

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS**

**TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO
DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**ANÁLISIS DEL TIPO PENAL PREVISTO EN EL
PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 52 DE LA
LEY N° 8422, TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y
PROPUESTA DE LEGE FERENDA.**

INGRID CHANG CASTRO

2019

CONTENIDO

RESUMEN.....	6
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN.....	7
Objetivos.....	8
Objetivo general	8
Objetivos específicos	9
Justificación.....	10
Extractos del Digesto de jurisprudencia del Poder Judicial, sobre el Tráfico de influencias.	11
Antecedentes.....	19
Convención Interamericana Contra La Corrupción.	19
Expediente Legislativo N° 13.715.....	21
Proyecciones.....	23
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	24
El Bien Jurídico como herramienta hermenéutica de los tipos penales.	24
Concepto.....	24
Definición de Bien Jurídico.....	29
Votos relevantes de la Sala Constitucional sobre el Bien jurídico.	29
Los Bienes jurídicos tutelados en el Tráfico de influencias (párrafo primero del artículo 52, Ley N. 8422).....	30
El bien jurídico: principio constitucional de probidad.	34
Definición legal del deber de Probidad.	36
El bien jurídico: acceso en condiciones de igualdad y vías regulares a la Administración Pública.	38

El bien jurídico: el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sustentado en los principios de imparcialidad y objetividad.	43
El tipo del Tráfico de influencias (párrafo primero del art. 52)	48
El Tipo objetivo del Tráfico de influencias.	48
La acción típica.	48
El prevalimiento.	52
Las modalidades de prevalimiento.	54
Las situaciones de poder falsas y verdaderas.	62
El Tráfico de influencias: delito de mera actividad.	63
El Tráfico de Influencias: delito intencionado o de “tendencia interna trascendente”	66
El Tráfico de influencias: delito de peligro abstracto.	67
Imposibilidad de Tentativa en el Tráfico de influencias.	71
Sujeto activo:	74
Objeto o sujeto sobre el cual recae la acción típica.	78
Los elementos típicos en el delito de Tráfico de Influencias.	82
Elementos normativos.	82
Servidor público.	83
Nombramiento.	84
Adjudicación.	85
Concesión.	86
Contrato.	88
Acto Administrativo (propio de las funciones).	88
Resolución (propia de las funciones).	90
Elementos descriptivos.	98
El Tipo subjetivo del Tráfico de Influencias.	99

El Dolo.....	99
El elemento cognoscitivo del dolo.....	99
El elemento volitivo del dolo.	100
Elementos esenciales del acto volitivo doloso.	101
Las formas de Dolo en el Tráfico de influencias.....	102
El dolo directo en primer grado.....	102
El dolo directo en segundo grado.	103
El dolo eventual.....	104
Especiales elementos subjetivos de la autoría:	110
El beneficio económico.	111
La ventaja.	114
Error de tipo.....	117
Autoría y Participación Criminal en el Tráfico de influencias.	120
Clases de autoría.....	120
Autoría directa o inmediata.	120
La Autoría Mediata.	123
La autoría mediata en sentido estricto.	125
La autoría mediata en sentido amplio: figura del “autor detrás del autor”.	126
Diferentes formas de instrumentalización en el Tráfico de influencias.....	127
Instrumento que actúa bajo un error de tipo.	127
Instrumento que actúa bajo un error de prohibición.....	128
Instrumento que actúa conforme a derecho.	129
Instrumento que actúa coaccionado.....	129
Instrumento que actúa en aparatos organizados de poder.....	130
La Coautoría	131

Participación Criminal.....	132
El instigador.....	134
El cómplice.....	136
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	137
Planteamiento Problema Cualitativo.....	137
Diseño/ Método:	139
Muestra Investigación.....	140
Unidades de análisis:	140
Instrumentos	140
Procedimiento para la recolección de datos.	141
Método de análisis	141
CAPÍTULO IV: ANALISIS DE RESULTADOS	142
Entrevistas	142
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	147
REFERENCIAS	161
ANEXOS	164
Entrevistas:	164

A mi hija Daniela, a mis padres y a Fernando.

RESUMEN

La presente tesis se titula “Análisis del tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la ley N° 8422, Tráfico de influencias y propuesta de *lege ferenda*”, y se divide en cinco capítulos. En el primer capítulo, exponemos la inutilidad persecutoria de dicho tipo penal, previsto en el artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, denominado Tráfico de influencias, con fundamento en los registros del Digesto de jurisprudencia del Poder Judicial; según esta oficina los casos denunciados en su gran mayoría han fenecido por desestimaciones. Actualmente no hay ninguna persona condenada por este delito. En el segundo capítulo, que es el núcleo central de la tesis, de forma sistemática y a la luz de la Teoría del Delito, descomponemos, analizamos y detectamos las deficiencias del tipo penal del Tráfico de influencias, y en consecuencia, las propuestas de modificación legal del tipo penal. En el tercer capítulo, indicamos los elementos del enfoque cualitativo según la Metodología de Investigación del Dr. Roberto Hernández Sampieri. En el cuarto capítulo, se presentan los análisis de resultados de los especialistas entrevistados. En el quinto capítulo, aportamos las conclusiones de la investigación y la propuesta concreta de “*lege ferenda*”.

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

Resulta incontestable la inutilidad persecutoria del tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N.8422, denominado Tráfico de influencias. En efecto, según consta en los registros judiciales respectivos y luego de transcurridos catorce años desde la aprobación de la citada Ley, no existe a la fecha ninguna sentencia judicial en la que algún servidor público o particular, haya sido condenado por dicho ilícito. Los casos denunciados por tráfico de influencias, han fenecido con resoluciones favorables a los imputados, en su gran mayoría, desestimaciones.

Los delitos funcionales representan un fenómeno actual de mucha importancia, por la grave afectación que ocasionan al funcionamiento del Estado y a la sociedad costarricense. Igualmente genera un evidente quebrantamiento de los principios de legalidad, eficacia, economía, y eficiencia de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, lo que implica además un manifiesto irrespeto al deber de probidad y desviación de los intereses generales de la Administración Pública.

Con la actual situación social, económica y política que afronta el país, estamos viviendo situaciones que afectan nuestra paz social, ya que se ha cuestionado públicamente la falta de probidad de muchos servidores públicos, generándose así desconfianza y desestabilización en nuestro sistema democrático.

Actualmente el fenómeno criminal que está a la base del Tráfico de influencias, ha adquirido su mayor auge y notoriedad, al multiplicarse las denuncias penales ante el Ministerio Público, por casos de corrupción en general; éstas se encuentran en etapa de investigación penal preparatoria. El fondo del asunto se contrae a la decisión política de mantener el tipo penal aludido, tal y como está redactado, o si, por el contrario, debemos optar por su modificación estructural, para lograr las aspiraciones político criminales, que sustentaron su creación legislativa.

Objetivos

Objetivo general

Determinar a la luz de la Teoría del delito, las posibles incongruencias sistémicas, deficiencias estructurales y oportunidades de mejora, en el tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que dificultan una eficiente persecución penal, y en consecuencia, formular una propuesta de “*lege ferenda*” o modificación legal, que facilite la realización de los objetivos político criminales que dieron vida a este tipo penal.

Objetivos específicos

1. Determinar las deficiencias estructurales del Tráfico de influencias.
2. Identificar la existencia de incongruencias sistémicas de este tipo penal.
3. Formular una propuesta de "*lege ferenda*", que facilite la persecución penal del Tráfico de influencias.

Justificación.

A la fecha la jurisprudencia penal, demuestra que el tipo penal del tráfico de influencias, carece de utilidad persecutoria, por lo que resulta urgente y necesario descubrir las deficiencias técnicas en su construcción legislativa, para proponer en consecuencia, las mejoras legales correspondientes.

Nos parece de suma utilidad tener como referente a la doctrina y jurisprudencia españolas, al presentarse inconvenientes u obstáculos similares de aplicación de un tipo penal parecido al patrio, sin olvidar –dicho sea de paso- la inexistencia de bibliografía nacional sobre este delito, en nuestro país. Efectivamente, los autores españoles coinciden en su nula aplicación, por lo que igualmente han propuesto modificaciones, que permitan la persecución penal y aplicación del delito, a prácticas o conductas casi idénticas a las del tipo base del párrafo primero del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Los servidores públicos que delinquen a diario prevaliéndose de la investidura o facultades propias del cargo, gozan a la fecha de una impunidad casi absoluta, lo que se traduce en la desestabilización de nuestros principales sistemas; político, financiero, económico, social, entre otros. En pocas palabras, la tipología de corrupción objeto de nuestra investigación, trastoca los pilares de nuestro sistema republicano. Como demostraremos a lo largo de la presente tesis, la convención y la legislación que promueven la persecución y castigo del tráfico de influencias, se han convertido en otro símbolo más del Derecho Penal, es decir, en un instrumento que procura aplacar la alarma social. Por ello, es que resulta a todas luces justificable una reforma legislativa, que permita o facilite el castigo de este delito, en especial por el largo periodo de prueba, al que fue sometido, sin resultados positivos.

La impunidad de este fenómeno criminal, es un lujo que un país como el nuestro no puede darse, en especial, cuando resultaba más que previsible la dificultad de aplicación del tipo penal de comentario, dados sus contornos difusos y teñidos de subjetivismo. El buen o correcto funcionamiento de la Administración Pública, es decir, su imparcialidad y objetividad, así como el acceso en condiciones de igualdad para todos los administrados, ha

de tutelarse o protegerse penalmente, de la mejor manera posible. Por otro lado, si no existe una disuasión eficiente, para que los operadores estatales cumplan a cabalidad con los deberes y funciones propias del cargo, será indefectible el deterioro progresivo de la Administración Pública, hasta convertirla en un aparato fallido y corrupto.

Extractos del Digesto de jurisprudencia del Poder Judicial, sobre el Tráfico de influencias.

La gran mayoría de los casos denunciados por tráfico de influencias, han fenecido con resoluciones favorables a los imputados; su mayor porcentaje lo representan las desestimaciones. Como antes se adelantó, no existe a la fecha una sola sentencia judicial en la que algún servidor público, haya sido condenado por este ilícito.

A manera de ilustración, y para conocer las razones de fondo, que fundamentan las resoluciones favorables para los procesados por el delito de tráfico de influencias, transcribimos seguidamente los siguientes votos de la Sala de Casación Penal:

Voto: 1163-11 MATERIA: Penal AÑO: 2011 Tema General: TRÁFICO DE INFLUENCIAS Tema Específico: Elementos del tipo penal Subtema: NO TIENE Extracto: “Único. - [...] Lleva razón el gestionante, del estudio de los autos se desprende que la acción desplegada por C. no configura el delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 8422. De acuerdo con los lineamientos de esta Sala (Sentencia No. 2009-0060, de las 09:00 horas, del 30 de enero de 2009), para que éste delito se dé es necesario que: **i) La acción del sujeto activo sobre la libertad del sujeto pasivo, debe ser una intromisión de tal grado que logre imponer su voluntad sobre él. ii) El agente debe valerse de una relación jerárquica o personal, que comprometa la voluntad del funcionario público. iii) La influencia en el**

funcionario debe tener como finalidad la generación de beneficios económicos o ventajas indebidas (contrarios al ordenamiento jurídico), ya sea para quien influye o para un tercero. En este caso **no están presentes estos elementos**, en primer lugar, porque **el entonces diputado C. no llegó a imponer su voluntad sobre el funcionario, ni se valió de un cargo jerárquico para ello. Por el contrario, del contenido y la forma de la misiva (folio 15) se desprende claramente que su objetivo no era impositivo, sino más bien informativo.** Dicho de otra manera, C. simplemente comunicó al Ministerio Público la existencia de varios informes técnico-jurídicos dictados por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, que podían ser de interés para sus funciones legales. Por último, dicha comunicación, lejos de buscar un beneficio o un enriquecimiento contrario al ordenamiento jurídico, lo que pretendía era la correcta aplicación del derecho, según lo resuelto por dichos órganos contralores. Así las cosas, siendo adecuadas y suficientes las razones expuestas por el Fiscal General de la República, atendiendo al artículo 395 del Código Procesal Penal, se acoge solicitud de desestimación formulada por el Ministerio Público y, en consecuencia, se desestima la denuncia formulada contra C., por el delito de tráfico de influencias que se le atribuía.” (La negrita es suplida)

Voto: 0005-11 MATERIA: Penal AÑO: 2011 Tema General: TRÁFICO DE INFLUENCIAS Tema Específico: Delito de resultado Subtema: Inexistencia en caso de recomendaciones laborales Extracto: “I.-[...] El artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, número 8422 establece: “Artículo 52.-Tráfico de influencias. Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde

u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro. Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior. Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, o del Tribunal Supremo de Elecciones, del contralor o el subcontralor generales de la República; del procurador general o del procurador general adjunto de la República, del fiscal general de la República, del defensor o el defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional". Como se desprende de la norma transcrita, la intención del legislador es castigar a quien influya en un servidor público para que: "haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones," de forma tal que genere un beneficio económico para sí o un tercero. **Como acertadamente lo señala la representante del Ministerio Público la conducta penalizada es aquella que provoque un resultado concreto, así como que la misma sea capaz de influir a un funcionario para que tome un acto administrativo determinado.** Conviene señalar lo establecido en los numerales 21, 22 y 87 del Estatuto de Servicio Civil, ley número 1581. El numeral 21 indica: "La selección de los candidatos elegibles para servidores públicos comprendidos por esta ley corresponderá a la Dirección General de Servicio Civil de acuerdo con lo que disponen los artículos siguientes." Por su parte el artículo 22 reza: "La selección se hará por medio de pruebas de idoneidad a las que se admitirá únicamente a quienes satisfagan los requisitos que establece el capítulo IV. Para la preparación y calificación de las pruebas la Dirección General deberá requerir el asesoramiento técnico de los organismos en donde ocurran las vacantes, cuyos jefes estarán obligados a darlo. Podrá también la Dirección General asesorarse de otros organismos o personas." Por último, el numeral

87 indica: “Para el nombramiento del personal técnico-docente y administrativo docente, se seguirá el procedimiento de terna que señala el Título Primero de este Estatuto y su Reglamento. Sin embargo, la elaboración de las bases y promedios para la selección previa tanto el personal propiamente docente, como del personal técnico y administrativo docente, estará a cargo de jurados asesores de la Dirección General de Servicio Civil. Estos jurados tendrán, además, la función de determinar la calificación mínima que, en cada concurso, se requiera para obtener calificación de "elegible". Estarán integrados por un delegado de cada una de las siguientes instituciones, asociaciones y colegios: 1) Para puestos en Pre-Escolar y Primaria: a) Universidad de Costa Rica; b) Asociación Nacional de Educadores; c) Ministerio de Educación Pública; d) Dirección General de Servicio Civil; y e) Conferencia Episcopal de Costa Rica, cuando se trate de maestros de religión. 2) Para puestos de Enseñanza Media, Especial y Superior: a) Universidad de Costa Rica; b) Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza; c) Asociación Nacional de Educadores; d) Ministerio de Educación Pública; e) Colegios Profesionales Docentes; f) Dirección General de Servicio Civil; y g) Conferencia Episcopal de Costa Rica cuando se trate de profesores de religión. Excepto el delegado de la Dirección General, los restantes deberán ser profesionales, del nivel para el cual se hará la selección de candidatos. La sede del jurado estará en el edificio de la Dirección General de Servicio Civil, salvo que, para favorecer los trámites, aquel resuelva reunirse en otro local u oficina. (Así reformado por el artículo 1 de la Ley N° 4889 de 17 de noviembre de 1971)”. Como se deduce, el trámite de nombramientos, según lo establece las normas atinentes del Estatuto de Servicio Civil y demás normativa que la complementa, es un proceso algo complejo que se divide en diferentes etapas: a) ofertas de servicio, b) orden de prelación según condiciones establecidas legalmente, c) calificación de atestados, d) ingreso a la nómina de elegibilidad, entre otros. Es decir, para ocupar un puesto en el sector educación no sólo se requiere llenar una oferta de trabajo, sino que deben superarse una serie de etapas de previo a ingresar

a la lista de elegibles y optar de acuerdo a un orden preestablecido por una plaza en forma interina o en propiedad. Por lo tanto, **la recomendación que pudiera extender la denunciada, no abona en nada el proceso al que deben sujetarse las personas interesadas para acceder a un puesto en el sector educación. En este sentido, no se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de Tráfico de influencia, razón por la cual los hechos denunciados no son típicos de la delincuencia acusada,** razón por la cual, se acoge la solicitud formulada por el Ministerio Público y se desestima la denuncia formulada contra M, actual Ministra de Economía.”
(La negrita es suplida)

Voto: 0051-10 MATERIA: Penal AÑO: 2010 Tema General: TRÁFICO DE INFLUENCIAS Tema Específico: Desestimación del delito en caso de memorando del referendo acerca del TLC Subtema: NO TIENE. Extracto: “I.- Conforme lo dispuesto en los artículos 391 y siguientes del Código Procesal Penal de 1996, se atribuye a esta Sala la competencia para tramitar el procedimiento y juzgar a los miembros de los Supremos Poderes de la República. Visto el contenido de la gestión presentada por el Lic. Francisco Dall’Anese Ruiz, en su condición de Fiscal General de la República, en la que solicita la desestimación de la denuncia interpuesta por el Diputado Oscar López Arias, contra el Diputado Fernando Sánchez Campos, en donde indica entre otras cosas que: **“...se tiene por plenamente acreditada la existencia del memorando... así como el nombre de las (sic) persona que lo confeccionó (Kevin Casas Zamora) y por el contenido del mismo pareciera derivarse la también aceptación de las ideas plasmadas por parte del aquí denunciado, Fernando Sánchez Campos... Corresponde analizar, si el haber emitido el harto mencionado documento conlleva consigo la comisión de algún hecho delictivo, así como determinar la posibilidad de haberse empleado dineros o fondos públicos en apoyo o promoción de alguna de las posiciones encontradas con relación al**

TLC...” (cfr. folio 171). Agrega, el Fiscal que **“...la misiva dirigida al Presidente de la República por parte de algunos alcaldes y alcaldesas (72) en apoyo al TLC, es de fecha 08 de junio de 2007, es decir, anterior al tantas veces mencionado memorando (lo que además evidencia su contenido, al hacer referencia la carta de los 72 alcaldes) acá denunciado, por lo que no podría considerarse esa nota como producto de presiones generadas por aquel (El cual además fue dirigido a dos destinatarios completos, siendo la prensa la que lo hizo de conocimiento público, en setiembre de 2007)...** Importante también es señalar, que en el acto público celebrado en la sede de la Conferencia Episcopal el día 14 de agosto del año 2007, el discurso del señor Presidente denominado “A Cumplir una Deuda Pendiente” visible a folios 43 a 47 del expediente, no contiene exigencias de algún tipo para con los Alcaldes, en el mismo se refiere a la gestión de éstos (aquel documento suscrito por 72 alcaldes) y a los compromisos de campaña y plan de gobierno, agradeciendo el apoyo a la aprobación del T.L.C...” (Cfr. 172 a 174). Manifiesta, que **“...no podría derivarse razonablemente (como se propone en la denuncia), que el memorando confeccionado por el señor Kevin Casas Zamora y compartido por el acá denunciado Fernando Sánchez Campos, haya tenido incidencia relevante en los eventos señalados** (carta de los 72 alcaldes, y acto público del Presidente en la sede de la Conferencia Episcopal), ni las ideas ahí plasmadas, revelan la comisión de alguna conducta delictiva” (Cfr. folios 174 y 175). Se expone con fundamento en el oficio DDA-027-01, suscrito por el Director de la División Administrativa, de la Asamblea Legislativa, MBA. Pedro Solano García, que el denunciado Sánchez Campos no utilizó bienes o servicios de la Asamblea Legislativa, o sea fondos públicos, para la promoción de alguna tesis sobre la aprobación del T.L.C. (ver folios 175 y 176). Asimismo se expone con fundamento en lo señalado por el Tribunal Supremo de Elecciones en la resolución 1957-E6-2008, que: “...determinó que no les está vedado a las y los funcionarios de instituciones del Estado, sostener discusiones y participar en labores de campaña y apoyo o rechazo al T.L.C., siempre que no se

comprometan indebidamente recursos institucionales y la inaplicación del artículo 88 del Código Electoral en los procesos de referéndum... la falta de adecuación de la conducta denunciada al artículo 153 del Código Electoral, el cual sanciona la violación a las prohibiciones establecidas en el artículo 88 de ese mismo cuerpo legal” (Cfr. folio 179). También una vez ponderados los elementos probatorios recabados se logró descartar que el Diputado Fernando Sánchez con ocasión de la consulta popular sobre el proyecto de Ley N° 16047 (aprobación del T.L.C.) hubiera incurrido en la comisión de los delitos de peculado o malversación. Finalmente, con sustento en la plataforma fáctica denunciada se determinó la falta de adecuación a alguno de los supuestos contemplados en el numeral 152 del Código Electoral (Ley N° 1536, vigente al momento de los hechos), por las siguientes razones: el Diputado Sánchez Campos no fue miembro de una Junta Receptora de Votos, magistrado o funcionario del Tribunal Supremo de Elecciones, miembro de un organismo electoral o de una Junta, Director o servidor del Registro Civil o de la Imprenta Nacional (que en cuanto a las circunstancias personales del sujeto activo resultan indispensables para tener por demostrado el tipo objetivo). Tampoco se violó la inmunidad de un miembro de Junta Electoral, ni se denunció el impedimento de un acto de propaganda o la suplantación de un fiscal de mesa, la suplantación de votantes, de adherentes, o la falsificación de adhesiones para inscribir un partido político, así como se interrumpió la votación, se cambió el local de votación, se extrajeron papeletas o se retiró material de votación durante el período establecido en el artículo 102 del Código Electoral. En lo que se refiere a lo dispuesto en el inciso r) del artículo 152 del Código ibídem, que sanciona a : “Quien, con dádivas, promesas de dádivas, violencia o amenazas compeliere a otro a adherirse a una candidatura, a votar en determinado sentido o a abstenerse de votar...”, se expone que el citado “memorando”: “...tenía como únicos destinatarios a los hermanos Arias Sánchez, consecuentemente no podría inferirse de este documento una amenaza directa para los ciudadanos en general, más bien, planteaba una especie de estrategia (cuya moralidad no está en análisis), para

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

Antecedentes

Costa Rica como Estado firmante de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se obligó a incluir dentro de su legislación, la tipificación de actos de corrupción, e imponer sanciones relevantes contra actividades, consideradas como lesivas para la gestión pública.

La Convención Interamericana contra la corrupción fue ratificada en nuestro país, por la Ley N°7670 del 17 de abril de 1997, y en fecha 31 de agosto de 1999, se tramitó en el expediente legislativo N° 13.715, el proyecto de Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

La Asamblea Legislativa aprueba la Ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública el 29 de octubre del año 2004, en la cual su artículo 52 tipifica el delito de tráfico de influencias, objeto de análisis de la presente tesis.

Convención Interamericana Contra La Corrupción.

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue suscrita en Caracas Venezuela, el 29 de marzo de 1996, entrando en vigencia hasta el 6 de marzo de 1997. Este es el primer instrumento jurídico internacional en su tipo, y propicia de forma directa algunas normas anticorrupción, que actualmente se encuentran vigente en nuestro país.

Esta Convención reconoce expresamente la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla. Los propósitos de la Convención son los siguientes:

- Promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.
- Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados 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.

La misma convención en su artículo XI, titulado “Desarrollo progresivo” se refiere en el inciso c) del numeral primero, a la tipificación del Tráfico de influencias, en sentido estricto, de la siguiente manera:

1) A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados parte estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:

c) **Toda acción u omisión** efectuada por **cualquier persona** que, **por si misma o por interpuesta** o actuando como intermediaria, **procure** la adopción, por parte de la **autoridad pública**, de una **decisión** en virtud de la cual obtenga **ilícitamente para sí, o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.** (La negrita es suplida)

Expediente Legislativo N° 13.715

El expediente legislativo que dio origen a la Ley N. 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, expone los motivos o razones que, aparte de justificar la promulgación de la ley, procura develar algunos criterios para la hermenéutica de los nuevos tipos penales. Se transcribe seguidamente el texto de interés:

La presente iniciativa constituye un instrumento jurídico destinado a promover y fortalecer los mecanismos necesarios para luchar contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

Es conocido que este tema agita gravemente un régimen democrático dado que **constituye uno de los obstáculos más severos en el logro de una gobernabilidad efectiva** al actuar en dos vertientes bien definidas: en primer lugar, la corrupción es una distorsión por la ineficiencia y alteración en los costos que provoca en la prosecución de los cometidos estatales y, por otra parte, es el principal factor por el cual el ciudadano pierde confianza en sus gobernantes.

Por tanto, es importante señalar que el ciudadano tiene el derecho de contar con una administración pública eficiente y objetiva. Esta aspiración se apoya en un marco normativo, pero, especialmente, en los valores morales imperantes en la sociedad, ya que **no podemos concebir una Administración Pública que atienda al bien común sin el concurso de servidores públicos comprometidos con un ejercicio apegado a los principios de probidad y legalidad.**

Si bien el ordenamiento jurídico no es la causa directa de los problemas de corrupción, es importante tener presente que la adecuación del marco legal a los supuestos de hecho en donde se observan conductas contrarias a esos

valores morales, es un medio por el cual podemos influir en procura de su erradicación oportuna.

La actual “ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos”, N.6872 del 17 de junio de 1983, en adelante LEISP, se constituyó en un importante instrumento jurídico destinado a fortalecer los valores de probidad y honradez en la función pública. Sin embargo, una revisión de los problemas de orden práctico y constitucional desde su vigencia, han afectado la adecuada satisfacción de los fines que inspiraron su texto, aunado a los nuevos comportamientos, esquemas de gestión pública, al impacto de la tecnología en los sistemas de información financiera , a la creciente disipación de lo “publico” y lo “privado”, así como el hecho de que el fenómeno de la corrupción es cada día más un problema supranacional que demanda la colaboración entre los estados, por tanto, se ha hecho necesario establecer este nuevo mecanismo jurídico en nuestro país. (p.943-944). (La negrita es suplida).

Proyecciones

Nuestra aspiración se contrae a la formulación de una propuesta de “*lege ferenda*” o modificación legal del tipo penal previsto en el primer párrafo del citado artículo 52, denominado “Tráfico de influencias”, que facilite su persecución y aplicación legal. Lo anterior, con auxilio de las herramientas de la Teoría del Delito, pero sin apartarnos de la realidad nacional y dinámica del fenómeno del Tráfico de influencias, en nuestro entorno.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

Observaremos los conceptos básicos de Teoría del Delito, que han sido acogidos por nuestra jurisprudencia patria, para descomponer, analizar y detectar las deficiencias del tipo penal del tráfico de influencias, así como las posibles mejoras legales que permitan su persecución penal.

Aparte de no existir ningún otro método válido para los propósitos concretos, aquí enunciados, la Teoría del delito postula un método analítico que descompone el concepto de delito, en un sistema de categorías jurídicas, que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales. De esta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función, una apreciación global del hecho, y, por ende, la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito, siempre dependerá del análisis o comprobación de cada una de las notas o presupuestos del concepto de delito. Aplicamos este método analítico, no sólo porque supone una mayor seguridad en la aplicación de la ley penal, sino también porque asegura una mejor realización y preservación del principio de legalidad. (Bacigalupo, 1985 p.1)

El Bien Jurídico como herramienta hermenéutica de los tipos penales.

Concepto.

Para la consecución de los objetivos de la presente tesis, resulta imprescindible contar con una herramienta de hermenéutica fundamental para entender el alcance, limitaciones o restricciones del tipo penal del Tráfico de influencias, a saber, el concepto de bien jurídico ampliamente admitido y desarrollado por nuestra Sala Constitucional. De acuerdo con el voto número 6410-96 de la Sala Constitucional, el concepto del bien jurídico, implica para el individuo la libre disposición de los objetos penalmente tutelados, así como la garantía cognoscitiva de conocer qué es lo que se protege y el porqué de la protección. En lo que toca al Estado, el bien jurídico limita en forma clara su ejercicio del poder, toda vez que, en su

función garantizadora, le impide la producción de tipos penales sin un bien jurídico protegido, y en su función teleológica le da sentido a la prohibición contenida en el tipo penal, estableciendo un límite o impedimento de leyes penales arbitrarias, por parte del Estado. La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política, y del principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo primero constitucional. Para ilustrar la relevancia constitucional del concepto de bien jurídico, se transcriben a continuación los pasajes más interesantes del citado voto n.º 6410-96, de las 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996:

[...] Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica, por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. **Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático.** Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo **se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la**

misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), **a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos.** Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de **establecer los límites de la prohibición.** [...] IV. La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1° constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. **Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico.** Y por otro, la existencia de un **principio de legalidad criminal** que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que **no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino, además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos.** Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho. [...] V. El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la

Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: **_Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" - Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado;** en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, **es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico.** De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero. Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que **una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta;** tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede **asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional [...]** (La negrita es suplida).

Sánchez y Rojas (2009) definen los bienes jurídicos fundamentales como intereses humanos que requieren protección penal de aquellas conductas, y que afecten estos intereses.

[...] Los bienes jurídicos fundamentales son entonces aquellos **intereses humanos relevantes de las personas**, en tanto sujetos sociales que requieren de protección penal. **La protección de las instituciones y la sociedad, se realiza solo cuando sea condición de posibilidad para la protección de la persona.** Ese concepto personal de bien jurídico, impone una limitación mayor a la potestad punitiva del Estado. Este solo puede seleccionar como delito, aquellas conductas con las cuales se evidencia la **afectación de intereses humanos.** (p.17) (La negrita es suplida)

Para los mismos autores citados (2009), el bien jurídico abarca dos dimensiones vinculadas a lo político, a saber: su dependencia de la voluntad legislativa y la necesidad de su valoración desde un punto de vista judicial.

[...] El bien jurídico es un elemento del injusto, en cuanto es requisito de la acción que exige en la misma, una manifestación de determinado grado de lesividad de un ente o relación de convivencia. Su definición plantea dos dimensiones ligadas al componente político. Una es su dependencia de la voluntad legislativa, y otra es la necesidad de su valoración desde el punto de vista judicial (en su consideración de elemento fundamental para la relación de convivencia). (pp.17-18)

Definición de Bien Jurídico.

Con fundamento en los lineamientos jurisprudenciales antes expuestos, podemos definir en pocas palabras el bien jurídico, como la relación de disponibilidad entre una persona y un objeto o bien legalmente protegidos, el cual puede ser un interés, un ente o una relación social concreta. Tal y como quedó desarrollado en el concepto, el bien jurídico tiene una doble funcionalidad, porque, por una parte, el bien jurídico implica el derecho del individuo a disponer libremente de todos los objetos, que se encuentran penalmente tutelados, y por otra, el bien jurídico se erige como una garantía para el ciudadano y la sociedad, en la medida que pueden conocer lo protegido por el ordenamiento jurídico-penal, así como la razón de su protección.

Votos relevantes de la Sala Constitucional sobre el Bien jurídico.

Algunos de los votos más importantes de la Sala constitucional, los transcribimos a continuación:

Voto n.º 525-93 de las 14:24 hrs. del 3 de febrero de 1993. Consulta de constitucionalidad en relación con el artículo 328 del Código Penal, la Sala Constitucional, señaló que el artículo 28 de la Constitución Política, "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley", impone un límite al denominado **ius puniendi** del Estado, pues cada figura penalmente típica debe tener inherente una lesión o peligro de un valor ético social, precisamente determinado. Por tanto, no basta que una conducta u omisión "encaje" en forma abstracta en un tipo, sino que también es necesaria una lesión significativa de un bien jurídico, pues de lo contrario, tendríamos conductas delictivas, aun cuando no dañen la moral, el orden público o no perjudiquen a tercero."

Voto n.º 1588-98 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo del 1998. Consulta formulada por el Tribunal de Casación Penal acerca de la constitucionalidad de la tentativa “inidónea” o delito imposible, la Sala Constitucional indicó que es comúnmente adoptado por la doctrina mayoritaria, que la teoría del delito solo puede partir del interés de la protección del bien jurídico, de manera que no basta con infringir una norma ética, moral o divina, sino que es necesaria, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Si la decisión de cuáles bienes jurídicos deben ser tutelados por el derecho penal, es de carácter político criminal, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, las intromisiones del derecho penal, deben ser las estrictamente necesarias y deben atender al principio de proporcionalidad, cumpliendo el bien jurídico una función limitadora al respecto. La Sala concluyó que como en el delito imposible o tentativa absolutamente “inidónea”, no existe ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado, por lo que fue declarada la inconstitucionalidad de la frase "en tal caso se impondrá una medida de seguridad" contenida en el artículo 24 párrafo segundo del Código Penal, y los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal.

Los Bienes jurídicos tutelados en el Tráfico de influencias (párrafo primero del artículo 52, Ley N. 8422)

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

de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

El ámbito de tutela de este tipo penal base es sumamente amplio, dado los diferentes bienes jurídicos comprometidos. En efecto, el tipo es de carácter pluri-ofensivo, al tutelar o proteger varios bienes jurídicos estrechamente relacionados, que resultan indispensables para el correcto y eficiente funcionamiento de la Administración Pública. A nuestro criterio, y fundamentados en la naturaleza y estructura del tipo penal, previsto en el artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la función pública, los bienes jurídicos tutelados en el Tráfico de Influencias son los siguientes: **a) el principio constitucional de probidad, b) el acceso en condiciones de igualdad a la Administración Pública, derivado del principio constitucional de igualdad, y c) el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sustentado en los principios de imparcialidad y objetividad.** En efecto, tal y como luego desarrollaremos en páginas próximas, dependerá de las situaciones de poder o ascendencia moral, de las cuales podría prevalerse el agente, así se afectarán o afectará algunos de los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal aludido. Aun cuando es un voto solitario de la Sala III, dada la escasez de asuntos que llegan hasta esta instancia judicial, pero no por ello, de menor trascendencia, lo transcribimos a continuación, para evidenciar que la alta cámara no tiene mayor reparo en admitir el amplio ámbito de tutela del delito Tráfico de influencias, es decir, como protector de varios bienes jurídicos:

Sentencia de la Sala III número **967-2017**, de las nueve horas y cuarenta y dos minutos, del veinte de octubre de dos mil diecisiete:

[...] El delito en cuestión es complejo en diversos niveles. En primer lugar, desde el ámbito de protección a bienes jurídicos que se le reconozca, **el cual va desde la concepción tradicional de probidad en el ejercicio de la Administración, hasta categorizaciones más modernas que incluyen a lo anterior, la igualdad en el acceso a la Administración.** [...] los bienes jurídicos que se protegen en el delito de tráfico de influencias, **la doctrina se**

debate entre la protección de la imparcialidad del decisor, el correcto funcionamiento de la Administración, e incluso algunos sectores han ampliado el elenco, considerando como bienes jurídicos protegidos, el acceso a la Administración por las vías establecidas regularmente, y la igualdad entre las partes. La determinación del bien jurídico protegido, es de la mayor trascendencia. **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, si es que existió al menos la posibilidad de una decisión distinta, tal y como ocurre en el caso concreto respecto a la imposición de prisión preventiva o bien de la apertura a juicio.** Se ha dicho al respecto: “...la mayoría de la Doctrina excluye del delito de tráfico de influencias las influencias para lograr resoluciones adecuadas a Derecho porque se entiende que no se vulnera el bien jurídico protegido. En efecto, este sector doctrinal considera que, si la resolución pretendida es justa, no se lesiona el principio de imparcialidad o de objetividad [...] naturalmente, **otra opción sería afirmar que el bien jurídico protegido por esos preceptos no es el correcto funcionamiento de la Administración pública en su faceta de objetividad e imparcialidad, sino en otra faceta: la del principio de igualdad...**” (MUÑOZ LORENTE (José): “Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción”. En: Revista Eunomia, N.º. 4, marzo–agosto 2013, pp. 91-92). **Ampliando sobre el tema, el mismo autor indica que el tráfico de influencias 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. La diferencia con el cohecho estriba en que, en el tráfico de influencias la imparcialidad se ve lesionada a través de mecanismos o elementos distintos a las dádivas o promesas (**más concretamente, a través de las relaciones personales con un funcionario**) [...]” (MUÑOZ LORENTE (José): “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. En: Revista Eunomia, N.º. 4, marzo–agosto 2013, pp. 79-80). (...) Tal y como lo señala Cugat Mauri, “...A diferencia de la inducción a la prevaricación, el nuevo tipo permite castigar el mero ejercicio de la influencia, con independencia de la naturaleza de la relación (personal o funcional), la distancia entre influyente e influido (influencia directa o indirecta), o el éxito de la misma (genere beneficio económico o no) [...]” (CUGAT MAURI, (Miriam) 14 de agosto de 2014) : “El Tráfico de Influencias. Un tipo Prescindible. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 16-07, 2014. [...] **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 (en este caso, obtener la libertad y la resolución del asunto por una vía alterna al juicio).** (...) La lesión del bien jurídico protegido, entendido ya sea como la imparcialidad del juzgador, o como acceso a la justicia por las vías legalmente establecidas, se corrobora en la imputación, cuando se describe

una interferencia indebida por parte de Gamboa Haerberle, sobre la psique del juzgador a quien correspondía el conocimiento de la causa. La solicitud que – de acuerdo con la acusación– le hizo Gamboa Haerberle al juez Barboza, en el sentido de que “cuidado dejaba preso” al encartado Velásquez Gómez, por el delito de conducción temeraria, y que más bien le permitiese acceder a la suspensión del proceso a prueba, procura una ventaja indebida, precisamente porque se dirige a obtener un resultado que, si bien era factible de acuerdo a las reglas procesales aplicables, se procuró por vías irregulares. No elimina la tipicidad, el hecho de que la libertad ambulatoria del encartado, pudiese lograrse a través de las vías regulares, como tampoco eliminaría la tipicidad, que el ejercicio de la influencia fuese infructuoso, dada la negativa del sujeto pasivo. [...] Estas aseveraciones concuerdan con el bien jurídico protegido por esta figura, en los términos señalados al inicio de esta exposición: “...**en el tráfico de influencias en sentido estricto lo que se persigue es tutelar el cumplimiento de la obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, aunque estas finalmente resulten ajustadas a Derecho...**” (MUÑOZ LORENTE (José): “El delito de tráfico de influencias”, En: Revista Eunomía, No. 7, septiembre 2014- febrero 2015, p. 251. El subrayado es suplido). (La negrita es suplida)

El bien jurídico: principio constitucional de probidad.

Apartándonos de la vieja tradición dogmática de considerar el “*deber*” de probidad de los funcionarios públicos, como el bien jurídico de algunos de los delitos funcionales, previstos y sancionados en nuestro Código Penal, preferimos reconocerle el rango de principio constitucional, que realmente merece, al amparo del desarrollo hermenéutico que realizó la Sala Constitucional, casi dos décadas atrás. En efecto, la Sala Constitucional en su resolución N° 12826 – 2010, sostuvo que nuestra carta magna consagra más que un deber de los funcionarios públicos, **un principio constitucional de probidad**, añadiendo, además, que

tal principio implica una conducta sin mácula y un desempeño honesto del funcionario público, a favor del interés general.

Resolución N°12826 – 2010, Sala Constitucional:

[...] Los **artículos 11, 7, 111 y 112 de la Constitución Política** recogen el **principio de Probidad**, junto a la circunstancia de que el Estado costarricense adquirió en esa materia verdaderos compromisos internacionales de adoptar políticas y medidas legislativas que **combatan y sancionen actividades ilícitas y de corrupción relacionados con cargos públicos**. El **principio de Probidad** consiste en **mantener siempre una conducta funcional intachable, y desempeño honesto y leal de la función, a favor del interés general** [...]. (La negrita es suplida)

El artículo 11 de la Constitución Política presupone entre otros principios y deberes de la Administración Pública, el deber de probidad de los funcionarios, al indicarse que los mismos están obligados a cumplir con los deberes que la ley les impone, y que no pueden atribuirse facultades que no estén descritas en ella, es decir, que están sometidos y regidos por el principio de legalidad. En lo que interesa, la norma constitucional reza:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta constitución y las leyes. La acción para exigir la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La administración pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control

de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

Estrechamente relacionado con el párrafo segundo del artículo 11 de la Constitución Política, figura el art. 191 Constitución Política; ambos referidos al eficiente y correcto funcionamiento de la Administración Pública: “Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración.”

Definición legal del deber de Probidad.

La Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, en su artículo tercero define con suma claridad el alcance, contenido y límites del deber de probidad. Nos resulta muy revelador, que dicho numeral abarque cada uno de los principios constitucionales protegidos por el tipo penal base en estudio. Para nosotros, es claro que el tradicional deber de probidad, el acceso en condiciones de igualdad a la Administración Pública y el correcto funcionamiento de ésta (en su faceta de imparcialidad y objetividad) están intrínsecamente relacionados, aunque hay que admitirlo y como se abordará luego, todos se nutren de principios diferentes, y por ende, tienen sus propios contornos, al punto que la Sala Constitucional los ha distinguido como principios constitucionales autónomos, como más adelante veremos. El numeral citado reza:

Artículo 3.- Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la **satisfacción del interés público**. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y **en condiciones de igualdad para los habitantes de la República**; así mismo, al demostrar **rectitud** y buena fe en el ejercicio de las potestades que le

confiere la ley, asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la **imparcialidad** y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente. (La negrita es suplida).

La Ley General de la Administración Pública, alude al principio constitucional de Probidad en su artículo 113, al señalar la preponderancia del interés público en el desempeño de los servidores públicos.

Artículo 113 LGAP. “1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que **satisfagan primordialmente el interés público**, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2.El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de **seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo**, a los que **no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia**. (La negrita es suplida)

Como puede colegirse de la normativa y sentencia constitucional citadas, así como del peligro que constituye el verbo rector (“influir”) del tipo penal del Tráfico de influencias, que luego abordaremos, es claro que se pretende evitar conductas humanas, que puedan doblegar la voluntad de los servidores públicos, con la consecuente desviación de los intereses generales.

El bien jurídico: acceso en condiciones de igualdad y vías regulares a la Administración Pública.

El principio democrático, de fuerte sustento antropocéntrico, y consagrado en el artículo primero de la Constitución Política, está a la base del resto de principios constitucionales, que tienen por norte garantizar la actividad del aparato estatal, para la consecución del bienestar y protección del individuo. De los mismos votos de la Sala Constitucional antes citados, se deriva con claridad meridiana la relevancia democrática de la defensa y observancia del interés público, entendido como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados, según el citado numeral 113 de la Ley General de la Administración Pública. Para garantizar los derechos y garantías del individuo, destaca el principio constitucional de igualdad, al amparo del cual, se garantiza al ciudadano un acceso igualitario y por las vías regulares a la Administración Pública, es decir, sin que medie interferencia ilícita alguna en la toma de las decisiones de los funcionarios públicos.

Artículo 33 de la Constitución Política. “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

Es manifiesta la violación al principio constitucional de igualdad, cuando por ejemplo un funcionario público abusando de su cargo y superioridad jerárquica, ejerce influencia sobre un subordinado, para que realice el nombramiento de un tercero en un puesto, existiendo otros candidatos mejores calificados para este, es decir, se procura una ventaja indebida para el individuo “apadrinado”, al discriminarse al resto de candidatos que concursaron para el puesto, dentro del marco legal de acceso y trato igualitarios para todos los aspirantes al cargo. Como se observa, en el ejemplo utilizado, con la sola acción del funcionario “influyente”, crea un peligro no sólo para el deber de probidad del funcionario “influyente”, y, por ende, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino que también, para el acceso en condiciones de igualdad a la Administración Pública.

Los siguientes votos de la Sala Constitucional, desarrollan el concepto del principio constitucional de igualdad, el cual insistimos, está a la base del delito de Tráfico de

influencias, tal y como lo ha entendido la Sala de Casación Penal (voto número 967-2017) y un sector de la doctrina:

Voto No. 7228-2008 [...] “VIII.- Sobre el DERECHO A LA IGUALDAD en general.- Como tesis de principio, la noción de igualdad, en el sentido que es utilizada por el artículo 33 de la Constitución Política y que ha sido examinado por abundante jurisprudencia de este Tribunal, **implica que todas las personas tienen derecho a ser sometidos a las mismas normas y obtener el mismo trato** (igualdad en la ley y ante la ley); mejor aún, que **no se pueden establecer diferencias de trato que no estén fundamentadas en condiciones objetivas y relevantes de desigualdad, o que no sean necesarias, razonables o proporcionales a la finalidad que se persigue al establecer la diferencia de trato**. Este principio general, lo que significa, es que la desigualdad debe surgir de un acto legislativo (reserva de ley) por tratarse del desarrollo de un derecho fundamental y sus fines, ser conformes con los principios y valores de la Constitución Política, lo que supone, también, que la diferencia de trato deba fundarse en supuestos de hecho que sean válidos y diferentes. [...] **Por otra parte, la igualdad es también una obligación constitucionalmente impuesta a los poderes públicos, la cual consiste en tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales condiciones de hecho, constituyéndose, al mismo tiempo, en un límite a la actuación del poder público**. No obstante, ello y que, en tesis de principio, todos son iguales ante la ley, en la realidad se pueden dar situaciones de desigualdad. [...] (La negrita es suplida.

Voto Sala N° 266 – 2012. [...] **Este Tribunal ha indicado, la igualdad solo es violentada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Dicho principio pretende garantizar, un trato igual para quienes se encuentren en igual condición, lo que significa, lo que es igual a estar ante una misma situación jurídica**. [...] Es importante indicar

que existen dos conceptos básicos que suelen confundirse al hablar del tema de la igualdad ante la Ley, como lo son la discriminación y la diferenciación. **La Constitución prohíbe la discriminación, pero no excluye la posibilidad de que el poder público pueda otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas, siempre y cuando se funde en una base objetiva, razonable y proporcionada.** Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que **el principio de igualdad sólo se viole cuando se trata desigualmente a los iguales** y, por ende, es inconstitucional el trato desigual para situaciones idénticas [...] **La igualdad en la ley impide establecer una norma de forma tal que se otorgue un trato diferente a personas o situaciones que, desde puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación de hecho. Por ello, la Administración -en su función reglamentaria- y el legislador, tienen la obligación de no establecer distinciones arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, en caso de existir, carecen de relevancia, así como de no atribuir consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados.** De esta forma, no se puede hablar de discriminación o de trato desigual, cuando quienes lo alegan se encuentran en una situación de desigualdad de circunstancias, y tampoco puede hablarse de derecho de equiparación cuando existen situaciones legítimamente diferenciadas por la ley, que merecen un trato especial en razón de sus características [...]. (La negrita es suplida)

Voto N° 2006-011344 “[...] Esta Sala, ha desarrollado una profusa doctrina acerca de este principio, considerado acertadamente como cardinal para nuestro sistema constitucional; en esta línea, encontramos primero la noción de que la diferenciación no está prohibida por nuestro ordenamiento, siempre que la base para practicarla sea objetiva y además razonable. **Además, ha sostenido que es de ineludible aplicación, lo que la doctrina llama la regla jurídica de igualdad, definida como "trato igual para los iguales" que**

implica su contraparte de "trato desigual para los desiguales", sustentada esta última, en el hecho de que sería injusto tratar de forma distinta, a personas en iguales condiciones, pero también lo es, dar un trato similar a personas que se encuentren en categorías y situaciones diferentes. Partiendo del concepto ya enunciado, de que el derecho a la igualdad no es el derecho a ser igual que los demás, sino **a ser tratado igual que quienes se encuentren en idéntica situación, debemos señalar que se trata no sólo de un principio, sino de un derecho subjetivo, que puede ser invocado ante los Tribunales, demandando su preservación y restablecimiento. Ese derecho subjetivo de todos los ciudadanos, tiene como contraparte la obligación constitucionalmente impuesta a los poderes públicos, de tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales situaciones de hecho.** Ahora bien, es preciso profundizar en cuanto a la evolución de la noción de igualdad, a fin de analizar las objeciones de constitucionalidad de los Diputados consultantes con respecto al proyecto de ley 15.967. VI.- El concepto de igualdad ha experimentado transformaciones a lo largo de la historia, que han conducido a la superación del concepto formal de igualdad ante la ley, adentrándose cada vez más en el de igualdad material, es decir igualdad en la ley. En cierta forma, ello ha supuesto la ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la ley, al admitirse las leyes singulares o sectoriales -con destinatarios individuales o grupos concretos-, las leyes temporales -cuya validez se persigue sólo durante una época concreta- y las leyes diferenciadoras, que, aun siendo generales o duraderas, otorgan distintos tratamientos a los destinatarios en función de sus características. Este fenómeno está determinado, por la constatación de que las situaciones reales de los individuos y de los grupos, no son iguales, así como por la obligación que la Constitución impone a los Poderes Públicos, de procurar que esa igualdad sea real y efectiva. Entonces, se aprecia que el concepto de igualdad es hoy, radicalmente distinto a como fuera en el pasado: de una situación en que la ley se guiaba por la regla de tratamiento general e indeterminado

respecto a los destinatarios, se ha pasado a otra, en la que no es infrecuente el tratamiento diferenciado. Es un hecho, que los ciudadanos y los grupos sociales se hallan en realidad en una situación de desigualdad: podrán ser iguales ante la ley, pero no lo son en la realidad, por lo que la Constitución confiere a los poderes públicos una función promocional. Ahora bien, podría decirse que surge una aparente contradicción, pues, por una parte, se obliga a los poderes públicos en general, y al legislador en particular, a tratar por igual a todos los ciudadanos; pero a la vez, se les exige que hagan lo necesario para conseguir que quienes estén en condiciones de inferioridad, puedan situarse en una situación de igualdad real. No obstante, la dificultad se supera en el tanto **el derecho a la igualdad supone que, en principio, todos tienen derecho a que la ley los trate por igual y prohíbe la discriminación. Por ello, no cualquier trato desigual es discriminatorio, sólo el que no está basado en causas objetivas y razonables.** Así, el legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, es decir, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, e incluso por la tecnología. En conclusión, la noción de diferenciación no está prohibida por nuestro ordenamiento, pero debe cumplir varias condiciones para ser legítima constitucionalmente: la primera condición para que el trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho, que por ello admiten o requieren un trato diferente. El segundo elemento para decidir si hay o no discriminación, es la finalidad de la medida diferenciadora, que debe ser constitucionalmente legítima. Finalmente, es preciso que la relación entre estos factores, esté caracterizada por la proporcionalidad: debe existir proporción entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida. De ahí, que sean constitucionalmente admisibles las medidas tendentes a favorecer a las categorías sociales que se encuentran en más desventajosas condiciones. **En atención a lo anterior, es que el principio de igualdad no es sólo un principio del Estado de Derecho, sino también un principio del Estado Social.** Independientemente del problema de distinción entre igualdad fáctica e igualdad jurídica y de los

problemas económicos y políticos ligados a estos conceptos, el principio de igualdad puede y debe considerarse un principio de justicia social. **El principio de igualdad de oportunidades y de condiciones reales de vida, son el fundamento y propósito de numerosas normas y principios consagrados en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos.** Esta igualdad, se conexiona por un lado con una política de justicia social, y con la concretización de las imposiciones constitucionales tendentes a que los derechos, económicos, sociales y culturales sean efectivos. Asimismo, es inherente a la idea de igual dignidad social (y de igual dignidad de la persona) funciona, no apenas como fundamento axiológico contra discriminaciones objetivas o subjetivas, sino también como principio jurídico constitucional, impositivo de compensación de desigualdad de oportunidades y como principio sancionador de la violación de la igualdad, por comportamientos omisivos (inconstitucionalidad por omisión) [...] (La negrita es suplida)

El bien jurídico: el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sustentado en los principios de imparcialidad y objetividad.

Para nuestra Sala Constitucional, aparte de los principios constitucionales de Probidad e Igualdad, que regulan la función pública, existen otros principios de igual rango constitucional, que acompañan a los primeros en esta regulación, a saber, la eficacia, la jerarquía, la concentración y la desconcentración, y desde luego, **el principio de imparcialidad.** En relación con este último principio, la Sala sostiene que **constituye un límite y una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, lo que se traduce en la actuación objetiva e indiferente a las interferencias de los grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario.** Resulta interesante, que la Sala en el mismo pronunciamiento que transcribimos adelante, señala que **el principio de imparcialidad de la actuación administrativa, es el bien jurídico que protegen los delitos contra la administración de pública, en general, y**

de la administración de justicia, en lo particular. Para la Sala este último principio constitucional, se erige como un medio o una herramienta para lograr una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales. El pasaje del voto que interesa, dice así:

Voto N° 11524 de 21 de diciembre del 2000: [...] III.- **DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA FUNCIÓN PÚBLICA.** En un Estado democrático como el nuestro, es necesario someter a la función pública a una serie de normas que garanticen un comportamiento objetivo a través del cual se evite, en la medida de lo posible, la manipulación del aparato del Estado para satisfacer los intereses particulares de algunos funcionarios. **Existen una serie de principios generales y preceptos fundamentales en torno a la organización de la función pública que conciben a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales:** a) que la Administración debe actuar de acuerdo a una serie de **principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración, desconcentración);** b) que sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley, y c) que la ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. **La mayoría de estos principios se han materializado en la Ley General de la Administración Pública, pero que derivan de varias normas constitucionales, los artículos 1°, 9, 11, 100, 109, 111, 112, 113, 191 y 192** de los que deriva todo lo concerniente al estado de la República de Costa Rica en relación con los principios democráticos. [...] Es así como el **principio de imparcialidad** se constituye en **un límite y al mismo tiempo en una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario. Este es entonces el bien jurídico protegido o tutelado en los delitos contra la**

administración de pública en general o la administración de justicia en lo particular: la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales [...] (La negrita es suplida).

La Procuraduría General de la República, en uno de sus dictámenes que abordan la importancia del respeto al **principio de imparcialidad**, sostiene que tal observancia resulta fundamental para que la conducta del funcionario público sea objetiva y garantice el correcto funcionamiento de la Administración Pública. El texto que interesa dice así:

Dictamen n.º C-153-2008 del 8 de mayo del 2008: (...) Igualmente cobra importancia recordar que **la imparcialidad que debe regir la actuación de todo funcionario público constituye un principio constitucional de la función pública**, que es fundamental para lograr la satisfacción de las necesidades públicas a través de conductas objetivas que permitan la prestación del servicio de manera eficaz y continua para la colectividad, e igualmente garantice la transparencia de la función pública, **de tal modo que la voluntad del servidor no se vea indebidamente desviada por la interferencia de un interés de carácter personal en el asunto que le corresponda conocer y resolver.** (...) (La negrita es suplida)

La autora española Miriam CUGAT MAURI refiriéndose al bien jurídico del delito de Tráfico de influencias, en sentido estricto y tipificado en el artículo 428 del Código Penal, reformado por Ley Orgánica número 5/2010, sostiene que **“la imparcialidad constituye el bien jurídico afectado por el delito de tráfico de influencias”**, estableciendo de paso una relación de especie a género entre los principios de imparcialidad y objetividad, al señalar que **“la imparcialidad vendría a ser el momento personal del respeto a la objetividad”**, sin embargo relaciona estos dos principios con el principio de igualdad, al considerar que **“la exclusión de factores subjetivos garantiza las condiciones personales necesarias para la satisfacción**

de los intereses generales objetivados en la ley y en definitiva (...) del principio de igualdad, que está en la raíz de la definición democrática de aquéllos” (CUGAT MAURI, Miriam: La desviación del interés general y el Tráfico de influencias, año 1997; pp. 104), (La negrita es suplida). Se transcriben a continuación los tipos penales españoles (denominados Tráfico de influencias), a los que se refiere la autora ante-citada, cuando expone sobre el bien jurídico protegido por éstos.

Artículo 428 CP español. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. **Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.** (La negrita es suplida)

Artículo 429 CP español. El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. **Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.** (La negrita es suplida)

El autor MUÑOZ LORENTE, José en torno a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal español del Tráfico de Influencias (en sentido estricto), comenta lo siguiente:

Respecto a los arts. 428 y 429 CP (tráfico de influencias en sentido estricto) se sostiene unánimemente que **el bien jurídico protegido** coincide o, cuando menos, resulta muy similar al protegido en el delito de cohecho: **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, como veremos, 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. **La diferencia con el cohecho estriba en que, en el tráfico de influencias la imparcialidad se ve lesionada a través de mecanismos o elementos distintos a las dádivas o promesas (más concretamente, a través de las relaciones personales con un funcionario)** y, en consecuencia, los tipos de tráfico de influencias, como ya se señaló, no se superponen –ni son innecesarios- sino que se complementan porque en la dinámica delictiva de la corrupción uno abarca lo que el otro no abarca. **Más concretamente, en el tráfico de influencias en sentido estricto lo que se intenta tutelar es el cumplimiento de la obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente –y sin la presencia de dádivas o promesas propias del cohecho- en la toma de decisiones.** (MUÑOZ LORENTE (José): “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. En: Revista Eunomia, N.º. 4, marzo–agosto 2013, pp. 79-80). (La negrita es suplida)

El tipo del Tráfico de influencias (párrafo primero del art. 52)

El tipo es la descripción de la conducta humana que la ley prohíbe, siendo su elemento fundamental la acción o verbo rector. En el delito de tráfico de influencias, entendemos que la descripción de la conducta prohibida es influir en un servidor público, prevaleciendo de una situación de poder, para obtener un beneficio o ventaja indebidos, para sí o un tercero.

El tratadista Enrique Bacigalupo se refiere al concepto jurídico de tipo, del siguiente modo:

Bacigalupo (1985): El tipo penal es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. En este sentido **el tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma**. A esta descripción deberá ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico. En este caso diremos que el hecho se subsume bajo el tipo que estamos considerando. **Este tipo penal se denomina “tipo de la adecuación” y se diferencia de otros conceptos de tipo, por su amplitud. En efecto, el tipo garantiza contiene todos los elementos que, de acuerdo con el principio de legalidad, condicionan la aplicación de una pena y que puedan no caer dentro del tipo de la adecuación.** (p.29) (La negrita es suplida).

El Tipo objetivo del Tráfico de influencias.

La acción típica.

La acción típica consiste en influir directa o indirectamente, sobre un funcionario público, prevaleciendo de una situación de poder o ascendencia moral (cargo, relaciones personales o jerarquía), para obtener un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para un tercero.

Define la acción de influir la autora Cugat Mauri (1997), en su ensayo “El tráfico de influencias en cuatro sentencias”, del siguiente modo:

[...] se debe de prestar atención al elemento de la influencia, que es el que vertebra la conducta del delito de tráfico de influencias [...] (en este sentido cfr. FD 5º que resuelve el recurso del Ministerio Fiscal de la STS 24/6/1994, en el que se afirma [...] “influir”, esto es, el verbo rector único del delito de tráfico de influencias es precisamente, como queda dicho, “influir”, es decir, **la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta, que ha de ser una autoridad o funcionario respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad**) [...] (p.77) (La negrita es suplida)

La misma autora Cugat Mauri (2014), pero esta vez en la obra titulada “El Tráfico de Influencias Un tipo prescindible”, se refiere al verbo rector del modo que sigue:

En la definición de este elemento, Doctrina y jurisprudencia subrayan que **debe consistir en algo más que la mera comunicación de una información, preferencia o deseo, aunque menos que las coacciones o amenazas**. La influencia típica debe hallarse entre uno y otro extremo. En concreto, en la **presión psicológica con prevalimiento de cualquier relación**, que interfiera en el proceso motivador de forma idónea o, en su caso, eficaz. (p. 07:13) (La negrita es nuestra)

Siguiendo una posición más amplia y acorde con la estructura de los tipos penales españoles que sancionan el Tráfico de influencias, en sentido estricto (arts. 428 y 429 CP español), y que desde ya adelantamos, nos parece igualmente aplicable a nuestro tipo penal patrio, el

autor Lombana Villalba, Jaime (2013, pp. 273-280), sostiene que **la influencia puede incluir tanto supuestos de inducción como de presión o coacción**, lo que dependerá de la concurrencia del acento del prevalimiento, es decir, dependerá de la posición de autoridad o poder, derivada del cargo, situación personal o jerárquica. Este autor sostiene lo siguiente:

Lombana Villalba, Jaime (2013):

Dentro de la doctrina se han elaborado numerosos conceptos de influencia, destacándose fundamentalmente tres grupos:

- a) En primer lugar, se encuentra un grupo de conceptos que relacionan la influencia con la inducción.
- b) En segundo lugar, se encuentra un grupo de conceptos que relacionan la influencia con la presión, las coacciones o la fuerza moral, a partir de su relación con el prevalimiento.
- c) Por último, se encuentran las definiciones que incluyen dentro de la influencia supuestos de inducción y de presión o que mezclan ambos conceptos.

Esta última posición resultaría la más adecuada **si sólo existiera el delito de ejercicio de influencia por autoridad o funcionario que abusa de su relación jerárquica o en general de superioridad respecto de otro funcionario**, que en efecto es una de las modalidades típicas del art. 428, **pues el grado de influencia dependerá de la forma de prevalimiento utilizada, ya que los supuestos fundados en una relación jerárquica o en el abuso del cargo sí que pueden llegar a constituir una coacción** para el funcionario o la autoridad proveniente de otra autoridad o funcionario jerárquicamente superior o en todo caso en posición más alta. Pero ocurre que existen otras modalidades típicas de ejercicio de influencias que no requieren abuso de superioridad o de coacción. Ya en el propio art. 428, junto a la influencia del funcionario basada en la relación jerárquica con el funcionario influido, **la ley admite que la autoridad o funcionario influyente pueda hacerlo basándose en (prevaliéndose de) su relación personal con el**

otro funcionario o autoridad, o sea, en una relación precisamente de compañeros o colegas o incluso de amistad generada por el compañerismo funcional; o incluso prevaliéndose del ejercicio de facultades del cargo, que no necesariamente han de implicar la superioridad jerárquica y poder por ello ordenar o presionar, sino que pueden suponer informes, propuestas o similares al funcionario que resuelve. **Y de modo aún más claro, existe además el ejercicio de influencia del art. 429 por parte de un particular, que desde luego no es superior jerárquico del funcionario ni tampoco ha de presionarlo necesariamente, sino que influye prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con el funcionario; por tanto, situación cualquiera y cualquier relación personal, que incluye desde luego las de amistad, parentesco, sexuales, de negocios o intereses, etc.** Así lo reconoce claramente en la jurisprudencia p. ej. la STS 184/2000. (pp. 273-280) (La negrita es nuestra)

Por las razones apuntadas es que Lombana Villalba (2013, p. 279-280), llega a concluir que la influencia puede producirse tanto presionando o coaccionando, al prevalerse de la superioridad jerárquica de un funcionario, o bien de la fuerza moral de la presión o amenaza de un particular, mediante la cual se logra inducir o convencer, por una determinada relación personal. Según el mismo autor, de esta relación personal no se da coacción, amenaza o creación de temor, dado que de lo que se prevale el particular o el funcionario, es de su estrecha relación personal de amistad, sentimental, sexual, parentesco, negocios, entre otras, con el funcionario influido.

Aun cuando seguimos aquí, la posición doctrinaria de Lombana Villalba, es claro que la divergencia de posturas dogmáticas referente al concepto de influencias, podría constituir un obstáculo para la aplicación del delito patrio de Tráfico de influencias, al dejarse al libre arbitrio o capricho de los operadores del derecho, la escogencia de algunas de las posiciones contrapuestas, lo cual atenta contra el principio de certeza jurídica. Es por ello, que para salvar lo difuso, subjetivo y polémico del concepto influencia, es que **proponemos como “*lege ferenda*”, añadir otro verbo rector o definitorio dentro del tipo de Tráfico de influencias, que no deje duda alguna, acerca de las acciones humanas idóneas para**

doblegar la voluntad de un funcionario público y provocar así una desviación del interés público. Este verbo sería el de *coaccionar*, el cual tendría sentido en relación con la prevalencia del cargo y de la situación de poder, derivada de la superioridad jerárquica. De darse la reforma propuesta tendríamos un tipo de *coacción calificada*, dentro del tipo del Tráfico de Influencias, lo que resolvería eventuales problemas de tipicidad, concurso aparente de normas, o bien la incongruencia de aplicar la coacción del tipo penal del artículo 193 del Código Penal, con una pena de uno a dos años de prisión o cincuenta a doscientos días multa, a una conducta de mayor disvalor. Esto es así, pues con la redacción actual del Tráfico de Influencias, en sentido estricto, de adoptarse por nuestras cámaras penales, la posición doctrinaria que excluye la coacción o presión del concepto de influencias, los juzgadores aplicarían la coacción del 193 aludido, en lugar del Tráfico de influencias, aun cuando se acreditaran el resto de los elementos típicos de esta delincuencia. Esto sería un total despropósito y absurdo jurídico, al sancionarse con altas penalidades acciones que podrían entrar en el concepto de influencias, como las sugerencias, intercesiones, recomendaciones, entre otras similares, tal y como lo propone un sector de la doctrina, **pero quedarían fuera del tipo del Tráfico de influencias, acciones de mayor disvalor, como son las amenazas graves o violencias físicas y morales, para obligar o constreñir a un funcionario publico, a realizar un acto o resolución, para generar un beneficio o ventajas indebidos, a un tercero**, por ejemplo. Por ello, consideramos urgente y necesaria la modificación legal del tipo, en los términos propuestos.

El prevalimiento.

Al igual que los tipos penales españoles, que sancionan el Tráfico de influencias, en sentido estricto (arts. 428 y 429 CP), nuestro tipo patrio exige que la influencia vaya acompañada del prevalimiento, de no concurrir éste, la acción resultaría atípica.

Si bien resulta pacífico en doctrina, el tema del prevalimiento como elemento esencial del tráfico de influencias, no existe acuerdo sobre el concepto del mismo. Los siguientes autores citados por Lombana Villalba (2013), que se refieren a este tema en concreto, ponen de manifiesto esta discrepancia doctrinal, dada la complejidad del término.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO entienden el prevalimiento en el sentido de **presión de un funcionario sobre otro** para que resuelva en determinado sentido, **sin llegar a la coacción o amenaza**, pues entonces podríamos estar ante uno de estos delitos que sería de aplicación preferente por el principio de especialidad. Para GARCÍA ARÁN, el prevalimiento de la relación es el elemento que **mediatiza la voluntad del funcionario y afecta a la imparcialidad de la Administración pública**. Para GIMENO LAHOZ/CORBELLA HERREROS el prevalimiento consiste en el **abuso de una situación de superioridad originada en cualquier causa, como la superioridad en el orden jerárquico o político** cuando es una autoridad o funcionario el sujeto activo, **o las relaciones personales cuando el sujeto activo es un particular, como es el caso de las familiares, afectivas o amistosas**. MORILLAS CUEVA entiende por prevalimiento la **utilización, por parte del funcionario o autoridad, de una determinada situación de poder** como mero instrumento que permite, con mayor facilidad, el **condicionamiento de la decisión** que, en el marco de la gestión pública, debe de adoptar otro funcionario o autoridad. Para MUÑOZ CONDE por prevalimiento se entiende el **influir abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa**. En este sentido (...), considera al tráfico de influencias como un **ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos**, lo que supone un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública. Por ello, **este autor asemeja su estructura a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico** que estos delitos exigen. Para CUGAT MAURI, el ejercicio de influencia con prevalimiento implica **cierto grado de restricción de la libertad del funcionario objeto de la influencia**, que se reputa idóneo para el aseguramiento de la obtención de la resolución administrativa, constituyendo el abuso de la influencia que se posee. CATALÁN SENDER define al

prevalimiento como el **abuso de una situación de superioridad o el abuso o uso indebido de la condición subjetiva del funcionario**. En similar sentido, POLAINO NAVARRETE exige el **abuso del cargo** como elemento del tipo y señala que son por tanto atípicas por adecuación social las conductas constitutivas de influencia que no impliquen abuso ni provecho ilícito. C. MIR PUIG, identifica a este requisito con el abuso de la influencia, el influir por **medios ilícitos**: el prevalimiento de determinada situación (abusando de las facultades del cargo o de otra relación personal o jerárquica. Para SUÁREZ MIRA, en el prevalimiento las relaciones citadas han de usarse de un modo abusivo, o sea, que sirvan para fines distintos de los que resulten apropiados. En este sentido, se prevale de las facultades de su cargo el funcionario que influye sobre su subordinado. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO entiende por prevalimiento **una mayor presión sobre la voluntad del funcionario o autoridad, de manera que se afecta en cierta medida la libertad en la formación de esa voluntad** (sin que sea necesaria una anulación de la misma ni una fuerte coacción sobre ella. (pp. 285-288) (La negrita es suplida)

En nuestro criterio se dan dos características esenciales, que facilitan la conceptualización del prevalimiento, la primera es el **uso abusivo o mediatización irregular de una situación de poder o superioridad** (derivada del cargo, relaciones personales o relación jerárquica), y la segunda, es el **peso, idoneidad, potencialidad o fuerza de la situación de poder mediatizada**, para hacer posible la afectación o ataque a la libertad del funcionario influido, dentro del proceso decisorio, para así desviarlo del resguardo del interés general. De no darse estas características en el prevalimiento, estaríamos igualmente ante un supuesto de atipicidad.

Las modalidades de prevalimiento.

Como puede colegirse de lo antes expuesto, así como de la estructura y hermenéutica del tipo penal del tráfico de influencias, pueden darse tres modalidades de instrumentalización o abuso: 1) el prevalimiento fundado en el cargo, 2) el prevalimiento fundado en la relación

jerárquica y 3) el prevalimiento fundado en las relaciones personales.

1. **Prevalimiento fundado en el cargo público.** Implica el uso abusivo de las atribuciones y competencias asignadas al cargo, por parte del funcionario influyente, es decir es un abuso de su condición especial y subjetiva. En otros términos, el sujeto influyente aprovecha y abusa de las facultades de carácter subjetivo o personal, asignadas a todos los funcionarios públicos, las cuales representan generalmente, oportunidades o privilegios para entrar en contacto con otros funcionarios. Esta modalidad de prevalimiento, por ende, puede ejercerla únicamente un funcionario público, quien tiene la meta o fin ulterior de procurarse para sí o un tercero, un beneficio económico o ventaja indebidos.

En términos generales, podemos entender por cargo público el conjunto de funciones asignadas al funcionario o servidor público, dentro de la Administración Pública. Este debe ejercerse con apego al deber de probidad, para la satisfacción del interés público.

El Centro de Investigación Jurídica en Línea (CIJUL), se refiere al tema del cargo público de la siguiente manera:

[...]Es el puesto o cargo, que con carácter de permanente y profesional se desempeña al servicio del Estado, las regiones, las provincias, o municipios. Un concepto más amplio es el que nos da Escola: La función pública comprende, de tal modo, todas las funciones del Estado, tanto las administrativas como las legislativas y judiciales, no solamente las primeras, como a veces erróneamente se entiende, cumplidas dentro de la competencia que en cada caso corresponda y conforme las normas que la delimitan [...]

(p.6)

2. **Prevalimiento fundado en la relación jerárquica.** Si la relación es vertical, el funcionario influyente podría prevalerse del cargo para emitir una orden al funcionario subordinado, y así lograr el beneficio o ventaja indebidos, para sí o un

tercero. Es claro que **en esta modalidad de prevalimiento, opera una influencia de mayor presión o carga coactiva, en relación con la modalidad anterior y la fundada en las relaciones personales, toda vez que el desacato a la orden podría implicar la destitución en el puesto, represalias o acoso laboral.** A nuestra consideración las sugerencias, recomendaciones o intercesiones, emanadas de un superior jerárquico para un subordinado, también podrían calificarse como una influencia idónea para la finalidad típica perseguida, dado que el subordinado podría entender que su jefe, le habla entre líneas y lo que realmente quiere, es imponer su criterio, el cual aplica creyendo cumplir con un mandato de su jefe, es decir, sin posibilidad de proceder de manera libre.

En apoyo de esta posición, citamos a continuación al autor Muñoz Lorente (2013):

[...] resulta común en la Doctrina aludir a las denominadas “recomendaciones” y excluirlas expresamente del ámbito típico del tráfico de influencias por muy inmorales y rechazables que sean [...] Sin embargo, **a mi entender, no cabe excluir tan a la ligera esta clase de conductas del ámbito típico de los delitos de tráfico de influencias salvo que se quiera ser enormemente condescendiente con este tipo de corruptelas, por lo demás, muy habituales.** En efecto, no se me oculta, aunque no se diga expresamente, que la razón principal de la exclusión de esas “recomendaciones personales” del ámbito típico estriba, precisamente, y sin lugar a dudas, **en la habitualidad con que se llevan a cabo y, sobre todo, en el arraigo y aceptación –si se quiere fatalista- que existe en el colectivo social sobre esta serie de prácticas de recomendar a una persona.** A pesar de ello, estas conductas no pueden quedar excluidas de los tipos sin analizar previamente las relaciones existentes entre influyente –“recomendador”- e influido y, sobre todo, si existe prevalimiento de la relación personal por parte de quien hace la recomendación. **Obsérvese que una recomendación, por sutil que sea –o hasta incluso puede ser tácita-, y dependiendo de quién provenga, puede ser considerada por el funcionario, no ya como una mera sugerencia, sugestión o inducción, sino como una total y cabal influencia, por no**

decir, una orden. Así, piénsese en un superior jerárquico –por ejemplo, el Ministro- que hace saber o informa a otro funcionario de su Ministerio –de quien depende la decisión- que una de sus hijas se ha presentado a un determinado puesto sin decirle, ni siquiera insinuarle, nada más. ¿No existe en este caso un prevalimiento del cargo incardinable en el art. 428 por mucho que suponga una mera recomendación siquiera tácita? En consecuencia, reitero, **no cabe excluir tan a la ligera de los tipos esas meras recomendaciones, sino examinar la existencia de prevalimiento, esto es, la capacidad que pueda tener esa recomendación para “doblegar” la voluntad del funcionario y que éste no actúe de acuerdo con los principios de objetividad, imparcialidad, correcto funcionamiento de la Administración y, también, igualdad que es la base de todos esos otros principios.** La insinuación del Ministro de que su hija se ha presentado a un determinado puesto cumple con todos los requisitos para ser considerada como un tráfico de influencias, incluido el requisito de generar un beneficio económico, en este caso, para un tercero: la hija. (p.88) (la negrita es suplida).

La Ley General de la Administración pública, en sus artículos 102 y 103, se refiere a las potestades del superior jerárquico, de la siguiente manera:

Artículo 102. a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente; b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos; c) Ejercer la potestad disciplinaria; d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo; e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo

en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

Artículo 103. 1. El jerarca o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo y el poder de organizar ésta mediante reglamentos autónomos de organización y de servicio, internos o externos, siempre que, en este último caso, la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado. 2. Cuando a la par del órgano deliberante haya un gerente o funcionario ejecutivo, éste tendrá la representación del ente o servicio. 3. El jerarca podrá realizar, además, todos los actos y contratos necesarios para el eficiente despacho de los asuntos de su ramo.

Del artículo 101 de la misma LGAP, podemos derivar la siguiente definición de superior jerárquico (en sentido propio): éste es quien desempeña funciones de la misma naturaleza que las de sus subordinados, pero su competencia es mayor, al abarcar, englobar o comprender la de sus subordinados. Este numeral reza así: Artículo 101: “Habrá relación jerárquica entre superior e inferior cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo, por razón del territorio y de la materia”.

Para la autora Cugat Mauri (2004) (Tráfico de influencias, en Córdoba Roda y García Arán: Comentarios al CP. PE) citada por Lombana Villalba (2013), amparándose en la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de diciembre de 1999, señala que en esta modalidad de prevalimiento, **no se descarta el abuso fundado en una relación jerárquica horizontal, es decir, en la relación de funcionarios de igual jerarquía**, no obstante lo expresado, debemos advertir que tal prevalimiento no se funda en la relación

jerárquica, **sino en el abuso de las facultades propias del cargo**. En efecto, la sentencia aludida señala lo siguiente:

STS 21-12-1999. La inexistencia de una posición de jerarquía prevalente por parte de quien influye **no excluye la tipicidad pues concurre claramente el prevalimiento de las facultades del cargo**” (La negrita es suplida) (pp. 20-54).

3. **Prevalimiento fundado en las relaciones personales.** A diferencia de las modalidades anteriores, en las que se requiere la condición subjetiva de funcionario público, en esta modalidad tal condición no es necesaria, al fundarse en el abuso o chantaje moral de las relaciones político-partidarias o afinidad política, parentesco, amistad, sentimentales, entre otras similares, utilizadas con la intención de procurarse los réditos indebidos, descritos en el tipo penal de estudio. Este tipo de ventajas indebidas, podrían consistir en la satisfacción de las relaciones personales indicadas, o bien en ascensos políticos.

El autor, Muñoz Conde, Francisco (DP. PE. 2010) citado por Lombana Villalba (2013) ilustra este tipo de modalidad con los siguientes ejemplos, pero advirtiendo que deben **consistir en un verdadero ataque a la libertad del funcionario influido**: “Los supuestos de «intimidación implícita o de chantaje moral, derivados del clientelismo político, mejores perspectivas en la carrera política o profesional o relaciones amorosas o afectivas”. (pp. 1046-1047).

En el mismo sentido que el autor anterior, Lombana Villalba (2013) amparándose en la jurisprudencia española, señala lo siguiente:

[...] Al respecto ha señalado la jurisprudencia: “que si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, **debe darse al mismo una interpretación restrictiva**, en cuanto **supone un verdadero ataque a la**

libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias. **En definitiva, la resolución debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida, en el sentido de que no se hubiera producido sin tal influencia.** (p.291) (La negrita es suplida)

Cugat Mauri (2014) en su artículo “Tráfico de influencias un tipo prescindible”, nos ilustra con algunas sentencias de tribunales españoles, acerca de esta modalidad de prevalimiento, advirtiendo que como el tipo penal no concreta la naturaleza de “la situación derivada de su relación personal”, pueden incluirse familiares, asesores políticos, correligionarios, etc. Los textos de interés se transcriben seguidamente:

[...] SAP Almería 235/2006, 25-9: “la acusada María Purificación (sic.) todos y cada uno de los elementos del tipo penal descrito habida cuenta que, **prevaliéndose de su relación conyugal** con el cabo 1º jefe del Puesto de la Guardia Civil de la localidad, **le convenció** para que trasladara al cuartel a todas las personas que habían estado en la tienda en que trabajaba la encausada cuando detectó la desaparición de su cartera conteniendo 120 euros pese a no tener pruebas de la participación de ninguna de ellas en la pretendida sustracción, y, posteriormente, **ya en las dependencias oficiales instó a su marido a no dejar salir del cuartel a ninguna de las «sospechosas» hasta que le devolvieran el dinero sustraído**”; [...] Auto AP La Rioja 321/2012, 20-12 de confirmación del sobreseimiento provisional. (La negrita es suplida)

[...] STS 1026/2009, 16-10, condena por este delito al asesor directo del responsable del proceso de privatización del que consiguió la resolución

favorable a sus pretensiones; **también se plantea un supuesto de ascendencia moral del particular sobre el funcionario** en la SAP Illes Balears 18/2012, 19-3, “Caso Palma Arena-Pieza 2” (no confirmada en este punto por la (confirmada en parte por la STS 657/2013, 15-7), en que condena como autor del delito de tráfico de influencias al artífice de los discursos del Presidente de la Comunidad autónoma balear, que obtiene de éste una subvención para sus negocios privados, prevaleándose de la ascendencia moral que tenía sobre quien le había confiado esta delicada tarea para su proyección política: “y el prevalimiento subyacente a esta influencia sobre el Presidente, **en tanto el Sr. Luis Carlos explotó su concurso intelectual como discursista y asesor, conecedor que era considerado por el Sr. Demetrio sino como imprescindible, al menos como un servicio altamente valioso en su actuación pública como Presidente del Govern;** y la intervención del Presidente fue demandada para conseguir finalmente una resolución que le generara indirectamente un beneficio económico”. (La negrita es suplida)

[...] STS 2025/2001, 29-10: “3º. Es preciso que **el autor se prevalga de cualquier situación derivada de su relación personal con la autoridad o funcionario sobre que se ejerce la influencia o con otro distinto, prevalimiento en que Antonio N. ciertamente incurrió puesto que utilizó su relación mercantil con el Secretario de la Junta Vecinal,** el acusado Justo B., para convencer a los miembros de la misma de la conveniencia de invertir en oro los fondos de la Entidad que se encontraban depositados en diversos bancos”. (p. 7:14) (La negrita es suplida)

Para cada una de las modalidades de prevalimiento, y no sólo para la última analizada, resulta necesario indicar, que el prevalimiento típico debe poseer cierto grado de idoneidad o eficacia, es decir, que la actuación en general del funcionario influido, debe ser imputable

objetivamente a la presión o influencia ejercida; esto, en caso de producirse el resultado material de la acción (beneficio económico o ventaja indebidos). Para tales efectos de imputación objetiva del resultado material (no formal), nos resulta de utilidad la aplicación de la regla lógica de la supresión mental hipotética (aplicada por la jurisprudencia española), para pesar o medir el grado de contundencia o fuerza de la influencia, de tal suerte que si suprimida la influencia ejercida sobre el funcionario influido, su actuación desviada no se hubiera producido, se considera entonces realizado el tipo penal, y por ende, imputable el resultado a la acción del agente.

Las situaciones de poder falsas y verdaderas.

La construcción del tipo penal admite que las diferentes modalidades de prevalimiento, puedan ser falsas o verdaderas, dada la peligrosidad de la acción. En efecto, el legislador adelantó las barreras de protección para los bienes jurídicos tutelados a través del Tráfico de influencias, al estimar a la acción típica por sí sola, como peligrosa para dichos bienes. Recuérdese en tal sentido, que el Tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto y de resultado cortado, por lo que el tipo penal sólo exige para su consumación o configuración formal, la realización del peligro que representa la acción de influir con prevalimiento de una situación de poder, sin que importe que sea falsa o verdadera. Para el legislador con la creación del riesgo o peligro, que representa la acción y que realiza el tipo, es suficiente para acreditar la tipicidad de la conducta. Esto es lo típicamente relevante. En efecto, **es el peligro de la acción típica del autor, lo que realiza el tipo penal; en otros términos, el resultado material que puede producir la acción, se corta en forma deliberada por el legislador estableciendo así una tutela anticipada de los bienes jurídicos**, como quedó expuesto en páginas atrás. Por otra parte, en el Tráfico de influencias no se requiere acreditar o demostrar el peligro (abstracto) de la acción, como si ocurre en los delitos de peligro concreto, en los que resulta necesario acreditarlo, por ser un componente expreso de estos tipos penales. Sobre esto último expuesto, ampliaremos más adelante.

El Tráfico de influencias: delito de mera actividad.

Aparte de la hermenéutica del tipo penal de Tráfico de influencias, la Sala III amparándose en la doctrina española, ha indicado que este tipo penal es un delito de mera actividad y de resultado cortado (Voto número 967-2017). Lo anterior es correcto, porque este tipo penal no exige un resultado material, es decir, con la realización de la acción de influir, se consuma (formalmente) el delito. El jurista nacional y profesor Castillo González, Francisco (2008), indica que, en este tipo de delitos, **el injusto típico se agota en la acción del autor**, sin que el tipo penal tenga un resultado (material), en el sentido de un efecto exterior separado espacial y temporalmente de la acción. Efectivamente, para el profesor Castillo González (2008), la relación entre la acción típica y la lesión o la puesta en peligro del objeto material de la acción, están separadas espacial y temporalmente. La lesión al bien jurídico significa entonces, la relación entre la acción típica y la puesta en peligro de la pretensión de respeto, al valor protegido por la disposición penal. Desde este punto de vista, **para este autor, todo delito tiene un resultado y en los delitos de mera actividad ese resultado (formal) es la propia acción del autor, que se presenta como realizadora del tipo objetivo.**

La importancia de la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad, se encuentra en la relación de causalidad, la cual cobra mucha importancia en los delitos comisivos para efecto de la imputación del resultado al tipo objetivo, no así para los delitos de mera actividad. En efecto, esta relación **no es relevante para los delitos de mera actividad, en los que, para determinar la consumación del hecho, solo se requiere examinar la concurrencia de la propia acción del autor.** (p.363)

Recapitulando, el delito de tráfico de influencias, es un delito de mera actividad y de resultado cortado, debido a que el tipo no exige un resultado (material) para su consumación; solamente se requiere para ello, la realización de la acción de influir que crea el peligro. Así lo ha sostenido la Sala Tercera en la resolución número 967-2017, que ya habíamos citado en relación con los bienes jurídicos del Tráfico de Influencias. En lo que interesa el voto dice lo siguiente:

[...] En lo objetivo, **no se requiere la realización del resultado para su consumación**: no se requiere que, en efecto, se consiga el beneficio económico o ventaja indebidos [...]. **Nos hallamos entonces, ante un delito de resultado cortado: además del dolo de influir con prevalimiento, es necesario que en el autor concorra 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.** [...] Volviendo a la redacción del tipo en nuestra legislación, el componente: “...de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro...”, **sí interesa, pero no como resultado que debe materializarse, sino como un elemento intencional que compone la estructura subjetiva del tipo de tráfico de influencias.** Se trata de un elemento subjetivo distinto del dolo, que se identifica con la finalidad querida por el sujeto activo. Por lo tanto, es esencial que se verifique a nivel de finalidad, para que la conducta sea típica. **Sin embargo, al encontrarnos ante un delito de resultado cortado, el hecho de que no se materialice el fin, no implica que el delito se encuentre tentado. Nos hallamos ante un delito de mera actividad, y de resultado cortado. Un concepto que puede parecer confuso, si no reparamos en que lo primero atañe a la parte objetiva (el delito se consuma sin necesidad de que se verifique el resultado) y lo segundo, a la parte subjetiva (deben comprobarse de forma conjunta en el autor, el dolo de influir con prevalimiento y la finalidad de alcanzar a través de dicha influencia, un beneficio económico o ventaja indebidos).** Las anteriores consideraciones nos acercan al tercer aspecto de interés, para la correcta solución de los reclamos que plantea el representante de la Fiscalía. Se trata de la interpretación y alcance que merece la frase “beneficio económico o ventaja indebidos”, correctamente dimensionados aquí, no como resultado en sentido estricto, sino como componente intencional del sujeto activo del delito de tráfico de influencias. **Una interesante mezcla, pues nos encontramos con un resultado de mera actividad o peligro, en el que el**

resultado sí interesa, no para distinguir la tentativa del delito consumado, sino para algo mucho anterior a ello: para definir si existe delito. [...]

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 (en este caso, obtener la libertad y la resolución del asunto por una vía alterna al juicio). **Los jueces de apelación descartan la tipicidad de la conducta demostrada en el " caso número 2 " , al estimar que “el no dictado de prisión preventiva y la concesión de una suspensión del proceso a prueba”, en este asunto, era lo esperable, y que dicha decisión no obedeció a la presión ejercida, sino a consideraciones ajustadas a Derecho sobre peligros procesales, razonabilidad y proporcionalidad de la privación de libertad, así como las posibilidades procesales para resolver el conflicto sin necesidad de realizar el contradictorio. Con ello, se confunde el resultado final de los hechos (la finalidad querida no fue alcanzada a través de la influencia sobre el proceso motivador del juez Barboza, pues este terminó excusándose de conocer la causa, precisamente en razón de la intervención de la encartada), con la finalidad perseguida por la imputada con su actuar (lograr la libertad y solución alterna al juicio, infiriendo en el proceso motivador del juzgador). [...]** No elimina la tipicidad, el hecho de que la libertad ambulatoria del encartado, pudiese lograrse a través de las vías regulares, como tampoco eliminaría la tipicidad, que el ejercicio de la influencia fuese infructuoso, dada la negativa del sujeto pasivo. [...] (La negrita es suplida)

El Tráfico de Influencias: delito intencionado o de “tendencia interna trascendente”

El Tráfico de influencias, como delito intencionado o de tendencia interna trascendente, tiene una finalidad que no corresponde al tipo objetivo, es decir, esta finalidad o tendencia se refiere a metas ajenas al tipo objetivo. En efecto, en la tipología de delitos intencionados existe una incongruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, no obstante, la realización del tipo objetivo es una condición para alcanzar la finalidad perseguida por el autor. En razón, de que la finalidad trasciende el tipo objetivo, es que se les denomina “delitos de tendencia interna trascendente”. Ahora bien, solamente cuando se realiza este componente del delito, que no pertenece al tipo objetivo, dado que es una tendencia interna del agente, es que se realiza el injusto típico del delito.

Para el autor patrio Castillo González (2008), siguiendo la doctrina dominante en este tema, sostiene que **los delitos intencionados se dividen: en delitos de resultado cortado y en delitos atrofiados en dos actos.** (p.580). A nuestro criterio, que es el mismo adoptado por la Sala III, en el reiterado voto 967-2017, **el delito de Tráfico de influencias, corresponde a la primera subcategoría de delitos, es decir, es un delito intencionado y de resultado cortado.** Esto es así, toda vez que, en delitos de resultado es la finalidad a la que aspira el agente, la que **realiza normalmente lo injusto típico, por sí sola y como consecuencia natural de la acción,** sin requerirse una segunda acción del autor. De acuerdo con Castillo González (2008), en nuestro código penal son delitos de resultado cortado, todos aquellos que requieren una finalidad exterior al tipo penal. (p.580)

Adscrita a la doctrina mayoritaria aludida, la autora española Alicia Gil Gil, en su artículo “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención” (2000), se refiere a la característica de estos delitos de tendencia interna trascendente, de la siguiente manera:

[...] Entre los delitos que **se consuman sin que se haya producido la lesión del bien jurídico se encuentran, los delitos de resultado cortado,** que a su

vez incluyen los mutilados de varios actos, pues **ese corte del resultado se puede establecer de dos maneras: puede no exigirse siquiera la tentativa acabada en relación a la lesión del bien jurídico**, el delito está estructurado como una tentativa inacabada o como un acto preparatorio, y entonces se habla de delitos mutilados de dos o de varios actos, **o puede exigirse la conclusión del comportamiento del autor pero prescindir de acaecimiento del resultado.** [...] El delito se considera **consumado en el momento en que el sujeto ha terminado la acción, pero sin esperar a que se produzca el resultado pretendido** de destrucción del grupo, y **un ejemplo del delito mutilado de dos actos lo tenemos en el delito de falsificación de moneda del art. 386.1 Cp español, pues no es la fabricación en sí lo que lesiona el tráfico monetario, sino el segundo acto de su puesta en circulación**, con cuya intención ha de haber sido fabricada. [...] En estos delitos cuya configuración tiene una estructura de meros actos preparatorios o de una tentativa castigada como delito consumado, es decir, en los delitos mutilados de dos o varios actos y los delitos de resultado cortado en los que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado, **al tratarse de delitos que se consuman formalmente antes de la lesión o peligro del bien jurídico, se castiga únicamente la peligrosidad de la acción.** Por ello, el **resultado material** o la **mera actividad** descritos en el tipo objetivo y que **suponen la consumación formal del delito constituyen, en el plano valorativo, un mero acto ejecutivo o preparatorio en el camino hacia la lesión del bien jurídico que viene indicado por el elemento subjetivo.** (p.109-111) (La negrita es suplida)

El Tráfico de influencias: delito de peligro abstracto.

A esta altura de la hermenéutica del tipo, ya se debe colegir que el Tráfico de influencias pertenece a la categoría de delitos de peligro abstracto. Efectivamente, **con la sola acción de influir con prevalimiento de una situación de poder, para obtener un beneficio**

económico o ventaja indebidos, se consuma formalmente del delito de Tráfico de influencias, al considerar el legislador que esta acción, es lo suficientemente peligrosa y por ende disvaliosa, como para adelantar las barreras de protección de los bienes jurídicos, que se quisieron tutelar.

Para Castillo González (2008), los delitos de peligro abstracto son siempre delitos de mera actividad, cuya punición **descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico**, según la valoración del legislador.

De acuerdo con Roxin (1994) los delitos de peligro abstracto, son aquellos en los que **se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal**, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro, en razón de lo cual, afirma el autor que el motivo o fin legislativo, es la **evitación de concretos peligros y lesiones**, sin que su concurrencia sea requisito del tipo. (p. 407)

Nuestra Sala tercera por su parte (voto 119-f-95), ha dicho que es posible distinguir con la doctrina entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, tomando como punto de partida la mayor o menor probabilidad de producir un resultado lesivo:

[...] En los **delitos de peligro abstracto**, como los que están incluidos en la ley de psicotrópicos, **se considera que el peligro se presenta con la realización de la conducta delictiva descrita en el tipo**, y de ahí que, en estos casos, **no sea necesario acudir a un análisis acerca de si en el caso concreto hubo o no peligro de lesión al bien jurídico tutelado, pues en tales hipótesis el riesgo está implícito en la acción desplegada**. En cambio, en los **delitos de peligro concreto, resulta necesario analizar en cada caso, y, por supuesto, probar fehacientemente, si la acción desplegada fue idónea para causar un determinado peligro**. Tanto en los delitos de peligro concreto como en los de peligro abstracto existe una **tendencia legislativa a producir una reacción penal en un área contingente a la lesión efectiva del bien jurídico**, la cual se explica por razones de una “política criminal de riesgo” que ha permeado profundamente la reforma penal de la posguerra,

caracterizada por una tendencia a producir tutela penal en aquellas áreas donde se generan riesgos importantes la convivencia, como en el caso de los modernos desarrollos de así llamado “derecho penal ecológico” [...]

La Sala Constitucional refiriéndose a la formulación legislativa de los “delitos de peligro abstracto” y su diferencia con los “delitos de peligro concreto” (Voto 218-2006), aporta un elemento diferenciador de suma utilidad a tales fines. El pasaje del voto, en lo que interesa dice:

[...] Si bien es cierto, toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales, pueden ser no sólo retributivos, sino también preventivos, -ya de prevención general positiva o negativa-, resocializadores, etc.- **La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico.** En los delitos de lesión se exige para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo representa, **mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión.** La delimitación entre una y otra clase de delitos puede ofrecer dificultad frente a figuras delictivas concretas. Así, en los delitos en los que se tutelan bienes colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico, etc.; si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, pueden tenerse como delitos de lesión; sin embargo, frente a los bienes jurídicos individuales, sólo suponen un peligro. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, tampoco es fácil en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que **sólo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro.** Según la opinión doctrinal

mayoritaria, **los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido.** En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente **peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico.** El legislador selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que deba establecerse en cada caso particular, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción o del bien jurídico protegido en la norma. No se exige una efectiva puesta en peligro –juzgada ex post- para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga –desde una perspectiva ex ante- un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. **En los delitos de peligro concreto, el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta. [...]** (La negrita es suplida).

Tal y como lo manifiesta la Sala Constitucional, es difícil distinguir entre un delito de peligro abstracto de uno de peligro concreto, no obstante, ello, esta misma cámara nos trae luz, acerca de un elemento diferenciador de suma utilidad, a saber, la incorporación del peligro como un elemento expreso en el tipo objetivo, lo evidenciará como un delito de peligro concreto; en otros términos, en los delitos de peligro concreto, el peligro constituirá un elemento expreso del tipo objetivo. Esto no sucede con los delitos de peligro abstracto, en los que la realización de acción, por si sola, se considera peligrosa, y, por ende, se consuma formalmente el delito.

Recapitulando, el tipo penal del delito de tráfico de influencias, **es un delito de peligro abstracto, debido a que con la sola acción de influir con prevalimiento de una situación de poder, se consuma formalmente el delito,** es decir el peligro se da con la realización de la conducta típica.

Imposibilidad de Tentativa en el Tráfico de influencias.

De conformidad con el artículo 24 del Código Penal, existe tentativa cuando: “se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente”. Para nosotros es claro, que en los delitos de peligro abstracto no existe posibilidad de tentativa, en tanto que la realización de la acción peligrosa es la que realiza el tipo objetivo.

Nuestra Sala III en su voto número 1116-2002, descartó en forma categórica la tentativa en los delitos de peligro abstracto, admitiéndose únicamente para estos la consumación. Esta resolución en lo que interesa dice:

[...] la tentativa está dirigida a castigar hechos producidos en una etapa previa inmediata a la consumación, cuando se da inicio a los actos ejecutivos que están directamente encaminados a consumir un tipo penal. **El artículo 24 del Código Penal tiende entonces a brindar una tutela anticipada del bien jurídico, pues basta para la tentativa que la actividad criminal se oriente a causar la lesión al bien jurídico. La tentativa es, en tal caso, también un anticipo de protección al bien jurídico,** en un área donde actos directamente encaminados a la realización de un hecho punible, por su univocidad, puede predicarse que van dirigidos a cumplir el núcleo de la descripción. **Si se tradujera esto al área de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de aceptar la tentativa en este tipo de delitos, tendría que aceptarse la conclusión abiertamente lesiva del principio de legalidad constitucional del artículo 39 de la Carta Magna de que toda actividad previa al inicio de un delito de peligro abstracto es punible, ya que implica la orientación a la puesta en peligro contingente de un bien jurídico, ya que “cualquier actividad” implicaría entonces un peligro de la ocurrencia de un peligro** para la Salud Pública, lo que evidentemente lleva el castigo penal a zonas o áreas donde no resulta proporcionado tal castigo, ni tampoco racional frente a una tutela de bienes jurídicos como la que pretende un derecho penal

democrático. **Por lo tanto, los delitos de peligro abstracto sólo admiten consumación.** Así lo ha sostenido ya la jurisprudencia de esta Sala ... Si bien es cierto, en otro Voto de la Sala no se descartó la posibilidad de que en los delitos de peligro pudiera existir tentativa, también se agregó allí, que en el caso concreto y por tratarse de una infracción a la Ley de Estupeficientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, la sola posesión de droga con fines de tráfico, constituía un delito consumado, independientemente de que el sujeto activo lograra transportar y entregar la droga a su destinatario (cfr. Voto No. 321-F-96, de las 11:50 hrs. del 23 de diciembre de 1996). **Los actos de ejecución de un delito de peligro se constituyen de esa manera en una antesala contingente a la efectiva lesión, pero que por sí mismos casi no pueden distinguirse de la mera esfera de la ideación.** Considerar por ello la tentativa en los delitos de peligro llevaría a utilizar este dispositivo amplificador del tipo a zonas de la actividad criminal donde todavía no puede hablarse de conductas encaminadas a la realización del hecho punible, como lo establece el artículo 24 del Código Penal. Esta problemática fue tomada en cuenta por el legislador en la anterior ley de estupeficientes No. 7233, al hacer una descripción amplia de verbos, que por sí mismos ya constituyen actos que ponen en peligro el bien jurídico Salud Pública ... **Traspasar esa frontera, por ejemplo, con la medición de posibles actos ejecutivos en fases contingentes a un posible peligro de lesión, extendería de manera desproporcionada el ámbito de intervención del derecho penal ...**” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 10-99, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del siete de enero mil novecientos noventa y nueve. En el mismo sentido véase el voto N° 11-99, de las catorce horas cincuenta minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve). En vista de que el instituto de la tentativa, previsto por el numeral 24 del Código Penal, propicia una “tutela anticipada” del bien jurídico, resultaría inadecuado aplicarla en los delitos básicos de peligro abstracto que regula la legislación de psicotrópicos pues, al igual que aquella, éstos llevan implícito el mismo propósito. **De admitirse, entonces, que al**

mismo tiempo coexista un delito de peligro abstracto con la tentativa, ello produciría una sobreprotección exagerada y desproporcionada al bien jurídico tutelado, permitiéndose así sancionar comportamientos humanos muy lejanos, lo que podría vulnerar el principio de legalidad reconocido a nivel constitucional [...] (La negrita es suplida)

Reiterando la misma posición anterior, la Sala Tercera afirmó que resultaba impensable la tentativa en delitos de peligro abstracto. En su voto número 1309-2004, se pronuncia de la siguiente manera:

[...] esta Sala ya ha señalado un claro límite para aplicar los delitos de peligro abstracto, **reduciendo - desde el principio de lesividad - los elementos amplificadores del tipo que pueden aplicarse.** De esta manera, **se ha excluido la posibilidad de que exista la tentativa en los delitos de peligro abstracto** y más específicamente, en los delitos de peligro abstracto contemplados en la ley de psicotrópicos, bajo el argumento de que: **“... es impensable que en hechos punibles de este tipo sea posible su configuración en grado de Tentativa, porque al ser ésta una tutela anticipada del bien jurídico, entonces habría que aceptar que en los delitos de peligro abstracto cabría responsabilidad penal por toda actividad previa encaminada a la realización de los mismos. Esto último equivaldría a sancionar prácticamente cualquier conducta por el peligro de que con ella se cause un peligro a la Salud Pública, lo cual contraviene el artículo 39 de la Constitución Política que contempla el principio de legalidad penal.** Así las cosas, no es posible aplicar la figura de la Tentativa a los así llamados delitos de peligro abstracto; en estos casos se comete el ilícito en su forma simple o en su modalidad agravada, o bien no hay delito. [...]

[...] (La negrita es suplida).

Sujeto activo:

El sujeto activo en el tipo penal base, del primer párrafo artículo 52 de la ley 8422, es quien ejerce la influencia, y puede ser cualquier persona, es decir, un particular o un funcionario público.

Sin importar las condiciones subjetivas o personales del sujeto activo (particular o funcionario público), la pena de prisión es la misma, de dos a cinco años, mientras que el agravante de la pena, que se eleva en un tercio, solo aplica cuando la influencia provenga del 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 procurador general adjunto de la República, fiscal general de la República, defensor o defensor adjunto de los habitantes, superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

Cuando los autores, coautores, cómplices e instigadores, sean servidores públicos, aparte de la aplicación de la pena principal, *se le podrá inhabilitar* para el desempeño de empleo, cargo o comisiones públicas que ejerzan, incluyendo los cargos de elección popular, por un período de uno a diez años. A nuestro criterio y en razón de la relevancia de los bienes jurídicos protegidos por el Tráfico de influencias, los cuales, dicho de paso, sustentan nuestro sistema republicano, **debería ser obligatorio para los juzgadores**, y no facultativa, la imposición de esta pena accesoria. (art. 59, Ley N.8422)

A diferencia del concepto del particular, que no representa dificultad alguna en su alcance, el concepto de funcionario o servidor público, presenta algunas características propias, que deben precisarse. Respecto a este último, se admite sin mayor polémica que el concepto penal de funcionario no tiene por qué coincidir con el concepto administrativo, y por ello la doctrina prefiere un **concepto penal autónomo**. Esto, por cuanto al legislador no le interesa propiamente la calificación jurídica del desempeño de un trabajo en la Administración, sino la intervención de un sujeto en el funcionamiento de la Administración. (Lombana Villalba, p. 268).

Para Lombana Villalba el concepto penal de funcionario público está constituido fundamentalmente por dos elementos, a saber: a) la participación en el ejercicio de funciones públicas, para lo cual es fundamental definir la función pública, la cual es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales, y b) la existencia de un título que habilite para dicha participación, la cual se puede presentar por disposición inmediata de la Ley, elección y nombramiento por autoridad competente (pp.269-270).

El autor OLAIZOLA NOGALES (El delito de cohecho), citado por Lombana Villalba (2013) entiende que la función pública está compuesta por tres elementos:

[...] Uno subjetivo, según el cual la función pública debe ser llevada a cabo por los entes públicos; uno objetivo, por el cual la función pública es realizada mediante actos sometidos al Derecho Público; y un elemento teleológico, según el cual la función pública es aquella que persigue fines públicos. (pp. 269-270)

Nos parece que esta última posición, facilita la comprensión del concepto, al acudir a criterios objetivos y teleológicos, que permiten determinar quién puede considerarse como funcionario público.

En cuanto a la existencia de un título habilitante para dicha participación, es claro que el mismo se puede adquirir por disposición legal, elección o nombramiento por autoridad competente.

Nuestra Ley General de la Administración pública, por su parte, consagra un **concepto amplio de servidor público**, al definirse a) quien ostenta tal condición, b) quien puede reputarse como servidor público, para efectos penales, y c) quien es funcionario de hecho, con responsabilidad penal. Lo anterior de conformidad con los artículos 111 al 119 de la Ley precitada. Estas normas se transcriben a continuación:

Artículo 111.-1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su

organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. 2. **A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.** 3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común. (La negrita es suplida)

Artículo 112.- 1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos. 2. Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3; del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos. 3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo. 4. **Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.** (La negrita es suplida)

Artículo 113.- 1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente **el interés público**, el cual será considerado como la **expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.** 2. El interés público **prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública** cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de **seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo**, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. (La negrita es suplida)

Artículo 114.-1. El servidor público será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; **cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar.** 2. Sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan para el servidor, considérase, en especial, irregular desempeño de su función todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados. (La negrita es suplida)

Artículo 115.- **Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aún fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno,** siempre que se den las siguientes circunstancias: a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente; y b) Que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho. (La negrita es suplida)

Artículo 116.- 1. Los actos del funcionario de hecho serán válidos, aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél. 2. La Administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos. (La negrita es suplida)

Artículo 118.- 1. El funcionario de hecho será responsable ante la Administración y ante los administrados por los daños que cause su conducta. 2. **La Administración será responsable ante los administrados por la conducta del funcionario de hecho.** (La negrita es suplida)

Artículo 119.- La responsabilidad penal del funcionario de hecho que fuere usurpador se regulará por el Código Penal.

Objeto o sujeto sobre el cual recae la acción típica.

Por lo general, el sujeto pasivo es el mismo que el titular del bien jurídico; sin embargo, no en todos los casos, la acción típica recae sobre el titular del bien, sino que lo hace sobre un sujeto diferente, como ocurre en el Tráfico de Influencias. En efecto, en este delito, **el titular de los bienes jurídicos protegidos, es el conglomerado social y no el servidor influido, que ni tiene ni puede arrogarse tal titularidad, por ello, es que a este no puede calificarse como sujeto pasivo, sino sujeto sobre el cual recae la acción.** Este último, es precisamente el medio o instrumento, para alcanzar el beneficio o ventaja indebidos, perseguidos por el sujeto activo o influyente. Esto es así, puesto que la acción recae sobre el servidor público. Algo diferente, ocurre en los delitos contra la propiedad, en los que es fácil distinguir el bien jurídico protegido (que es una cosa), y el sujeto pasivo sobre el cual recae la acción y a la vez es el titular de ese bien.

Ahora bien, dado que el tipo penal admite el tráfico de influencias en cadena o cascada, al señalar que la influencia puede ser directa o por “interpósita persona” (artículo 52 de rito), es claro que **la acción puede recaer sobre un particular o servidor distinto al que corresponde la decisión o resolución final, que genera el beneficio económico o ventaja indebidos.** En esta misma línea de pensamiento, Díaz-Maroto y Villarejo (2009) citados por Muñoz Lorente (2013), señalan que no es necesario que la influencia se dirija directamente al funcionario que ha de dictar la resolución, sino que el tipo admite el denominado tráfico de influencias en cadena, que es influir sobre un funcionario o particular para que este a su vez influya en el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución. (p.84)

Para Cugat Mauri (2014), esta posibilidad de influencias indirectas, que amplía el ámbito típico del delito, y que consisten en influir en otro para que influya sobre un tercero, puede ser muy efectiva contra la corrupción que genera ciertos y conocidos comportamientos desviados de los partidos políticos y otros grupos de presión. Para la autora, estos grupos de

poder, pueden poner en marcha un entramado de relaciones, a través de las cuales se doblega o somete al funcionario, a la voluntad de muchas más personas, que aquellas con las que tiene relación directa. (p. 07:7)

En un sentido similar al antes esbozado, Morillas Cueva (dp español. pe, 2005, p 910) y Muñoz Conde (dp. pe, 2010, pp. 1046-1047) citados por Cugat Mauri (2014), sostienen que **el tráfico de influencias en cadena es una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa**, y puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal y constituir un aparato organizado de poder dentro de la propia Administración.

No está por demás indicar, que la conducta del sujeto sobre el cual recae la acción, a saber, el servidor público que toma la decisión generadora del beneficio o ventaja indebidos, no se encuentra tipificada **dentro** del tipo base del Tráfico de influencias. Esto es así, puesto que **el servidor público no es quien realiza la acción típica de influir con prevalimiento de una situación de poder**. Para nosotros, es claro que ante los variados supuestos en los que puede proceder el servidor público influido, el legislador optó por una construcción del tipo penal, en la que tal conducta no se sancionara dentro del tipo base, dejando así la valoración separada de su conducta, por la posible concurrencia de otros delitos, como podría ser por ejemplo los delitos de prevaricato o de nombramiento ilegal, sin descartar la posible concurrencia de causales de justificación o de exculpación. Como se observa, todo dependerá de la intensidad del prevalimiento de la situación de superioridad o poder, toda vez que, como antes lo señalamos, existen diferencias en las cargas de presión o coactivas. No es lo mismo, la presión que ejerce el jerarca inmediato o el presidente de la república y la presión que ejerce un pariente. Habrá que analizar en el caso concreto, si la influencia por ejemplo es lo suficientemente fuerte como para anular la voluntad del servidor público, quién podría invocar en su favor, una causal de exculpación (por ejemplo, la causal de coacción o amenaza, art. 38 Código Penal). En esta misma línea hermenéutica, el autor Muñoz Lorente, José (2013) se refiere a la impunidad del sujeto influido, **aunque estima necesaria la sanción de este, a través de una ampliación del tipo penal**. En lo que interesa, el autor razona su posición de la siguiente manera:

(...) El sujeto objeto de la influencia –que no sujeto pasivo del delito- siempre ha de ser un funcionario o autoridad en sentido amplio (...) Es importante resaltar que **la conducta del funcionario sobre el que se influye y que, además, se deja influir (esto es, accede a lo que se le pide), resulta totalmente impune porque no aparece contemplada en la tipicidad de los preceptos de referencia que sólo consideran punible la figura del que influye o intenta influir.** La conducta del funcionario que se deja influir sólo será punible si es constitutiva de cualquier otro delito –prevaricación, nombramientos ilegales, fraudes, etc.- y conforme a este otro delito –no en virtud de haber “aceptado” la influencia-; (...) En este orden de cosas, no se entiende muy bien por qué el denominado cohecho pasivo resulta punible y, sin embargo, el que podríamos denominar como “tráfico de influencias pasivo” no lo es, cuando ambos delitos poseen la misma estructura y la única diferencia estriba en que en uno la voluntad del funcionario se “doblega” a través de dádivas y, en el otro, a través de una serie de relaciones personales con el funcionario; en cualquier caso, en ambos el funcionario accede a ese “doblegamiento” –vulnerando el principio de imparcialidad y objetividad- y, no obstante, en uno la conducta es punible y en el otro no. La ausencia de pena para el funcionario que se deja influir o accede a la influencia ha sido duramente criticada –así véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254-1255), para quienes las “dos partes” del acuerdo deben ser merecedoras de pena al igual que en el cohecho)- e, **incluso, se ha intentado ofrecer una solución dogmática para evitar la impunidad –así, a través de la figura de la cooperación necesaria del influido (el funcionario) en el tráfico de influencias del art. 429 CP:** si el funcionario no se deja influir no hay tráfico de influencias- **al no contemplarse un tipo similar al cohecho pasivo –aceptación de la dádiva por el funcionario- que aquí se concretaría en la aceptación de la influencia; en definitiva, se trataría de los casos más frecuentes de tráfico de influencias –“acuerdo de voluntades”- en los que influyente e influido están de acuerdo** o en los que el influido accede a lo requerido por

el influyente de acuerdo con el ascendente que éste tiene sobre aquél. **Carencia de pena para el funcionario que se deja influir que –a pesar de haber sido objeto de denuncia por la doctrina-, como se puede observar, no ha querido solventar la reciente reforma penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010 que, en el ámbito del tráfico de influencias, sólo ha pretendido llevar a cabo una reforma puramente estética; reforma estética que, frente a la ciudadanía, da la imagen de lucha contra la corrupción al aumentar las penas privativas de libertad (que, como se ha señalado con anterioridad, no garantizan el ingreso en prisión o cumplimiento de la pena privativa de libertad); ciudadanía que, por cierto, no sabe que la conducta del funcionario que se deja influir es impune y, si lo sabe, no entiende por qué ha de ser así si, por la especial peligrosidad que presenta el abuso y prevalimiento de las relaciones especificadas en el tipo, el legislador ha optado por criminalizar al máximo el recurso a las mismas –así, también Cugat Mauri (1997: 271)-. En consecuencia, resulta necesario establecer expresamente en la tipicidad de los arts. 428 y 429 la responsabilidad penal del funcionario que se deja influir, con independencia de la posibilidad de responder por la comisión de cualquier otro delito posterior –por ejemplo, por prevaricación-. (La negrita es suplida) (pp-82-86)**

Al igual que Muñoz Lorente, **consideramos útil y necesario la penalización del servidor que se deja corromper o influir, sin mediar causas de justificación o exculpación, así como el necesario aumento de los extremos de la pena del Tráfico de influencias (de cuatro a seis años de prisión), para asegurar el efectivo cumplimiento de la pena o entrada a prisión, tanto del corruptor o influyente, como del corrupto o influido.** Compartimos igualmente la inquietud de este autor, acerca de la **incongruencia sistémica** entre los tipos penales del cohecho, con el del Tráfico de influencias en sentido estricto, en la medida que sucede lo mismo con nuestra legislación penal. En efecto, la estructura de los tipos penales del cohecho (propio e impropio) y el de Tráfico de influencias resulta muy similar,

distinguiéndose estos únicamente, en la forma en que se doblega la voluntad del servidor público. En los primeros, es la dádiva o ventaja la que somete la voluntad del funcionario público, mientras que, en el segundo, es la influencia ejercida la que lo somete y desvía del interés general. Es por ello, que resulta injustificado que las conductas de los autores del cohecho, que se dejaron corromper se sancionen como tipos penales autónomos, mientras se dejan atípicas dentro del tipo base del Tráfico de influencias, conductas muy similares del servidor público, que cede a la influencia y se deja corromper (en sentido amplio de término), pudiéndose perfectamente aprovechar los mismos elementos típicos de este delito *-tipo que podríamos identificar como Tráfico de influencias activo-* para crear un tipo penal accesorio, que se nutra de éstos para sancionar las conductas del funcionario influido *-tipo que podríamos denominar Tráfico de influencias pasivo-*. Como se observa, **ambas conductas típicas, la del funcionario sobornado y la del funcionario influenciado, son corruptas**. Nos parece que a través de esta ampliación del ámbito típico, se resolvería no sólo el problema de la impunidad del servidor influido, sino que también muchos problemas de hermenéutica relacionados con los elementos normativos del tipo base de análisis.

Los elementos típicos en el delito de Tráfico de Influencias.

Como la mayoría de los tipos penales, el Tráfico de influencias contiene tanto elementos normativos como descriptivos.

Elementos normativos.

Tradicionalmente se ha entendido que los elementos normativos del tipo objetivo, son aquellos contenidos en una descripción típica, que sólo pueden captarse mediante un acto de valoración, por ejemplo, el carácter documental de un objeto no puede obtenerse mediante una simple actividad sensorial (Bacigalupo 1985, p.34), como si sucede con los elementos descriptivos, sino que requiere de una valoración. Estos elementos normativos están

subordinados a normas judiciales, normas sociales y criterios ético-jurídicos de comportamiento socialmente reconocido, y conocidos por su carácter público y notorio (Rojas y Sánchez 2009, p.84). A continuación, nos referimos a esta especie de elementos, salvo los vinculados a las diferentes modalidades de prevalimiento (cargo público, relación jerárquica y relaciones personales), por haberlos abordado anteriormente:

Servidor público.

Aunque en páginas atrás nos referimos a este elemento normativo, al abordarse el tema del sujeto sobre el cual recae la acción típica del Tráfico de influencias, en razón de su relevancia legal, nos limitaremos a enunciar las definiciones existentes.

La Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la función pública, n.º 8422, en su artículo 2 define al servidor público de la siguiente manera:

[...] toda **persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal**, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. **Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.**

Las disposiciones de la presente Ley **serán aplicables a los funcionarios de hecho** y a las **personas que laboran para las empresas públicas** en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas a derecho común; asimismo, a los **apoderados, administradores, gerentes y representantes legales** de las personas jurídicas que **custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública**, por cualquier título o modalidad de gestión. (La negrita es suplida)

Idéntica definición contiene el Reglamento a la Ley n.º 8422 precitada (Decreto Ejecutivo n.º 32333 de 13 de abril del 2005), en el artículo 1, inciso 44.

La Ley General de Administración Pública en su artículo 111, define al servidor público como la persona que presta servicios a la Administración a nombre y por cuenta de esta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

La Sala Constitucional en su voto n.º 11524-2000, define al funcionario público como la persona que está investida de ciertas facultades, que lo habilitan para desempeñar funciones estatales o públicas, y que constituye una manifestación del poder público.

Nombramiento.

De los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, se derivan los lineamientos generales y comunes, para realizar los nombramientos en cargos públicos. En efecto, de acuerdo con dichas normas, es el estatuto del servicio civil el que regula las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, para garantizar la eficiencia de la Administración Pública (art. 191), exigiéndose, por ende, el requisito de idoneidad comprobada para el nombramiento de los servidores públicos (art. 192).

En consonancia con las normas anteriores, la Sala Constitucional en su voto número 5694-2001, se refiere en forma puntual al procedimiento común de ingreso al empleo público, enfatizando las condiciones de igualdad para acceder a nombramientos en cargos públicos, así como el requisito de idoneidad para ocupar el cargo. El voto en lo que interesa dice:

El régimen de nombramiento de los servidores y funcionarios públicos, pretende garantizar el **derecho que tiene toda persona de tener acceso, en condiciones generales y razonables de igualdad, a las funciones públicas**

(artículo 23 párrafo 1, inciso c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y de gozar de estabilidad en el empleo. Además, posibilita la escogencia de quien compruebe ser **candidato idóneo para ocupar el cargo** en aras de la **prestación eficiente** del servicio público. (La negrita es suplida)

Adjudicación.

De acuerdo con el Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL, Informe, Tema: La adjudicación de bienes judicial y extra judicial), se entiende por adjudicación lo siguiente:

[...]La palabra adjudicación, deriva del latín “ad” y “judicare” y; lo que significa la atribución o reconocimiento, por medio de la autoridad competente, de un derecho sobre una cosa determinada. (LEIVA CHAMORRO). La doctrina ha considerado que las adjudicaciones no suelen constituirse por actos independientes, sino que se apoya en un acto existente o anterior que con la adjudicación queda satisfecho o se hace efectivo. Entre otras de las características de la adjudicación es que ésta (doctrina) ha estimado que la adjudicación es un título traslativo de dominio el cual sirve de complemento a un derecho reconocido por virtud de una causa anterior o preestablecida. La doctrina ha clasificado a las adjudicaciones ya sean éstas extrajudicial o voluntaria, judicial o administrativa [...] (p.2)

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley número 7762, del 14 de abril de 1998, en su artículo 29 regula la adjudicación del contrato por una licitación pública, de la siguiente forma:

El contrato se adjudicará obligatoriamente al licitante que formule la mejor oferta económica de entre las declaradas técnicamente aceptables, según la

fórmula definida en el cartel; sin perjuicio de la facultad de la Administración concedente para desestimar todas las ofertas por no convenir al interés público.

Concesión.

El autor patrio y exmagistrado de la Sala Constitucional, Jinesta Lobo, Ernesto (2009) define este término, al amparo de la Ley General de Concesión de Obras públicas con Servicios Públicos (antes citada). Para este autor la concesión de obra pública es un contrato administrativo, con las siguientes características:

[...] contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada, mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contra partidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente. (pp.177-178)

En el artículo primero de la Ley General de Concesión de Obras públicas con Servicios Públicos, Ley número 7762, se define a la concesión de obra pública, de la siguiente manera:

La concesión de obra pública es el instituto jurídico de derecho público mediante el cual el Estado encarga a una persona la ejecución de una obra y le transmite, temporalmente, los poderes jurídicos necesarios para que la explote, por medio del pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios, con la autorización, control y vigilancia de la administración, pero por cuenta y riesgo del concesionario.

En relación con el concesionario, Jinesta Lobo (2009) se refiere del siguiente modo:

El concesionario es un particular que contrata con una administración pública la construcción de una obra pública y su explotación o la prestación de un servicio público, y que, por tal razón, ejerce funciones o potestades administrativas de forma transitoria, en tanto se mantenga vigente o no se extinga la relación contractual, cuya titularidad última siempre permanece en la cabeza de la administración concedente. (p.177-179)

El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL, Informe, Tema: Las empresas públicas y el contrato de gestión), se refiere a las “concesiones” en los siguientes términos:

Entre las formas de gestión indirecta del servicio público, se debe destacar el “CONTRATO DE CONCESIÓN”, el cual consiste en una técnica jurídica a través de la cual la Administración Pública transmite a los particulares algunas potestades propias –no puede concederse la potestad legislativa ni la jurisdiccional u actos de autoridad-, para que el concesionario realice ciertas actuaciones administrativas. El autor Víctor R. Hernández Mendible analiza el concepto de la siguiente manera: “La concesión de servicio público es un modo de gestión indirecta en virtud del cual, la Administración concede mediante un contrato administrativo, en principio, a una persona privada y excepcionalmente a otras personas públicas, la explotación de un servicio durante un tiempo determinado, que esta asume bajo su responsabilidad y riesgo, estableciéndose como remuneración una cantidad de dinero denominada tarifa, que la pagan los usuarios”. (p.23)

Contrato.

Para el autor Jinesta Lobo (2009) el contrato administrativo, regulado en la Ley de Contratación Administrativa, número 7494 del 2 de mayo de 1995 y sus reformas, y su Reglamento general, Decreto Ejecutivo No. 33411 del 27 de septiembre de 2006, que es el que interesa a los efectos hermenéuticos del tipo de Tráfico de influencias, es un acuerdo que surte efectos jurídicos, entre la Administración y otro sujeto de derecho, pudiendo ser tanto bilateral como plurilateral. El autor se refiere a este contrato administrativo del siguiente modo:

Dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos **existe una diferencia de régimen entre los que se realizan de común acuerdo entre la Administración y otro sujeto de derecho**, para regular derechos y deberes comunes, y **las manifestaciones meramente unilaterales de la Administración**. Los **primeros son los contratos administrativos** que tienen un régimen jurídico propio diferenciado y autónomo. En nuestro ordenamiento jurídico, **la actividad contractual desplegada por los órganos de los Poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo, Tribunal Supremo de los Habitantes, el sector descentralizado territorial, institucional y corporativo está sometida y regida por la ley de contratación administrativa (...) y su reglamento general (...)** –artículos 1º, párrafo 1º, 3º, párrafo 1º, Ley General de la Contratación Administrativa, 1º y 2º del Reglamento General. (p.395)

Acto Administrativo (propio de las funciones).

El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL, Informe, Tema: Elementos del acto administrativo) define el acto administrativo en los siguientes términos:

[...] (MUÑOZ CHACÓN, Francisco) En términos simples, un acto administrativo constituye la aplicación concreta de una facultad genérica otorgada por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública. Estas facultades determinan la competencia de un ente u órgano administrativo [...] de allí que podemos definir al acto administrativo como aquella manifestación de voluntad unilateral de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa capaz de crear, delimitar o extinguir una relación jurídica subjetiva [...](pp.2-3).

Para Jinesta Lobo (2009) el acto administrativo, es una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos o generales, de alcance normativo o no, en forma directa o inmediata. El mismo autor, se refiere a las diferentes modalidades de actos administrativos, de esta forma:

[...]La decisión administrativa no solo se expresa mediante operaciones materiales, sino también por medio de declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos. Debe tenerse claro que no existe una definición jurídico-positiva preestablecida de acto administrativo, sino un conjunto de normas jurídicas que rigen su formación, ejecución, patología y extinción y que constituyen su régimen jurídico. A partir del análisis y sistematización de ese régimen puede inducirse una definición relativamente adecuada de acto administrativo. La definición de acto administrativo no es un asunto pacífico en la doctrina y en la legislación, dado que, existen diversas orientaciones sobre los alcances y los límites de tal categoría dogmática. (p.413)

Resolución (propia de las funciones).

Al no discriminarse expresamente en el tipo la clase de resolución del sujeto influido, debe interpretarse que el término abarca tanto la administrativa como la judicial, por cuanto en los dos ámbitos implicados, los servidores públicos dictan resoluciones atinentes o competencia del cargo.

Para el autor Muñoz Lorente (2013) tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han entendido “resolución” como todo acto de la Administración Pública de “carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos de los administrados”, excluyéndose por tanto del concepto, todos aquellos actos de trámite sin contenido decisorio. (p. 89)

Al igual que para los otros institutos jurídicos ya abordados, el tipo penal contempla la posibilidad que la influencia ejercida procure que el servidor público, omita el dictado de una resolución, para generar un beneficio económico o ventaja indebidos, al autor o al tercero designado por éste. Como ilustración de lo expresado, y muy plausible que suceda en la realidad, es el caso de la influencia ejercida sobre el servidor, para que, a través de su pasividad, opere la prescripción en un asunto penal o disciplinario.

Por otra parte, **el tipo penal no precisa ni exige en forma expresa que la resolución perseguida por el autor, sea ilegal o contraria a derecho, es decir, puede ser perfectamente ajustada a derecho, evidenciándose así la amplitud del ámbito típico del Tráfico de influencias.** En efecto, aun así, es decir siendo totalmente legal la resolución dictada, podría configurarse el delito, al generarse un beneficio económico o ventaja indebidos, para el autor o un tercero, afectándose así los bienes jurídicos protegidos en el Tráfico de influencias.

Ahora bien, y teniendo en cuenta la redacción actual del Tráfico de influencias, si el sujeto influido dicta una resolución contraria a derecho, y no lo ampara ninguna causa de exculpación, incurriría en el delito de prevaricato, al dictar una resolución contraria a derecho o fundamentada en hechos falsos.

En relación con la amplitud del ámbito típico del Tráfico de influencias, Muñoz Lorente (2013) sostiene que:

[...] también se integrarían en el tipo la persecución de resoluciones totalmente ajustadas a Derecho” siempre y cuando para su consecución el sujeto activo se aproveche de sus relaciones con el funcionario y no respete los cauces establecidos de manera objetiva y común para obtener esa resolución. Nótese que para la consumación del tipo ni siquiera es necesario que se adopte una resolución, sino que, como se ha señalado [...], el tipo se consume con el mero ejercicio de la influencia [...] (p.91).

Resulta de interés destacar que Cugat Mauri (La desviación del interés general y el tráfico de influencias, 1997) excluye del Tráfico de influencias, la influencia ejercida para el dictado de resoluciones ajustadas a Derecho, afirmando que no se vulnera el bien jurídico protegido. Para dicha autora, “si la resolución pretendida es justa, no se lesiona el principio de imparcialidad o de objetividad; la persecución de una resolución justa implicaría que no existiese imputación objetiva al no entrar aquélla en el ámbito de protección de la norma”. (p.211-212). En sentido contrario, Muñoz Lorente (2013) da respuesta a dicha autora, evidenciando una incongruencia hermenéutica en su postura, al estimar que **Cugat Mauri se contradice al afirmar, por un lado, la exclusión de las resoluciones ajustadas a derecho, y por otro, ampararse en el principio de igualdad de los ciudadanos, para fundamentar el bien jurídico protegido en el Tráfico de influencias.** Muñoz Lorente, haciendo una comparación con el cohecho impropio, desarrolla su réplica del siguiente modo:

Esta interpretación (de Cugat Mauri), a mi entender, **resulta ciertamente sorprendente y poco acertada si la comparamos, por ejemplo, con el delito de cohecho** –de similar estructura al tráfico de influencias y con idéntico bien jurídico protegido- **en donde la pretensión de una resolución justa también integra el delito** (véase, art. 420, el denominado cohecho pasivo impropio; denominado impropio, precisamente, porque la actuación que ha de llevar a cabo el funcionario no es ilícita, sino que se trata de un acto propio de su cargo, esto es, recibe la dádiva para que realice un acto lícito). Es más, la pretensión o resolución justa también integra el delito si la dádiva,

recompensa o favor se entrega con posterioridad como recompensa o premio sin que previamente haya mediado una solicitud o acuerdo previo que haya inducido o determinado al funcionario a cometer el cohecho dictando una resolución lícita (véase el art. 421 CP, en el que se tipifica el denominado cohecho subsiguiente) aun cuando la resolución del funcionario haya sido justa o ajustada a Derecho. **En todos esos supuestos de cohecho –pasivo impropio y subsiguiente- habría que mantener, al igual que en el tráfico de influencias, que no existe lesión del bien jurídico protegido, esto es, que el principio de imparcialidad u objetividad no resulta vulnerado dado que la resolución es justa y, en consecuencia, afirmar que no existe delito puesto que no hay bien jurídico que proteger; naturalmente, otra opción sería afirmar que el bien jurídico protegido por esos preceptos no es el correcto funcionamiento de la Administración pública en su faceta de objetividad e imparcialidad, sino en otra faceta: la del principio de igualdad; (...) de ser así, será ese principio de igualdad el que se vería afectado al perseguir mediante dádivas o influencias una resolución justa.** Para continuar con el hilo y desarrollar esa cuestión, conviene no olvidar que **el delito de tráfico de influencias se diferencia del de cohecho únicamente en el aspecto de la dádiva.** En el tráfico de influencias la dádiva no existe y es “reemplazada” por la influencia o, mejor dicho, por las especiales relaciones personales con el funcionario influido. Por tanto, realizando una interpretación sistemática e integradora se puede decir que, al igual que ocurre en el cohecho – fundamentalmente en el impropio del art. 420- en el tráfico de influencias, aunque la resolución perseguida –y eventualmente obtenida- sea justa, si es posible probar la existencia de una influencia y su prevalimiento, también estaremos ante una conducta delictiva. Y esta misma parece ser la opinión expresada por el Tribunal Supremo cuando afirma que “Debe advertirse que la resolución conseguida no tiene que ser forzosamente injusta y aún menos delictiva, por lo que no es obstáculo para que se impute tráfico de influencias” (así, véase

STS 2025/2001, de 29 de octubre). (p.92) (La negrita y subrayado son suplidos).

El mismo autor Muñoz Lorente, nos ilustra su posición, con el siguiente ejemplo de Tráfico de influencias, en el que el autor persigue una resolución ajustada a derecho, para generarle un beneficio económico a un amigo, sin embargo, como dice el refrán popular, le permite a éste “*brincarse la fila*”:

Alcalde que **agiliza la concesión de una licencia de apertura de un determinado negocio innovador** –licencia lícita por cumplir con los requisitos exigidos- **porque se lo solicita un amigo**. A su vez, **deja que el resto de licencias solicitadas para negocios similares sigan su curso normal haciendo que su amigo pueda abrir antes el negocio y obtener, al menos durante un tiempo, y como consecuencia de la novedad, toda la clientela lo que, naturalmente, le supondrá un notable beneficio económico**. Conducta: prevalimiento de relación de amistad + resolución justa + beneficio económico. (La negrita es suplida)

En el ejemplo anterior, **podría sostenerse como lo hace Cugat Mauri, la falta de afectación al principio de imparcialidad, dada la licitud de la resolución y que la concesión se habría dado en todo caso, sin necesidad de la influencia**, aunque en forma más tardía y en igualdad de condiciones con el resto de los solicitantes, **sin embargo, como lo critica acertadamente Muñoz Lorente, al seguir la misma lógica, tendríamos que aplicar la misma receta o solución en el caso del cohecho impropio**. En efecto, si en lugar de la influencia, lo que concurre es una dádiva, tendríamos que **dejar sin castigo el cohecho, al no afectarse el principio de imparcialidad, por cuanto se habría concedido la licencia, aunque en forma más tardía y sin necesidad de una dádiva**. Como se observa, en ambos supuestos, se da la agilización de la licencia, en uno por la concurrencia de la influencia y en el otro por la entrega de una dádiva, sin que se lesione la imparcialidad y objetividad del

funcionario. Ahora bien, nos resulta en extremo claro que, **en ambos supuestos, se vulnera el principio constitucional de igualdad, que garantiza el acceso en condiciones de igualdad a la Administración pública, para todos los costarricenses, y por ello, es que se debe sancionar tanto el cohecho impropio como el Tráfico de influencias.** Como lo expresamos páginas atrás, el delito es pluri-ofensivo, al tutelarse o protegerse varios bienes jurídicos, a saber, el acceso igualitario a la Administración Pública, derivado del principio constitucional de igualdad, el principio de probidad y desde luego, los principios de imparcialidad y objetividad de la Administración. Nótese la relevancia de una correcta hermenéutica de los bienes jurídicos tutelados por el Tráfico de influencias, sin la cual podrían quedar en la impunidad, conductas que se incardinan o subsumen el tipo penal de estudio.

El voto número 967-2017 de la Sala de Casación Penal, de reiterada cita, no deja la menor duda acerca de que esta cámara, adopta la posición de Muñoz Lorente, admitiendo que el delito de Tráfico de influencias, no excluye las resoluciones ajustadas a derecho. El voto en lo que interesa dice:

[...] existe una **amplia discusión doctrinaria**, sobre la posibilidad de considerar típicas, las **conductas constitutivas de influencia “con prevalimiento”, que dan como resultado una resolución ajustada a Derecho.** Ahondando en lo primero: los bienes jurídicos que se protegen en el delito de tráfico de influencias, **la doctrina se debate entre la protección de la imparcialidad del decisor, el correcto funcionamiento de la Administración, e incluso algunos sectores han ampliado el elenco, considerando como bienes jurídicos protegidos, el acceso a la Administración por las vías establecidas regularmente, y la igualdad entre las partes. La determinación del bien jurídico protegido, es de la mayor trascendencia.** 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, si es que existió al menos la posibilidad de una decisión distinta, tal y como ocurre en el caso concreto respecto a la imposición de prisión preventiva o bien de la apertura a juicio. Se ha dicho al respecto: “...la mayoría de la Doctrina excluye del delito de tráfico de influencias las influencias para lograr resoluciones adecuadas a Derecho porque se entiende que no se vulnera el bien jurídico protegido. En efecto, este sector doctrinal considera que, si la resolución pretendida es justa, no se lesiona el principio de imparcialidad o de objetividad (...) naturalmente, **otra opción sería afirmar que el bien jurídico protegido por esos preceptos no es el correcto funcionamiento de la Administración pública en su faceta de objetividad e imparcialidad, sino en otra faceta: la del principio de igualdad...**” (MUÑOZ LORENTE (José): “Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción”. En: Revista Eunomia, N^o. 4, marzo–agosto 2013, pp. 91-92). Ampliando sobre el tema, **el mismo autor indica que el tráfico de influencias 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. (...) Según la pieza acusatoria y los hechos acreditados en juicio, la jueza Gamboa Haerberle, aconsejó, solicitó o de alguna forma le refirió al Juez del Tribunal de Flagrancia a quien le correspondía pronunciarse sobre la situación jurídica del imputado Velásquez Gómez, la conveniencia de aplicar

en el caso concreto, la suspensión del proceso a prueba para resolver el asunto sin llegar a juicio, y sin dictar prisión preventiva contra el implicado. **Es innegable, además, la existencia al menos de una probabilidad – aunque débil – de que se dictase prisión preventiva contra el encartado, y de resolver el asunto mediante juicio. Si no fuese así – es decir, si la prisión y la celebración de juicio fueran jurídicamente inviables – carecería de sentido la recomendación de Gamboa Haeberle para aplicar una solución diversa. Es dicha posibilidad, y el acto de injerencia (como ya se advirtió, está pendiente de resolverse si esa injerencia consistió en “influencia con prevalimiento”), sobre el proceso motivador del juez Barboza, lo que cumple en este caso con el requisito subjetivo de actuar con la finalidad de conseguir una ventaja indebida.** 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 (en este caso, obtener la libertad y la resolución del asunto por una vía alterna al juicio). **Los jueces de apelación descartan la tipicidad de la conducta demostrada en el " caso número 2 " , al estimar que “el no dictado de prisión preventiva y la concesión de una suspensión del proceso a prueba”, en este asunto, era lo esperable, y que dicha decisión no obedeció a la presión ejercida, sino a consideraciones ajustadas a Derecho sobre peligros procesales, razonabilidad y proporcionalidad de la privación de libertad,** así como las posibilidades procesales para resolver el conflicto sin necesidad de realizar el contradictorio. **Con ello, se confunde el resultado final de los hechos (la finalidad querida no fue alcanzada a través de la influencia sobre el proceso motivador del juez Barboza, pues este terminó excusándose de conocer la causa, precisamente en razón de la intervención de la**

encartada), con la finalidad perseguida por la imputada con su actuar (lograr la libertad y solución alterna al juicio, infiriendo en el proceso motivador del juzgador). Se deja de lado que lo que debe ostentar la característica de “indebida”, es la ventaja (patrimonial o de cualquier otra naturaleza) que se pretende a través de la influencia ejercida, no el medio a través del cual se genera dicha ventaja, en el tanto dicho medio se califica en la misma norma, como un “...acto o resolución propios de sus funciones...”(artículo 52 de la Ley 8422 de 6 de octubre de 2004). La lesión del bien jurídico protegido, entendido ya sea como la imparcialidad del juzgador, o como acceso a la justicia por las vías legalmente establecidas, se corrobora en la imputación, cuando se describe una interferencia indebida por parte de Gamboa Haerberle, sobre la psique del juzgador a quien correspondía el conocimiento de la causa. La solicitud que –de acuerdo con la acusación– le hizo Gamboa Haerberle al juez Barboza, en el sentido de que “cuidado dejaba preso” al encartado Velásquez Gómez, por el delito de conducción temeraria, y que más bien le permitiese acceder a la suspensión del proceso a prueba, **procura una ventaja indebida, precisamente porque se dirige a obtener un resultado que si bien era factible de acuerdo a las reglas procesales aplicables, se procuró por vías irregulares. No elimina la tipicidad, el hecho de que la libertad ambulatoria del encartado, pudiese lograrse a través de las vías regulares, como tampoco eliminaría la tipicidad, que el ejercicio de la influencia fuese infructuoso, dada la negativa del sujeto pasivo. (...) Los reclamos del Ministerio Público llevan razón en cuanto a que el tipo penal no exige que el acto solicitado por el sujeto activo a beneficio de él mismo o de un tercero, sea contrario a Derecho. Abona a esta interpretación, el hecho de que el tipo bajo examen reúna dos conceptos en apariencia contradictorios: el dictado de un acto o resolución “propio de las funciones” del servidor público, y la generación de un “beneficio económico o ventaja indebidos”. La única forma de armonizar ambos conceptos, es partiendo del hecho de que una labor de competencia del funcionario (y por lo tanto, ajustada a Derecho, pues no**

es propio de las funciones de ningún servidor, el dictado de actos ilegales), genera ventajas indebidas cuando para obtenerla, el sujeto activo ha ejercido presión para obtenerla, contaminando el proceso de debate interno imparcial que le compete solo a quien corresponde dictar la resolución o el acto. Puede tratarse de una decisión factible desde el punto de vista legal, de modo que la “ventaja indebida”, no equivale a la ilicitud del acto o resolución que le compete dictar al funcionario (sujeto pasivo), sino a la posición en quien se coloca el que accede o se busca obtener dicha decisión, a través de canales irregulares, afectando el deber de imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de sus decisiones, y el acceso a la justicia en condiciones de regularidad e igualdad. Estas aseveraciones concuerdan con el bien jurídico protegido por esta figura, en los términos señalados al inicio de esta exposición: “...en el tráfico de influencias en sentido estricto lo que se persigue es tutelar el cumplimiento de la obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, aunque estas finalmente resulten ajustadas a Derecho...” (MUÑOZ LORENTE (José): “El delito de tráfico de influencias”, En: Revista Eunomía, No. 7, septiembre 2014- febrero 2015, p. 251. El subrayado es suplido). (La negrita es suplida)

Elementos descriptivos.

Los elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer o percibir por medio de sus sentidos, sin hacer especial valoración de ellos. (Bacigalupo 1985, p.33). Las circunstancias o exigencias que constituyen el tipo objetivo, las describe el legislador por medio de conceptos abstractos; estos pueden referirse a objetos del mundo exterior, perceptibles por los sentidos, como, por ejemplo, “persona” (art.111 Cód. pen), “cosa” (art.209 Cód. pen), “aguas” (art. 226 incisos. 1 y 2 Cód. pen), en cuyo caso se les llama elementos descriptivos del tipo. (Castillo González, 1999 p.91)

El elemento descriptivo que se encuentra presente en el tipo de Ejercicio de influencias, es “persona”, y no amerita mayor reflexión, aunque no está de más indicar, que se trata de una persona física, la cual puede ser tanto un adulto como un menor de edad, y que igualmente podría participar como coautor en el delito o bien, ser un simple instrumento (“hombre de adelante”) utilizado por el autor (“hombre de atrás”). Estos últimos temas, los abordaremos cuando tratemos las diferentes clases de autoría, admitidas por el Tráfico de influencias.

El Tipo subjetivo del Tráfico de Influencias.

El Dolo.

El dolo supone el conocimiento de los elementos del tipo penal y la voluntad de realizarlos. Para el autor patrio Castillo González (El dolo, 1999, pp. 17-18) el dolo implica una fórmula usual, sobre el conocimiento de las circunstancias o elementos de hecho del tipo penal y la voluntad de realizarlos. Suele abreviarse esta fórmula diciendo que dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal. El dolo tiene dos elementos: un elemento cognoscitivo es un *prius* lógico respecto al elemento volitivo, porque **no se puede querer realizar lo que no se conoce**. Si bien todos los autores están de acuerdo en la fórmula de que el dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo, hay una diferencia radical entre ellos sobre el contenido que le atribuyen a lo que es conocimiento y voluntad. Para la mayoría de los autores, esta fórmula contiene tres clases de dolo: dolo directo de primer grado (intención), dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. (pp.17-18)

El elemento cognoscitivo del dolo.

El artículo 31 del Código Penal define el dolo de la siguiente manera: “Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible”. Como complemento del concepto de dolo, el artículo 34 del mismo código señala que: No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre alguna de las

exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción, no obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

No está por demás señalar, que la referencia a la culpabilidad o uso del termine “culpable”, en el precitado numeral 34, corresponde a la abandonada teoría causalista de la acción, por lo que debe interpretarse de acuerdo con la teoría del tipo complejo (tipo objetivo-tipo subjetivo), que el autor del hecho no realiza una conducta típica, cuando actúa bajo error de tipo.

De acuerdo con el profesor Castillo González (1999, p. 80): Los artículos 31 y 34 del Código Penal se complementan y ambos permiten concluir que, *de lege lata*, el aspecto cognoscitivo del dolo requiere, como mínimo, “la previsión real de la realización del elemento de hecho del tipo penal” y que ello implica un conocimiento de la correspondiente exigencia necesaria para que el delito exista según su descripción.

El elemento volitivo del dolo.

El elemento volitivo del dolo presupone una decisión de voluntad, dirigida a la realización de lo injusto típico, por tanto, un hecho doloso solamente es atribuible a quien tuvo una formación responsable de la voluntad. Esto solamente es posible si el dolo representa un elemento de lo injusto, no solamente desde el punto de vista sistemático sino en cuanto a su contenido. (Castillo González, 1999)

A partir del elemento volitivo el dolo cumple dos funciones:

- a) Separar las conductas punibles (dolosos) de las impunes.
- b) Diferenciar las formas de injusto, dolosas-culposas, a las cuales el Legislador les ha dado diferente gravedad.

La distinción entre ambas formas de atribución subjetiva radica en la voluntad de realización del tipo objetivo, que es propia de la forma dolosa, como se deduce claramente del artículo 31 del Código Penal, que sigue la doctrina tradicional. (Castillo González, 1999, p.151)

Elementos esenciales del acto volitivo doloso.

Los elementos fundamentales del acto volitivo doloso, según el profesor Castillo González (1999), son la resolución de cometer un delito y la voluntad incondicionada de cometerlo. Veamos:

- a) La resolución de cometer un delito: en el dolo “la voluntad consiste en la resolución de realización de la acción típica”, poniéndose de manifiesto la esencialidad del concepto de resolución para el dolo. Welzel (1956) citado por Castillo González (1999) dice que dolo es voluntad de realización (Verwirklungswille). Esta definición pone de manifiesto la necesidad de un momento en el dolo, que consiste en la construcción de una intención. Esta ocurre cuando las motivaciones y tendencias internas del agente han pasado la etapa de los deseos, y adquieren cierta cohesión, para iniciar la acción. Este proceso se cristaliza cuando la psiquis del agente está en la etapa de la resolución. (pp.165-166)

- b) Necesidad de una voluntad incondicionada de realizar el hecho: para que exista el dolo, es fundamental que en la resolución de cometer el delito medie una voluntad definitiva de realizarlo. Castillo González (1999) lo ejemplifica de la siguiente manera: sujeto A quiere robarse un ternero, para venderlo y salir de dificultades económicas. Para tales efectos, va a la finca de sujeto B, y ve varios animales, con la idea de escoger el mejor y más adecuado animal. El sujeto A todavía no ha tomado la determinación de cometer el delito,

porque hasta ese momento no tiene ninguna representación del hecho punible, pues no ha constituido una voluntad con relación al objeto material de la acción. (p.169)

En el delito de tráfico de influencias, con la acción típica del autor, a saber, influir con prevalimiento de una situación de poder o ascendencia moral, sobre el servidor público, **se exterioriza y perfecciona la voluntad definitiva de realizar el delito, toda vez que se externa su voluntad con relación al objeto-sujeto material de la acción, es decir sobre el servidor público (influido), sobre quien recae la acción típica.** Ahora bien, es claro que el autor de la influencia debe conocer todas las “exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción”, tomar la resolución de cometer el tráfico de influencias, y realizar la acción típica, de acuerdo con esa resolución y voluntad incondicionada de realizar el tipo penal. Así las cosas, el autor debe conocer que el prevalimiento de su situación o posición de poder, resulta idónea para doblegar la voluntad del sujeto influido, y querer realizar el hecho, en consecuencia. En resumen, el autor sabe lo que hace; conoce que su conducta se subsume en el delito de Tráfico de influencias, y hace lo que quiere; realiza el tipo penal, de manera voluntaria e incondicionada.

Las formas de Dolo en el Tráfico de influencias.

Se distinguen tres formas distintas de dolo, a saber, el dolo directo en primer grado, el dolo directo en segundo grado y el dolo eventual.

El dolo directo en primer grado.

De acuerdo con el tratadista Roxin (1994), en el dolo directo en primer grado, *es seguro que existe intención*, cuando lo que **le importa al agente es el resultado que persigue**, aunque la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como posible. “Los

resultados conscientes causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa". Ahora bien, debe aclararse desde ahora, que los resultados no deseados cuya producción el agente no había considerado segura, sino solo posible o probable, deben considerarse a lo sumo, producidos con dolo eventual. (p.418)

El dolo directo en segundo grado.

Debemos aclarar que la intención también pertenece al dolo directo en sentido amplio. El dolo directo en segundo grado, abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, no obstante, ello, su producción con seguridad es percibida por el sujeto, ocasionándolas de manera consciente. (Roxin, 1994 p.423)

El dolo directo en segundo grado, **representa un “querer” realizar el acto, por parte del agente, aunque el resultado le sea desagradable, es decir, las consecuencias necesarias de la acción, son asumidas voluntariamente por el agente, aunque no le interesen esas consecuencias.** (Roxin, 1994 p.424)

Para diferenciar esta forma de dolo con el dolo eventual, Roxin (1994) realiza el siguiente ejercicio:

Cuando **falta la intención** y el sujeto **no está seguro de sí una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica**, no existe en ningún caso *dolus directus* (de segundo grado), si no **a lo sumo dolo eventual**, que habrá que distinguir aún de la imprudencia consciente. A este respecto habrá que admitir que altos grados de probabilidad equivalen a la seguridad. (La negrita es suplida). (p. 424)

Por su parte, el profesor Castillo González (1999) diferencia el dolo directo en segundo grado con con el dolo eventual, de la siguiente manera:

[...] Las diferencias entre el dolo directo de segundo grado (conocimiento) y el dolo eventual, se dan a nivel del elemento cognoscitivo y a nivel del elemento volitivo del dolo. **Mientras que el autor del dolo directo de segundo grado sabe con seguridad que si actúa se producirán las consecuencias que previó y que realizan un tipo penal, el autor de dolo eventual desconoce si las consecuencias que previó y que realizan un tipo penal se producirán o no.** Sin embargo, en casos límites esas diferencias tampoco son esenciales. En efecto, también actúa dolosamente el autor que toma el resultado por muy lejano o difícil que se produzca, y sin embargo, lo quiere. Por ejemplo, quien, siendo un mal tirador, dispara sobre su enemigo que se encuentra a una enorme distancia, y lo mata, actúa dolosamente, aunque la muerte tenga las mismas posibilidades que pegar la lotería, e incluso, aunque el agente crea que es imposible que se produzca el resultado. **A nivel del elemento volitivo, el autor de dolo directo de segundo grado, al saber que si actúa, se producirán las consecuencias, actúa dolosamente, quiera o no las consecuencias, mientras que el autor de dolo eventual no quiere que esas consecuencias, pero las acepta si ellas se producen.** Sin embargo, esta diferencia no es determinante, por que quien conoce que producirá un resultado, si realiza la acción, actúa dolosamente, aunque él no quiera ese resultado. Por ejemplo, en el famoso caso Thomas, ocurrido en 1875, el autor voló con dinamita un barco, con la idea de cobrar ilegalmente un seguro, a sabiendas de que en la explosión iban a morir varias personas que se encontraban en el barco. [...] (p.295)

El dolo eventual.

El dolo eventual requiere un elemento cognoscitivo y un elemento volitivo. A diferencia de la mayoría de las legislaciones que no definen el dolo eventual, la nuestra lo hace en el artículo 31 del Código Penal, de la siguiente manera: *“Obra con dolo quien... acepta...”* (la

realización del hecho tipificado), "...previéndola a lo menos como posible". (Castillo González, 1999)

El elemento cognoscitivo consiste en *haber previsto la realización del hecho tipificado a lo menos como posible*, en el caso del delito individual (art. 31 Cód. pen.), o *haber previsto el delito distinto*. Si, además, concurren partícipes en el delito, el alcance de su responsabilidad por el hecho no acordado, se tiene como *una consecuencia probable* y aceptada por ellos (art. 48 Cód. Pen.). El elemento volitivo consiste en *haber aceptado el resultado previsto, si se producía* (arts. 31 y 48 Cód. pen.). (pp. 292-293)

El artículo 48 Cód. pen., regula la responsabilidad de los partícipes por un hecho más grave del que quisieron realizar, en los siguientes términos: "...responderán por aquél..." (por el hecho más grave que el que quisieron realizar) "...quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia *probable* de la acción emprendida".

El Centro de información jurídica en línea (CIJUL), se refiere al concepto de "Dolo eventual" en los siguientes términos:

[...] HERRERA MADRIGAL, Ruth y JIMÉNEZ ACUÑA, María de los Ángeles. [...]Para que el dolo eventual exista se necesita la previsión de un resultado como posible o probable, además de asentir o consentir la eventualidad de que dicho resultado se produzca. En esta clase de dolo, el agente se encuentra en la capacidad de representarse un resultado como posible, lo que de ningún modo quiere decir que con la ejecución de la acción se verifique el daño, sino que esto puede o no producirse. Teniendo como marco de referencia lo ya dicho podemos afirmar que habrá dolo eventual cuando el agente estuvo en la facultad de prever en el momento de la acción la posibilidad de ocasionar un ilícito, y aun así no detuvo su conducta, por lo que en última instancia consiente o asiente en el resultado. (p.3)

En relación con las particularidades del dolo eventual respecto a las otras formas de dolo explica Castillo González (1999):

Tanto en la intención como en el dolo eventual, existe una actuación dolosa cuando el agente se representa la posibilidad de que las consecuencias (tipo penal o resultado) se produzcan. **La diferencia entre ambos tipos de dolo se encuentra en el elemento volitivo: el autor de dolo directo quiere y aspira a la realización del resultado, con una voluntad dirigida a un fin, mientras que el autor de dolo eventual no quiere el resultado (y, por tanto, no aspira a él), pero lo acepta si se produce. [...]** (La negrita es suplida)

La Sala de Casación Penal, en su voto número 1476 – 201, desarrolla estos conceptos de dolo, de la siguiente manera:

[...] El concepto de dolo y de dolo eventual: El artículo 31 del Código Penal estipula que una conducta puede ser cometida con dolo, el cual es definido de la siguiente manera: “Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.” En otras palabras, se está ante una conducta dolosa cuando una persona actúa de forma voluntaria y consciente en la realización del tipo objetivo de un delito. De lo anteriormente dicho, **se deriva que el dolo cuenta con dos elementos esenciales: uno cognitivo y el otro volitivo.** Respecto al primero el sujeto activo debe **saber qué es lo que hace** y además **conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica**, ya que de verificarse un desconocimiento de los elementos objetivos del tipo penal - como lo serían el sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, y otros- se estaría ante un error de tipo. Por su parte, **en el elemento volitivo se requiere que el autor haya querido la**

realización del tipo, de modo que según sea su intensidad se deriva diversas clases de dolo. De ahí surge la clasificación doctrinal entre el dolo directo y el eventual. En el primero **“el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene la seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia del acto”** (Bacigalupo Zapater, Enrique. Principios de derecho penal. Parte general, Madrid, tercera edición, 1994, p. 134), por ejemplo, el autor quiere provocar la muerte de una persona y para ello le dispara con su arma de fuego en la cabeza. Por su parte **doctrinariamente se ha considerado que se está ante una conducta cometida con dolo eventual cuando: “el autor considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo porque aquí ni se persigue el resultado ni tampoco es visto como algo seguro, sino que es abandonado al curso de los acontecimientos aún a conciencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido; no obstante, por lo general la Ley trata del mismo modo al dolo directo y al eventual ...** Al dolo eventual pertenece, de un lado, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo y, de otro, que el autor se toma en serio dicho peligro. Esto último significa que el autor estima que el riesgo de realización del tipo es relativamente alto. El sujeto debe, por tanto, haber reconocido la entidad y cercanía del peligro (elemento cognitivo o intelectual del dolo). **A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse el hecho de que el autor se conforma con la realización del tipo (a menudo caracterizado como elemento “volitivo” del dolo).** Como ello quiere decirse que el autor se decide a añadir al alcance del objetivo de la acción por él perseguido, la realización (incierto) del tipo. Quien ante el peligro de realización del tipo actúa de este modo, demuestra un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido a causa de que el dolo eventual en su contenido de culpabilidad puede ser equiparado a la intención y al dolo directo.” (JESCHECK, Hans- Heinrich. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada: Editorial Comares, S.L., quinta

edición, 2002, p. 321). Como se extrae del texto transcrito, **no obstante que en el dolo eventual el resultado solo se contempla como de posible realización, la conducta del sujeto sigue siendo reprochable dada la aceptación de esa posibilidad.** Esta es la tesis que siguió nuestro legislador, al **equiparar** en el artículo 31 del Código Penal el dolo directo y el dolo eventual. En síntesis, el hecho de que el individuo que obra con dolo eventual solo acepte seriamente la posibilidad de producción del resultado (pues ésta queda abandonado al curso de los acontecimientos), no excluye la ilicitud de su conducta si el resultado se da. Todo lo contrario, **desde nuestra normativa, obra con dolo tanto el que quiere la realización del hecho tipificado como quien la acepta, previéndola al menos como posible.”** **Resolución Sala Tercera número 2006-0312, de las 09:40 horas, del 6 de abril de 2006.** En ese sentido, puede decirse que **en el caso del dolo eventual el autor se representa el delito como resultado posible o probable y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización.** Finalmente, resulta oportuno recordar que esta Sala ha reiterado en antecedentes previos que: “(...) el dolo normalmente se infiere inductivamente del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, conforme a las reglas de la sana crítica, resultando un exceso el exigir prueba directa para su constatación -cuando ésta sólo podría provenir de la confesión del imputado (...)” (Resolución número 657-98, de las 9:20 horas, del 10 de julio de 1998) [...] (La negrita es suplida)

A nuestro criterio, **el Tráfico de influencias solo admite el dolo directo (en primer y segundo grado) habida cuenta que el agente quiere y procura con su acción (influir con prevalimiento de una situación de poder) un determinado resultado, como una meta de su acción y teniendo la seguridad de que el resultado por él representado, se producirá como consecuencia de la influencia.** Por tanto, por la misma forma estructural del tipo penal, **no podría admitirse dolo eventual**, porque nada queda al azar, es decir el agente no abandona el resultado al curso de los acontecimientos, sabedor de la

acción peligrosa para los bienes jurídicos, por un lado, y por otro, resulta impensable en el Tráfico de influencias la concurrencia de autores o coautores, que ni persiguen el resultado, ni lo ven como una meta segura. La misma existencia de un especial elemento subjetivo de la autoría (finalidad ulterior procurada por el autor –beneficio o ventaja indebidos- que trasciende el delito), y que luego abordaremos, es otra razón de peso para descartar el dolo eventual en el Tráfico de influencias.

El autor Lombana Villalba (2013) también rechaza la posibilidad del dolo eventual en el tráfico de influencias. En efecto, el autor se expresa del siguiente modo:

[...] El tráfico de influencias **es un delito doloso por naturaleza, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones «influyen» y «prevalimiento», así como también con el ánimo de conseguir un «beneficio económico» para sí o para tercero.** Aparte de estos argumentos, que ya valdrían para la interpretación de la situación del tráfico de influencias en el anterior CP, que dejaba abierta con cláusulas generales la posibilidad de comisión imprudente en principio de cualquier delito (sistema de numerus apertus), en el actual sistema español de numerus clausus de delitos imprudentes conforme a la exigencia del art. 12 CP 1995, es evidente que no cabe la comisión imprudente, puesto que no está expresamente tipificada esa modalidad en la regulación de los arts. 428 a 431. **La exigencia de la utilización del prevalimiento para condicionar la voluntad del otro funcionario con el ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, excluye cualquier otra posibilidad que no sea la del dolo directo, por lo cual tampoco es posible no sólo la imprudencia sino el dolo eventual (...)** El dolo requiere el conocimiento por el autor del uso del prevalimiento y la voluntad de ejercer tal predominio, que dado el carácter intencional del delito se presentan como obvios. (La negrita es suplida) (pp. 299-300)

Especiales elementos subjetivos de la autoría:

Estos especiales elementos subjetivos de la autoría, acompañan al dolo en los tipos penales que además requieren del autor, una finalidad ulterior que haya perseguido con su acción.

De acuerdo con el autor Bacigalupo (1985), de la concurrencia de los elementos especiales subjetivos de la autoría, depende igualmente que el sujeto que ha realizado la acción típica, en forma dolosa, sea además calificado como autor. Este tratadista nos ilustra con el siguiente ejemplo:

El que se apodera de una cosa mueble ajena para darla a un tercero, que es el que tiene además ánimo de lucro, realiza la acción del hurto dolosamente, pero no es autor del hecho típico porque carece de ánimo de lucro. El tercero es quien tiene este ánimo de lucro, y por tanto es autor (mediato) del hurto.

La diferencia entre estos elementos y el dolo es clara: mientras el dolo consiste en el conocimiento y voluntad de realizar el tipo, *esta finalidad ulterior del autor trasciende la consumación del delito, y se dirige a un fin jurídicamente desaprobado* (p.38).

Para Bacigalupo (1996) el disvalor de acción del delito doloso, puede no agotarse en el dolo, al requerirse en ciertos casos, que además del conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal, *el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un determinado impulso*. (p.114)

En el delito de Tráfico de influencias, está claramente incorporada esta finalidad ulterior del agente, a saber, el procurar un *beneficio económico o ventaja indebidos* (ambos elementos normativos del tipo subjetivo), para sí o para un tercero. En consecuencia, para la realización del tipo, aparte del dolo del autor, se requiere comprobar la concurrencia de este especial elemento subjetivo de la autoría; de lo contrario, la conducta resultará atípica, al faltar este último presupuesto del tipo subjetivo.

El beneficio económico.

Este elemento normativo ubicado en el tipo subjetivo del tipo base de Tráfico de influencias, a criterio de Cugat Mauri (Tráfico de influencias...2014), debe interpretarse en sentido amplio, y por ello, es que incluye tanto la *obtención de ganancias* como la *ausencia de pérdidas* (como el impago de tasas), añadiendo además que pueden ser o no de carácter monetario, como, por ejemplo, la concesión de una licencia y el levantamiento de una medida cautelar. Tal interpretación de la autora, obedece en parte, a que el tipo penal español homólogo, no contiene el elemento “ventaja indebida”, que si encontramos en el tipo subjetivo patrio. En respaldo de su posición, la misma autora cita un pasaje de la sentencia del Tribunal Supremo español, número STS 31/1997, que a la letra dice:

STS 31/1997, 29-1 “Caso Pujana”: “El Código circunscribe, pues, la influencia en la obtención final de un beneficio económico, lo cual ha de ser interpretado en un sentido amplio comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en el sentido de ganancia como en el sentido de ausencia de pérdidas”. (Cita al pie de página, número 31, p. 7:11-7: 12) (La negrita es suplida)

Para los mismos fines indicados, Cugat Mauri cita las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español y las Audiencias Penales:

Se aprecia el beneficio en la SAP Barcelona 2-3-1998, en un supuesto en que **se concede irregularmente una licencia de obras e instalaciones**, para establecer la actividad de comercio menor de vehículos terrestres por cuya explotación se consiguen unos beneficios de 1.000.000 de pesetas; la STS 1637/1998, 8-3, que **una finca por encima del precio de mercado**; la SAP Almería 235/2006, 25-9, en un **supuesto en que la mujer del Guardia Civil consiguió que éste trasladara al cuartel a todos los que consideró**

sospechosos de haberle sustraído una cartera con el fin de recuperar el dinero sustraído; se plantea la posibilidad de apreciarlo la SAP Madrid 30/2008, 8-4, en un caso en que **el beneficio derivaría del impago de las tasas a las que el contribuyente venía obligado** de conformidad con la ordenanza fiscal reguladora de las licencias de obras, si bien acaba absolviendo por falta de prueba del ejercicio de la influencia con prevalimiento por parte del Interventor General del Ayuntamiento; también lo aprecia la SAP Madrid 60/2008, 7-5: “5º.- Es finalmente necesario que con la resolución alcanzada gracias a la influencia obtenga, el que la haya ejercido, un beneficio económico, directo o indirecto, para sí o para un tercero, requisito indiscutible en este caso en el que **FUNESPAÑA, SL consiguió mediante esa influencia adjudicarse el 49% del capital de la E.M.S.F.M.S.A. y su gestión por el precio de 100 pesetas, asegurándose además, el cobro del 20% de los beneficios antes de impuestos que aquella generara, así como el cargo de Gerente de la entidad para don Luis Miguel y el de sus asesores directos, así como el salario de todos ellos con cargo a la E.M.S.F.M.S.A.**”; admite el beneficio directo e indirecto la SAP Illes Balears 18/2012, 19-3, “Caso Palma Arena-Pieza 2” (...) (Cita al pie de página, número 31, p. 7:11-7: 12) (La negrita es suplida)

Cabe destacar en este aparte, que, con las reformas al Código Penal español de 1995, se introducen los tipos penales calificados del Tráfico de influencias, teniéndose como presupuesto o fundamento para el aumento de las penas, la efectiva consecución del beneficio económico, por parte del autor. Resulta de interés señalar que los tipos penales españoles, no contienen como nuestro Código Penal patrio, el elemento de la “ventaja indebida”, y por ello se entiende, que, vía jurisprudencia, los tribunales españoles hayan interpretado en sentido amplio el concepto de beneficio económico, que abarca tanto lo pecuniario como otro tipo de ventajas que no tienen tal carácter, como se desprende de las sentencias anteriormente citadas.

En relación con el tipo calificado del Tráfico de influencias, previsto en el Código Penal español de 1995, Lombana Villalba (2013), indica que es la obtención del beneficio económico, lo que distingue de la modalidad básica, añadiendo además que entre el ejercicio de la influencia y este resultado material, debe darse una *relación de causalidad*, es decir que el resultado sea efecto de la acción, así como de *imputación objetiva*, es decir que desde un punto de vista valorativo jurídico-penal, tenga sentido afirmar que el resultado es obra de la acción. (p. 304)

Para ilustrar lo expuesto por Lombana Villalba, transcribimos nuevamente los tipos penales españoles aludidos:

Artículo 428 CP español. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. **Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.** (La negrita es suplida)

Artículo 429 CP español. El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. **Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.** (La negrita es suplida)

A nuestra consideración, nos parece acertado y necesario el proceder del legislador español, con la creación del tipo calificado de Tráfico de influencias, dado que resulta incontestable la gran diferencia valorativa entre el disvalor de la acción y el disvalor del resultado efectivamente producido por esa acción. Efectivamente, existe una diferencia abismal entre el peligro creado con la sola acción típica (resultado formal) y la efectiva lesión a los bienes jurídicos tutelados con el delito de Tráfico de influencias (resultado material), y por ello es, que consecuentemente, proponemos vía *lege ferenda* la creación del tipo calificado o agravado, dentro del mismo párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, para el supuesto de que el autor logre la producción del resultado material procurado, a saber, la realización del beneficio económico y ventaja indebidos, para si o un tercero. A la fecha, la redacción actual del tipo base patrio, no hace discriminación alguna respecto a la pena, restando así relevancia a la lesión de los bienes jurídicos aludidos. Con el trato diferenciado que de *lege ferenda* se propone, se resolvería el problema de la incongruencia punitiva, entre el autor que no logra realizar el resultado material de la acción (finalidad ulterior del tipo subjetivo) y el autor que si lo hace.

La ventaja.

El Diccionario de la Real Academia Española, registra varios significados del término ventaja, a saber, “superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa”; “excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene”; “sueldo sobreañadido al común que gozan otros”, entre otros similares. Como se observa, el concepto de ventaja goza de la misma amplitud que la del beneficio económico, pero para ambos se exige que sean “**indebidos**”, es decir, que sean el resultado directo de la acción típica del Tráfico de influencias. Efectivamente, el adjetivo “indebido” no se refiere propiamente a que el beneficio o ventaja, tengan naturaleza ilícita o se encuentren prohibidos legalmente (“*fuera del comercio de los hombres*”), por el contrario, pueden ser perfectamente lícitos, sino a la manera en que se producen los mismos, a saber, *la influencia ejercida con prevalimiento de una situación de poder*. El ejemplo que ilustra lo indicado, es el conocido caso del sujeto que

se “*salta la fila*”, prevaliéndose de la relación de amistad con el jefe de oficina, para obtener rápidamente una de las licencias, que esperan obtener igualmente otras personas, que gestionaron el mismo tipo de licencia, pero con varios meses de antelación y se encontraban, por ende, adelante del traficante de influencias.

El autor brasileño REGIS PRADO, LUIZ (2009), al analizar este mismo elemento normativo, pero en relación con el delito de Cohecho, y de manera sumamente amplia, sostiene que la ventaja indebida *significa todo beneficio o provecho contrario al Derecho, de naturaleza material o moral*. Para este autor, la acepción de este elemento debe entenderse en sentido amplio, y por eso, interpreta que *abarca cualquier cosa u objeto apreciable*. (p. 166).

Nos parece de relevancia extrema, volver nuevamente sobre el voto número 967-2017 de la Sala Tercera, tantas veces citado, para una mejor inteligencia del concepto de “ventaja indebida”, y además porque se desarrolla en torno al dictado de una resolución legal. Los pasajes de interés se transcriben seguidamente:

(...) Se trata de la interpretación y alcance que merece la frase “*beneficio económico o ventaja indebidos*”, correctamente dimensionados aquí, **no como resultado en sentido estricto**, sino como **componente intencional del sujeto activo** del delito de tráfico de influencias. (...) **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** (en este caso, obtener la libertad y la resolución del asunto por una vía alterna al juicio). (...) **lo que debe ostentar la característica de “indebida”, es la ventaja (patrimonial o de cualquier otra naturaleza) que se pretende a través de la influencia ejercida, no el medio a través del cual**

se genera dicha ventaja, en el tanto dicho medio se califica en la misma norma, como un “...acto o resolución propios de sus funciones...” (artículo 52 de la Ley 8422 de 6 de octubre de 2004). La lesión del bien jurídico protegido, entendido ya sea como la **imparcialidad del juzgador**, o como **acceso a la justicia por las vías legalmente establecidas**, se corrobora en la imputación, cuando se describe una interferencia indebida por parte de Gamboa Haeberle, sobre la psique del juzgador a quien correspondía el conocimiento de la causa. (...) Así, la ventaja indebida se verifica en los hechos probados, con la afirmación consistente en que una jueza de la República intercedió a favor del encartado Velásquez Gómez, para lograr su libertad, ante la persona que tenía en sus manos la definición de su situación jurídica, **fuera de las vías legalmente establecidas para ello**. Los reclamos del Ministerio Público llevan razón en cuanto a que el tipo penal no exige que el acto solicitado por el sujeto activo a beneficio de él mismo o de un tercero, sea contrario a Derecho. **Abona a esta interpretación, el hecho de que el tipo bajo examen reúna dos conceptos en apariencia contradictorios: el dictado de un acto o resolución “propio de las funciones” del servidor público, y la generación de un “beneficio económico o ventaja indebidos”**. La única forma de armonizar ambos conceptos, es partiendo del hecho de que **una labor de competencia del funcionario (y por lo tanto, ajustada a Derecho, pues no es propio de las funciones de ningún servidor, el dictado de actos ilegales), genera ventajas indebidas cuando para obtenerla, el sujeto activo ha ejercido presión para obtenerla, contaminando el proceso de debate interno imparcial que le compete solo a quien corresponde dictar la resolución o el acto**. Puede tratarse de una decisión factible desde el punto de vista legal, de modo que la “ventaja indebida”, no equivale a la ilicitud del acto o resolución que le compete dictar al funcionario (sujeto pasivo), sino a la posición en quien se coloca el que accede o se busca obtener dicha decisión, a través de canales irregulares, afectando el deber de imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de sus decisiones,

y el acceso a la justicia en condiciones de regularidad e igualdad. (...) (La negrita es nuestra)

Error de tipo.

Este error consiste en la ignorancia o falsa representación del autor, sobre alguno de los elementos del tipo objetivo, y, por tanto, excluye el dolo, al faltar los elementos volitivo y cognoscitivo, que componen el dolo. El error de tipo, está regulado en el párrafo primero del art. 34 del Código Penal.

No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las **exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción**. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Para Bacigalupo (1985) existe el conocimiento exigido por el dolo, *siempre y cuando el autor no haya obrado con error o ignorancia respecto de alguno de los elementos del tipo objetivo*. Si el autor tiene una falsa representación de un elemento del tipo objetivo o si directamente ignora su existencia, *faltará el elemento cognitivo del dolo, es decir el conocimiento de los elementos del tipo objetivo*. Paralelamente *desaparecerá la voluntad de realización del tipo, pues como consecuencia del error, el autor no puede haber tenido voluntad de realizar un hecho, que no es el típico según su conocimiento*. Así, el que no sabe que dispara sobre otro porque lo ha confundido en la oscuridad con un animal, tampoco tiene voluntad de matar a otro, ya que quiere un hecho que no está de acuerdo con su representación, a saber, matar a una persona. En consecuencia, el error sobre los elementos del tipo objetivo excluye el dolo, o, dicho de otra forma. (p.52)

Bacigalupo (1985) resume los efectos de las distintas formas de error de tipo, de la siguiente manera:

Error de tipo inculpable (invencible o insuperable), que excluye el dolo y toda forma de responsabilidad penal y el error de tipo culpable (vencible o superable):

- a) Invencible: Elimina el dolo (y elimina la culpa).
- b) Vencible: Deja subsistente la responsabilidad culposa, si el delito es punible en la forma culposa (pp.52-53).

En principio no hay ningún impedimento para la concurrencia de un error de tipo, en los supuestos de Tráfico de influencias, sin embargo, nos parece más que improbable que el autor de la influencia, ignore las calidades personales del influido, por ejemplo, cuando lo que procura es un beneficio económico, ventaja indebidos, para sí o para un tercero, o bien, que tenga una falsa representación de la situación de poder o ascendencia moral, de la cual se prevale para ejercer la influencia. Se han dado algunos casos, todavía en trámite judicial, en los que de forma implícita se ha alegado el error de tipo, al argumentarse la legalidad de las conductas de los autores, a saber, realizar simples gestiones para la aprobación de préstamos de dinero o hacer supuestas recomendaciones o consejos de carácter técnico o fundamentadas en la ley, no obstante ello, en tales *defensas materiales*, claro está se omite en forma deliberada, la alusión a la peligrosidad de tales conductas, para el bien jurídico acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad y vías regulares a la Administración Pública, dado el prevalimiento de la situaciones de poder, que acompañaron a tales acciones.

La sentencia de reiterada cita de la Sala de Casación Penal número 967-2017, versa sobre un caso, en el que se alegó que la conducta de la acusada no pasaba de simples consejos o solicitudes a su compañero juez, en el sentido de aplicar un instituto procesal, como lo es la suspensión del proceso a prueba, no obstante ello, esta cámara penal rechaza tal defensa material, fundamentada en el prevalimiento de la situación de poder, que utilizó la procesada, en contradicción con la norma del Tráfico de influencias, sin dejar de lado el peligro corrido

por los bienes jurídicos protegidos. Por su relevancia, transcribimos de nuevo el voto, en lo que interesa:

[...] Según la pieza acusatoria y los hechos acreditados en juicio, la jueza Gamboa Haeberle, **aconsejó, solicitó o de alguna forma le refirió al Juez del Tribunal de Flagrancia a quien le correspondía pronunciarse sobre la situación jurídica del imputado Velásquez Gómez, la conveniencia de aplicar en el caso concreto, la suspensión del proceso a prueba para resolver el asunto sin llegar a juicio, y sin dictar prisión preventiva contra el implicado.** Es innegable, además, la existencia al menos de una probabilidad – aunque débil – de que se dictase prisión preventiva contra el encartado, y de resolver el asunto mediante juicio. **Si no fuese así – es decir, si la prisión y la celebración de juicio fueran jurídicamente inviables – carecería de sentido la recomendación de Gamboa Haeberle para aplicar una solución diversa.** (...) La lesión del bien jurídico protegido, entendido ya sea como la **imparcialidad del juzgador**, o como **acceso a la justicia por las vías legalmente establecidas**, se corrobora en la imputación, cuando se describe una interferencia indebida por parte de Gamboa Haeberle, sobre la psique del juzgador a quien correspondía el conocimiento de la causa. **La solicitud que –de acuerdo con la acusación– le hizo Gamboa Haeberle al juez Barboza, en el sentido de que “cuidado dejaba preso” al encartado Velásquez Gómez, por el delito de conducción temeraria, y que más bien le permitiese acceder a la suspensión del proceso a prueba, procura una ventaja indebida,** precisamente porque se dirige a obtener un resultado que si bien era factible de acuerdo a las reglas procesales aplicables, se procuró por vías irregulares. **No elimina la tipicidad, el hecho de que la libertad ambulatoria del encartado, pudiese lograrse a través de las vías regulares,** como tampoco eliminaría la tipicidad, que el ejercicio de la influencia fuese infructuoso, dada la negativa del sujeto pasivo. (...) Puede tratarse de una decisión factible desde el punto de vista legal, de modo que la

“ventaja indebida”, no equivale a la ilicitud del acto o resolución que le compete dictar al funcionario (sujeto pasivo), **sino a la posición en quien se coloca el que accede o se busca obtener dicha decisión, a través de canales irregulares, afectando el deber de imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de sus decisiones, y el acceso a la justicia en condiciones de regularidad e igualdad.** (La negrita es suplida)

Autoría y Participación Criminal en el Tráfico de influencias.

Cuando solo una persona es la que realiza el hecho punible, nos encontramos ante un supuesto de autor directo inmediato. En caso de que varias personas hayan intervenido en la realización del hecho, resulta indispensable identificar el rol o papel más importante, de aquellos que han mantenido una función secundaria, a fin de identificar el autor y los partícipes. (Rojas y Sánchez, 2009, p.355)

De acuerdo con el Artículo 45 Código Penal, autor del hecho punible es el siguiente: “Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizará por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores lo que realizaren conjuntamente con el autor”.

Como se colige del numeral precitado, el legislador hace la distinción entre el autor directo, el autor mediato y el coautor. A continuación, abordamos estas tres formas de autoría, las cuales pueden darse en el Tráfico de influencias, como luego veremos.

Clases de autoría

Autoría directa o inmediata.

Como antes indicamos, el autor directo o inmediato del hecho punible es quien lo realiza por sí mismo, es decir, el que realiza de *propia mano* todos los presupuestos objetivos y

subjetivos del injusto típico de manera plenamente responsable. De manera sucinta, también podríamos decir que el autor directo es quien realiza los elementos del tipo injusto, en su propia persona.

Debe entenderse que el término “de propia mano” aquí utilizado, no tiene un significado literal, es decir no significa necesariamente que el autor realiza el hecho con sus propias manos. La designación de autor a quien realiza, en su propia persona, todos los elementos que el tipo penal, deriva de la circunstancia de que es el “*dominus*” del hecho, es decir, el propietario del dominio del hecho. Para el profesor Castillo González (2010), “*Dominio del hecho*” es la palabra que designa el conjunto de circunstancias que fundamentan la autoría, incluso en el caso de que varios participen en el hecho. (p. 392).

Para Bacigalupo (1985) dominar el hecho significa *haber tenido las riendas del mismo en las manos, o haber podido decidir si se llegaba o no a la consumación, tener el manejo y la dirección del mismo, etc. El que ha tenido el dominio del hecho en el sentido de haber tenido su manejo y haberlo llevado a la consumación o en dirección a ella será autor; el que simplemente ha colaborado, sin tener poderes decisorios respecto de la consumación o desistimiento es partícipe.* (pp. 111-112)

Para el profesor Castillo González (2010), la autoría inmediata regulada en el artículo 45 del Código penal, está revestida de las siguientes características:

La autoría inmediata del art. 45 cód. pen. remite, de manera directa, al tipo penal de la Parte Especial, que indica al autor con expresiones tales como “el que”, “quien”, “el funcionario público que”, etc. **El hecho “tipificado como tal” puede ser o un delito consumado o bien un delito en estado de tentativa, es decir, realiza el hecho tipificado como tal quien, conforme a su plan de autor, de manera inmediata, temporal y espacialmente, pueda pasar de modo inmediato y sin interrupciones, a la realización de tipo penal, según la teoría material-objetiva, seguida por nuestra jurisprudencia.** Si los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal existen y el agente los realiza de propia mano, fundamenta su autoría, la cual

no desaparece, aunque el agente pueda alegar una causa de justificación o una causa de exculpación o aunque el hecho lo haya realizado sin un interés propio o bajo la influencia o en interés de un tercero. Por ejemplo: el sicario, que mata por dinero, es autor, a pesar de que a él personalmente la muerte de la víctima, salvo por el dinero pagado por su muerte, le es indiferente (art. 212 cód. pen.). De la misma manera es autor de estafa quien realiza actos engañosos que producen error en la víctima y la inducen a realizar un acto dispositivo perjudicial para ella, aunque del engaño actúe para beneficiar a un tercero (art. 216 cód. pen.). **El agente que actúa sin culpabilidad, -sea por la existencia de una causa de inimputabilidad, sea por la existencia de una causa de exculpación-, tiene al menos un dominio fragmentario del hecho. Este sujeto realizó un hecho típico y antijurídico, suficiente para fundamentar la autoría, la coautoría, la instigación y la complicidad, siempre y cuando no exista la autoría mediata.** Cuando el agente excluye, dolosa o culposamente, su capacidad de entender o de querer (actio libera in causa) hay, por disposición legal, una excepción a las reglas de coincidencia entre acción y culpabilidad que deja subsistente la culpabilidad. El autor de un hecho cometido bajo un estado de incapacidad de entender y de querer provocado es, por consiguiente, autor inmediato del hecho punible. (pp. 392-393). (La negrita es suplida).

El autor directo o inmediato en el Tráfico de influencias, es entonces **el particular o el funcionario público, que de manera directa o por sí mismo, realiza todos los presupuestos objetivos y subjetivos del injusto típico, en su propia persona**, es decir, es quien *tiene las riendas o dominio del hecho*.

Es entonces, quien de manera directa influye en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con dicho servidor, *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.

La Autoría Mediata.

El tipo penal del Tráfico de influencias, permite expresamente la autoría mediata, al indicar que el autor puede influir por *interpósita persona*, en un servidor público, es decir, servirse de otra persona para que éste ejerza la influencia. Al igual que las otras formas de autoría antes mencionadas, *la autoría mediata es una figura con propia autonomía, y quizás, una de las formas más utilizadas en nuestro medio, por los traficantes de influencias, dadas las posibilidades implícitas de sigilo o clandestinidad que ofrece esta figura.*

De acuerdo con el autor colombiano Márquez Cárdenas (2004, p.2), la autoría mediata surge *cuando el agente realiza el tipo penal, sirviéndose de otra persona, es decir, cuando el autor (mediato) opta por utilizar un instrumento humano, para la realización del delito.* El instrumento (*“hombre de adelante”*) es quien ejecuta física y corporalmente el delito, en tanto que el autor mediato (*“hombre de atrás”*), realiza el tipo a través del primero, dado que ni lo realiza de forma inmediata ni lo ejecuta de propia mano, como sucede con el autor directo o inmediato.

La estructura de la autoría mediata presupone necesariamente la concurrencia mínima de dos personas, a saber, el *“hombre de atrás”*, quien realiza el hecho a través de otro, pero sin intervenir en su ejecución material, y el *“hombre de adelante”*, quien ejecuta de forma inmediata el hecho típico.

La utilización de otra persona como instrumento, facilita la distinción de varias formas de instrumentalización cualitativa, merced a las características de dicho intermediario. En efecto, podemos distinguir los siguientes supuestos de instrumentalización:

- a) el instrumento que **carece de la condición de autor**, *al obrar sin*

libertad, de manera inculpable o, de manera justificada (autoría mediata en sentido estricto); y

b) el instrumento que si **tiene la condición de autor** responsable del hecho (autoría en sentido amplio; figura del “**autor detrás del autor**”).

Ahora bien, **la autoría mediata se descarta, en todos aquellos supuestos, en los que el instrumento no realiza una acción final en sentido jurídico-penal**, es decir, *cuando el autor utiliza el instrumento humano, como si fuera una cosa inanimada, dado que en tales casos opera la autoría directa o inmediata*. No está por demás hacer una pausa aquí, para indicar que, en estos últimos supuestos de *autoría directa o inmediata (con instrumento humano sin voluntad)*, resulta impensable la realización del tipo penal del Tráfico de influencias, dado su verbo rector definitorio, es decir, se requiere la acción final de influenciar, la cual resulta incompatible con instrumentos humanos usados como objetos inertes.

Igualmente se descarta la autoría mediata, cuando el “hombre de adelante” se auto-instrumentaliza de manera voluntaria, al provocar situaciones de justificación o exculpación (procuración de coartadas artificiales), que le facilitan luego la ejecución inmediata de un delito. En razón de ello, no cualquier instrumentalización configura la autoría mediata, pues como antes se expresó, el “hombre de adelante” podría manipular el factor causal que conduce al resultado y convertirse en autor. Ahora bien, la falta de libertad del “hombre de adelante” y su consecuente instrumentalización, no presupone necesariamente su ausencia de responsabilidad penal, pero si es indiscutible la responsabilidad del “hombre de atrás”. En efecto, la autoría mediata no depende de la valoración jurídico-penal que reciba la actuación del instrumento, es decir, no interesa que al instrumento se le pueda responsabilizar también por el hecho típico o que se excluya la misma; el “hombre de atrás” deberá responder por el hecho punible.

Para Márquez Cárdenas (2004), las diferentes formas de instrumentalizar al “hombre de adelante” o instrumento, todas posibles en el Tráfico de influencias, dicho sea de paso, se pueden clasificar de manera general de la siguiente manera:

- a) Instrumentalización mediante coacción,
- b) Instrumentalización mediante error o engaño,
- c) Instrumentalización mediante aparatos organizados de poder. (p. 2-3).

La autoría mediata en sentido estricto.

Es este tipo de autoría mediata, puede darse también en el Tráfico de influencias, cuando el “hombre de atrás”, produce por ejemplo un defecto en el *conocimiento* o en la libertad del autor inmediato (“hombre de adelante”), o bien ejerce coacción sobre este (*voluntad*), para que realice la acción típica, razón por la cual no se le puede imputar la autoría del hecho que materialmente ejecuta, en razón de la ausencia de una decisión autónoma, generadora de responsabilidad penal.

La autoría mediata o comisión de un delito a través de otra persona, no responde a una estructura única, dado que ésta puede concretarse de dos maneras: la *autoría mediata en sentido estricto* y la *autoría mediata en sentido amplio*, conocida como “autor detrás del autor”.

La autoría mediata en sentido estricto, se caracteriza entonces, por la realización del tipo a través de otro sujeto, al que *no se le puede imputar la autoría del hecho* que materialmente ejecuta, en razón de la *ausencia de una decisión autónoma que genera responsabilidad penal*. Es precisamente en razón de la carencia de esta decisión libre o voluntaria, que la conducta del instrumento (“hombre de adelante”) se califica de *autoría mediata en sentido estricto*, al actuar este instrumento *sin responsabilidad penal*. Es el “hombre de atrás” quien toma la decisión autónoma en relación con el hecho punible, gozando de un *dominio* exclusivo de éste, y por ello, es que precisamente, se le considera como autor (mediato) único y responsable del delito, *al ser el único que interviene con conocimiento y voluntad de realizar el tipo*. En lo que toca al “hombre de adelante” o ejecutor inmediato, es claro que no tiene el dominio del hecho típico, aun cuando sea éste, quien conduce fácticamente el curso lesivo de la

acción y determina objetivamente el hecho.

La autoría mediata en sentido amplio: figura del “autor detrás del autor”.

El tipo penal del Tráfico de influencias también admite esta clase de autoría mediata, en especial, cuando la misma surge en los *aparatos organizados de poder*. En efecto, esta figura permite que existan **varios responsables o autores del hecho**, bajo la figura del “autor detrás del autor”; ello, en razón de la relación vertical o jerárquica, entre éstos.

Para afirmar la autoría y responsabilidad del “hombre de atrás”, luego de que se haya confirmada la autoría y responsabilidad del “hombre de adelante”, es necesario verificar la manipulación de la situación, por parte del “hombre de atrás”, para *lesionar, hacer peligrar o poner en peligro* el bien jurídico, tutelado en el tipo penal, aun cuando sea otra la persona que haya tomado una decisión autónoma en relación con el mismo proceso lesivo. Esto es determinante, para diferenciarla de la autoría mediata en sentido estricto.

Como ya se había adelantado, el éxito de la manipulación por parte del “hombre de atrás”, puede lograrse a través de la causación *defectos en el conocimiento o en la libertad del autor inmediato* (error de tipo), una situación de *necesidad coactiva*, un estado de inimputabilidad o un error de prohibición, en el “hombre de adelante”, *todos estos supuestos incardinados en la autoría mediata en sentido estricto*, pero también, la manipulación del “hombre de adelante”, puede lograrse sin provocar los defectos aludidos, cuando intervienen *aparatos organizados de poder* al margen de la ley (“autor detrás del autor”). En tales organizaciones criminales, el “hombre de atrás” dispone del poder suficiente para que sus órdenes, sean acatadas fielmente por sus subordinados.

Como se observa, en este tipo de instrumentalización, *el “autor detrás del autor”, sin prescindir de la decisión de otro, se sirve de la dinámica propia y funcionamiento del aparato de poder, para dominar el hecho, de manera general*. Desde esta posición preponderante, “el autor detrás del autor”, **comparte el dominio del hecho** con el autor

inmediato, sin necesidad de llegar a un acuerdo de voluntades o de participar en la ejecución material del delito. (Márquez Cárdenas, 2004, p.3)

Diferentes formas de instrumentalización en el Tráfico de influencias.

A continuación, enunciamos las diferentes formas de instrumentalización del “hombre de adelante” (autoría mediata en sentido estricto y en sentido amplio), que podrían darse en el Tráfico de influencias.

Instrumento que actúa bajo un error de tipo.

Esta forma de autoría mediata, se da cuando se utiliza a otra persona que obra con error de tipo (excluyente del dolo), para alcanzar el fin propuesto; esto, ya sea porque el “hombre de atrás” *provoca* el error en el “hombre de adelante”, o bien porque se *aprovecha* del error o la ignorancia existentes en dicho instrumento humano. El citado autor Márquez Cárdenas (2004, p.3-4), para ilustrar esta forma de autoría mediata, se vale de los siguientes ejemplos: la enfermera a quien alguien (el “hombre de atrás”) le cambia la medicina a inyectar por un veneno, produciéndose así la muerte del paciente; el que pide a otro mediante engaño, la destrucción de una cosa ajena, asegurándole que es propia, y el que transporta sin saberlo, drogas prohibidas en su automóvil. Es claro que, en todos estos casos, en los que el “hombre de atrás” provoca un error de tipo en el instrumento, o se aprovecha de uno ya existente en éste, domina el hecho típico, y por ello, debe responder como autor mediato. De acuerdo con Claus Roxin (2015, “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, p. 178), en los supuestos de instrumento sin dolo o sin culpa, puede sentarse la siguiente regla general: *“cualquiera que conociendo la situación de error en que se encuentre un instrumento, que actúa sin dolo ni culpa, siente una condición para el resultado, tiene el dominio del hecho y por ello mismo es autor mediato”*.

Instrumento que actúa bajo un error de prohibición.

Si este error *-sobre la consciencia de la desaprobación jurídico penal del acto (arts. 34 párrafo segundo y 35 del Código Penal)-* es inevitable, no surgirá responsabilidad penal para el “hombre de adelante”, dado que carece de la capacidad de motivación para actuar de otra manera (art. 42 del Código Penal). En efecto, el instrumento podría ignorar que el hecho está prohibido, o sabiendo que está prohibido, ignora que es punible (error directo), o suponer erróneamente circunstancias que de haber concurrido justificarían el hecho (error indirecto) (Bacigalupo, 1985, Lineamientos..., p.92).

A nuestro parecer, en el delito de tráfico de influencias, resulta más probable la utilización de los errores directos de prohibición, para la manipulación del “hombre de adelante” por parte del “hombre de atrás”, y así pareciera anunciarlo la experiencia forense y los medios de prensa, al presentarse casos muy sonados o publicitados, en los que los procesados alegaron de manera tácita, su ignorancia respecto a la prohibición normativa.

Así las cosas, el autor mediato se vale de esa deficiencia del instrumento, para la realización del tipo penal. Cuando el error de prohibición es evitable o superable, según Bacigalupo (Principios..., 1997, p. 223), también operaría la autoría mediata. Efectivamente, sin importar la superabilidad del error de prohibición, que afecta al instrumento, siempre se mantendría la responsabilidad penal y autoría mediata del “hombre de atrás”. Lo mismo aplica en los supuestos de error de tipo, que afectan al instrumento, es decir, cuando el “hombre de atrás” provoca un error de tipo evitable o culposo en el instrumento, la eventual responsabilidad por culpa del “hombre de adelante”, no excluye ni afecta la responsabilidad del “hombre de atrás”. No obstante, lo expresado, debe advertirse que, en los supuestos de error de prohibición vencibles o evitables, ha de considerarse la dependencia, influencia y autoridad moral, que el “hombre de atrás” pueda ejercer sobre el instrumento.

Instrumento que actúa conforme a derecho.

Es una forma de autoría mediata, en la que el instrumento no actúa antijurídicamente, merced a una justificante creada por el autor mediato, es decir, el “hombre de adelante” actúa objetiva y subjetivamente conforme a derecho. El ejemplo que pone Márquez Cárdenas (2004, p. 4), para ilustrar este supuesto, es el del policía que practica una detención de buena fe, pero en razón de una denuncia falsa, es decir, mediante engaño, dándose así una actuación ajustada a derecho, por parte del instrumento, pero no así de la del “hombre de atrás”, que conoce la falsedad de la denuncia y por ende de la realización del tipo de privación de libertad. A nuestro criterio, el ejemplo dado corresponde más a un supuesto de error de tipo, dado que el policía cree que está practicando una detención legítima, cuando en realidad está incurriendo en una privación de libertad.

Instrumento que actúa coaccionado.

Este supuesto de autoría mediata, surge cuando el instrumento actúa bajo una *vis compulsiva*, es decir, cuando el “hombre de atrás” ejerce sobre el “hombre de adelante”, una fuerza o violencia psíquica o moral, para obligarlo a realizar el tipo penal. Este tipo de violencia compulsiva siempre estará dirigida contra la voluntad del violentado. El ejemplo que ilustra esta forma de autoría mediata, es el caso del padre que es forzado a transportar drogas prohibidas, bajo la amenaza de dar muerte a su hijo secuestrado, en caso de negarse al transporte delictivo.

Contrario a lo que ocurre con la *vis compulsiva*, *en los casos de vis absoluta se anula totalmente la voluntad del instrumento*, lo que *no permite una acción final* o comportamiento humano, y, por ende, estaríamos en presencia de una **autoría directa**. En efecto, *la utilización meramente material del instrumento humano, en nada se diferencia de otro instrumento no humano*, toda vez que el “hombre de adelante”, no actúa bajo el control de su voluntad.

Este supuesto de instrumentalización bajo coacción (*vis compulsiva*) es quizás otro de los supuestos, que más podría darse en un Tráfico de influencias, y por ello es que nos parece a modo de *lege ferenda*, ampliar el ámbito típico del delito, introduciendo el verbo rector “coaccionar”, no sólo para distinguirlo del verbo “influir”, sino también para adaptar el tipo penal a la dinámica y estrategias criminales de los traficantes de influencias.

Instrumento que actúa en aparatos organizados de poder.

Esta forma de autoría mediata (“autor detrás del autor”) surge cuando la voluntad del instrumento se domina a través de los aparatos organizados de poder, para la comisión de delitos. En tales organizaciones, casi todas criminales o al margen de la ley, uno o varios sujetos se prevalecen de una posición dominante dentro del mismo aparato, para convertirse en los autores mediatos, de los delitos cometidos por otros miembros, que figuran como sus subordinados. Este supuesto de autoría mediata se diferencia de la coacción y el error (autoría mediata en sentido estricto), en la misma base o fundamento del aparato criminal, es decir, en el poder de la alta jerarquía o jefatura criminal, para sustituir o reemplazar a los miembros renuentes a cumplir las órdenes. Es por ello, que los miembros subordinados en estos aparatos organizados, funcionan como simples instrumentos al servicio de la jefatura criminal. En este supuesto de autoría mediata, el “hombre de atrás” siempre dominará la voluntad del instrumento, debido a la misma estructura de la organización criminal, en la que se asegura el cumplimiento de la orden, sin importar la individualidad del ejecutor inmediato, y esto, por la fungibilidad automática de sus miembros. Efectivamente, aunque el subordinado se atreva a desacatar la orden de cometer el delito, en forma mecánica se le sustituiría por otro miembro, que ejecutará el crimen ordenado por el jerarca criminal. (Márquez Cárdenas, p.5)

Esta misma figura del “autor detrás del autor” también se admite en los aparatos de poder estatales, organizaciones paramilitares, subversivas, entre otras que comparten las mismas características organizativas, es decir, una estructura vertical o jerárquica, poderes discrecionales de los jefarcas, fungibilidad de los ejecutores y automatismo en

el cumplimiento de las órdenes, derivados de la propia dinámica del aparato de poder. Cómo es fácil colegir, por las facilidades que ofrecen estos aparatos de poder, para la realización de un universo delictivo, serían uno de los medios más utilizados por los traficantes de influencias.

La Coautoría

De acuerdo con el artículo 45 del Código Penal, los coautores son los que realizan en forma conjunta el hecho punible. Para Bacigalupo (Lineamientos...1985, p. 117), *coautor es el que tiene juntamente con otro u otros el co-dominio del hecho, y posee todas las características exigidas para el autor*. Este codominio del hecho presupone la *comisión común del hecho*; esto implica que los coautores: a) se *dividan funcionalmente* las tareas, b) realicen un *plan común*, que le dé sentido unitario a la acción de cada uno, y c) aporten una *contribución objetiva a la realización del hecho punible*.

Para el profesor Castillo González (Derecho Penal, Parte General, tomo III, 2010, p. 440), de acuerdo con la doctrina dominante, la particularidad de la lesión a la norma en la coautoría, se encuentra en que *cada coautor no realiza de propia mano la acción delictuosa, sino que lo realizado por uno de los coautores, se le imputa a los demás como propio*. Por ello, cada uno de los aportes se transforma en un hecho antijurídico común, por el cual responde cada uno de los coautores.

La coautoría presupone la existencia de tres requisitos para imputar el hecho ajeno (de un coautor como propio), a saber:

- 1- La realización del hecho conforme a la división del trabajo.
- 2- La realización común a consecuencia de una resolución común.
- 3- Posibilidad de ser autor individual del delito.

Un ejemplo que bien podría ilustrar la concurrencia de una coautoría en el Tráfico de influencias, es el caso de un órgano colegiado estatal, en el que todos sus miembros, se ponen de acuerdo para influir sobre un servidor público, que les está subordinado, para que emita una resolución en determinado sentido, que beneficiaría a un tercero; elaborando en consecuencia, un plan común para lograr la meta, conforme al cual se reparten las tareas individuales, de tal manera que cada uno de los miembros, pero en forma separada, aportan una contribución objetiva a la realización del hecho punible, es decir, su grado de presión o convencimiento sobre el inferior jerárquico.

Participación Criminal

La participación criminal es una categoría dogmática que estudia las conductas de aquellos que, tomando parte en el delito, no realizan el tipo penal, es decir no tienen el codominio del hecho punible (instigadores y cómplices arts. 46 y 47 del Código Penal). Aun cuando las acciones de los partícipes, *por si solas no realizan la acción descrita en el tipo penal* -y por ello no se consideran acciones típicas-, si contribuyen con sus aportes a la realización del delito por el autor. (Bacigalupo, Lineamientos...1985, p.118)

Es el dominio del hecho lo que viene a distinguir al autor de los partícipes, según el tratadista Bacigalupo. El los fundamenta así, de la siguiente manera:

No se trata de que dogmáticamente sean autores, sino de una **equiparación legislativa de las penas que amenazan a los instigadores y a los que prestan una ayuda sin la cual el hecho no hubiera podido cometerse**. Resumiendo: todos los que no realizan la acción típica (es decir, que no son autores, ni coautores, ni autores mediatos) **sólo pueden ser responsables si han determinado al autor a cometer el hecho punible o si le han prestado una ayuda para que lo cometa**. Es frecuente que en la teoría se sostenga que autores son los que “toman parte en la ejecución del hecho”. Sin embargo, es claro que **esas expresiones son demasiado amplias para dar una definición**

adecuada de los límites entre la autoría y la participación, pues también los partícipes toman parte en la ejecución del hecho, dado que todo el que participa debe haber tomado una parte de su ejecución. Esta parte puede consistir en **motivar al autor (instigación)** o en **ayudarlo (complicidad)**. En consecuencia, lo que debe delimitar el ámbito de la participación frente a la autoría es el dominio del hecho: **partícipes son los que toman parte antes de o durante la ejecución, pero sin tener dominio del hecho**. (Lineamientos... 1985, p.118-119) (La negrita y subrayado son suplidos)

En cuanto a la punibilidad de la participación criminal, es claro que se fundamenta en el hecho de que *constituye un aporte a la realización del ilícito del autor*. Efectivamente, *el contenido ilícito del hecho del partícipe tiene su primer elemento en el hecho del autor*, dado que el cómplice o instigador *infringen la prohibición de impulsar o apoyar el hecho prohibido del autor*, dirigiendo su acción a la *lesión del mismo bien jurídico agredido por el autor del delito*.

Esta fundamentación presupone entonces una **dependencia o accesoriedad del hecho del partícipe respecto del hecho principal del autor**, en otros términos, la punibilidad del partícipe **depende de la punibilidad del autor**. (Bacigalupo 1985, p.120)

Sobre esta misma dependencia de la participación del hecho principal del autor, resulta necesario advertir que este hecho del autor, debe ser al menos, típico y antijurídico (accesoriedad limitada), pero además **el hecho debe ser doloso**. Este carácter doloso del hecho principal lo impone la misma naturaleza de la participación criminal; ello por cuanto, **instigar es crear el dolo en el autor**, y ser **cómplice implica la ayuda para otro**, quien es el autor, al tener el dominio del hecho, lo cual no es posible sin la concurrencia del dolo. Es precisamente, por lo expresado que no puede existir participación criminal en los delitos culposos. (Bacigalupo, Lineamientos... 1985, p.121-122)

En principio y considerando la dinámica del fenómeno criminal que rodea al Tráfico de influencias, caracterizado por el clientelismo político y alambicadas redes clandestinas de componendas y favores, entre otras múltiples aristas, es que más allá de la dificultad

probatoria, **pueden concurrir perfectamente las dos figuras de participación criminal**, reguladas en los artículos 46 y 47 del Código Penal.

Entendiendo la complejidad del tráfico de influencias, es que el legislador al diseñar el tipo penal del tráfico de influencias, contempló el supuesto de tráficos en cadena o en cascada, pero esto, es apenas una de las caras del fenómeno, en el que perfectamente pueden participar decenas de personas, cuyo aporte o ayuda no llega a calificarse como acción típica, al carecerse del dominio del hecho, pero podrían ser requeridas por el autor, para llegar al sujeto sobre el cual recae la acción típica. Igualmente, es posible la concurrencia de un instigador que se limite únicamente a determinar a otro, a cometer la acción típica del tráfico de influencias, es decir, quien, careciendo del dominio del hecho punible, lo impulse a tomar la resolución de traficar sus influencias, a favor de un tercero, por ejemplo.

El instigador.

El artículo 46 del Código Penal define a los instigadores del siguiente modo: “Son instigadores, quienes intencionalmente **determinen** a otro a cometer el hecho punible.” (La negrita es suplida).

En pocas palabras, el instigador es quien *crea el dolo en la cabeza del autor*; esto es lo que quiere decir la norma transcrita, cuando expresa “*quienes intencionalmente determinen*” a otro a la comisión del hecho.

Para el profesor Castillo González (Derecho Penal..., 2010, p. 498), el instigador se limita a causar o hacer nacer en el autor, mediante influencia psíquica, **la resolución de cometer el hecho punible**. El instigador, por tanto, **no tiene ni quiere tener el dominio del hecho**, que si tiene el autor, característica que lo diferencia del coautor o del autor mediato, que si tienen el dominio del hecho. De acuerdo con el mismo tratadista, las cuatro posibles formas de aparición de la instigación, son las siguientes:

1. Forma **común y corriente**: A determina a B a la comisión del delito.

2. Forma de **co-instigación** (coautoría en instigación): A y B, de común acuerdo, realizan actos de determinación sobre C, para determinarlo a la comisión de un hecho delictivo.
3. Forma de **coautoría accesoria**: A y B, separadamente y sin acuerdo entre sí, determinan, cada uno por su lado a C, a cometer el delito.
4. Forma de **autoría mediata**: A mediante un acto de coacción, determina a B -el instrumento-, para que a su vez determine a C y éste tome la resolución de cometer un delito. En este ejemplo el instigador, no aparece ante el autor, sino que se vale del instrumento para realizar el acto de instigación. (Derecho Penal..., 2010, p. 498) (La negrita y subrayados son suplidos)

Resulta muy dudoso, o al menos muy extraño, que el instigador en el tráfico de influencias, no procure, aunque sea de manera indirecta, alguna gratificación personal derivada del hecho, como suele suceder en la realidad y con otro tipo de delitos, y que incluso pueda llegar a figurar como el interesado o destinatario final del beneficio o ventaja indebidos, perseguidos por el autor de la acción típica. A nuestro parecer, no tendría lógica que alguien impulse la comisión de este delito, sin lograr algún tipo de rédito o recompensa derivada del hecho, a sabiendas de que el hecho reportará dividendos (porque conoce los elementos del tipo penal). Por esto, es que nos parece razonable, que en los supuestos de resultado material –utilidades o beneficios-, se valore cuidadosamente la posible participación de la persona beneficiada, a fin de determinar si pudo participar como instigador, sin descartar su responsabilidad como autor o coautor del hecho. En otros términos, para delimitar la posible participación del tercero o destinatario final, directo o indirecto del beneficio económico o ventaja indebidos, será necesario confirmar o descartar su posible rol como instigador, coautor o autor mediato.

El cómplice.

El artículo 47 del Código Penal define quiénes son cómplices: “*Son cómplices los que presten al autor o autores, **cualquier auxilio o cooperación** para la realización del hecho punible.*” (La negrita es suplida)

En palabras sencillas, cómplice es quien suministra cualquier tipo de ayuda a otro, para que cometa un delito. Como ya expresamos, al igual que la instigación, en la complicidad se presupone que es otro el autor, y es éste, quien debe tener el dominio del hecho. A su vez, este dominio del hecho, presupone el dolo del autor en el hecho, ergo; no puede darse participación criminal, sin existir un hecho principal doloso. Es por ello, que la participación en los delitos culposos carece de todo sentido. (Bacigalupo, Lineamientos... 1985, p. 122)

En resumen, tendrá la condición de cómplice, el que *dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal*, presta su ayuda o colaboración al autor o autores, para cometer el hecho ilícito. Ahora bien, resulta de sumo interés, el determinar la relevancia del aporte del cómplice, para asegurarnos que no estamos en presencia de un supuesto de coautoría.

En efecto, si la colaboración es de tal entidad que, sin ésta, *no se hubiera podido cometer el delito*, estaríamos en consecuencia, ante un supuesto de *codominio del hecho*, y, por ende, ante una coautoría. Así las cosas, el cómplice es quien presta una ayuda antes del comienzo de la ejecución del hecho punible, sin tomar parte en su realización. (Bacigalupo, Lineamientos... 1985, p. 126)

Como en párrafos atrás se indicó, en razón de la dinámica y particularidades propias del Tráfico de influencias, es más que probable la participación encadenada de muchas personas; en cuenta servidores públicos de todos los rangos, que participan con el aporte o ayuda para la realización del hecho, aunque sin tener el dominio del hecho.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

Planteamiento Problema Cualitativo.

Elementos Fundamentales del enfoque cualitativo según la Metodología de Investigación del Dr. Roberto Hernández Sampieri.

Objetivo de la investigación:

Analizar el tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, para determinar los defectos técnicos de su construcción, que lo tornan inútil o inaplicable, y formular una propuesta concreta para su modificación legal, que facilite la persecución penal de esta delincuencia.

Preguntas de investigación

1. ¿Encuentra usted algún defecto técnico en el tipo penal del tráfico de influencias, párrafo primero del art. 52? Razone su respuesta.
2. ¿Qué propuesta de *lege ferenda* formularía usted para mejorar la estructura del tipo penal del delito mencionado?
3. ¿Le parecen razonables los extremos de la pena previstos en este delito o por el contrario elevaría el extremo menor de la pena para cerrar la posibilidad del otorgamiento de beneficio de ejecución condicional de la condena? Razone su respuesta.
4. ¿Le parece razonable que la misma pena se aplique al autor de la acción típica que no obtenga el resultado material (beneficio o ventaja indebida) y al autor de la acción típica que haya logrado el resultado material?

Si la respuesta es negativa: ¿En cuánto elevaría la pena para el autor que haya logrado el resultado material?

5. ¿Existe o no incongruencia sistémica en la penalización del funcionario que se ha dejado corromper por dádivas o ventajas (cohecho propio o impropio) y que se deje impune el funcionario o servidor que se haya dejado corromper o haya cedido a la influencia típica del art. 52?
6. Debería ampliarse el ámbito típico del Tráfico de Influencias para penalizar al servidor público que haya cedido a la influencia típica
7. ¿Considera usted necesario para combatir la dinámica del Tráfico de Influencias la inclusión de más verbos rectores o definatorios en el tipo penal, Tal como lo hizo el legislador con el ciclo del narcotráfico?
8. ¿Considera usted necesario para combatir la dinámica del Tráfico de Influencias la inclusión de más verbos rectores o definatorios en el tipo penal, Tal como lo hizo el legislador con el ciclo del narcotráfico?

Justificación:

La justificación de la presente investigación radica fundamentalmente en la inexistencia total de sentencias condenatorias por el delito de tráfico de influencia, lo que hace sospechar sobre su utilidad represiva para combatir este tipo de corrupción en la función pública, así como en la poca literatura que existe sobre esta delincuencia. En efecto, de acuerdo con la revisión de los registros jurisprudenciales y luego del transcurso de casi catorce años, de la aprobación de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, no existe a la fecha una sola sentencia condenatoria contra un particular o un servidor público, por la comisión del delito en cuestión. Todos los casos denunciados por el delito de tráfico de influencias, han fenecido con resoluciones favorables a los imputados; desestimaciones en su gran mayoría.

Viabilidad:

La investigación es viable dada la urgente necesidad de revisar y reformular el tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función pública, número 8422, no sólo por la demostrada inutilidad persecutoria de este delito, sino por la deuda internacional que tiene el país en la

materia implicada. Efectivamente, Costa Rica contrajo la obligación internacional de reprimir este tipo de corrupción, al suscribir y ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción, no obstante, ello, y hasta la fecha, el Estado costarricense no ha cumplido con tal deber. Podría decirse sin reparo alguno, que Costa Rica es un Estado fallido en la persecución penal del tráfico de influencias.

Definición inicial del ambiente o contexto:

El contexto de la investigación es académico, por un lado, en la medida que el problema delimitado, implica el análisis o estudio del tipo penal en cuestión, a la luz de la teoría del delito, como herramienta hermenéutica o de interpretación, pero, por otro lado, se aspira a la promoción de una modificación legal del delito de Tráfico de influencias, lo que compete a la Asamblea Legislativa, procurándose en consecuencia, el accionar legislativo para tales efectos. En resumen, se pretende pasar de un contexto académico a uno legislativo.

Diseño/ Método:

Investigación- acción

El método utilizado para desarrollar la presente tesis es la Investigación-Acción, propuesto por el profesor Hernández Sampieri.

La tesis pretende diagnosticar la problemática de la inutilidad represiva del tipo penal del delito de tráfico de influencias, previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, número 8422, dado el problema de impunidad que está a la base, así como los conflictos derivados de ésta y que tienen incidencia en la sociedad, la política, la economía, la Administración Pública, entre otros de igual signo.

Por otro lado, hay que advertir que la impunidad aludida, fomenta indirectamente el incremento progresivo de la corrupción dentro del sector público, al enviarse el mensaje no deseado de que la corrupción está blindada contra este delito.

Muestra Investigación.

La muestra de investigación se compone de jueces y fiscales, que fueron entrevistados, puntualmente sobre aspectos técnicos y estructurales del tipo penal de reiterada cita.

Profesionales entrevistados:

1. Orlando Vargas Chacón, Letrado de la Sala Tercera.
2. Edwin Retana Carrera, Ex Fiscal Adjunto del Ministerio Público.
3. Joe Campos Bonilla, Ex Juez del Tribunal de Apelación de Sentencia.

Unidades de análisis:

1. Primera unidad de análisis:

Determinar las deficiencias estructurales del Tráfico de influencias.

2. Segunda unidad de análisis:

Identificar la existencia de incongruencias sistémicas de este tipo penal, y oportunidades de mejora estructural.

3. Tercera unidad de análisis:

Formular propuesta de “*lege ferenda*”, que facilite la persecución penal del Tráfico de influencias.

Instrumentos

Entrevista estructurada, propuesta por Hernández Sampieri, a través de las cuales se pretende lograr un enfoque directo, a la problemática planteada en la presente investigación, y aprovechar el conocimiento de los profesionales a entrevistar

Procedimiento para la recolección de datos.

El método utilizado para realizar las entrevistas fue por correo electrónico, por medio de un cuestionario, el cual contenía las preguntas derivadas de las unidades de análisis.

Método de análisis

Se aplica el Método de factorización propuesto por Hernández Sampieri, consistente en la obtención de las unidades de análisis, a partir de los objetivos específicos formulados en esta investigación, y que se contienen en el marco teórico.

Las unidades de análisis han sido categorizadas, y se describirán para interpretar los datos y resolver las preguntas de la presente investigación.

CAPÍTULO IV: ANALISIS DE RESULTADOS

Entrevistas

Se presentan a continuación las respuestas por parte de los especialistas entrevistados.

Participante A: Lic. Orlando Vargas. Letrado Sala Tercera.

Participante B: Lic. Edwin Retana. Ex Fiscal Adjunto del Ministerio Público.

Participante C: Lic. Joe Campos, Ex Juez del Tribunal de Apelación.

Primera pregunta, lo entrevistados responden:

1. ¿Encuentra usted algún defecto técnico en el tipo penal del tráfico de influencias, párrafo primero del art. 52?

El participante A, responde de forma afirmativa y amplía indicando que encuentra específicamente dos defectos técnicos.

- a) Cuando en el tipo se refiere a “cualquiera otra situación derivada de su situación personal”, ya que se trata de un elemento normativo del tipo que debería precisarse a “relaciones de parentesco, afectividad, amistad, compañerismo político, intereses económicos”.
- B) El segundo problema deviene del artículo 59 de la Ley N°8422, en cuanto a la pena de inhabilitación que es facultativa y no de carácter obligatorio.

El participante B, responde de forma afirmativa y amplía indicando:

Que el funcionario objeto de la influencia queda exento de pena, por lo cual considera que debe agregarse una pena adicional para el funcionario que se deja corromper y que no realiza ninguna diligencia para impedirlo.

Participante C, responde de forma negativa, e indica que específicamente en el párrafo uno no, pero amplía su respuesta diciendo que encuentra un defecto en relación a la penalidad prevista en el párrafo segundo para quien ofrezca la influencia, ya que la sanción penal debería ser mayor para quien ofrezca la influencia. Es más grave que la influencia se ponga a la venta, que otro venga e influya.

Pregunta número dos, los participantes responden:

2. ¿Qué propuesta de *lege ferenda* formularía usted para mejorar la estructura del tipo penal del delito mencionado?

El participante A, responde de forma afirmativa, e indica que, en el mismo orden de ideas de la respuesta de la pregunta número uno, una reforma a los artículos 52 y 59 de la Ley N°8422.

El participante B, responde de forma afirmativa, e indica que, considera que debería haberse incluido como pena accesoria la inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por un plazo de 10 a 15 años para el autor como lo contempla el artículo 348 del código penal que tipifica el cohecho propio. También una pena de 2 a 5 años e inhabilitación especial de 10 a 15 años para el funcionario influenciado que no hizo ninguna actuación diversa para evitar realizar lo solicitado por el sujeto activo.

Participante C, considera que únicamente modificaría el segundo párrafo en el sentido de que la sanción penal para quien ofrezca la influencia se aumente hasta en otro tanto en relación con el primer párrafo.

Pregunta número tres, los entrevistados responden:

3. ¿Le parecen razonables los extremos de la pena previstos en este delito o por el contrario elevaría el extremo menor de la pena para cerrar la posibilidad del otorgamiento de beneficio de ejecución condicional de la condena?

Participante A, indica que, como funcionario judicial, le corresponde la aplicación de la norma. Lo que parece siempre adecuado, es que el Juez cuente con un margen suficiente que le permita valorar los aspectos contenidos en el artículo 71 del Código Penal, de forma tal que, casos como el presente, permita valorar el daño causado, la personalidad del sujeto activo, el impacto social. Por ello estaría más bien de acuerdo en aumentar el extremo máximo, de forma tal que, para casos de ínfimo impacto y daño, se pueda conceder el beneficio de ejecución condicional, y como fue mencionado en la primer pregunta, se

inhabilite a la persona siempre para el ejercicio de cargos públicos, proporcionalmente a la sanción principal acordada.

Participante B, Considera que los extremos se encuentran adecuada y proporcionalmente ajustados a la conducta que se sanciona, y que de ello dependerá de la gravedad de los hechos, siendo discrecionalidad del Juez aplicar la pena que se ajuste al daño o lesión causada. Si bien es cierto la corrupción de funcionarios públicos causa un gravamen considerable a la Administración Pública, es conocedor que las penas de prisión altas no resuelven el problema de la criminalidad. También tomando en consideración los fines de la pena desde una tesis de prevención especial positiva, lo que se busca es la reinserción del delincuente a la sociedad.

Participante C, considera razonables los extremos establecidos, partiendo de que el derecho penal es la última ratio y que la función de la sanción penal es la rehabilitación y no el castigo. Por más reprochables que puedan ser los hechos que se pretenden sancionar, el fin de la pena es la rehabilitación y se debe ser congruente con eso. En la medida que en este y en otros tipos penales se aumenten las penas para cerrar la posibilidad de la concesión de beneficios, se estaría abandonando el fin resocializador de la pena para adoptar la función castigadora de la sanción.

Pregunta Número cuatro, los entrevistados responden:

4. ¿Le parece razonable que la misma pena se aplique al autor de la acción típica que no obtenga el resultado material (beneficio o ventaja indebida) y al autor de la acción típica que haya logrado el resultado material?

Participante A, indica que considera que esto no es una verdad absoluta, pues el juicio de reproche conforme al artículo 71 del Código Penal, debe valorar, entre otros, el daño causado, el cual sería diferente, en una hipótesis y en la otra.

Participante B, considera que el tipo penal está objetivamente estructurado.

Participante C, Indica que no es razonable. Considera que, dentro de una correcta dosimetría penal, debe considerarse que es más reprochable que el resultado material se haya obtenido, y, por ende, la sanción debe ser mayor, motivo por el cual elevaría la pena un año, solo en el extremo mínimo para que quede de tres a cinco años de prisión.

Pregunta número cinco, los entrevistados responden:

5. ¿Existe o no incongruencia sistémica en la penalización del funcionario que se ha dejado corromper por dádivas o ventajas (cohecho propio o impropio) y que se deje impune el funcionario o servidor que se haya dejado corromper o haya cedido a la influencia típica del art. 52?

Participante A, indica que la impunidad no es por la ley, porque estas tres conductas se encuentran tipificadas como delito. La impunidad es un fenómeno multicausal que tiene que ver con la falta de denuncia, malas investigaciones, falta de capacitación del personal involucrado en la investigación de los hechos o su juzgamiento, ocultamiento de evidencia por parte de otras personas relacionadas con el hecho delictivo, pero no descubiertas, entre otros.

Participante B, Responde afirmativamente y considera que el legislador en su momento de la redacción del tipo penal se enfocó solamente en el sujeto activo y no sobre el sujeto objeto de la influencia; considera sin asegurarlo que posiblemente la estructura del delito en sus elementos objetivos buscaba sancionar a aquellos que en una relación de poder o de autoridad tenían sobre el funcionario influencia; aunque también se incluyó a un particular como sujeto activo que mediante un ligamen con el funcionario público podía ejercer esa influencia.

Participante C, Responde de forma afirmativa, considera que si existe una incongruencia que debería resolverse a nivel legislativo haciendo las reformas legales pertinentes para que no haya impunidad.

Pregunta Número seis, los entrevistados responden:

6. ¿Debería ampliarse el ámbito típico del Tráfico de Influencias para penalizar al servidor público que haya cedido a la influencia típica?

Participante A, Responde en negativa indicando, que se encuentra claro en el tipo actual.

Participante B, Responde de forma afirmativa, considera que el sujeto objeto de la influencia debe ser penalizado al igual que el sujeto activo (Influyente).

Participante C, Responde de forma afirmativa, e indica que, sí debería ampliarse porque la idea de que hasta una ley especial exista, es que no exista impunidad, de tal manera que ninguna conducta que se relacione debería estar sin tipificación y penalización.

Pregunta Número siete, los entrevistados responden:

7. ¿Considera usted necesario para combatir la dinámica del Tráfico de Influencias la inclusión de más verbos rectores o definatorios en el tipo penal, Tal como lo hizo el legislador con el ciclo del narcotráfico?

Participante A, Responde de forma afirmativa, indicando que podría ser la inclusión del verbo “dificulte”.

Participante B, Responde negativamente, considera que no es necesario agregar más verbos rectores.

Participante C, considera que más verbos rectores no, salvo en lo dicho anteriormente que bastaría con alguna reforma legal que incluya la penalización de la conducta no prevista.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Desde su creación legislativa hasta la fecha, nuestra jurisprudencia penal ha evidenciado la inutilidad persecutoria del tipo penal del tráfico de influencias, previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Tales resultados y no sólo el tiempo transcurrido, son razones suficientes para justificar una urgente revisión del tipo penal y su consecuente mejora o modificación legal, por parte del Poder Legislativo.

Como creemos haber demostrado, a lo largo de la presente tesis, la tipificación del Tráfico de influencias, se ha convertido en otro símbolo más del Derecho Penal, es decir, en un instrumento que únicamente procura aplacar la alarma social, sin resultado alguno en los tribunales penales, nos referimos a la ausencia de sentencias condenatorias. De dos posibles explicaciones a lo expuesto, sólo una puede ser verdadera: o no se realiza la conducta del tipo penal, es decir, no existe el Tráfico de influencias en la Administración Pública, o existen deficiencias estructurales en el mismo, que imposibilitan su aplicación sustantiva. Para nosotros, es más que evidente que el tipo penal de estudio, adolece de contornos muy difusos y teñidos de subjetivismo.

Sobre los bienes jurídicos tutelados. En relación con los bienes jurídicos protegidos por el tipo base del delito de Tráfico de Influencias, concluimos, primeramente, que su ámbito de tutela es sumamente amplio. Efectivamente, el tipo base es de carácter pluri-ofensivo, al tutelar o proteger varios bienes jurídicos, todos estrechamente relacionados, y que resultan indispensables para el funcionamiento correcto y eficiente de la Administración Pública. A nuestro criterio, y fundamentados en la naturaleza y estructura del tipo penal, protege los siguientes bienes jurídicos: a) el principio constitucional de probidad, b) el acceso en condiciones de igualdad y por las vías regulares a la Administración Pública (derivado del principio constitucional de igualdad), y c) el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sustentado en los principios de imparcialidad y objetividad. En torno al principio de probidad, nos apartamos de la vieja dogmática penal, de considerar el “deber de probidad” de los funcionarios públicos, como el bien jurídico de la mayoría de los delitos funcionales,

previstos en el Código Penal, reconociéndole el rango de principio constitucional, que realmente merece, al amparo del desarrollo hermenéutico que realizó la Sala Constitucional, en su resolución N° 12826 – 2010. En cuanto al acceso en condiciones de igualdad y vías regulares a la Administración Pública, concluimos que este bien jurídico, al igual que los otros dos citados, son derivación directa del principio democrático, consagrado en el artículo primero de la Constitución Política; y que es la norma pétrea que fundamentan el resto de principios constitucionales, que tienen por norte garantizar la actividad estatal, para la consecución del bienestar y protección del individuo. Detrás del principio democrático, y para garantizar los derechos y garantías del individuo, destaca el principio constitucional de igualdad, al amparo del cual, se garantiza al ciudadano el bien jurídico del acceso en condiciones de igualdad y por las vías regulares a la Administración Pública, sin interferencia ilícita alguna. Respecto al bien jurídico denominado correcto funcionamiento de la Administración Pública, comprensivo de los principios de imparcialidad y objetividad, y calificados igualmente por nuestra Sala IV, como de rango constitucional, nos resulta evidente que este bien jurídico representa un límite y garantía del funcionamiento eficiente de la actuación administrativa. Esto implica, la actuación objetiva e indiferente a las interferencias de personas, grupos de presión y otras fuerzas influyentes.

Sobre la acción típica. En torno a la acción típica del delito de Tráfico de influencias, concluimos que consiste en influir directa o indirectamente, sobre un funcionario público, prevaleciéndose de una situación de poder o ascendencia moral (cargo, relaciones personales o jerarquía), para obtener un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para un tercero. Para nosotros, esta influencia puede producirse tanto por la vía de la coacción, como por otras vías de menor intensidad, como la presión moral, entre las que figuran la sugestión, inclinación, invitación, recomendación, entre otras. En razón de la multiplicidad de posturas dogmáticas, diversas y contrapuestas algunas, alrededor del concepto influencia, es claro que se abre la puerta al arbitrio y capricho de los juzgadores, al momento de la escogencia de algunas de estas posiciones.

Esto, atenta contra la observancia del principio de legalidad criminal, exigida por la jurisprudencia constitucional y doctrina, para la construcción de los tipos penales. Es por ello, que para salvar lo difuso, subjetivo y polémico del concepto influencia, pero, sobre todo, para resolver la insuficiencia o incapacidad de éste, para abarcar otras conductas realizadas por los traficantes de influencias, para alcanzar sus metas criminales, es que proponemos a modo de “*lege ferenda*”, añadir otro verbo rector en el tipo penal. En efecto, procuramos que no quede duda alguna, acerca de las acciones humanas idóneas, que pueden doblegar la voluntad de un funcionario público y desviar el interés público. Este verbo sería el de coaccionar, el cual tendría sentido en relación con la prevalencia del cargo y la situación de poder, derivada del rango jerárquico.

Con esta modificación tendríamos un tipo penal de coacción calificada o bien de influencia coactiva, dentro del delito de Tráfico de Influencias, lo que resolvería eventuales problemas de tipicidad, concurso aparente de normas. Igualmente, se resolvería el problema de incongruencias sistémicas, en los supuestos de influencias coactivas –*descartadas como constitutivas de tráfico de influencias por un sector doctrinal*–, que podrían sancionarse con el delito de coacción, previsto en el artículo 193 del Código Penal, con una pena de uno a dos años de prisión o cincuenta a doscientos días multa. Esto es así, pues con la redacción actual del Tráfico de Influencias, y de matricularse nuestros tribunales con la tesis doctrinaria que excluye la coacción del concepto de influencias, los juzgadores podrían aplicar el 193 aludido, aunque se acrediten el resto de los elementos del tipo penal de estudio.

Esto implicaría una total incongruencia, al castigarse con mayor penalidad acciones de menor carga coercitiva, como las sugerencias, intercesiones, recomendaciones, entre otras similares, pero quedarían fuera del tipo del Tráfico de influencias, acciones de mayor disvalor, como las amenazas graves o violencias físicas y morales, para obligar o constreñir a un funcionario público, a realizar un acto o resolución, para generar un beneficio o ventajas indebidos, a un tercero, por ejemplo. Es en razón de lo anterior, y en aras de completar el tipo penal de análisis, que consideramos urgente y necesaria su modificación legal.

Sobre el prevalimiento de la situación de poder. En lo que se refiere al prevalimiento de la situación de poder, concluimos que resulta esencial para la configuración del tipo objetivo,

es decir de concurrir la influencia sin aquel, la acción entonces resultaría atípica. A nuestro entender, dos características esenciales facilitan la conceptualización del prevalimiento; la primera es el *uso abusivo* de una situación de poder o supremacía (derivada del cargo, relaciones personales o relación jerárquica), y la segunda, es el grado de *idoneidad, potencia o fuerza coercitiva*, que tiene esta situación de poder, para atacar la libertad del servidor influido y doblegar su voluntad, dentro del proceso decisorio correspondiente. Las modalidades de prevalimiento. A nuestra consideración, es claro que, de hermenéutica del tipo penal del tráfico de influencias, se extraen tres modalidades de prevalimiento: 1) el fundado en el cargo, 2) el fundado en la relación jerárquica y 3) el fundado en las relaciones personales.

En torno a la primera modalidad, consideramos que consiste en el uso abusivo de las atribuciones y competencias asignadas al cargo, por parte del funcionario influyente, es decir es un abuso de su condición especial y subjetiva. La segunda modalidad de prevalimiento, fundada en la relación jerárquica, consiste a nuestro entender, en el abuso de la superioridad jerárquica (vertical) por parte del funcionario influyente, para insinuar, sugerir, recomendar y hasta ordenar al funcionario subordinado, realizar u omitir determinado acto, para así lograr el beneficio o ventaja indebidos, para sí o un tercero. Es claro que, en esta modalidad de supremacía jerárquica, opera una influencia de mayor grado, presión o carga coactiva, que la surgida de las otras dos modalidades, dado que la renuencia o desacato a una “sugerencia” por ejemplo, podría implicar represalias, acoso laboral o hasta la destitución en el puesto, especialmente en el caso de servidores interinos.

En estos casos de sugerencias, insinuaciones o recomendaciones de la jefatura, bien podría esconderse una orden indirecta, y así interpretarlo el subordinado, quien, sin mayor margen de maniobra o libertad, cumpliría con lo mandado “entre líneas”. Descartamos de esta modalidad las relaciones jerárquicas horizontales, es decir entre funcionarios de igual rango, dado que, en este tipo de supuestos, la presión o carga coactiva de la influencia, obviamente no obedecería a la jerarquía, sino al abuso del cargo público, que le permite acercarse a su homólogo e influir sobre él. En la tercera modalidad de prevalimiento, fundada en las relaciones personales, entendemos que, a diferencia de las anteriores, no se requiere la condición subjetiva de funcionario público, sino que esta modalidad implica el abuso de las

relaciones político-partidarias o afinidad política, parentesco, amistad, sentimentales, entre otras similares, para procurarse los réditos indebidos, descritos en el tipo penal de estudio. Estos réditos o beneficios indebidos podrían consistir en la satisfacción de las relaciones personales indicadas, por nombramientos en cargos públicos o ascensos políticos. Para cerrar lo concluido en torno a las modalidades de prevalimiento, solo resta indicar que cada una de estas debe poseer cierto grado de idoneidad para forzar la voluntad del servidor público; esto obviamente se facilita en los supuestos de realización del resultado material, dado que se contaría con la actuación efectuada por el funcionario influido, para poder realizar el ejercicio lógico de imputar objetivamente el resultado material a la influencia ejercida, merced a la regla de supresión mental hipotética, no así en los supuestos de resultado cortado, en los que se requiere una valoración muy cuidadosa de la acción típica.

Sobre las situaciones de poder falsas o verdaderas. Ambas son admitidas de manera expresa por el tipo penal, y ello fundamentalmente, porque a nuestro parecer, el legislador de manera deliberada al construir el tipo, siguió el diseño de los tipos penales de peligro abstracto, es decir, lo diseñó de tal forma que la sola acción típica, o más claro, el peligro de la acción, sea la que realiza el tipo penal. En efecto, el legislador adelantó las barreras de protección para los bienes jurídicos tutelados a través del Tráfico de influencias, al estimar a la acción típica por sí sola, como peligrosa. Esto es así, porque el tipo penal sólo exige para su consumación –formal-, la creación del peligro, que representa la acción de influir con prevalimiento de una situación de poder, sin que importe que ésta sea falsa o verdadera. Es entonces, el peligro de la acción típica del autor, lo que realiza el tipo penal, y activa la tutela anticipada de los bienes jurídicos en cuestión.

No está por demás indicar en este punto, que, en el delito de Tráfico de influencias, por ser un delito de peligro abstracto, no existe posibilidad alguna de tentativa, en tanto, reiteramos, es la acción peligrosa por sí sola, la que realiza el tipo objetivo, y no el resultado material. En todo caso, debe indicarse que al ser el Tráfico de influencias un delito de mera actividad, el peligro creado con la acción típica, es a su vez el *resultado formal* del tipo penal. Esto último es de interés académico, dado que la relación de causalidad tiene mucha relevancia en los delitos comisivos, para efecto de imputar el resultado a la acción típica, pero no ocurre lo

mismo en los delitos de mera actividad, en los que el peligro de la acción constituye el resultado formal y realiza el tipo, como ya se indicó.

Sobre el resultado cortado del delito. El Tráfico de Influencias es un delito intencionado o de “tendencia interna trascendente”, en razón de que tiene una finalidad que no corresponde al tipo objetivo, es decir, esta finalidad o tendencia se refiere a metas ajenas éste. Esto es así, porque en esta categoría de delitos intencionados se da una incongruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, no obstante, ello, la realización del tipo objetivo es *una condición* para alcanzar la finalidad perseguida por el autor (compañera del dolo en el tipo subjetivo). Es en razón, de que la finalidad trasciende el tipo objetivo, que se les denomina “delitos de tendencia interna trascendente”. Este es un especial elemento subjetivo de la autoría que debe de acompañar al dolo, para la realización de lo injusto típico; si no fuera así, la conducta entonces resultaría atípica, al faltar un elemento del tipo subjetivo. El delito de Tráfico de influencias aparte de pertenecer a la categoría de *delitos de tendencia interna trascendente*, los cuales se dividen en *delitos de resultado cortado* y *delitos atrofiados en dos actos*, calzan dentro de los primeros. Evidentemente, el delito de examen es también un delito de resultado cortado, por cuanto la finalidad a la que aspira el agente es precisamente la que realiza por sí sola lo injusto típico, como consecuencia natural de la acción, y sin que se necesite una segunda acción del autor.

Sobre el sujeto activo. El sujeto activo en el tipo penal base, es quien ejerce la influencia, y puede ser cualquier persona, es decir, un particular o un funcionario público. A diferencia del concepto de particular, que no representa dificultad alguna en su comprensión, el de funcionario o servidor público, presenta características propias, que en su gran mayoría están precisadas en la Ley General de la Administración Pública, y no dejan margen duda acerca de este concepto. En Efecto, nuestra Ley General de la Administración pública, consagra un concepto amplio de servidor público, al establecerse: a) quien ostenta tal condición, b) quien puede reputarse como servidor público, para efectos penales, y c) quien es funcionario de hecho, con responsabilidad penal. (artículos 111 al 119 LGAP)

Sujeto sobre el cual recae la acción típica. En el delito de Tráfico de influencias, la acción típica no recae sobre el titular de los bienes jurídicos, como ocurre en la mayoría de los delitos, sino sobre un sujeto diferente, a saber, un servidor público. En efecto, en este delito, el titular de los bienes jurídicos protegidos, es el conglomerado social y no el servidor influido, que ni tiene, ni puede arrogarse tal titularidad, por ello, es que a este no puede calificarse como sujeto pasivo, sino sujeto sobre el cual recae la acción. Este último, es precisamente el medio para alcanzar el beneficio o ventaja indebidos, perseguidos por el sujeto activo o influyente. Ahora bien, dado que el tipo penal admite el tráfico de influencias en cadena o cascada, es claro que la acción puede recaer sobre un particular o servidor distinto al que corresponde tomar la decisión o resolución final, que genera el beneficio económico o ventaja indebidos.

Es claro igualmente para nosotros, que la conducta del servidor influido no realiza el tipo penal base. Al parecer, el legislador optó por una construcción del tipo penal, en la que las acciones u omisiones del sujeto influido, se valoraran de manera separada, por la posible comisión de otros delitos previstos en el Código Penal, como, por ejemplo, el prevaricato, el incumplimiento de deberes, y los nombramientos ilegales, sin descartar, desde luego la posible concurrencia de causales de justificación o de exculpación, en su favor. A nuestro criterio, existe una mejor solución respecto al sujeto que se deja influir o corromper, sin mediar causa de justificación o exculpación, y es la de nutrirse del mismo tipo base, para crear un tipo penal específico para éste. A los efectos de justificar la creación de este nuevo tipo penal accesorio del tipo base, evidenciamos la incongruencia sistémica existente entre los tipos penales del cohecho (propio e impropio), con el del tipo base del Tráfico de influencias.

En efecto, la estructura de los tipos penales del cohecho y del Tráfico de influencias, aunque resulta muy similar, y se distinguen únicamente, en la forma en que se doblega la voluntad del servidor público, el trato de éstos últimos resulta extrañamente diferente, aunque ambos realicen conductas corruptas en términos generales. En los delitos de cohecho, la dádiva o ventaja es la que somete la voluntad del funcionario público, mientras que, en el Tráfico de influencias, es la influencia la que lo doblega. Por ello, es que nos parece incongruente que

las conductas de los autores del cohecho, que se dejaron corromper se sancionen, mientras que, en el Tráfico de influencias, las conductas de los servidores públicos, que cedieron a la influencia y se dejaron corromper, no sean sancionen en un tipo penal accesorio o dependiente del tipo base. Nos parece que a través de esta ampliación del ámbito típico del Tráfico de influencias, se resolvería esta incongruencia, y dada la relevancia democrática de los bienes jurídicos protegidos por el Tráfico de Influencias, igualmente consideramos necesario el aumento de los extremos de la pena del Tráfico de influencias (de cuatro a seis años de prisión), para asegurar no sólo el efectivo cumplimiento de la pena o entrada a prisión, tanto del corruptor o influyente, como del corrupto o influido, sino también para la realización de fines disuasivos de prevención general.

Sobre las resoluciones del sujeto influido. Al no discriminarse expresamente en el tipo la clase de resolución del sujeto influido, debe interpretarse que el término abarca tanto la administrativa como la judicial, por cuanto en los dos ámbitos implicados, los servidores públicos dictan resoluciones atinentes o competencia del cargo. Ahora bien, el tipo penal no precisa ni exige en forma expresa, que la resolución perseguida por el autor, sea ilegal o contraria a derecho, es decir, pueden darse perfectamente ambas. Lo que exige el tipo penal es que la resolución se dicte dentro del marco de competencia del servidor público, es decir, que sea connatural o propia de las funciones de su cargo.

En torno a la ilegalidad de las resoluciones dictadas por el sujeto influido, no hay mayor discusión doctrinaria, por lo obvio que resulta el asunto. No sucede igual con las resoluciones legales, al considerar un sector doctrinal, que las mismas quedan fuera del ámbito de protección de la norma prohibitiva, es decir, que resultan inidóneas para lesionar el bien jurídico *correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su faceta de imparcialidad y objetividad*, lo que consideramos un craso error, al soslayarse otro de los bienes jurídicos tutelados en el Tráfico de influencias, que a nuestro criterio, es igualmente abarcado por dicho ámbito de protección, a saber *el acceso en condiciones de igualdad y por las vías regulares a la Administración Pública*. En efecto, aun con las resoluciones ajustadas a derecho, podría configurarse el delito de Tráfico de influencias, si lo que se procura o persigue con éstas, es generar un beneficio o ventaja indebidos, para el sujeto influyente o

un tercero, y además de ello, resultan afectados otros ciudadanos, que igualmente esperan una resolución idéntica o similar a la dictada, pero que se les retarda su trámite, para privilegiar injustificadamente a otra persona, que se saltó o burló las vías o procedimientos regulares de la Administración.

Sobre el dolo exigido en el tipo penal. A nuestro criterio, el Tráfico de influencias solo admite el dolo directo (en primer y en segundo grado), habida cuenta que el agente quiere y procura con su acción un determinado resultado, como una meta de su acción, teniendo la seguridad de que el resultado por él representado, se producirá como consecuencia de la misma. Por ello, es que concluimos que el tipo penal, no admite dolo eventual, dado que nada al azar, es decir el agente no abandona el resultado al curso de los acontecimientos, por un lado, y por otro, resulta impensable en el Tráfico de influencias la concurrencia de autores o coautores, que ni persiguen el resultado, ni lo ven como una meta segura. La misma existencia de la finalidad ulterior procurada por el autor y que acompaña al dolo, es otra razón de peso para descartar el dolo eventual en el Tráfico de influencias.

Sobre el elemento subjetivo de la autoría. En el delito de Tráfico de influencias, está claramente incorporado este elemento subjetivo de la autoría o finalidad ulterior del agente, a saber, el procurar un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para un tercero. En consecuencia, para la realización del tipo, aparte del dolo del autor, se requiere comprobar la concurrencia de este especial elemento subjetivo de la autoría; de lo contrario, la conducta resultará atípica, al faltar este último presupuesto del tipo subjetivo, que trasciende la consumación del delito, y se dirige a un fin jurídicamente desaprobado.

Sobre las diferentes formas de autoría. El delito de Tráfico de influencias admite todas las formas de autoría, a saber, la autoría directa o inmediata, la autoría indirecta o mediata y la coautoría. Respecto a la primera forma de autoría, *será autor directo de este delito*, el particular o el funcionario público, que de manera directa o por sí mismo, realiza todos los

presupuestos objetivos y subjetivos del injusto típico, en su propia persona, es decir, quien tiene el dominio del hecho del hecho punible. Es entonces, quien de manera directa influye en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con dicho servidor, 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. En cuanto a la *autoría mediata*, es el mismo tipo penal que la anuncia, al disponer de manera expresa que la influencia puede efectuarse por interpósita persona. A nuestro parecer, esta es una de las formas de autoría, más preferidas en nuestro medio por los traficantes de influencias, dadas las posibilidades de sigilo o clandestinidad que ofrece la figura. En efecto, en la autoría mediata el autor (“*el hombre de atrás*”) realiza el tipo penal, sirviéndose de otra persona (“*el hombre de adelante*”), es decir, el autor mediato opta por utilizar un instrumento humano, para la ejecución física o corporal del delito.

Aparte de la modalidad de autoría mediata en *sentido estricto*, en la que el instrumento actúa sin dolo, de manera inculpable o justificada, consideramos igualmente que el Tráfico de influencias también admite la autoría mediata en *sentido amplio*, conocida como “autor detrás del autor”, en la que el instrumento posee la condición de autor. Esta última forma de autoría mediata se aprecia mejor en los aparatos organizados de poder, toda vez que el “hombre de atrás” dispone del poder suficiente para que sus órdenes, sean acatadas de manera fiel por sus subordinados. Efectivamente, los miembros subordinados en estos aparatos organizados, funcionan como simples instrumentos al servicio de la jefatura criminal.

En este supuesto de autoría mediata, el “hombre de atrás” siempre dominará la voluntad del instrumento, debido a la misma estructura de la organización criminal, en la que se asegura el cumplimiento de la orden, sin importar la individualidad del ejecutor inmediato, y esto, por la fungibilidad automática de sus miembros. Efectivamente, aunque el subordinado se atreva a desacatar la orden de cometer el delito, en forma mecánica se le sustituiría por otro miembro, que ejecutará el crimen ordenado por el jerarca criminal. Y finalmente, respecto a la *coautoría*, concluimos que los coautores en

el delito de Tráfico de influencia, serán aquellos que se ponen de acuerdo o toman la resolución común de realizar el hecho punible; en pocas palabras quienes tienen juntamente con otro u otros el co-dominio del hecho. Este dominio conjunto del hecho, implica que los traficantes de influencias diseñen un plan común, que de sentido unitario a la acción de cada uno, y que conforme a este plan, se dividan funcionalmente sus tareas, para aportar así su contribución objetiva a la realización del hecho punible, es decir que cada uno aporte separadamente su grado de presión o convencimiento sobre el servidor público, de tal suerte que con la suma de cada una de las presiones, logren finalmente doblegarlo, alcanzando la finalidad jurídicamente desaprobada.

Sobre la participación criminal. Considerando la dinámica del fenómeno criminal que rodea al Tráfico de influencias, caracterizado por el clientelismo político y alambicadas redes clandestinas de componendas y favores, concluimos que pueden concurrir perfectamente las dos figuras de participación criminal, reguladas en los artículos 46 y 47 del Código Penal. Creemos que, bajo la inteligencia de la complejidad del tráfico de influencias, el legislador al diseñar el tipo penal del tráfico de influencias, contempló el supuesto de tráficos en cadena o en cascada, pero debemos advertir, que tal supuesto es apenas una de las manifestaciones del fenómeno criminal que está a la base del delito.

En efecto, en el Tráfico de influencias pueden participar perfectamente decenas de personas, cuyo aporte o ayuda no encuadre en la acción típica, al no tenerse el dominio del hecho, pero podrían ser requeridas por el autor, para llegar hasta el sujeto sobre el cual recae la acción. En lo que toca al instigador, debemos indicar, primeramente, que no puede tener las condiciones necesarias para realizar en su persona, los elementos del tipo penal, de lo contrario, sería un autor del delito de Tráfico de influencias, al dominar el hecho; por ejemplo, al momento de instigar o crear el dolo en el autor, para que cometa el delito de Tráfico de influencias, no podría para ello, por ejemplo, prevalerse de una situación de poder con éste. Esto sería un tráfico en cadena.

Esta aclaración tiene sentido, en razón de que la conducta del instigador bien podría confundirse con la del autor, dada la definición del verbo rector del Tráfico de influencias. Obsérvese en tal sentido, que prácticamente la conducta del instigador se limita a crear en el

autor, mediante *influencia psíquica*, la resolución de cometer el hecho punible, *pero sin tener o querer el dominio del hecho*, como lo tiene el autor. Por otra parte, resulta muy dudoso, o al menos muy extraño, en la dinámica del Tráfico de influencias, que el instigador no pretenda, aunque sea de manera indirecta, alguna gratificación personal derivada del hecho. Podría pensarse incluso, que este instigador podría terminar figurando como el destinatario final del beneficio o ventaja indebidos, perseguidos por el autor de la acción típica. A nuestro parecer, no tendría lógica que alguien impulse la comisión de este delito, sin lograr alguna recompensa derivada del hecho, sobre todo porque es conocedor que el hecho reportará dividendos (al conocer los elementos del tipo penal, que impulsa o instiga).

Por esto, es que nos parece razonable, que en los supuestos de resultado material –utilidades o beneficios-, se valore cuidadosamente la posible participación de la persona beneficiada, a fin de determinar si pudo participar como instigador, sin descartar desde luego, su responsabilidad como autor o coautor del hecho. En cuanto al cómplice, resta indicar que es más que probable la participación encadenada de muchas personas; en cuenta servidores públicos de todos los rangos, que participan con el aporte o ayuda para la realización del hecho, aunque sin tener el dominio del hecho.

Sobre la incongruencia punitiva del tipo penal base. La redacción actual del tipo base del artículo 52 de repetida cita, establece una incongruencia punitiva, que nos parece totalmente discriminatoria, toda vez que se establece la misma pena para el autor que falla en el logro de su meta ulterior y el autor que si logra realizarla. En efecto, nos parece incontestable la gran diferencia valorativa entre el disvalor de la acción y el disvalor del resultado efectivamente producido por esa acción. Esto, porque es innegable la diferencia valorativa entre el peligro creado con la sola acción típica (resultado formal) y la efectiva lesión a los bienes jurídicos protegidos en el delito de Tráfico de influencias (resultado material). Por tanto, es que consecuentemente, proponemos vía *lege ferenda* la creación del tipo calificado o agravado, dentro del mismo párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, para el supuesto de producción del resultado material procurado por el autor, a saber, la realización del beneficio económico y ventaja indebidos, para sí o un tercero. A la fecha, la redacción actual del tipo base, no hace

discriminación alguna respecto a la pena, restando así relevancia a la lesión de los bienes jurídicos aludidos, lo que nos parece un desatino legislativo. Con el trato diferenciado que de *lege ferenda* que aquí se propone, se resolvería el problema de tal incongruencia punitiva, entre el autor que no logra realizar el resultado material de la acción (finalidad ulterior del tipo subjetivo) y el autor que si lo alcanza.

Sobre la pena accesoria de inhabilitación. En razón de la relevancia democrática e institucional de los bienes jurídicos protegidos por el Tráfico de influencias, proponemos vía *lege ferenda* la modificación del artículo 59 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, para que la aplicación de la pena de inhabilitación para los servidores públicos, deje de ser una facultad de los jueces penales, y se transforme en una obligación legal para éstos.

A continuación, presentamos la propuesta de *lege ferenda* para la modificación del párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, resaltándose los cambios en letra negrita. Igualmente incluimos, la propuesta de modificación del artículo 59 de la misma ley.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Artículo 52.- Tráfico de influencias. “Será sancionado con pena de prisión de **cuatro a seis años**, quien directamente o por interpósita persona, **ejerza influencia o coacción**, sobre 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. **Si se obtuviera el beneficio económico o la ventaja indebidos, los extremos de la pena se aumentarán en un tercio.**

En las mismas penas incurrirá el servidor público que se hubiese dejado influir y hubiese accedido a cualquiera de las acciones u omisiones a las que se refiere el párrafo anterior, sin mediar causas de justificación o exculpación.

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

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

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

REFERENCIAS

Bibliografía

Bacigalupo, E., 1985. *Lineamientos de la teoría del delito*. 2da ed. San Jose: Editorial Juricentro. .

Castillo Gonzalez , F., 2008. *Derecho Penal, Parte General*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo Gonzalez, F., 1999. *El Dolo, su estructura y sus manifestaciones*. 1era. ed. San Jose: Editorial Juritexto S.A.

Cugat Mauri, M., 1997. El tráfico de Influencias en Cuatro Sentencias. Jueces para la Democracia., número 28, pp. 76-82.

Cugat Mauri, M., 2014. El Tráfico de Influencias, un tipo prescindible. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 16-07, pp. 07:1-07:23.

Gil Gil , A., 2000. El Concepto de Intención en los Delitos de Resultado Cortado. Revista de Derecho Penal y Criminología, II(6), pp. 103-138.

Lombana, Jaime A. (2013). *La Tipificación del Tráfico de Influencias y del Cohecho en España y en Colombia como forma de Prevención de la Corrupción Pública*. (Tesis Doctoral). Universidad de León, España.

Muñoz Lorente, J., 2013. Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma contra la Corrupción). Revista en Cultura de Legalidad, número 4, pp. 73-101.

Regis Prado, L., 2009. Los Delitos de Cohecho y de Tráfico de Influencias en las Transacciones Comerciales Internacionales conforme al Código Penal Brasileño. Revista de Derecho Penal y Criminología, I (3), pp. 147-173.

Rojas Chacón , J. A. & Sánchez Romero , C., 2009. *Teoría del Delito, Aspectos Teóricos y Prácticos*. Heredia: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas.

Roxin, Claus;, 1997. *DERECHO PENAL Parte general tomo 1, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2da ed. Madrid : Editorial Civitas S.A.

Diccionario, Real Academia Española (RAE).

Convenciones

Manfroni, C. A., 1997. *La Convención Interamericana Contra la Corrupción..* Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.E. e I.

Constitución Política

Constitución política: artículo 7, artículo 11, artículo 33, artículo 191, artículo 192

Leyes

Ley N° 8422. Diario Oficial La Gaceta N° 212, San José, Costa Rica, 29 de octubre de 2004. Artículo 2, Artículo 3, Artículo 52, Artículo 53, Artículo 59.

Ley General de la Administración Pública, Artículo 101, Artículo 102, Artículo 103, Artículo 108, Artículo 111, Artículo 113

Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, (N°7762 del 14 de abril de 1998. Artículo 1, Artículo 29.

Ley N°6872, Expediente Legislativo N°13.715.

Código penal. Artículo 1, Artículo 24, Artículo 31, Artículo 34, Artículo 45, Artículo 46, Artículo 47.

Reglamentos

Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Artículo 1, inciso 44.

Jurisprudencia Nacional

Votos Sala Constitucional. Voto n.º 6410-96, Voto n.º 525-93, Resolución n.º 1588-98 d, Resolución N°12826 – 2010, Voto N°00-11524, Resolución 00218-2006, voto N°00-11524, Sentencia 2001-5694, Voto No. 6535-06.

Votos Sala Tercera, 2017-00967, voto 119-f-95, voto 01309 – 2004, Resolución 01116 – 2002, Resolución 01476 – 2011, voto N.11-99 voto 1211-07.

Extracto de votos Sala Casacion Penal. Voto: 0967-17, voto 7228-2018, voto 266-2012, voto, 2006-011344, voto 11524-200, voto 218-2006, voto 1116-2002, voto 1309-2004.

Digesto de jurisprudencia Poder Judicial: votos 1163-11, voto 0005-11, voto 0051-10

Jurisprudencia Internacional

Sentencia Tribunal Supremo Español, STS-21-12-1999,31-1997, 1026-2009, 235-2006, 2025-2001, 657-2013, 1637-1998.

Leyes Internacionales

Código Penal Español, artículos 428 y 429.

Dictamen PGR

Procuraduría general de la Republica. Dictamen n.º C-153-2008 del 8 de mayo del 2008, Decreto Ejecutivo n.º 32333 de 13 de abril del 2005 (numerales 1, inciso 39 y 2, inciso a).

Centro de Investigación Jurídica en Línea CIJUL

Tema: Empleo público, Tema: La adjudicación de bienes judicial y extra judicial, Tema: Las empresas públicas y el contrato de gestión, Tema: Elementos del acto administrativo, Tema: Dolo Eventual.

ANEXOS

Entrevistas:

Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho.

Tema: Tráfico de influencias y propuesta de *lege ferenda*, Análisis del tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

Estudiante: Ingrid Chang Castro.

Participante A: Orlando Vargas, Letrado Sala Tercera.

1. ¿Encuentra usted algún defecto técnico en el tipo penal del tráfico de influencias, párrafo primero del art. 52? Razone su respuesta. Veo 2 problemas técnicos: 1) cuando en el tipo se refiere a “cualquiera otra situación derivada de su situación personal”, ya que se trata de un elemento normativo del tipo que debería precisarse a “relaciones de parentesco, afectividad, amistad, compañerismo político, intereses económicos” entre otras variables. 2) este otro problema más bien deviene del artículo 59 de la misma ley, en cuanto a la pena de inhabilitación que es facultativa y no de carácter obligatorio.
2. ¿Qué propuesta de *lege ferenda* formularía usted para mejorar la estructura del tipo penal del delito mencionado? En el mismo orden de ideas de la respuesta anterior, reforma al art. 52 y 59 de la Ley.
3. ¿Le parecen razonables los extremos de la pena previstos en este delito o por el contrario elevaría el extremo menor de la pena para cerrar la posibilidad del otorgamiento de beneficio de ejecución condicional de la condena? Razone

su respuesta. Los extremos punitivos son cuestiones de política criminal formulada por el legislador, así que esta respuesta podrían darla ellos mismos. En mi caso, como funcionario judicial, me toca la aplicación de la norma. Lo que parece siempre adecuado, es que el Juez cuente con un margen suficiente que le permita valorar los aspectos contenidos en el artículo 71 del Código Penal, de forma tal que, casos como el presente, permita valorar el daño causado, la personalidad del sujeto activo, el impacto social. Por ello estaría más bien de acuerdo en aumentar el extremo máximo, de forma tal que, para casos de ínfimo impacto y daño, se pueda conceder el beneficio de ejecución condicional, pero como mencioné en la primera pregunta, se inhabilite a la persona siempre para el ejercicio de cargos públicos, proporcionalmente a la sanción principal acordada.

4. ¿Le parece razonable que la misma pena se aplique al autor de la acción típica que no obtenga el resultado material (beneficio o ventaja indebida) y al autor de la acción típica que haya logrado el resultado material? Esto no es una verdad absoluta, pues el juicio de reproche conforme al artículo 71 del Código Penal, debe valorar, entre otros, el daño causado, el cual sería diferente, en una hipótesis y en la otra.

Si la respuesta es negativa: ¿En cuánto elevaría la pena para el autor que haya logrado el resultado material?

5. ¿Existe o no incongruencia sistémica en la penalización del funcionario que se ha dejado corromper por dádivas o ventajas (cohecho propio o impropio) y que se deje impune el funcionario o servidor que se haya dejado corromper o haya cedido a la influencia típica del art. 52? La impunidad no es por la ley, porque estas tres conductas se encuentran tipificadas como delito. La impunidad es un fenómeno multicausal que tiene que ver con la falta de denuncia, malas investigaciones, falta de capacitación del personal involucrado en la investigación de los hechos o su juzgamiento, ocultamiento

de evidencia por parte de otras personas relacionadas con el hecho delictivo, pero no descubiertas, entre otros.

6. Debería ampliarse el ámbito típico del Tráfico de Influencias para penalizar al servidor público que haya cedido a la influencia típica. Me parece que eso está claro en el tipo actual
7. ¿Considera usted necesario para combatir la dinámica del Tráfico de Influencias la inclusión de más verbos rectores o definatorios en el tipo penal, Tal como lo hizo el legislador con el ciclo del narcotráfico? Podría ser la inclusión del verbo “dificulte”.

Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho.

Tema: Tráfico de influencias y propuesta de *lege ferenda*, Análisis del tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

Estudiante: Ingrid Chang Castro.

Participante B: Edwin Retana. Ex Fiscal Adjunto.

1. ¿Encuentra usted algún defecto técnico en el tipo penal del tráfico de influencias, párrafo primero del art. 52? Razone su respuesta.

Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere,

directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Considero que el legislador al momento de promover y aprobar este tipo penal se influenció en los índices ascendentes en corrupción que ha tenido la Administración Pública de nuestro país en los últimos 15 a 20 años. Como parte de los elementos objetivos del tipo penal, se sanciona esa influencia que podría tener un funcionario público o un particular hacia otro funcionario público para hacer, retardar u omitir nombramientos, concesiones, etc; que le genere un beneficio o ventaja indebidas. Lo novedoso de esta figura es que se incluyó como sujeto activo no solo a un funcionario público, sino que además a un particular que, en razón, de un ligamen afectivo, familiar, amistad, negocios o de otra índole pueda ejercer esa influencia.

Podría calificarse como un delito de acción o de mera actividad, en donde no se requiere un resultado para que se califique la conducta; basta con que se ejerza dicha influencia de tal modo que pueda afectar al influenciado en la toma de decisión.

Engloba esta conducta ilícita la protección a los principios de imparcialidad, objetividad, transparencia, eficiencia y eficacia, así como el principio de igualdad, evitando con ello que las decisiones que se tomen estén directamente dirigidas a obtenerse beneficios o intereses personales.

En cuanto al aspecto subjetivo, es estrictamente doloso; en donde la influencia que el sujeto activo ejerza sobre el sujeto pasivo debe ser la suficiente para que lo doblegue en su decisión.

Considero en lo personal que el funcionario influenciado no le genera una sanción penal pese a que es quien realiza el acto solicitado por el sujeto activo, quedando exento de pena; siendo que este cuenta con los medios idóneos para denunciar una conducta de “influencia”; aun cuando se tratara de un superior quien la ejerce. De igual manera, el delito queda consumado aun cuando no se obtenga el resultado, siendo de vital importancia si fue el funcionario influenciado que lo evitó; siendo en este caso no culpable. Caso contrario,

sólo excepcionalmente y conforme al artículo 38 se podría considerar no culpable si se haya ejercido sobre él (funcionario influenciado) coacción o amenaza. Caso contrario debió incluirse una pena adicional para el funcionario que ejecuta la acción (omisión) solicitada y que no haya realizado ninguna diligencia para impedirlo.

2. ¿Qué propuesta de *lege ferenda* formularía usted para mejorar la estructura del tipo penal del delito mencionado?

Considero que debería haberse incluido como pena accesoria la inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por un plazo de 10 a 15 años para el autor como lo contempla el artículo 348 del código penal que tipifica el cohecho propio. También una pena de 2 a 5 años e inhabilitación especial de 10 a 15 años para el funcionario influenciado que dolosamente no hizo ninguna actuación diversa para evitar realizar lo solicitado por el sujeto activo.

3. ¿Le parecen razonables los extremos de la pena previstos en este delito o por el contrario elevaría el extremo menor de la pena para cerrar la posibilidad del otorgamiento de beneficio de ejecución condicional de la condena? Razone su respuesta.

Considero que los extremos se encuentran adecuada y proporcionalmente ajustados a la conducta que se sanciona, ello dependerá de la gravedad de los hechos, siendo discrecionalidad del Juez aplicar la pena que se ajuste al daño o lesión causada. Si bien es cierto la corrupción de funcionarios públicos causa un gravamen considerable a la Administración Pública, es condecor que las penas de prisión altas no resuelven el problema de la criminalidad. También tomando en consideración los fines de la pena desde una tesis de prevención especial positiva, lo que se busca es la reinserción del delincuente a la sociedad.

4. ¿Le parece razonable que la misma pena se aplique al autor de la acción típica que no obtenga el resultado material (beneficio o ventaja indebida) y al autor de la acción típica que haya logrado el resultado material?

Considero que, si el tipo penal está objetivamente estructurado que incluso no es necesario para su configuración obtener el resultado de la influencia, debe recibir igual pena el sujeto activo que no logró obtener su finalidad; igual perjuicio causó con afectar las decisiones de un funcionario público. Ahora bien, quedará bajo criterio del Juez la aplicación de la pena que de manera proporcional se ajuste a su conducta.

Si la respuesta es negativa: ¿En cuánto elevaría la pena para el autor que haya logrado el resultado material?

5. ¿Existe o no incongruencia sistémica en la penalización del funcionario que se ha dejado corromper por dádivas o ventajas (cohecho propio o impropio) y que se deje impune el funcionario o servidor que se haya dejado corromper o haya cedido a la influencia típica del art. 52?

Por supuesto, considero que el legislador en su momento de la redacción del tipo penal se enfocó en quien realizaría la influencia sobre el funcionario público y no sobre este que se dejó influenciar; probablemente, y no lo podría asegurar, que la estructura del delito en sus elementos objetivos buscaba sancionar a aquellos que en una relación de poder o de autoridad tenían sobre el funcionario influencia; aunque también se incluyó a un particular como sujeto activo que mediante un ligamen con el funcionario podía ejercer esa influencia.

6. ¿Debería ampliarse el ámbito típico del Tráfico de Influencias para penalizar al servidor público que haya cedido a la influencia típica?

Como ya lo indiqué en las respuestas anteriores, coincido plenamente de que el funcionario influenciado debe ser parte en su condición de coautor del delito de tráfico de influencias, ni siquiera como partícipe, sino que como conocedor del plan de autor debe calificarse como coautor. Incluyéndose también la pena de inhabilitación especial de 10 a 15 años para ejercer cargos públicos.

Probablemente el espíritu del legislador fue dejar a disposición del ente acusador (Ministerio Público) de tener la opción del delito de tráfico de influencias cuando no era posible perseguir al funcionario influenciado por otros delitos como el cohecho. De igual manera, cabe la posibilidad de determinar si el funcionario influenciado realizó una acción que podría calificarse típicamente como prevaricato. Ello implica que será la investigación penal que determine si el influenciado puede ser perseguido por otro delito.

7. ¿Considera usted necesario para combatir la dinámica del Tráfico de Influencias la inclusión de más verbos rectores o definatorios en el tipo penal, Tal como lo hizo el legislador con el ciclo del narcotráfico?

El tipo penal contiene como verbos rectores “influcidar” para “hacer”, “omitir” o “retardar”, a mi criterio está bien y no es necesario incluirle más verbos rectores. La conducta del sujeto activo puede ser analizado bajo estas acciones.

Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho.

Tema: Tráfico de influencias y propuesta de *lege ferenda*, Análisis del tipo penal previsto en el párrafo primero del artículo 52 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

Estudiante: Ingrid Chang Castro.

Participante C: Joe Campos, Ex Juez de Tribunal de Apelación de Sentencia.

1. ¿Encuentra usted algún defecto técnico en el tipo penal del tráfico de influencias, párrafo primero del art. 52? Razone su respuesta.

Respuesta: El único defecto que encuentro es en relación a la penalidad prevista en el párrafo segundo para quien ofrezca la influencia, ya que la sanción penal debería ser mayor para quien ofrezca la influencia. Es más grave que la influencia se ponga a la venta, que otro venga e influya.

2. ¿Qué propuesta de *lege ferenda* formularía usted para mejorar la estructura del tipo penal del delito mencionado?

Respuesta: Únicamente la modificación del segundo párrafo en el sentido de que la sanción penal para quien ofrezca la influencia se aumentará hasta en otro tanto en relación con el primer párrafo.

3. ¿Le parecen razonables los extremos de la pena previstos en este delito o por el contrario elevaría el extremo menor de la pena para cerrar la posibilidad del otorgamiento de beneficio de ejecución condicional de la condena? Razone su respuesta.

Respuesta: Partiendo de que el derecho penal es la última ratio y que la función de la sanción penal es la rehabilitación y no el castigo, me parecen razonables los extremos establecidos. Por más reprochables que puedan ser los hechos que se pretenden sancionar, el fin de la pena es la rehabilitación y se debe ser congruente con eso. En la medida que en este y en otros tipos penales se aumenten las penas para cerrar la posibilidad de la concesión de beneficios, se estaría abandonando el fin resocializador de la pena para adoptar la función castigadora de la sanción.

4. ¿Le parece razonable que la misma pena se aplique al autor de la acción típica que no obtenga el resultado material (beneficio o ventaja indebida) y al autor de la acción típica que haya logrado el resultado material?

Respuesta: No, no es razonable. Dentro de una correcta dosimetría penal, debe considerarse que es más reprochable que el resultado material se haya obtenido, y por ende, la sanción debe ser mayor.

Si la respuesta es negativa: ¿En cuanto elevaría la pena para el autor que haya logrado el resultado material? Respuesta: La elevaría un año solo en el extremo mínimo para que quede de tres a cinco años de prisión.

5. ¿Existe o no incongruencia sistémica en la penalización del funcionario que se ha dejado corromper por dádivas o ventajas (cohecho propio o impropio) y que se deje impune el funcionario o servidor que se haya dejado corromper o haya cedido a la influencia típica del art. 52?

Respuesta: Sí, sí existe una incongruencia que debería resolverse a nivel legislativo haciendo las reformas legales pertinentes para que no haya impunidad.

6. Debería ampliarse el ámbito típico del Tráfico de Influencias para penalizar al servidor público que haya cedido a la influencia típica.

Respuesta: Sí, sí debería ampliarse porque la idea de que hasta una ley especial exista, es que no exista impunidad, de tal manera que ninguna conducta que se relacione debería estar sin tipificación y penalización.

7. ¿Considera usted necesario para combatir la dinámica del Tráfico de Influencias la inclusión de más verbos rectores o definatorios en el tipo penal, Tal como lo hizo el legislador con el ciclo del narcotráfico?

Respuesta: No, más verbos rectores no salvo en lo dicho anteriormente que bastaría con alguna reforma legal que incluya la penalización de la conducta no prevista.

