran experiencia en materia de investigación de delitos de corrupción en la función pública e intervención de comunicaciones, las cuales se proceden a citar:

1. Walter Espinoza Espinoza, Director actual del Organismo de Investigación Judicial y ex Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Crimen Organizado, con 27 años de experiencia.
2. Paula Guido Howell, Fiscal Adjunta II de la Fiscalía General de la República, con 22 años de experiencia.
3. Milena Brenes Brenes, Fiscal Coordinadora de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción del Ministerio Público, con 17 años de experiencia.
4. Glenn Calvo Céspedes, Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción del Ministerio Público, con 15 años de experiencia.
5. José Ángel Peñaranda Chaverri, Fiscal destacado en la Fiscalía de Narcotráfico y delitos conexos, anteriormente denominada Fiscalía de Crimen Organizado, con 14 años de experiencia.

De las entrevistas recabadas se extraen aportes de gran importancia. Se iniciará con lo señalado por el actual director del Organismo de Investigación Judicial, Walter Espinoza Espinoza, quien evidenció la falta de intervención activa de la policía judicial en las investigaciones por delitos de corrupción en la función pública. Esto pues generalmente la dirección funcional a cargo del Ministerio Público se limita a llevar a cabo allanamientos en los que se recolecta gran cantidad de prueba documental, misma que de seguido, se analiza y luego se remiten los informes policiales o periciales.

Enmarcó la importancia de utilizar la intervención telefónica como parte de las investigaciones en materia de corrupción, a fin de promover una intervención más pro activa de la policía judicial, devolviéndole a ésta el papel preponderante que tiene en otro tipo de investigaciones.

Desde su visión como Director del Organismo de Investigación Judicial considera que el fenómeno de la corrupción es la plataforma para que las organizaciones criminales se proyecten, operen de manera más efectiva, permanezcan en el tiempo, crezcan y logren crear estructuras paralelas al Estado, que dan lugar al posicionamiento e influencia en el sector público. Incluso, según señaló el señor Espinoza Espinoza, desde la óptica de una tercera generación del ámbito de la corrupción surge la combinación de capitales legítimos e ilegítimos del Estado, para procurar la legitimación de capitales provenientes de delitos de diversa naturaleza jurídica.

Considera que la policía judicial no ha utilizado la intervención de comunicaciones en materia de corrupción, la cual permite, entre otros aspectos, ubicar personas mediante radio bases, datos móviles, verificación de conductas criminales basadas en encuentros y rutas de trabajo. Además, se han privado de la posibilidad de definir a través de este medio probatorio, los comportamientos, funciones, actitudes de los grupos de autores.

De lo expresado por el señor Walter Espinoza, se logra establecer que las investigaciones de corrupción deben modernizarse para obtener mejores resultados, lo cual

es factible lograr a través de la intervención de comunicaciones que permite ingresar al ámbito íntimo de la conversación de personas, de quienes tienen el poder en la organización y quienes participan en todos los eslabones necesarios en la actividad delictiva.

Mediante esta entrevista se concluye que la visión del director a cargo de la policía judicial es que idealmente debe reformarse la normativa de intervención en materia de corrupción, a fin de que no sea necesaria la declaratoria de crimen organizado. Lo anterior dado que, en el caso especial del delito de tráfico de influencias, no todos los casos van a cumplir con los requisitos de ley, por lo tanto, no debería cercenarse la posibilidad de acción. Por el contrario, la acción del Estado debe primar en favorecer la investigación para que el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial tengan herramientas más efectivas en la obtención de la prueba. De esta forma, lograr resultados más favorables en las investigaciones.

Seguidamente, de la entrevista efectuada a la Fiscalía Adjunta II de la Fiscalía General de la República, Paula Guido Howell, se extrae de importancia las particularidades de los delitos de corrupción en la función pública. Entre ellas, la identificación y demostración del delito, máxime si la denuncia proviene de información anónima que no puede ser corroborada o ampliada ante la ausencia de una fuente concreta.

Por su parte, se analiza otras de las consideraciones de la Fiscalía Guido Howell, tal como la poca o ausente prueba testimonial, producto del temor de figurar como testigos o denunciados. Esto debido a que generalmente quienes cometen los ilícitos siguen siendo funcionarios públicos, prevalecen los niveles de poderío y la posibilidad de que sean perjudicados por el hecho de delatar las acciones delictivas.

También se señaló por parte de la Fiscalía Guido Howell que las limitaciones o dificultades en la investigación de los delitos de corrupción en la función pública, en concreto del delito de tráfico de influencias, sí pueden ser solventadas a través de la intervención de comunicaciones. Lo anterior porque éstas permiten establecer cuando el

sujeto activo pidió el favor, realizó la llamada telefónica para que intercediera por otro, para asuntos como nombramientos, concesiones, por mencionar algunos ejemplos.

La Fiscala Guido Howell, con su gran experiencia, considera que la intervención de comunicaciones sí puede ser una herramienta que faculta determinar que una persona trafica influencias, solventando la ausencia del testimonio de quien accedió a la influencia y, por supuesto, de quien se ve beneficiado con la misma.

Al igual que el resto de entrevistados, coincide en que la corrupción se ha evidenciado mayormente en los últimos tiempos; máxime por la cantidad de medios por los cuales se puede denunciar libremente un acto de esta naturaleza. Por lo cual vale la pena combatir el fenómeno con la mayor cantidad de medios lícitos, como en este caso la intervención de comunicaciones.

Por su parte, la Fiscal Coordinadora de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción, Milena Brenes Brenes ha sostenido que la intervención de comunicaciones ha sido utilizada con poca frecuencia, pero que los resultados por generar en las investigaciones son muy favorables. Para muestra de ello, hace mención de dos casos que conoció en el ejercicio de su cargo, y de los cuales se deducen claramente los efectos de la intervención de comunicaciones en las investigaciones seguidas por delitos de tráfico de influencias.

En el primero de ellos, refirió que la intervención de comunicaciones permitió establecer la participación de varias personas involucradas y la demostración de las conductas delictivas. Esto dio lugar a una investigación pro activa que finalizó con la formulación de la acusación y solicitud de apertura a juicio, encontrándose en este momento en espera de la realización de la audiencia preliminar.

En cuanto al segundo aspecto, la Fiscala Brenes Brenes comentó que la intervención de comunicaciones fue rechazada por el Juzgado Penal, bajo el criterio de que no procedía la declaratoria de crimen organizado. A partir de esta circunstancia, se demostró la incidencia

negativa que tuvo en la investigación, la falta de intervención de comunicaciones, por cuanto ese asunto se encuentra en trámite de desestimación.

De lo señalado por la Fiscala Brenes se logra concluir que la intervención de comunicaciones es un medio probatorio útil y que su aplicación, según el caso concreto, puede incidir de manera favorable en las investigaciones. Contrario a ello, en casos concretos, la falta de este medio probatorio puede impedir o dificultar la recolección de prueba de interés en la resolución del asunto.

Por otro lado, al analizar lo manifestado por el actual Fiscal Adjunto I de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción, Glenn Calvo Céspedes, se concluye que la corrupción es una forma actual de delincuencia organizada. Lo anterior significa que quienes cometen actos de corrupción en la función pública han empezado a conformar estructuras de poder, con distribución de funciones y permanencia en el tiempo, tal y como ocurre en delincuencias más comunes como el narcotráfico.

Por su parte, de lo expresado por el fiscal Calvo Céspedes se establece que el delito de tráfico de influencias presenta algunas dificultades desde la perspectiva jurídica y probatoria. Lo primero debido a lo complejo de su estructura típica y lo segundo porque se trata de un delito en el cual generalmente solo se cuenta con la versión del sujeto activo contra la del sujeto pasivo, sin que en todos los casos dicho destinatario de la influencia desee figurar como testigo producto del temor a las represalias en su contra.

Según la óptica del Fiscal Adjunto en cuestión, la intervención de comunicaciones ha sido poco utilizada, cuyas causas pueden ser desidia o inexperiencia por parte del Ministerio Público. Es de importancia resaltar que según su criterio este medio probatorio sí sería capaz de generar mejores resultados en las investigaciones por delitos de corrupción en la función pública y, en especial, el delito de tráfico de influencias. Es factible ver que uno de los objetivos de la fiscalía a su cargo es incursionar en la aplicación de este tipo de esta herramienta investigativa.

Como punto importante, el señor Calvo Céspedes indicó la necesidad de reformar la regulación existente en materia de intervención de comunicaciones. Primeramente para que la escucha de las conversaciones ya no se encuentre a cargo del juez. En segundo lugar para que pueda ser utilizada en materia de corrupción, independientemente de que se trate o no de crimen organizado.

Finalmente, el Fiscal especializado de la Fiscalía de Narcotráfico José Ángel Peñaranda Chaverri, cuenta con vasta experiencia en materia de intervención de comunicaciones. De sus aportes se destacar que este medio probatorio permite recabar aspectos indiciarios. Por tanto, deben acompañarse con la actuación activa de la policía judicial, la cual tiene a su cargo la verificación del contenido de las conversaciones, según sea el caso, a través de vigilancias, seguimientos, decomisos, entre otros actos policiales que buscan dar mayor respaldo a la prueba derivada de la intervención.

También expresó que se trata de un medio probatorio que ha generado resultados favorables en materia de crimen organizado. Propiamente, en lo que respecta a su experiencia, en las investigaciones por narcotráfico u homicidios y considera que en materia de corrupción también podría generar buenos resultados.

El Fiscal Peñaranda Chaverri hizo ver la necesidad de que las investigaciones evolucionen según los avances de la tecnología, pues las conversaciones telefónicas convencionales han comenzado a ser sustituidas por el uso de otros medios de comunicación. Estos permiten a las personas la comunicación libre sin dejar rastro, lejos o fuera de riesgos a ser descubiertos; tal es el caso de los chats que se encuentran en las redes sociales, facebook, instagram, whatsapp, twiter y hasta los localizados en los vídeo juegos.

Por su parte, considera que debe existir una reforma legislativa en materia de intervención de comunicaciones. En primer lugar para definir el tema de la competencia por la materia de todos aquellos casos sometidos a la declaratoria de crimen organizado. Lo anterior puesto que, según la Ley de Jurisdiccional de Crimen Organizado, éstos serían atendidos por

la fiscalía de delincuencia organizada y no por la fiscalía especializada en materia de corrupción.

En segundo lugar, el entrevistado Peñaranda Chaverri mencionó la reforma requerida también en materia de corrupción. Es este fenómeno lo suficientemente grave para que amerite superar la exigencia del crimen organizado para poder solicitar la intervención de comunicaciones.

•

## CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1 Conclusiones

Una vez finalizado el presente proyecto, se confirma la problemática inicial que lo originó, referente a la inaplicación de la intervención de comunicaciones en las investigaciones seguidas por el delito de tráfico de influencias, situación que se corroboró a través del dato brindado por la Fiscalía General de la República. Esto pues solo se registran dos solicitudes de esta naturaleza durante el periodo 2016 al 2018, con la salvedad de que se trata de procesos seguidos por delitos de corrupción en la función pública en general, sin que se conozca con exactitud si alguna de estas peticiones correspondía al delito de interés.

También se logró conocer la incidencia de denuncias por el delito de tráfico de influencias, la cual asciende a 67 causas entre los años 2016 a 2019, cantidad bastante considerable que suma importancia al presente proyecto, debido a que se busca promover investigaciones más pro activas que permitan superar las dificultades en el abordaje de este delito, a través de herramientas como la intervención de comunicaciones.

Cabe destacar que se ha cumplido a cabalidad con los objetivos planteados, a través del análisis de las cuatro desestimaciones dictadas por la Sala Tercera, en favor de miembros de los supremos poderes, por el delito de tráfico de influencias y que comprenden el periodo del 2009 al 2018. Se logra así extraer aspectos relevantes desde la perspectiva jurídica y probatoria.

Se estableció que las causas legales que sustentaron las desestimaciones de la Sala Tercera atendieron a fundamentos de atipicidad e insuficiencia probatoria. Por su parte, se corroboró que en ninguno de estos procesos penales se utilizó el medio probatorio de la intervención de comunicaciones y que, en al menos en dos de estos, prevalecía la imposibilidad legal de aplicarlo, puesto que no se trataba de asuntos que cumplieran con las requisitos legales que exige la criminalidad organizada.

También se logra concluir que en tres de los cuatro casos examinados, la intervención de comunicaciones sí pudo haber incidido favorablemente en el resultado de la investigación. Lo anterior a partir de la corroboración de las vinculaciones entre los denunciados, dar

contenido a reuniones acordadas entre los sujetos activos, establecer la existencia de la influencia disvaliosa previo al acto lícito desplegado por el funcionario público influenciado, acreditar el aspecto del tipo de prevalencia, así como el elemento subjetivo distinto al dolo, que exige la intención específica de obtener un beneficio económico o ventaja indebida para sí o para un tercero.

Ejemplo claro de la utilidad de la intervención de comunicaciones es el caso conocido como “El Cementazo” (del cual se desprende el primer caso que se analizó), uno de los más importantes que se han develado en los últimos años, en donde a pesar de la gran cantidad de comunicaciones entre los denunciados, no se logra establecer el contenido conversado. Constituye éste uno de los motivos esenciales por los cuales la causa penal no prosperó.

Por otro lado, de las entrevistas efectuadas se desprende la trascendencia y efectos que ha generado la corrupción, la cual ha llegado a ser plataforma para grandes estructuras criminales. Se identificaron criterios coincidentes entre los profesionales entrevistados, quienes expresaron que las investigaciones por delitos de corrupción en la función pública, y en especial del delito de tráfico de influencias, presentan dificultades para su demostración, las cuales podrían ser superadas en algunos casos mediante la intervención de comunicaciones.

Se identificó que las investigaciones de esta naturaleza no cuentan con una intervención activa por parte de la policía judicial, al menos desde el aspecto sustancial policial, por cuanto el Ministerio Público ha limitado su dirección funcional a solicitar la recolección de prueba documental y análisis de información. Lo cual resulta ser una deficiencia o debilidad en el abordaje de las causas seguidas por delitos de corrupción en la función pública, ya que se ha dejado de lado la riqueza investigativa que puede aportar la policía judicial.

Según los profesionales en la materia, la intervención es un medio de prueba útil que debería ser incursionado para el abordaje de los delitos en materia de corrupción, en especial del delito de tráfico de influencias, el cual permite introducirse en el ámbito de privacidad de quienes ejecutan los actos delictivos, de quienes conforman las estructuras criminales. Esto a

tal punto que se pueda dilucidar los aspectos jurídicos y probatorios relevantes, en consecuencia, la obtención de resultados más favorables en las investigaciones.

También se determina la necesidad y pertinencia de que se efectúe una reforma legislativa que permita acceder a la interceptación de comunicaciones, sin que sea exigible la declaratoria de crimen organizado. Lo anterior al tomar en consideración que al menos el delito de tráfico de influencias elegido para ser analizado en este proyecto no siempre es cometido por un grupo organizado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que necesariamente se dedique a cometer uno o más delitos graves. Muestra de ello es que en la mayoría de los casos analizados se identificó la actuación de una sola persona.

En razón de todo lo expuesto, se estima que la interceptación de las comunicaciones es una herramienta útil que puede acceder al esclarecimiento de las investigaciones relacionadas con el delito de tráfico de influencias, a tal punto de solventar la carencia o insuficiente prueba testimonial en la acreditación de la influencia disvaliosa ejercida por el sujeto activo sobre el servidor público, con prevalencia jerárquica o personal y, muy importante, con la intención de obtener el beneficio económico o ventaja indebida.

Este medio probatorio es útil para integrar la prueba indiciaria existente, dando contenido esencial a las actuaciones de los autores del delito, lo cual no se lograría con un simple rastreo telefónico. Este último lo único que arroja es información atinente a las vinculaciones entre personas, mas no el contenido de las conversaciones.

A través de la intervención de comunicaciones es posible conocer si existió o se sigue dando la influencia sobre el servidor público, de tal forma que permite vincular los actos del servidor público (sujeto pasivo) desplegados dentro del marco de legalidad, con la influencia disvaliosa ejercida por el sujeto activo. Así como el nexo directo con el beneficio económico y ventaja indebida en favor de éste u otro.

La intervención de comunicaciones es un medio probatorio utilizado con mucha frecuencia en las investigaciones de los casos relacionados con la ley de psicotrópicos. Este genera resultados positivos en la desarticulación de organizaciones criminales; no obstante, en las investigaciones seguidas por delitos de corrupción en la función pública la aplicación es mínima, pese a las ventajas que puede generar para el éxito de las investigaciones.

Este medio probatorio es importante, no solamente para constatar la tipicidad de los hechos, sino también para individualizar a los autores. Aspectos como la estructura criminal, en caso de tratarse de delincuencia organizada, el grado de participación, el plan común, la distribución de funciones, los fines ilícitos pretendidos y la permanencia de la organización en el tiempo.

Para finalizar, se considera que aunque el delito se haya consumado no debe excluirse la posibilidad de utilizar la intervención de comunicaciones, por cuanto el delito de tráfico de influencias es un acto que puede generar conversaciones relacionadas posteriores al hecho o repetir la influencia a través del tiempo. Máxime cuando lo petitionado al servidor público influido dependa de procesos largos, como por ejemplo, procesos de licitación, contratación, selección, reclutamiento, los cuales ameriten necesariamente una intervención o seguimiento activo del autor del delito, a quien le interesa asegurarse de la obtención del fin pretendido.

De igual manera, cuando se trata de casos mediáticos, éstos generan una serie de reacciones entre los involucrados, que puede activar las conversaciones entre estos. Prevalece entonces la pertinencia de este medio probatorio para captar tales comunicaciones y valorarlas de forma integral con el resto de elementos indiciarios.

## **5.2 Recomendaciones**

Se estima procedente realizar una serie de recomendaciones dirigida al mejoramiento en el abordaje del delito de tráfico de influencias, lo cual también debe extenderse al catálogo de delitos de corrupción en la función pública, ya que todos conforman la materia represiva contra el grave fenómeno de la corrupción.

Por lo tanto, se recomienda al Ministerio Público y al Organismo de Investigación Judicial el planteamiento conjunto de estrategias para un abordaje integral y pro activo contra este tipo de delincuencia, la cual representa uno de los problemas más graves que aqueja Costa Rica. En este sentido, como órganos represivos, requieren enfocarse en la utilización de medios probatorios idóneos para la recolección de prueba contundente como la intervención de comunicaciones.

Así mismo, es necesaria una intervención activa y constante de la policía judicial en la verificación de todos los indicios que arroje la intervención de comunicaciones, con el fin de judicializarlos como prueba válida dentro de estos procesos penales. Además, el Organismo de Investigación Judicial debe mantenerse alerta, preparado y en constante comunicación con el fiscal, con el propósito de sacar el mayor provecho de este medio probatorio y evitar que se pierdan indicios de interés.

Se recomienda al Poder Legislativo reformar el tema de intervención de comunicaciones para los delitos de corrupción en la función pública, con el objetivo de que no se limite la procedencia de este medio probatorio a la configuración de la estructura del crimen organizado en su sentido estricto. De tal manera que la admisión de la intervención de comunicaciones sea resuelto, al igual que otros actos procesales o medios probatorios, bajo control y discreción de la autoridad jurisdiccional, quien valorará la razonabilidad y proporcionalidad de lo solicitado por el ente ministerial.

Idealmente la reforma puede generarse a través de la inclusión de los delitos de corrupción en la función pública dentro del listado o catálogo de delitos estipulado en el numeral 9 de la Ley 7425 denominada “Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las comunicaciones”.

La modificación de la normativa de intervención de comunicaciones en materia de corrupción, no es arbitraria ni excesiva, pues la limitación al derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones, aún en casos donde se eche de menos los requisitos del crimen organizado, queda plenamente justificado por la necesidad imperante de combatir de manera efectiva el fenómeno de la corrupción. Mismo que trasgrede derechos humanos, genera desigualdad y pobreza, afecta el sistema democrático, atenta contra la economía, la competencia, el desarrollo de la educación, limita el acceso a los servicios esenciales, por mencionar algunos de los devastadores efectos.

Por lo tanto, se recomienda la reforma legislativa a fin de contar con esta útil herramienta que ha permitido esclarecer y llevar a buen término gran cantidad de investigaciones relacionadas con la Ley de Psicotrópicos. Lo cual también podría ocurrir, si

no se subestima el fenómeno de la corrupción y se le da el tratamiento idóneo en aras de disminuir la impunidad en este tipo de delincuencia, dando con ello un mensaje más contundente a los diversos sectores de la sociedad inmersa en este fenómeno y devolver la confianza a la ciudadanía.

Finalmente, se recomienda que el Estado realice los esfuerzos necesarios para equiparar los recursos humanos y técnicos a los avances de la tecnología, a mantenerse en constante actualización y modernización, con el fin de no quedar rezagados en materia investigativa, producto de nuevas tecnologías que día a día se encargarán de convertir en obsoletas muchas de las herramientas que actualmente se utilizan. Por tanto, se requiere ampliar los alcances de la intervención de comunicaciones, la cual debería evolucionar y extenderse a otros ámbitos de aplicación, puesto que hoy día las comunicaciones no solamente corresponden a las llamadas telefónicas convencionales, sino a comunicaciones en diversas redes sociales, inclusive.

### **5.3 Limitaciones presentadas en la investigación**

En cuanto al análisis de casos, es necesario indicar que, en primera instancia, se pretendía analizar los expedientes resueltos por parte del Juzgado Penal de Hacienda, mediante sobreseimiento definitivo y desestimación, durante el periodo del 2016 al 2018. Esto con el fin de establecer de qué manera incidió en el resultado la falta de la intervención de comunicaciones.

Sin embargo, no fue posible acceder al examen de los expedientes en cuestión, pues la solicitud de autorización interpuesta ante el Consejo Superior del Poder Judicial, en fecha 08 de enero del 2019, no fue resuelta de manera oportuna. Este órgano condicionó la resolución de tal petición al criterio de la Dirección Jurídica del Poder Judicial, a fin de que se pronunciara sobre el tema de la “privacidad de las actuaciones” regulado en el Artículo 295 del Código Procesal Penal, sin que a la fecha ese despacho haya dado respuesta. Por tanto, se echó de menos la autorización requerida y el criterio que se tomará al respecto para futuras investigaciones académicas (ver apéndice n° 9).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bacigalupo, S. et al. (2017), *Corrupción y Delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*. España: Madrid: Dykinson S.L.

Barahona, P. (2004), *Corrupción e Impunidad: correlaciones e implicaciones*. Costa Rica: San José: Continental.

Buompadre, J y Creus, C (2013), *Derecho Penal Parte especial 2*. Argentina: Buenos Aires: Astrea.

Burgos, A. 2015. Cuello Blanco y Delito. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Volumen. 138.

Recuperado

de

<http://www.revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/22823/23303>

[Consulta 20 feb. 2019].

Código Penal de Costa Rica.

Código Procesal Penal.

Constitución Política Costarricense.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Gómez, A. y Gómez, C. (2008), Delitos contra la Administración Pública. Colombia: Bogotá.

Gullock, R. (2008), Las Intervenciones telefónicas. Costa Rica, Heredia: Escuela Judicial.

Hernández, R. (2010). Metodología de la Investigación. Perú. El Comercio S.A.

Informe de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2010-2015, recuperado <http://www.unodc.org> [consulta 5 marzo.2019].

Ley de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, N° 9481, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2017).

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y su reglamento, N° 8422, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2005).

Ley Contra la Delincuencia Organizada, N°8754, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2009).

Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N°7425, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1994).

Llobet, J (2017), Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal) 6ª Edición: Costa Rica: (Todarello, 2008) San José: Continental.

Molina, W (2009). Delitos funcionales. Costa Rica: San José. Escuela Judicial.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Informe sobre examen de Costa Rica. Recuperado <http://www.onudc.org> [consulta 5 marzo. 2019].

Pérez, G (2012), El proceso penal en la sociedad de la información. España: Madrid: Grupo Wolters Kluwer.

Quintero, G (2016), Compendio de la parte especial del derecho penal. España: Pamplona: Aranzadi.

Quiroz, W. (2018), Historia de la Corrupción en el Perú. Perú: Lima: IEP Institutos de Estudios Peruanos.

Reos, O. Efectos económicos de la corrupción. (2003). Recuperado [http://www.academia.edu/931350/Efectos\\_económicos\\_de\\_la\\_corrupción](http://www.academia.edu/931350/Efectos_económicos_de_la_corrupción). [Consulta 12 mar. 2019].

Rojas, J y Sánchez, C (2009). Derecho Penal Aspectos Teóricos y Prácticos: Costa Rica: San José. Juricentro.

Rojas, V (s.f). Los Tratados Internacionales sobre Corrupción, Recuperado de <http://www.archivos.juridicas.unam.mx>. [Consulta 12mar. 2019].

Sáenz, M. (2007). Aproximación a la Investigación Cualitativa en Psicología y Educación.

San José: Universidad Católica de Costa Rica.

Sentencia de la Constitucional mediante voto 41-2000, de las 16:30 horas del 04 de enero del 2000.

Sentencia de la Constitucional mediante voto 9139-2005, de las 11:38 horas del 08 de julio del 2005.

Sentencia de la Sala Tercera mediante voto 60-2009 de las 09:00 horas del 30 de enero del 2009.

Sentencia de la Sala Tercera mediante voto 134-2017 de las 11:24 hora del 20 de febrero del 2017.

Sentencia de la Sala Tercera mediante voto 967-2017 de las 09:42 hora del 20 de octubre del 2017.

Sentencia de la Sala Tercera voto 05-2011, de las 08:57 horas del 14 de enero del 2011.

Sentencia de la Sala Tercera voto 1163-2011, de las 04:02 horas del 22 de setiembre del 2011.

Sentencia de la Sala Tercera voto 693-2015, de las 02:40 horas del 11 de mayo del 2015.

Sentencia de la Sala Tercera voto 134-2017 de las 11:24 horas del 20 de febrero del 2017.

Todarello, A. (2008), *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito*. Argentina:  
Buenos Aires.

Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 341-2004 delas  
14:00 del 29 de junio del 2004.

Vargas, T (2018). A usted, ¿le afecta la corrupción?: *Revista Ministerio Público No.3*.  
Capítulo El verdadero impacto de la corrupción, 4.

# APÉNDICE A

## Entrevista 1

Duración: 12:23, realizada el 05 de marzo de 2019.

### Datos personales

Nombre: Glenn Calvo Céspedes

Ocupación: Fiscal Adjunto 2 de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción del Ministerio Público, 15 años de experiencia.

Masculino ( x ) femenino ( )

Entrevistadora: Johanna Rodríguez Acosta

ENTREVISTADORA: Buenas tardes mi nombre es Johanna Rodríguez Acosta, soy egresada de la maestría en derecho penal en la UIA, y me encuentro en este momento elaborando la tesis para optar por el grado de máster, bajo el título “Implicaciones probatorias que genera la falta de intervención de comunicaciones en las investigaciones seguidas por el delito de tráfico de influencias”, en razón de ello, el día de hoy voy a efectuar una entrevista a profundidad, al doctor en derecho Glenn Calvo Céspedes, a fin de que este nos pueda referir algunas cuestiones que se le van a consultar. En este momento se le ha también consultado y éste ha consentido, la grabación de voz para efectos de la presente entrevista. Voy a iniciar entonces con las preguntas, la primera de ellas es, licenciado, ¿qué cargo ocupa usted actualmente?

ENTREVISTADO: Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Probidad.

ENTREVISTADORA: ¿Cuánto tiempo tiene de ser fiscal?

ENTREVISTADO: 15 años aproximadamente.

ENTREVISTADORA: ¿En qué otras fiscalías se han desempeñado como fiscal?

ENTREVISTADO: Básicamente en todo el país, desde Limón hasta Guanacaste, he estado en los últimos dos años en la Fiscalía de Probidad.

ENTREVISTADORA: ¿Qué casos atiende la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción?

ENTREVISTADO: Delitos funcionales estructurados, básicamente delitos cometidos por funcionarios públicos que están contenidos tanto en el Código Penal como en la Ley de Enriquecimiento Ilícito y que tengan que ver directamente con casos complejos o denominados complejos que son los que tienen muchísima prueba, muchísimos imputados o alguna dificultad para investigar.

ENTREVISTADORA: ¿Considera que la corrupción ha aumentado en Costa Rica en los últimos años?

ENTREVISTADO: Yo creo que la visibilidad de la corrupción ha aumentado más que en realidad la misma corrupción, yo creo que Costa Rica siempre ha tenido un nivel alto de corrupción, tanto política como empresarial, pero la visualización de ésta, la sensibilización que ha tenido el pueblo es lo que ha servido para ahora se denote un poco más.

ENTREVISTADORA: ¿Qué consideraciones podría mencionar acerca de la delincuencia organizada relacionada propiamente con los delitos de corrupción en la función pública?

ENTREVISTADO: Bueno, una de las tesis modernas, creo yo, y de las tesis más importantes, que vienen de la corriente por lo menos del estudio de la corrupción como derecho penal o como actividad delictiva, es que en realidad, nosotros podemos ver la corrupción se mueve directamente como la delincuencia organizada, tratando la delincuencia organizada si dentro de la ley y como una estructura criminal que se basa en mandos altos, mandos medios, peones que trabajan para ésta y también en la complicación o la complejidad que tienen dentro de su actuación delictiva. Yo diría que uno de los máximos exponentes de una delincuencia organizada, son los elementos de corrupción que vemos nosotros día a día.

ENTREVISTADORA: ¿Cuáles han sido las principales limitaciones que ha tenido el Ministerio Público en el abordaje o investigación del delito, propiamente de tráfico de influencias?

ENTREVISTADO: De ahí podríamos determinar dos puntos en específico, el primero de ellos es la redacción del tipo penal o la forma en que está estipulado el tipo penal, la redacción del tipo penal, no permite o permite, para decirlo mejor, unas, varias interpretaciones por parte de

los jueces y también varias interpretaciones por parte de los operadores de derecho. Los verbos que contiene el tipo penal, los elementos objetivos son bastante difíciles de llenar para ponerlo de esta forma, a la hora de imputar a alguien, y cuando hablo de llenar es de poder encontrar la acción concreta y efectiva para poderlos primero tipificar. Una vez tipificados, si es que nosotros lográramos pasar este punto, el otro obstáculo a veces, muchas veces, es incansable digamos, inquebrantable, es el elemento de prueba. Los elementos de probatorios en el tráfico de influencias yo los asimilo directamente a los elementos probatorios en delitos sexuales, siempre vamos a tener nada más a una víctima y a un victimario, y la versión de una contra la otra, con la deficiencia de que la persona que conoce el hecho o ha estado involucrada directamente en éste y no, y no podemos nosotros a veces estipular un grado alto de participación o bien no hablar por miedo o porque no ve tan difícil o no ve tan importante un tráfico de influencias, o sea una influencia de otra persona. Acordémonos que esto está destinado directamente a la persona de alto calibre que tiene decisiones, por ende, siempre las va a tener y tiene decisiones sobre los trabajos, incluso sobre la vida misma de la persona que está por debajo de él, y de esta forma la prueba es completamente y absolutamente inevaluable. Si no tenemos un testigo directo, que es uno de los puntos que hemos hecho por prueba indiciaria, es sumamente difícil convencer de nuestra tesis eventualmente a un tribunal, porque no nos va a llevar directamente que uno necesita o que el tipo penal requiere que es la influencia y que esta influencia casi solo se prueba mediante testimonio.

ENTREVISTADORA: ¿Se ha utilizado la intervención telefónica como herramienta para la investigación de delitos de corrupción y, en especial, para el delito que estamos conversando en este momento, el delito de tráfico de influencias?

ENTREVISTADO: El único caso que yo conozco que va dentro del delito de tráfico de influencias es el caso de una jueza en Limón, me reservo el nombre y el fondo básicamente del caso, básicamente es una juez que influía sobre sus subalternos para que ellos mismos tomaran decisiones de casos se vinculaban en el Tribunal de Limón y en el Juzgado Penal de Limón. Ahí hay dos puntos importantes: la intervención telefónica lo que arrojó, fue básicamente la forma de actuar de ella hacia afuera, pero no de ella hacia la influencia, la influencia se probó directamente por testimonios de las personas. Entonces, el único caso desde que la ley se realizó creo que fue en el 2002, 2003, estamos hablando más de 10 años, y que entró en vigencia también la intervención telefónica como un medio para combatir la

corrupción que fue en la Ley de Delincuencia Organizada. Nunca se ha utilizado o se ha utilizado muy poco digamos en este delito de tráfico de influencias, las razones hemos tratado de abordarlas, aún no hemos ahondado mucho y no podríamos determinar a ciencia cierta, si es, por desidia del órgano investigador, si es por falta de experiencia a la hora de tramitarlo o bien, si es porque algunos jueces han rechazado eventualmente las intervenciones telefónicas. Sin embargo, creo que es una de las herramientas más importantes con las que contaríamos en este tipo de delitos.

ENTREVISTADORA: ¿Considera útil entonces, para la investigación del delito de tráfico de influencias, la utilización de una intervención telefónica?

ENTREVISTADO: Sí, creo que sería la herramienta principal. El crimen organizado, al igual que el crimen organizado estructurado en una corrupción, funciona entre un ámbito de intimidad casi inexpugnable. O sea, es muy difícil entrar a una organización criminal para poder saber cómo se mueven, quiénes se mueven, de qué manera es que realizan los actos y específicamente sobre qué tema es que van a realizar estos actos. Creo que la intervención telefónica nos vendría por lo menos a ser la punta de lanza, sabemos que no es plena prueba, tenemos que eventualmente tener más evidencia que la vaya acomodando, pero creo que con una intervención telefónica podríamos determinar también y determinar incluso, y darle seguridad a los testigos de que lo que van a decir va a ser creíble, y además, también se les va a proteger durante el proceso.

ENTREVISTADORA: ¿Está usted de acuerdo con la normativa sobre intervención telefónica en este momento respecto a este delito, o usted propondría algún tipo de reforma al respecto?

ENTREVISTADO: Sobre la normativa actual, siempre he estado en desacuerdo desde que empecé a utilizarla. Hay un punto específico en el que Costa Rica está totalmente atrás y creo que entre todos los países centroamericanos, latinoamericanos, incluso mundiales y es el hecho de delegar una intervención telefónica a un juez, pese a que se haya hecho el centro de intervenciones. Considero que el centro de intervenciones no viene a cubrir esa falencia que se ha tenido, vamos a ver, desde el punto de vista criminal y aún más desde el punto de vista de los delitos funcionales, la persona que escuche las conversaciones debe ser una persona que conozca el hecho, que conozca los términos, que conozca el lenguaje cifrado o bien, en

nuestro caso, que conozca un lenguaje técnico que permita saber de qué se está hablando durante la intervención. Un juez como en el centro de intervenciones, que lo último que se ha creado en Costa Rica teóricamente y es lo que vendría pues a salvar esto, situación que, como les digo no lo creo, ni lo considero de esa forma, lo que hacen es hacer turnos y ser meros escuchadores, meras orejas de lo que dicen las demás personas, a veces sin un sentido real de lo que se está hablando. Desde ese punto de vista, yo creo que hay que ampliar el catálogo de delitos, limitar la actuación del juez a que sea únicamente conozca sobre la autorización para que se pueda hacer y hay que dar más armas al Ministerio Público y a la policía técnica judicial para que puedan escuchar estas llamadas bajo un piso de legalidad y se pueda determinar. Y en el tráfico de influencias, digamos, considero que propondría una reforma tanto del tipo penal y de una inclusión ya no dentro de la corrupción como crimen organizado, sino el tráfico propiamente el tráfico, como un delito en el que se pueda solicitar una intervención telefónica.

ENTREVISTADORA: ¿Considera usted, desde su perspectiva como fiscal en materia anti corrupción, si la utilización de la intervención telefónica podría generar resultados más favorables en las investigaciones por delitos de corrupción y en especial, del delito de tráfico de influencias?

ENTREVISTADO: Bueno como dije anteriormente, creo que la intervención telefónica es el arma hoy por hoy, lamentablemente, porque deberíamos tener más, pero es la única con la que contamos para poder entrar en una organización criminal. Se ha estado tratando de hacer con actos de experiencia o proyectos de experiencia con intervenciones telefónicas en materia de corrupción, para poder llegar eventualmente al corazón mismo de una organización dedicada tanto a la corrupción empresarial o la corrupción política o a la corrupción electoral. Lo que quiero decir es que la esperanza, porque aún no tenemos un resultado, yo no podría darlo ahorita, pero la esperanza es que sea la herramienta que nos permita ingresar y conocer aún más, y lograr eventualmente condenas con resultados favorables para el órgano acusador en el delito de tráfico de influencias. Como dije, conozco un caso anterior, son de los pocos casos con intervención telefónica que podrían delimitar un tráfico de influencias, conozco bastantes casos de tráfico de influencias, y considero que, por ejemplo, en algunos de ellos, dos o tres más o menos, si existiera una intervención telefónica o de haber existido, hubiera sido el elemento mayor y mejor para poder llegar, para poder descifrado, realmente que fue lo que

pasó y el tono en que se da. El problema de la intervención, del tráfico de influencias, es que muchas veces hasta el tono de voz de las personas, debe ser interpretado a través de quien escucha la prueba, ¿por qué?, porque para poder determinar quién, cuál es el tipo de influencia que se quiere dar, no solamente basta las palabras, sino el tono de voz y hasta los elementos no verbales que podrían darse detrás de este punto, o incluso, los elementos secretos que solamente escuchando a la persona que realiza el acto es que uno pueda interpretarlo de esa forma y, por ende, la intervención telefónica debería ser una prueba, una diligencia de prueba perdón, sumamente útil que nos permitiría pues llegar al final del asunto.

ENTREVISTADORA: Bien, hemos finalizado la entrevista, le agradezco mucho su tiempo, que pase buenas tardes.

ENTREVISTADO: Gracias.

## Entrevista 2

Duración 22:15, realizada el 06 de marzo de 2019.

## Datos personales

Nombre: Walter Espinoza Espinoza

Ocupación: Director actual del Organismo de Investigación Judicial y ex fiscal Adjunto de la Fiscalía de Crimen Organizado del Ministerio Público, 27 años de experiencia.

Masculino ( x ) femenino ( )

Entrevistadora: Johanna Rodríguez Acosta

ENTREVISTADORA: Buenas tardes mi nombre es Johanna Rodríguez Acosta, soy egresada de la maestría en derecho penal en la UIA, y me encuentro en este momento elaborando la tesis para optar por el grado de máster, bajo el título “Implicaciones probatorias que genera la falta de intervención de comunicaciones en las investigaciones seguidas por el delito de tráfico de influencias”. En razón de ello, el día de hoy voy a efectuar una entrevista a profundidad con el señor Walter Espinoza Espinoza, quien en este acto ha consentido la grabación de su voz para efectos de esta entrevista. Tenga muy buenas tardes, don Walter, ¿Qué cargo ocupa usted actualmente?

ENTREVISTADO: Director del OIJ

ENTREVISTADORA: ¿Hace cuánto tiempo ocupa dicho cargo?

ENTREVISTADO: 3 años aproximadamente.

ENTREVISTADORA: ¿Antes de desempeñarse como director del OIJ, ha desempeñado algún puesto en el Ministerio Público y durante cuánto tiempo?

ENTREVISTADO: Sí señora, 24 años como fiscal.

ENTREVISTADORA: ¿Considera usted que la corrupción en la función público ha aumentado o disminuido en los últimos años?

ENTREVISTADO: Mirá, tal vez si lo conversamos más, porque preguntas es un poquillo complicado verdad, este mire el tema de corrupción es uno de los asuntos que más preocupa a la Dirección del Organismo de Investigación Judicial, en virtud de que nosotros somos conscientes de que en los últimos años ha habido un crecimiento no solo a nivel nacional, sino internacional de conductas ejecutadas por funcionarios públicos y funcionarios privados que, este, alteran o contravienen las disposiciones de probidad, transparencia y comportamiento debido de quienes tienen a cargo algún puesto, cargo o algún tipo de cargo en el sector público. Adicionalmente, nosotros, sobre la base de análisis que realizamos, también hemos percibido y nos hemos percatado que la corrupción es plataforma necesaria para que las actividades de crimen organizado se proyecten, crezcan, tengan incidencia y logren crear estructuras de carácter paralelo en el Estado, que, sin necesidad de sustituirlo, lo infiltran, lo penetran y van conduciendo las actividades del sector público dentro de los esquemas de la corrupción. Precisamente, este, nosotros a nivel internacional, hemos tenido noticias de la existencia de comportamientos o conductas, en virtud de las cuales, ya en una tercera de generación del ámbito de la corrupción, hay mezcla de capitales ilegítimos con capitales legítimos del Estado, hay conductas que se encadilgan en el Estado para procurar la legitimación de capitales provenientes de delitos de toda naturaleza y se han establecido esquemas de trabajo dirigidos o determinados por preservar un estado de comportamiento dentro del ámbito gubernamental que es proveído y proporcionado por la delincuencia. Eso se ha percibido sobre todo a nivel latinoamericano, en México y en Guatemala, donde se han percibido alianzas de esta naturaleza, eh, nosotros, como policía judicial tenemos varios ámbitos de abordaje de los delitos de corrupción, yo sé que la tesis suya se dirige contra el tráfico de influencias, pero digamos es uno de los delitos que menos resonancia tiene, a los que menos se acude e incluso es de recién data, podría uno decir, sobre todo si percibe la historia de otros delitos, verdad, y sobre eso no hay estudios o investigaciones muy avanzadas de la policía, pero si nosotros tenemos esquemas de trabajo que están distribuidas en varias secciones, nosotros tenemos una sección de delitos financieros o delitos económicos, que es la que elabora las investigaciones relacionadas con delitos de corrupción, con delitos de cuello blanco, son las que emiten las pericias que posteriormente se trasladan a las fiscalías para efectos de que valoren los casos, son las adicionalmente las que hacen algún tipo de dirección funcional con los fiscales para conocer este tipo de actividades y esto se complementa con una sección que tenemos en fraudes que es de aproximadamente nueve personas que son las que dan soporte investigativo. Estas dos secciones, también vínculo de trabajo con otra sección

adicional que es la que aborda el tema de los delitos informáticos, cuya función es, esencialmente, la de acceder a archivos o memorias de ese carácter y lograr extraer la información que pueda servir que luego pueda ser colocada en los informes policiales y, además, también valorada por el perito. Desde ese punto de vista, entonces el OIJ lo que ha pretendido hasta ahora es lograr mezclar y que interactúan estas tres unidades de trabajo, porque cuando se trata de un caso de corrupción o de tráfico de influencias, que tiene alguna envergadura, que tiene algún nivel, pues usualmente hay aspectos financieros, aspectos informáticos y aspectos de naturaleza sustancial investigativa, y los tres deben conocer los insumos de trabajo para que las conclusiones de trabajo que se emitan sean certeras, sean asertivas, sean correctas y tengan fundamento y, adicionalmente, para que le sirvan al ministerio fiscal a efecto de que pueda articular acciones que se dirijan a obtener sentencias, ya sea condenatorias o absolutorias en el tema de tráfico de influencias. Obviamente hay un sesgo de carácter policial, no es la parte pericial, no es la parte policial, pero sí el resto de las áreas en las que la mayoría de las acciones se dirigen a obtener prueba condenatoria, pero eso tiene que ver con la función esencialmente de la policía. Cuando hablamos de un tipo penal, hasta donde la memoria me alcance, y de pronto algunos que tienen ahí alguna relación que podría ser favorecimientos y nosotros sobre eso hemos tenido poca incidencia, porque la generación de este tipo de delitos es realmente poca y parca en el espectro de toda la actividad delictiva que maneja el Organismo de Investigación Judicial, nosotros el año pasado recibimos aproximadamente ciento dos mil denuncias, unas más y unas menos, y de esas me atrevería apostar que ni siquiera diez tienen que ver con tráfico de influencias, lo que significa que dentro del porcentaje total es prácticamente nula la existencia de ese delito. Nosotros, por eso, cuando hablamos de corrupción, hablamos de un término muchísimo más amplios. ¿Cuáles son las herramientas que nosotros utilizamos para investigar estos delitos? Mire, aquí hay una distorsión, y se lo digo porque yo fui fiscal, verdad, que es de carácter histórico, independientemente de que sea agradable o feliz o no, que yo, digamos, he tratado de superarla en el área ahora de la dirección general. Sin embargo no ha sido fácil, porque ya ha entronizado una conducta, un comportamiento, un modelo y una elaboración investigativa que tiene que ver con que los casos de corrupción son manejados prácticamente por las fiscalías y, además, se han decantado por investigar hechos pasados y generalmente lo que nos piden a nosotros como policías es hacer allanamientos, traer documentos, analizar los documentos, describir las acciones que desde nuestro punto de vista pueden ser delictivas y trasladarlo. Pero no ha habido digamos una investigación pro activa dirigida a conformar una plataforma

fáctica y probatoria que permita investigar cuando el delito está sucediendo, y eso digamos es una de las debilidades más fuertes de sistema, porque la fiscalía ha utilizado a la policía fundamentalmente para que realice diligencias particulares y no lo ha involucrado en la investigación, es un comportamiento que no sé de dónde viene, quizá porque de alguna manera se ha observado con alguna, eh, se ha observado por encima del hombro a la policía, sin parar mientes en que el resto de delitos es la policía la que prácticamente hace las investigaciones, los casos y los trabajos. Me refiero a tráfico de drogas, lavado de dinero, a tráfico de personas, a delitos contra la propiedad, porque quien recibe la denuncia y estructura la investigación generalmente es la policía. Además, como le decía, nosotros tenemos áreas de trabajo bien establecidas que eventualmente podrían hacer algo más. Entonces cuando hablamos de la investigación que ha hecho el OIJ en corrupción es realmente es poca, desde el punto de vista sustancial policial, mucha desde el punto de vista pericial. Tanto así que cuando se han obtenido sentencias condenatorias siempre sobre la base que ha hecho la policía judicial en la parte de reconstrucción de hechos bancarios, financieros, pretéritos, pasados, análisis de actas, determinaciones de junta directa y cuestiones de esa naturaleza, pero ha faltado ese ingrediente de pro actividad. Ese ingrediente de más acción que traslade parte de la investigación a la policía, para que junto con la fiscalía la dirijan con un fin que no necesariamente se agote solo la reconstrucción de lo pasado, que además es más difícil, y es lo que desde nuestro punto de vista es lo que nosotros deberíamos hacer y lo que queremos hacer en el área de corrupción. Obviamente, el que determina y dirige la investigación es el ministerio fiscal y será el quien decida y determine si continuamos por un camino que a mí me parece muy tortuoso, muy, este, poco efectivo, muy desgastante, muy retardado, o ponemos los ojos en una visión diferente que sin abandonar por lo menos una parte de la primera para establecer la base nos dé resultados más fáciles de demostrar, más fáciles de establecer, más fáciles de percibir y que logren tener un impacto más grande, más grave y de más fácilmente obtenible. Y en eso pues, incluso, en aquella, en alguna oportunidad que conversamos, hablamos de la intervención de comunicaciones, que además de la posibilidad de captar las conversaciones que se dan entre personas, pues se traslada también a otros ámbitos que generalmente tampoco nosotros hemos usado en materia de corrupción, me refiero a ubicar a personas mediante radio bases, ubicar a personas mediante datos móviles, verificar que se han dado conductas criminales sobre la base de encuentros y rutas de trabajo que nosotros podemos discernir e ilustrar a partir de estos dos componentes que le señalo. Nos hemos marginado la utilización de grupos de autores que nos permiten definir

comportamientos, funciones, actitudes. No hemos utilizado las áreas de análisis criminal que nos permiten hacer relaciones y yo creo que eso de alguna manera ha sido una traba para que las investigaciones de corrupción sean más modernas, más ágiles y tengan un mejor fruto y si a eso sumamos ingresar ya la posibilidad de ingresar al ámbito íntimo de la conversación de personas, yo creo que podríamos hacer muchísimo más. Este, hay que tomar en consideración que quizás eso tiene que ver con la historia misma de la intervención de comunicaciones que antes de los noventa se utilizaba prácticamente en tráfico de drogas, que luego de la resolución de la sala constitucional que anuló todas las intervenciones que se habían ejecutado en ese momento, por una cuestión relacionada con la ley y por violación a la Constitución, cuando se promulga la primera que regula la intervención de comunicaciones también se hace en relación con los delitos de drogas y con algunos de lavado de dinero o actividades conexas que estaban en la ley de drogas para ese entonces e históricamente se trabajó muchísimo en drogas en ese tema. Es de reciente data, quince años tal vez, que ya se han empezado a utilizar intervenciones en delitos de homicidio, en algunos delitos de naturaleza sexual podría decir uno, en algunos delitos relacionados con tráfico de personas y se ampliado el espectro de investigación, lo que me parece a mí que también podría llegar al ámbito de la corrupción, pero si en la historia usted retrotrae, que nunca la policía y nunca el Ministerio Público han solicitado, hasta donde tengo memoria, intervención de comunicaciones ni en casos de tráfico de influencias ni en casos de intervención de comunicaciones, ehh, de de corrupción en general y eso evidentemente es una, ¡es un problema! Ha habido algunos casos de corrupción que han surgido de manera casual dentro del esquema de tráfico de drogas. Recuerdo algún perito por ahí de una entidad pública, que otorgaba permisos de construcción o de operación turística que se relacionó con un grupo de cubanos que importaba, ehh, que exportaba marihuana de Costa Rica hacia el exterior y que fue procesado precisamente por un delito de favorecimiento. No recuerdo si fue un delito de tráfico de influencias, este caso lo manejó la fiscalía de crimen organizado y lo tenía el fiscal Javier Valerio, ehh, y ahí se logró la sentencia condenatoria del sujeto. Y también tenemos otros casos de corrupción, pero vinculados con temas de drogas, esencialmente funcionarios judiciales que vendían información. Me recuerdo de un sujeto de apellido de nombre Leonardo, apellido Rodríguez, que era el asistente del Juez Coordinador del Primer Circuito Judicial de San José de don Francisco Sánchez. Luego también otra investigación que llevamos en la fiscalía que era por corrupción contra Walter Valverde que era asistente de la fiscalía y algunos otros casos en los que ha habido venta de información como consecuencia de actividades de drogas y que abarcan a funcionarios

públicos que se relacionan con conductas suyas y que se han calificado como violación al Artículo 62 de la Ley 8204 que es un delito digamos de carácter funcional. Y hay muchos otros policías de Fuerza Pública, a quienes se les ha abordado, pero también a veces de manera causal o colateral dentro de esquemas de tráfico de drogas, sobre cómo le señalaba en lo que tiene que ver con favorecimientos, en acciones expresamente y concretamente dirigidas, digamos, contra banqueros, contra miembros de junta directiva, contra miembros de los funcionarios de los supremos poderes, este, y contra las personas digamos de algún rango, de algún nivel, que ejecuten actividades de corrupción fuertes y que estén participando de alguna decidida y directa en ellas, hasta donde yo recuerdo, no se ha utilizado. En algunas oportunidades la policía ha tratado de motivar que se realice, sin embargo, como le señalo, el esquema de trabajo de nosotros en corrupción es recibir noticia criminal, hacer un informe preliminar, pedir el allanamiento, ingresar a los lugares, traer cajas de papel, darles las cajas de papel a la policía, policía sobre la base de su propia visualización discrimina y establece conductas, porque la fiscalía participa poco en eso verdad, ¡que también es algo que en su momento deban superar! y luego traslado de los informes, ya sea secuencial, periódico o definitivo a la fiscalía para que procese los casos. Evidentemente eso es muy retardado, muy lento y no nos ofrece muy buenos resultados, porque a la par de eso luego vienen los levantamientos de secreto bancario, que se dirigen cada uno de ellos contra más de cien instituciones que implican más de cien notificaciones por cada uno de los viejos o viejas que se están investigando y que al final de cuentas nos da un cúmulo de papel terrible o nos pone a nosotros en el predicamento de asumir investigaciones de temas muy especializadas, pero como no intervenimos, perdemos la posibilidad de escuchar cuando alguien hace la negociación ilegal, cuando recibe el dinero, cuando pacta la forma de pago, cuando se compromete, cuando ofrece el favor, cuando lo brinda o cuando de alguna manera trasgrede el bien jurídico probidad. Eeeeste, por lo menos nosotros desde nuestra perspectiva lo que hemos hablado aquí en la policía, este no es un delito que requiere resultado, nosotros podríamos hacer muchísimo si pudiésemos articular acciones dentro del ámbito del pensamiento que le señalo, o sea incursionar ya en la parte más íntima de quienes tienen poder, de quienes hacen transacciones, de quienes venden conciencias, de quienes compran datos y de quienes actúan al margen de la ley. Y como es un delito de peligro abstracto, podríamos intervenir de manera muy pronta, o acumular acciones para luego dar un golpe de efecto bien fuerte. Yo creo que nosotros como órganos de represión tenemos que sentarnos a valorarlo y tomar decisiones que orienten las conductas de ambos, precisamente con esa

dirección, con ese norte y con esa visualización. Yo creo que ya mas o menos hemos hablado de varias de las cosillas esas, ¡verdad!... Este, no sé si tiene alguna otra cosa, si...

ENTREVISTADORA: Si talvez para agregar a todo lo que usted ha indicado, nada más consultarle si desde su posición como Director del OIJ, este, ¿usted propondrían algún tipo de reforma en cuanto a lo que es la intervención de comunicaciones en delitos de corrupción? Porque hasta el momento únicamente se puede siempre y cuando sea una organización criminal, ¿pero consideraría usted que en caso contrario sea también necesario?

ENTREVISTADO: Vea, yo tengo una posición diferente, cuando usted ve la nueva ley de crimen organizado, usted, eh, se da cuenta que la ley de crimen organizado amplió el espectro de delitos y amplió la posibilidad de pedir intervención de comunicaciones en determinados ámbitos de trabajo y en algún momento de la ley regula la declaratoria de crimen organizado, a alguien se le ocurrió que para que se pudiese pedirse la intervención tenía que estar decretada judicialmente esa, esa, esa circunstancia procesal, pero la ley no lo dice, eso es una manera de ver las cosas. Incluso yo siendo fiscal adjunto, yo le había hecho un estudio a don Jorge Chavarría, donde le explicaba y habíamos analizado lo que había dicho la Asamblea Legislativa, ¡porque no era así! Sin embargo, en aquel momento creo que él me dijo que todas maneras esa iba a ser la costumbre y la práctica y que no iba a correr riesgos, pero de todas maneras, si le digo que a mí me parece que debe ser más asertivo y más directo. O sea para evitar problemas de interpretación que diga que: “en los delitos tales y tales, o ya sea el elenco de delitos, o una frase genérica que los abarque, se puede pedir intervención de comunicaciones”, pero marginando la necesidad de que haya una declaración de crimen organizado porque en ese caso, pues el asunto va a ser problemático, porque no todos los tráficos de influencias va a ser crimen organizado, son digamos ¡mínimos!, y la posibilidad de hacer, de escuchar a las personas hablando, puede ser muy importante en casos que sin ser pequeños, están en la esfera o en el ámbito de dos o tres personas, pero que no cumplen con el resto de características y condiciones de crimen organizado y entonces si uno lo cierra, cercena la posibilidad de acción. El Estado tiene que tomar una decisión entre la protección de garantías fundamentales y la investigación de delitos entre la probidad, la transparencia, el buen comportamiento de los funcionarios públicos y la inacción del Estado desde el punto de vista represivo. Una de esas dos debe privar y primar, a mí me parece que yo creo que por definición, ya la elección está hecha, nosotros tenemos que favorecer la investigación,

tenemos que favorecer sí la protección de las garantías pero dentro del debido proceso, y darle armas a la policía y a la fiscalía, para que coadyuve en la aplicación de la ley penal y en la obtención de justicia en los casos que se requiera. Yo creo que eso es de pronto necesario, habría que trabajar en alguna modificación que tampoco es nada, este, realmente muy elaborado y dar posibilidades muy claras, muy expresa, muy directa de que en delitos de corrupción se pueda pedir intervención de comunicaciones, yo creo que sería más útil y así pues podríamos obtener más situaciones de ventaja.

ENTREVISTADORA: Esas serían todas las consultas, muchas gracias, buenas tardes.

ENTREVISTADO: Perfecto, bueno, que esté bien, ¡más rápido así Johanna!

### Entrevista 3

Duración 20:49, realizada el 08 de marzo de 2019.

#### Datos personales

Nombre: Paula Guido Howell

Ocupación: Fiscal Adjunta 2 de la Fiscalía General de la República, 22 años de experiencia.

Masculino ( ) femenino (x)

Entrevistadora: Johanna Rodríguez Acosta

ENTREVISTADORA: Buenas tardes mi nombre es Johanna Rodríguez Acosta, en este momento me encuentro en proceso de elaboración de la tesis para optar por el grado de máster en la UIA, bajo el título “Implicaciones probatorias que genera la falta de intervención de comunicaciones en las investigaciones seguidas por el delito de tráfico de influencias. En razón de ello, en este momento me encuentro con la Fiscal Adjunta Paula Guido Howell, quien en este acto ha consentido la grabación de su voz para efectos únicamente de esta entrevista. Voy a iniciar con las consultas que tengo en este momento, doña Paula, ¿Qué cargo ocupa usted actualmente?

ENTREVISTADA: Soy Fiscal Adjunta 2 y me desempeño en la Unidad Especializada de la Fiscalía General de la República.

¿Hace cuánto tiempo se desempeña como fiscal?

ENTREVISTADA: Bueno, en la función pública tengo 29 años y 3 meses y como fiscal la mayor parte de mi vida por lo menos 25, 23 años.

ENTREVISTADORA: ¿En qué fiscalía se encuentra laborando en este momento?

ENTREVISTADA: Es una fiscalía que fue creada para la investigación de algunos casos específicos y en realidad no es una fiscalía como otras que tienen código o una oficina, pero sí es una unidad especializada dentro de la Fiscalía General de la República.

ENTREVISTADORA: ¿En su amplia trayectoria, ha tenido la oportunidad de investigar casos relacionados con corrupción en la función pública?

Sí, en algún momento de mi desempeño, la Fiscalía General me sacaron de la Fiscalía de Pavas, una fiscalía territorial donde había todo tipo de delitos y pase por un tiempo a trabajar a la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción, más en el lado de lo que se llamaba Penal de Hacienda, porque en aquel momento estaban divididos estratégicamente y había algunas fiscales se dedicaban a Penal de Hacienda, es decir, a la revisión de los expedientes que venían de fiscalía territoriales con un requerimiento conclusivo, más que a los casos de corrupción, entonces veíamos delitos más comunes o de menor penalidad, pero me refiero a delitos de peculado, concusiones, cohechos, verdad, todos importantes desde el punto de vista de la función pública, tal vez de más fácil investigación, pero igualmente graves en lo que tiene que ver con probidad y el correcto ejercicio de la función pública.

ENTREVISTADORA: Es de conocimiento general que el fenómeno de la corrupción ha aumentado en Costa Rica en los últimos años, ¿qué considera al respecto?

ENTREVISTADA: Bueno, yo no sé en realidad, Johanna, si el delito o los delitos relacionados con corrupción han aumentado o si siempre hemos tenido mucho delito en la corrupción pública y ahora hay una consciencia diferente de la comunidad en cuanto a denunciar y en cuanto a protestar y en cuanto a hacerse notar respecto de estos delitos, entonces yo pienso que puede haber un poco de las dos cosas. Tal vez que ha incrementado la delincuencia en esa área como en todas, porque también hay un incremento de la delincuencia como conforme incrementa la población, pero puede ser que también haya una incidencia en que la veamos más o que sea más notoria, porque la gente ahora está más empoderada, los medios de comunicación social, el facebook y todo por lo cual la gente pueda denunciar, criticar y se siente un poco más protegida haciéndole desde esa perspectiva o pasando información a los medios. Eso yo pienso que también ha contribuido a que tengamos más delitos o que se tramiten más procesos, que yo ahorita no tengo números exactos, pero me atrevería a decir, con base en el conocimiento general, que si ha habido un incremento, y yo creo que la reorganización que ha tenido la Fiscalía de Probidad poniendo compañeros que se especializan en la materia en algunas regiones específicas es parte de este desarrollo.

ENTREVISTADORA: En su amplia trayectoria como fiscal, ¿qué particularidades, desde la óptica probatoria, ha detectado en las investigaciones seguidas por delitos de corrupción en la función pública?

ENTREVISTADA: Bueno, vamos a ver, para buscar la prueba tenemos que poder identificar el delito, verdad, y como son delitos de construcción muy normativa, a veces no es tan fácil, desde mi perspectiva, por donde me tengo que ir yo para ir a buscar una prueba, casos macro como algunos que hemos conocido en algunas oficinas muy grandes en que uno dice bueno aquí hay un acto de corrupción pero no es como cuando tenés un homicidio que ahí está el muerto y bueno sabes que tenés el homicidio, pero lo que tenés que determinar es quién lo cometió, cuándo, si tengo un agravante, si tengo un atenuante, pero ahí está el cuerpo, es como muy clarito. Aquí a veces puedes tener una noticia criminis y tenés que irte para un lado para el otro para empezar a ver qué busco, si lo que tengo es un cohecho, si lo que tengo es una concusión o si no me da para ninguno, para saber si alguien pidió o el otro se dejó recibir, si lo tengo es un enriquecimiento ilícito, verdad, entonces a veces, la identificación de los elementos no es tan fácil como una denuncia, que otros problemas tenemos, que a veces lo que tenemos son denuncias anónimas y entonces yo he leído denuncias anónimas donde la persona dice cualquier otra información con el mayor de los gustos y no sabemos a quién llamar y entonces tenés una limitación y podés imponerte y podés trabajar con información confidencial, pero a veces ocupás algo más, que uno pensaría: “esto yo se lo puedo pedir al juez”, pero con una información confidencial a mí no me da para hacerle requerimientos al juez. Entonces a veces uno tiene limitaciones propias de la investigación cuando tiene este tipo de denuncias, cuando tienen que hacerle requerimientos a un juez como en cualquier caso y en cualquier delito, pues yo tengo que tener material suficiente e idóneo para poder plantear una solicitud que sea fundamentada y a veces no lo tenemos, en casos de corrupción hay un fenómeno que se repite que puede ser compatible digamos con otro tipo de delitos y yo pienso que también es el temor de la gente de denunciar, porque si son funcionarios públicos y están dentro del sistema, y qué sé yo, el delito se comete en una municipalidad o en el banco y todavía las personas que cometieron el delito están dentro de la institución y puede que a veces estén fuera de la institución temporalmente, no digamos con una medida cautelar penal, pero con una medida administrativa siempre es el temor de que si el funcionario vuelve, si sabe que yo lo denuncié, si es mi jefe o si es amigo del jefe o si se encuentra en estos niveles de poderío, que suele darse mucho en este tipo de delincuencia, hay mucho temor de la gente en venir a denunciar o en declarar, a veces la gente se siente más empoderada de denunciar lo que ocurrió en otro lugar o de ponerlo en conocimiento, pero si están desde la esfera de poder de la misma institución o del funcionario cuestionado, uno puede ver que la gente todavía le da temor y que le cuesta un poco empoderarse o la situación de poder decir, bueno, entrevistado

a esta persona, me dijo una cosa y luego hay una declaración contradictoria o luego hay veinte testigos que vienen del otro lado a decir que no es así. Entonces, a veces es difícil como bastantear esa prueba y hay que recoger bastante elementos para poder irte a un levantamiento de secreto bancario, para poder practicar otras diligencias, a veces pues ese temor se empodera de la gente y no tenés una declaración en la etapa preparatoria o la tenés, y es un argumento que yo he usado cuando uno va a pedir medidas cautelares, cuando te dicen: “mire, ya los testigos a usted le declararon porque ya los tenés en la entrevista en la etapa preparatoria y entonces ya no hay peligro que los intimiden o que los asusten, aquí ya no hay peligro de obstaculización”, ¡y eso es falso! y es lo que le decimos a los jueces: “mire, eso no es así, porque lo que yo tengo es una entrevista informal, un testigo que no está juramento”. Es una entrevista que me permite orientar la investigación o re orientarla, pero no es definitiva, entonces yo tengo que proteger a ese testigo hasta que me llegue a juicio y eso puede ser en un año, en dos años o en tres años, y ese es otro efecto pernicioso de la investigación como en muchísimos delitos, ¡verdad!, y nosotros no podemos irnos a flagrancias, tenemos que tramitar por la vía ordinaria porque es una jurisdicción especializada y normalmente nos va a demorar un buen tiempo. Entonces ese tiempo también puede ir en nuestro perjuicio, aún y cuando el testigo nos haya dicho una cosa en algún momento, luego cambió su versión, se siente intimidado, o le pueden pagar dinero, entonces esa prueba se vuelve muy débil, esas son algunas de las debilidades. Abordar los tipos desde el punto de vista normativa no es tampoco fácil, no hay mucha jurisprudencia, no tenemos mucha doctrina, pareciera que algún periodo histórico de nuestro desarrollo jurídico ningún caso llegó a juicio, porque cuando vas a buscar jurisprudencia es muy poco lo que hay, entonces es una limitación, pero también un desafío porque tenés que ir construyendo verdad, haciendo cosas nuevas, este es un desafío para la investigación de estos delitos, que tiene un riesgo también, ir probando, pero esa es como parte de las limitaciones en la investigación. Hay otra limitación que yo me atrevería a decir que existe, porque en realidad que estamos en una jurisdicción especializada, pero es lo cierto que los jueces que atienden estos delitos no tienen la especialidad propia de la materia, verdad, entonces un juez que está viendo hoy peculados y cohechos y abusos de autoridad, verdad, y después está viendo administraciones fraudulentas, está viendo homicidios y está viendo robos. Esa riqueza de un funcionario especializado que no uno pensó que la iba a encontrar, esa riqueza no la tenemos, verdad, entonces, ahí hay un punto débil, me parece a mí, pero que podría subsanarse si más casos van a juicio y si

empezamos a tener más sentencias y más cuestionamientos, más recursos, más casaciones, hasta que se cree jurisprudencia en alguna línea.

ENTREVISTADORA: ¿Qué consideraciones podría mencionar acerca de la delincuencia organizada relacionada con los delitos de corrupción en la función pública?

ENTREVISTADA: Bueno, nosotros podríamos pedir una declaratoria de delincuencia organizada en los delitos de nosotros si tuviéramos condiciones. Yo en la oficina en la que estoy no conozco, no sé, porque nos acaban precisamente cuestionar sobre casos que tengamos con declaratoria de criminalidad organizada, y no tenemos ninguno, no hay ningún óbice para que uno lo pudiera valorar de acuerdo con la definición de criminalidad organizada y se uno gana uno un montón de tiempo, un montón de plazos, pero siempre he creído yo que el tiempo hay que trabajarlo de la mejor forma posible, verdad, no porque vas a tener más posibilidad, pues vas a digamos a demorar el caso, podría decir que sí necesitás todos esos plazos, todas esas ventajas que te da la criminalidad organizada, o el procedimiento especial, pero aún en casos grandes con muchos imputados que los tenemos en esta oficina hemos podido sortear y sacar la tarea adelante sin criminalidad organizada, nos ha bastado el procedimiento especial de tramitación compleja para eso, pero es viable, hay que ver las necesidades de cada caso y las posibilidades también.

ENTREVISTADORA: Desde su experiencia, ¿usted en algún momento ha visto que se ha utilizado o con qué frecuencia se ha utilizado la intervención telefónica como herramienta para la investigación de delitos de corrupción y, en especial, para la investigación del delito de tráfico de influencias?

ENTREVISTADA: No, no conozco absolutamente ninguna porque tendríamos que estar en el supuesto de, lo que comentamos antes, entonces no he visto ninguno, habría que cuestionarse la utilidad, verdad, las intervenciones te pueden dar muchísimas sorpresas, dependo de cuando la pego, si el delito uno puede pensar que está, hace cuánto se dio el delito, si se está dando todavía, podría dar elementos importantes, podría ser que no también, verdad, a veces la gente ya no se habla por teléfono, la gente es muy cuidadosa, entonces no se trata simplemente de que tengo la herramienta, entonces la voy a pegar. Como cuando ocurrió en homicidios, verdad, que se dio para los homicidios, entonces ya no se quiera investigar y por todo queríamos ir a pegar el teléfono, verdad, entonces no se trata de ir a esa diligencia como

la principal, porque una declaratoria de criminalidad organizada me abre esa posibilidad, es ver cuáles son los otros recursos que tengo y si necesito y tengo razones suficientes para que eso sea justificado, proporcional, razonable, de todas forma siempre hay que justificarle mucho al juez, el trámite de pedirle la intervención es un trámite de control interno aquí en la fiscalía pasa, por aquí se revisa, lo tiene que revisar el adjunto, digamos, tiene un procedimiento que lo que pretende que cuando se pida se dé, verdad, porque es muy feo que uno pida una intervención y se la rechacen, pero tendría uno que justificar muy bien y ver qué otros elementos tengo, bueno ya me declararon los testigos, tengo rastreos telefónicos, tengo depósitos bancarios, bueno, necesito o no necesito la intervención telefónica. Por supuesto que los imputado de nosotros en estos delitos y los de cierto nivel sobre muy muy alto nivel se cuidan muchísimo, verdad, ya la gente no habla tanto por teléfono o no habla de la manera tradicional, o utiliza muchísimo el whatsapp, ehh, ahora hay otros, muchísimos medios para comunicarse, que la gente piensa que pueden dejar menos rastro. Por supuesto, que siempre tenemos el imputado que piensa que nunca lo van a aprehender y que nunca se va a enfrentar a un proceso y podría tenerlas, pero eso hay que valorarlo en cada caso concreto, podría ser muy útil, podría ser que no, hay que cuestionarse por cuanto intervenir un teléfono, cuántos teléfonos pego, verdad, porque esa parte operativa también tiene el control y genera muchísimo trabajo y un costo.

ENTREVISTADORA: ¿Está de acuerdo con la normativa que regula la intervención de comunicaciones en relación con los delitos de corrupción en la función pública o realizaría alguna reforma al respecto?

ENTREVISTADA: Bueno, yo no sé porqué se dispuso solo para algunos delitos, como que yo diga que los allanamientos van a ser solo para ciertos delitos, ahí lo que hay que justificar si la petición que se le hace al juez, es razonable, proporcional, entonces, darlo a un procedimiento como criminalidad organizada que uno puede pensar que se va a requerir casi siempre por sus propias características y para solo algunos delitos el homicidio, el secuestro. Bueno, uno podría pensar es muy desproporcional pedirla para una agresión con arma, verdad, voy a poner un ejemplo drástico, pero, este, también limitarla a ciertos delitos, tendríamos que entender y conocer qué es lo que pensó el legislador para que fuera únicamente para algunos, pero podría ser que surgiera la necesidad de utilizarlo de esa forma razonable y justificada para investigar otro tipo de hechos que fuera una buena posibilidad. Por supuesto que tenemos

las limitaciones que nos dio el legislador, de dónde vinieron o porqué se crearon, verdad, que si solo para drogas, para secuestros. Yo trabaje esa materia y uno vivía sin la intervención telefónica porque ocupábamos inmediatez, porque se estaba tutelando la vida de una persona, porque las decisiones se toman muy rápido y si uno tiene el teléfono, uno necesita estar al tanto de todo, bueno, se justifica en un homicidio para investigación, sí, bueno, solo para homicidio calificado. Bueno, uno dice porqué para el calificado y no para el simple, pero bueno, son los cuestionamientos que uno se hace, pero como herramienta puede ser muy útil, pero yo si yo siempre me he cuestionado porqué solo para algunos, ¡que es muy invasivo! Bueno, es tan invasivo como el allanamiento, que lo diga la gente cuando uno entra a la cinco de la mañana, a las seis y uno les toca la parte, ¡eso es bastante invasivo!, verdad, alguien podría pensar:“que me levanten todo el secreto bancario y se enteren de todo mi vida es bastante invasivo”, alguien podría pensar:“que se enteren de todo lo que existe en mi expediente médico”, pero depende del punto de vista.

ENTREVISTADORA: ¿Usted considera que la intervención de comunicaciones de alguna manera podría solventar las limitaciones que se tienen en este tipo de investigación de delitos de corrupción, de tráfico de influencias?

ENTREVISTADA: Bueno, mirá podría ser, ¡porque las intervenciones telefónicas hablan solas! Si yo lo logro pegar a un sujeto, verdad, que está hablando de cuanta gente ha llamado, que pidió un favor para mengano, de que llamo perencejo para interceder por el otro, para un nombramiento, para un concesión, bueno, que más voy a ocupar, ¡sería la prueba de oro! El asunto es cómo llegamos a tener fundamento suficiente para convencer al juez de que nos dé una intervención en ese caso, pero es en todos los delitos y en todas las diligencias que tenés que pedir al juez, pero sí puede ser una herramienta que nos permita subsanar, una persona trafica influencias y ejerce influencia sobre otro y al rato el otro accede a la influencia. Difícilmente fulanito va a venir a decir:“fulanito me llamó para que yo nombrara a Johanna y la nombré” Johanna tampoco va a venir, porque es la que recibió la ventaja de la influencia, entonces a veces esas posibilidades hay que explorarlas todas, para ver qué podemos obtener y yo creo que en la lucha contra la corrupción nosotros deberíamos tener todas las posibilidades abiertas porque es un fenómeno que es bastante complicado, verdad, la gente ya se está motivando a denunciar, pero siempre hay un temor y denunciamos a gente que se encuentra generalmente en una posición de bastante privilegio, no pensemos, bueno,

pensemos incluso en el policía que pide la mordida en la calle verdad y la persona se sienta muy molesta de este corrupto que me cobró, que me pidió, verdad, que me pidió una dádiva y que la gente se sienta temerosa de lo que puede hacer un policía, pero cuanto más cuando estamos hablando de otros niveles donde hay gente involucrada de muy altísimo nivel, de los sacros poderes de la República y que se han desempeñado en la función durante muchísimo tiempo, que tienen contactos, que se deben favores, verdad, entonces yo creo que toda esa estructura de poder que está ahí y lo que uno ha visto que para proteger al que está arriba, hay cien que están en otros niveles dispuestos a poner su cabeza para proteger a esa persona, pues uno entiende que si hay una estructura de poder, que si uno se enfrenta a ella solito puede es lógico que la gente piense que tiene las de perder, entonces nadie quiere ser un mártir, ni nadie quiere ser Juana de Arco y morir ahí crucificado. Ahora está de moda que alguien denuncia y viene otra persona y dice: “yo también, y yo también”, pero yo diría que a raíz de los últimos casos y de los cambios que hubo en el Poder Judicial y de todo esto que conocemos todos, pero antes no era tan fácil pensar, entonces yo sí creo que hay que agotar todas las posibilidades porque es un delito que carcome y carcome a toda la sociedad. Ahí no tenemos una víctima, todos pagamos las consecuencias de un acto de corrupción, entonces yo pienso que si se debe luchar con la mayor cantidad de armas que se valdría cuestionarse porqué no, solo si está declarada como de criminalidad organizada, pero hay otros delitos que permiten la intervención sin esa declaratoria, entonces habría que ver.

ENTREVISTADORA: Esa sería toda la entrevista, le agradezco mucho, que tenga buenas tardes.

ENTREVISTADA: Con muchísimo gusto, buenas tardes.

## Entrevista 4

Duración 13:32, realizada el 12 de marzo de 2019.

## Datos personales

Nombre: José Ángel Peñaranda Chaverri

Ocupación: Fiscal de Narcotráfico del Ministerio Público, 14 años de experiencia.

Masculino ( x )   femenino ( )

Entrevistadora: Johanna Rodríguez Acosta

ENTREVISTADORA: Buenas días mi nombre es Johanna Rodríguez Acosta, en este momento me encuentro en proceso de elaboración de la tesis para optar por el grado de máster en la UIA, bajo el título “Implicaciones probatorias que genera la falta de intervención de comunicaciones en el delito de tráfico de influencias. En razón de ello, el día de hoy voy a efectuar una entrevista con el Fiscal José Ángel Peñaranda Chaverri, quien en este acto ha consentido la grabación de su voz para efectos de esta entrevista.

ENTREVISTADORA: ¿Qué cargo ocupa actualmente?

ENTREVISTADO: Actualmente ocupo el cargo de Fiscal Auxiliar en la Fiscalía de Narcotráfico.

ENTREVISTADORA: ¿Cuánto tiempo tiene de ser fiscal?

Entrevistado: Aproximadamente 14 años.

ENTREVISTADORA: ¿En qué fiscalía se desempeña actualmente y hace cuánto tiempo?

ENTREVISTADO: Actualmente estoy en la Fiscalía de Narcotráfico y Delitos Conexos, bueno esa fiscalía se creó hace aproximadamente menos de 8 meses, anterior a ello, se llamaba fiscalía de Crimen Organizado y en esa llevo 9 años.

ENTREVISTADORA: ¿Ha utilizado la intervención de comunicaciones en sus investigaciones? De ser así, ¿hace cuánto tiempo ha utilizado esa herramienta y qué resultados ha obtenido de ello?

ENTREVISTADO: Bueno, la herramienta de intervención de comunicaciones podría decirle que con mucha más cotidianidad la uso desde hace casi 9 años, cuando ingresé por primera vez a la Fiscalía de Narcotráfico y Crimen Organizado, y puedo decir que es muy regular en las investigaciones que nosotros efectuamos emplear esta herramienta de investigación. Podría decirle que el resultado que he obtenido al día de hoy, si se interpreta de alguna manera, es positivo, el tema del empleo de la herramienta como herramienta de investigación.

ENTREVISTADORA: ¿Qué utilidad práctica tiene la intervención de comunicaciones como medio de prueba?

ENTREVISTADO: Vea, en realidad desde el punto de vista jurídico tiene ciertas limitaciones, y no se puede emplear, como usted bien lo sabe, en todas las investigaciones, por lo menos hay un catálogo de delitos que, en nuestro caso en particular, nos habilita, el tema del narcotráfico, legitimación de capitales, temas de sicariato y yo podría decir que prácticamente la herramienta de la intervención de comunicaciones es un tema que si se utiliza en debida forma, genera buenos réditos en las investigaciones. Pero desde el punto de vista práctico es útil, es pertinente, es propia de propia de estructuras criminales, para atacar estructuras criminales, emplear esta herramienta y este, si se utiliza bien, se puede utilizar como insumo para determinar comportamientos de los imputados. Además de esclarecer los delitos, propiamente los contactos entre miembros de organizaciones, verificaciones de puntos de reunión, ubicación y ubicación puntualmente de los imputados. Porque una cosa es el análisis de los rastreos telefónicos, donde usted venir y establecer en debida forma donde se encuentra un imputado, donde se está dando una situación concreta, que con una intervención de comunicaciones también acreditar en debida forma que el sujeto o la persona, pues está empleando el teléfono en cierto punto para establecer contactos entre las personas en particular, entonces me parece que desde el punto de vista práctico es un medio de prueba eficiente todavía en Costa Rica.

ENTREVISTADORA: Desde su experiencia, ¿qué limitaciones ha logrado identificar respecto a este medio probatorio?

ENTREVISTADO: Bueno, el primero de todos me parece que es desde el punto de vista de tecnología, de aplicación de tecnología. La intervención de comunicaciones en nuestro país,

se limita a derechos telefónicos pues únicamente, yyy algunas compañías que tienen, pues, eh, ciertas limitaciones. Con la creación del Centro de Intervenciones de las Comunicaciones del Poder Judicial se ha soslayado algunos bemoles, la grabación continua, el acceso informático a las comunicaciones de manera inmediata, formatos más versátiles para poder los jueces acceder en debida forma, pero tiene las limitaciones que como elemento de prueba o medio de prueba, es una prueba indiciaria y ocupamos darle contenido. Entonces la principal limitación no es la herramienta en sí o lo que genera esa herramienta que es prueba indiciaria, sino lo que se puede hacer desde el punto de vista de investigación por parte de los oficiales a cargo, por ejemplo, de verificar los eventos, de darle vigilancias, a través de secuestro de documentos, a través de ciertas actuaciones que solo en lo que argot lo conocemos... “en la calle”, se puede derivar, entonces, es una herramienta que como medio de prueba es importante, es un medio de prueba importante como prueba indiciaria, ¡pero es eso!, ¡prueba indicaria!, si no le damos contenido con algunas otras diligencias de investigación, estaríamos ante una prueba que se vuelve nula o nugatoria y un esfuerzo de vulnerar derechos fundamentales de manera innecesaria o intrascendental, por lo menos en las investigaciones.

ENTREVISTADORA: ¿Cuál es su criterio respecto a que sean los jueces quienes tengan a cargo la escucha de las comunicaciones?

ENTREVISTADO: Es un tema bastante interesante, porque desde el punto de vista constitucional está reservado a ellos este privilegio, si usted me lo pregunta me parece que es poco práctico desde la perspectiva de investigación. El juez no es el que conoce la calle, si yo les estoy pidiendo a los policías que están en la calle que se mantengan al tanto, obviamente, ellos son los primeros que deducen alguna información, que saben de qué tema están hablando muchas veces y el juez lo que hace, por decirlo así, pues crear una barrera entre lo que se puede captar realmente del insumo de la intervención, a lo que realmente se pueda aprovechar. Sin embargo, ehh, me parece que un juez informado, un juez que tenga ese contacto directo con la policía constante, eso depende mucho de los fiscales, porque somos nosotros quienes llevamos la dirección de la investigación y quienes debemos crear el contacto en este momento con los jueces, siendo ellos los que están por imperio de ley facultados para hacer la escucha, bueno, y alguna circunstancia, la Sala Constitucional que ha autorizado a oficiales de investigación a atender la escucha, pero que sea el juez quien en

primera instancia quien realiza, pues tiene sus límites, que pueden ser soslayados, como le decía ahorita, por esa dirección de investigación que nosotros hacemos, que es crear un contacto directo con el juez, retroalimentarlo, darle los insumos de la investigación para que pueda entender las conversaciones, es más, hacerle ver cuál es la interpretación que la policía hace de ciertos contactos, de ciertos diálogos, de ciertas palabras, para poder con ello, pues transmitir la información. Pero si usted me lo pregunta de manera directa, mi criterio sería es que no es necesario que un juez realice la escucha, que sea un contralor si se quiere, pero que no realice la escucha, porque de algún modo retrasa la adquisición del conocimiento que genera o que se pretende con una intervención de comunicaciones, que es en tiempo actual, en tiempo real poder establecer dinámicas, ubicaciones, movimientos y demás circunstancias que derivan de una acción delictiva.

ENTREVISTADORA: ¿Qué consideraciones podría referir acerca de la actualidad o vigencia de la intervención de comunicaciones como medio probatorio?

ENTREVISTADO: Ese es otro tema importante, hace 9 años acá y probablemente mucho más atrás, pero se lo digamos en mi experiencia, la intervención de comunicación antes era más, un elemento de prueba más fidedigno y daba más elementos para establecer responsabilidad, participación de los imputados. Por ejemplo, en la que, en el tema de drogas, en lo que de manera más cotidiana he tenido contacto, antes los imputados hablaban más de los contactos, decían en las llamadas, en las comunicaciones puntos de reunión, usaban un lenguaje cifrado más decantado a describir de manera descriptiva de que elemento o tipo de droga hablaban, de qué tipo de transporte hablaban. Ahora la tecnología ha permitido y ha diversificado a tal punto, que en realidad lo que nosotros captamos y como le decía, eran solo los derechos telefónicos y los mensajes sms de texto, podemos establecer de manera concreto, ha desplazado los medios de comunicación. Ahora los imputados usan desde whatsapp, que ya con eso eluden las investigaciones y todas estas plataformas de internet que permiten comunicación, hasta los vídeo juegos por ejemplo, que se juegan en línea y tienen los chats en línea sin que nosotros podamos intervenir y a través de vídeo juegos es que se contactan, de correos electrónicos que no le dan contenido. Entonces toda esta serie de medios que la tecnología ha permitido de comunicación son empleados por las organizaciones criminales y con ello pues, le quita vigencia a la intervención de comunicaciones. Sin que al día de hoy, por lo menos, desde el punto de vista como fiscal puedo decirlo, desmerite que el uso de la

intervención de comunicaciones permita esclarecer delitos, pero que la tecnología ha avanzado a tal punto que ocupamos avanzar nosotros en esa intervención, también es necesario, bueno y es un tema que quedará para futuras generaciones, pero que es necesario tomar en cuenta porque, eh, se puede volver obsoleta la herramienta frente a la tecnología que emplean grupos criminales.

ENTREVISTADORA: Desde su perspectiva, ¿considera útil esta herramienta para las investigaciones de corrupción en la función pública?

ENTREVISTADO: Sí, en realidad para mí, el tema de la intervención de comunicaciones como herramienta de investigación es útil, obviamente ponderando y sopesando el tema de que la vulneración de un derecho fundamental como el ámbito de intimidad que es explícito, que se da en una intervención de comunicaciones, debe sopesarse sobre el tema del tipo del delito o la magnitud. De hecho por eso está en reserva de ley está el catálogo de delitos es pues taxativo de los que se pueden intervenir o intervenir, realizarse una intervención de comunicaciones, pero lo cierto es que en la función pública, a mí me parece que son de los delitos más graves, crean de hecho una imagen de deterioro de la sociedad y en ese tanto, claro que en los delitos de corrupción en la función pública, debe ser la herramienta de intervención, un medio que se autorice de manera fehaciente casi para todo el catálogo si me lo permite decir.

ENTREVISTADORA: ¿Considera usted que el fenómeno de la corrupción amerite una reforma respecto a la procedencia de la intervención de las comunicaciones en aquellos delitos que no encuadren dentro del concepto de crimen organizado?

ENTREVISTADO: Sí, de hecho la reforma, como usted me lo pregunta, es un tema bastante interesante, con la nueva ley, la 9481 sino más no preciso, que es la de jurisdicción especializada en crimen organizado, se crean unas variaciones en el paradigma de lo que es el concepto de crimen organizado para acceder a la intervención, y de hecho la intervención de comunicaciones es una herramienta que solo va a versar y a verse solo este tema en particular en esa jurisdicción creando un conflicto ya eventualmente con la ley de jurisdicción penal de hacienda, la que conoce los delitos funcionales. Porque estaríamos diciendo que cada vez que se determine o se necesite una intervención de comunicaciones en un delito de corrupción, deberá no verse en la ley de jurisdicción de hacienda sino en la jurisdicción especializada

porque la ley nueva, la ley de jurisdicción de crimen organizado tiene un fuero de atracción mayor y además, porque se necesita una declaratoria a través de la Fiscalía General, una declaratoria de crimen, una pretensión de competencia para poder acceder a esa categoría, eso pues incide en una reforma que debe valorarse para los delitos funcionales. Lo segundo, es que me parece como bien atina en su pregunta, que los delitos de corrupción, no ameritan en todo caso ser catalogados de crimen organizado para necesariamente acceder a la herramienta. Me parece que la gravedad, la credibilidad, la probidad de la función pública en sí, demerita, ya que la afectación al bien jurídico, que es la confianza que todos los ciudadanos tenemos en quien ejerce un cargo público, debe versar o sopesarse para versarse en contra del ámbito de intimidad y con ello la utilización de la intervención de comunicaciones. Me parece que los delitos de la función pública, por su propia naturaleza permitirían o deberían permitir, el, este, acceso de la utilización de esta herramienta para esclarecer muchos de estos delitos. Y es que me parece que se crea a nivel, no sé, legislativo, si me lo permite decir una barrera o un tope en las investigaciones en donde se pretenden penas muy altas pero no se dan las herramientas suficientes, se pretenden sanciones a quien es supuestamente corrupto, pero se le protege con una serie de pasos burocráticos como sería la limitación a este tipo de herramientas de investigación que en realidad procura impunidad por otro ámbito, entonces sí me parece útil, esta y muchas otras herramientas de investigación, en el caso a veces nos vemos limitados para utilizarlas.

ENTREVISTADORA: Bien, muchas gracias por su tiempo, que tenga buenos días, esa sería toda la entrevista.

ENTREVISTADO: Muchas gracias.

## Entrevista 5

Nombre: Milena Brenes Brenes

Ocupación: Fiscal Coordinadora de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción, con 17 años de experiencia.

Masculino ( ) femenino ( x )

Entrevistadora: Johanna Rodríguez Acosta

ENTREVISTADORA: Buenas tardes, mi nombre es Johanna Rodríguez Acosta, en este momento me encuentro en proceso de elaboración de la tesis para optar por el grado de máster en la UIA, y en razón de ello, voy a efectuar una entrevista con la Fiscal Milena Brenes Brenes, a quien, en este acto, le saludo y además, dejo constar que ha consentido la grabación de su voz. Tenga buenas tardes licenciada.

ENTREVISTADA: Gracias Johanna buenas tardes.

ENTREVISTADORA: Licenciada, ¿qué cargo ocupa usted actualmente?

ENTREVISTADA: Actualmente soy fiscal coordinador en la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anti Corrupción.

ENTREVISTADORA: ¿Cuánto tiempo tiene de ser fiscal?

ENTREVISTADA: De ser fiscal tengo los últimos 7 años y los mismos han sido como fiscal coordinadora. Antes fui fiscal auxiliar aquí mismo en la Fiscalía de Delitos de Corrupción, se llamaba Fiscalía de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios en aquel tiempo y en total han sido 17 años de ser fiscal.

ENTREVISTADORA: ¿Cuenta usted con alguna especialidad en materia anti corrupción?

ENTREVISTADA: Sí, tengo, bueno tengo la maestría en derecho penal y tengo una especialización de la Universidad de Salamanca. Tuve la oportunidad de asistir a esa especialización en materia de corrupción y régimen sancionatorio.

ENTREVISTADORA: ¿Se ha utilizado, desde su experiencia, la intervención telefónica como herramienta para la investigación de delitos de corrupción y en especial, del delito de tráfico de influencias?

ENTREVISTADA: Sí se ha utilizado, pero sí considero que no en la medida en la cual se podría haber utilizado más. Pero sí se ha utilizado.

ENTREVISTADORA: ¿Usted dentro de sus investigaciones en algún momento ha utilizado la intervención de comunicaciones?

ENTREVISTADA: Sí, yo he tenido a cargo dos casos específicos donde se ha utilizado esos, ese método de investigación, sí previo a la utilización, me parece importante mencionarlo, debe solicitarse la declaratoria de crimen organizado para poder en una causa de corrupción anticipar la intervención telefónica.

ENTREVISTADORA: En esos dos casos que usted indica que ha utilizado este medio probatorio en sus investigaciones, ¿podría usted indicarme cuál ha sido el resultado que usted ha tenido de esas investigaciones?

ENTREVISTADA: En términos generales, porque ambos casos están pendientes de audiencia preliminar, puedo decir que en uno de ellos fue sumamente exitoso, el delito que se investigaba era el tráfico de influencias, a raíz de esa intervención telefónica se logra determinar la participación de al menos cuatro personas, se solicita la declaratoria de crimen organizado, como lo dije anteriormente, y aunado a ello se solicita la intervención. Gracias a esta intervención se pueden dar seguimientos donde precisamente los imputados se reunían, se logra también con esta intervención tener prueba suficiente que los vincule a ellos en una colusión de que actuaban en común acuerdo y también, gracias a esta intervención se logra hacer el operativo final, que incluso, se hace allanamientos y detenciones, lográndose incluso la prisión preventiva.

ENTREVISTADORA: ¿En esa investigación propiamente se logra determinar la influencia ejercida por parte de los imputados?

ENTREVISTADA: Sí, claro, se lograba determinar por medio de esa intervención telefónica, por lo menos el contacto que existía entre los imputados para lograr obtener un beneficio procesal.

ENTREVISTADORA: ¿En algún momento le ha tocado a usted conocer de alguna investigación donde se haya solicitado la intervención, pero se haya rechazado por parte del Juzgado Penal de Hacienda?

ENTREVISTADA: Sí, también dentro de mis funciones como fiscal coordinadora, he colaborado en la revisión de solicitudes de intervención telefónica con la finalidad de ayudar a los fiscales auxiliares. Si bien es cierto, ellos tienen la dirección del caso, nosotros les damos una guía y revisamos diferentes tipos de solicitudes para mejorar si se puede la misma. Conocí un caso específico de una compañera fiscal auxiliar, ella solicitó la declaratoria de crimen organizado y la intervención telefónica y la misma fue rechazada, aduciendo que no era criminalidad organizada. Entonces, partiendo de esa situación, ya no podíamos plantear la intervención telefónica.

ENTREVISTADORA: Debido a ese rechazo, usted considera, si ese rechazo de esa intervención, ¿incidió de alguna manera en el resultado de esa investigación?

ENTREVISTADA: Sí, claro, generalmente es una delincuencia que todos los preparativos y todo el delito se desarrolla por medio de reuniones y comunicaciones telefónicas, por lo que al momento de que nosotros recibimos el rechazo de esa solicitud, la causa quedó completamente ayuna de prueba, no podíamos demostrar que estas personas se reunían, que conformaban un grupo organizado, que se dedicaban a una delincuencia de hechos de corrupción, en ese sentido, tráfico de influencias y cohechos. E incluso, fue para nosotros imposible demostrar que existiese una colusión tanto entre imputados como las personas que se pretendían intermediar para cometer el delito.

ENTREVISTADORA: En ese caso, retomando una de las preguntas que ahora estábamos haciendo, en el caso que usted indica que fue un caso exitoso precisamente por el medio probatorio que se utilizó, ¿nada más usted podría decir en qué estado está ese expediente?

ENTREVISTADA: Ese caso, como lo mencioné anteriormente, está pendiente de desarrollarse la audiencia preliminar, ese caso fue acusado completamente, es un caso grande, se compone de tres momentos y cada hecho específico, se configura un delito, por lo que son tres delitos.

ENTREVISTADORA: Para finalizar, ¿usted considera desde su perspectiva, como fiscal en materia anti corrupción, si la utilización entonces de la intervención telefónica podría generar resultados más favorables en las investigaciones que ustedes llevan en la Fiscalía de Probidad, por delitos de corrupción y en específico, del delito de tráfico de influencias?

ENTREVISTADA: Sí, por supuesto, como lo dije anteriormente, es una herramienta eficientísima de investigación, es importante también, y sería muy importante y de utilidad, que se tomase en cuenta practicar este tipo de investigaciones y utilizar la intervención telefónica, pese a que no se nos dé la declaratoria de crimen organizado. La declaratoria de crimen organizado ha sido la práctica de la fiscalía, primero interponer la solicitud de la declaratoria para luego solicitar la intervención. En algunas ocasiones se hace en conjunto en la misma audiencia o en el mismo estado procesal, pero si es evidente que, si nos rechazan la declaratoria de crimen organizado, no podemos realizar esa intervención telefónica. ¿Por qué es el interés de nosotros de poder desarrollar estas investigaciones en delitos de corrupción solo con la intervención telefónica? Porque en muchos casos no se reúnen los requisitos para hablar de delincuencia organizada, los requisitos de delincuencia organizada están establecidos por ley y la intervención telefónica también, entonces, ambos, cumplir ambos requisitos en algunos de los casos, no es posible, sea porque no tenemos el número de imputados identificados de manera preliminar o sea porque los hechos en una primera fase, no podríamos decir, que se trata de delincuencia organizada, que es específicamente por el quantum de la pena o por el delito que se investiga.

ENTREVISTADORA: Está bien, muchísimas gracias, licenciada, por este tiempo, que tenga buenas tardes.

ENTREVISTADA: Gracias.