Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Vol XII. 2019

Diplomado Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública BID-CGR-FGUSAL

Revista de Derecho de la Hacienda Pública

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518
Correo electrónico: revista.juridica@cgr.go.cr
Semestral ISSN-221-3624

Colaboración especial en la coordinación de esta edición:

Dra. Zulima Sánchez Sánchez.
Dr. Ricardo Rivero Ortega.
Dr. Juan José Rastrollo Suárez.

Docentes de la Universidad de Salamanca

Los artículos publicados en esta edición son producto de algunos trabajos de investigación realizados por participantes del Diplomado sobre "Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública", programa que ha sido desarrollado en colaboración institucional por parte de la Contraloría General de la República, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Fundación General de la Universidad de Salamanca (FGUSAL). Dicha actividad formativa, de la cual se deriva esta publicación, se fundamenta en el Convenio Marco y Convenio Específico de colaboración suscrito entre la CGR y la FGUSAL, que definió la actividad docente del Diplomado a cargo de los profesores de la Universidad de Salamanca, con la dirección académica de la Dra. Zulima Sánchez Sánchez.

Agradecimiento

La Contraloría General de la República con la colaboración de la Universidad de Salamanca a través de su Fundación General y el apoyo brindado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), ha desarrollado en los últimos años el Diplomado sobre la temática "Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública". Esta actividad formativa ha tenido como propósito fortalecer las capacidades de los abogados y abogadas que laboran en diversos ámbitos de la Administración Pública, en procura de mejorar la gestión de los procesos jurídicos que atienden y contribuir así con la eficiencia y eficacia de los servicios que brinda el Estado.

A través de esta capacitación, donde han participado tanto funcionarios de este Órgano Contralor como de otras muchas instituciones públicas, se brindan herramientas y conocimientos que contribuyen al control y freno de la corrupción, la mejora de la función pública y los mecanismos para la exigencia de responsabilidades sobre los funcionarios que cometan faltas contra la Hacienda Pública. Entre los temas claves abordados destacan: la potestad sancionadora, el procedimiento administrativo, transparencia y buen gobierno, uso del big data en la gestión pública, estrategias de combate a la corrupción, entre otros.

Los resultados obtenidos han sido sumamente positivos, muestra de ello son los artículos que se incluyen en esta Revista, los cuales contienen las ideas y reflexiones de algunos participantes, desarrollados como parte de las actividades de los cursos, contando con la dirección académica de los docentes de la Universidad de Salamanca, quienes los han seleccionado.

Por todo ello, esta Contraloría General brinda un especial agradecimiento a todas las instituciones participantes que han dado su apoyo para llevar adelante esta actividad. Particularmente por sus valiosos aportes agradecemos al BID y a la Universidad de Salamanca, cuyo Rector además nos hace el honor de escribir la presentación para esta publicación.

Marta Acosta Zúñiga
Contralora General de la República

Presentación

Si la Administración Pública es una persona (jurídica), su cerebro debe ser la inteligencia de los funcionarios. Las capacidades de las mujeres y los hombres empleados en el sector público son claves para realizar los intereses generales, luego invertir en incrementarlas mediante la formación es sin duda una buena idea. Poner a pensar a los trabajadores en su propia labor ayuda a mejorarla.

Todos hemos de cuidar nuestras neuronas porque nos ayudan a decidir con acierto, y necesitamos buenas decisiones. Seguir estudiando mantiene la mente en forma, evita anquilosarse y permite adaptarse a las transformaciones de nuestro entorno. Acercarse a nuevos conceptos, actualizarse, comprender modos nuevos de asumir las tareas propias permite afrontar los desafíos de una realidad cambiante, a la que debemos ser sensibles los gestores y directivos públicos.

Convencidos de ello, la Contraloría General de la República y la Universidad de Salamanca, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), hemos desarrollado durante casi un lustro un diplomado conjunto sobre régimen sancionador y prevención de la corrupción. Cientos de servidores del Estado costarricense se han formado en este programa, exitoso tanto en sus resultados objetivos como en las percepciones de los participantes.

Tan fructífera colaboración es un buen ejemplo de lo que juntas podemos lograr las universidades con las instituciones administrativas: aprender todos y dar la oportunidad de perfeccionarse a quienes garantizan el cumplimiento de la legalidad y los derechos de los ciudadanos. Estos cursos han logrado formar personas mucho más conscientes de su papel y de las normas que lo marcan.

Para esto sirve el estudio y la reflexión sobre temas tan importantes como la potestad sancionadora, las responsabilidades o el control judicial de las decisiones administrativas, tan bien expuestos por los artículos seleccionados conforme al eje temático definido para esta Revista: para lograr, mediante la formación y su difusión, una cultura del Estado de Derecho.

Ricardo Rivero Ortega
Rector de la Universidad de Salamanca

Índice

Temas relevantes de responsabilidad y procedimiento administrativo para la tutela de la Hacienda Pública

I. Potestad sancionatoria y ejecución de sanciones administrativas ante faltas contra la Hacienda Pública

Potestad sancionatoria, procedimiento administrativo de Hacienda Pública y efectividad de las sanciones administrativas en la lucha contra la corrupción. 9

El ejercicio y ejecución de la potestad sancionadora de la Contraloría General contra funcionarios de confianza en el sector público costarricense ante la recomendación vinculante de una sanción de despido 27

La potestad sancionadora de la Contraloría General de la República en relación con el contenido y alcance de la sanción de prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública 43

II. Algunos temas relacionados con la determinación de responsabilidades en la función pública

La protección del denunciante de buena fe, de los testigos e intervinientes en las investigaciones de hechos de corrupción en Costa Rica. 63

El derecho a la no autoinculpación en el derecho disciplinario administrativo costarricense. 85

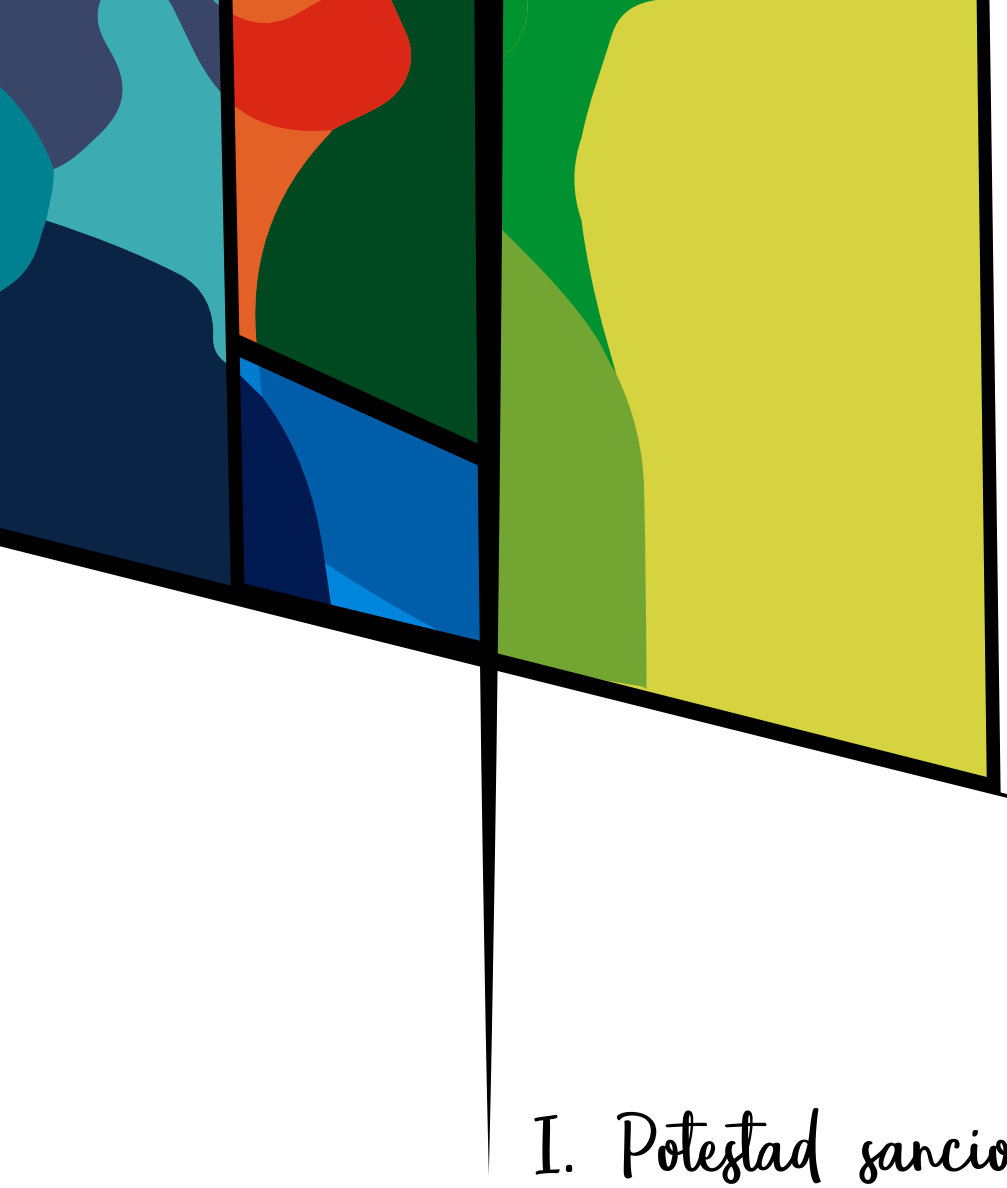
El control administrativo ante incumplimientos al deber de probidad. 107

Responsabilidad patrimonial subjetiva del funcionario público por daños. 123

III. Control judicial y potestad sancionatoria: El papel del juez

El control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de la Administración Pública. 155

El ejercicio de la potestad de denuncia de ilícitos en la función pública, por parte del juez contencioso administrativo (Control judicial de la Administración Pública). 171



I. Potestad sancionatoria y ejecución de sanciones administrativas ante faltas contra la Hacienda Pública

Mónica Díaz Campos[1]

Potestad sancionatoria, procedimiento administrativo de Hacienda Pública y **efectividad de las sanciones administrativas** en la lucha contra la corrupción

Sumario:

1. Introducción.
2. Potestad sancionatoria del Estado y de la Contraloría General de la República de Costa Rica (CGR). 2.1. Sobre la potestad sancionatoria del Estado. 2.1.1. Concepto, generalidades y categorías. 2.1.2. Derecho administrativo sancionador y derecho penal. 2.1.3. Principios de la potestad sancionatoria.
3. Potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República de Costa Rica. 3.1. Marco constitucional del órgano contralor. 3.2. Marco legal (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito) y reglamentario. 3.3 El procedimiento sancionatorio y sus garantías en materia de Hacienda Pública.
4. Análisis de la efectividad de la sanción administrativa en la lucha contra la corrupción. 4.1. De las sanciones administrativas. 4.1.1 Concepto. 4.1.2. Diferencia con otra figuras. 4.1.3. Tipicidad de las sanciones administrativas.
5. Efectividad de la sanción administrativa en la lucha contra la corrupción. 5.1. Miembros de los supremos poderes (Presidente, Diputados, Magistrados y Ministros). 5.2. Funcionarios nombrados en el cargo (carrera y confianza). 5.3. Análisis de la efectividad de las sanciones administrativas a la luz de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.
6. Conclusiones.
7. Referencias bibliográficas.

1 Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho Notarial y Registral. Ex funcionaria de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República, con experiencia en Derecho Público en las materias contencioso-administrativo y procedimiento administrativo sancionatorio.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Potestad sancionadora, efectividad de la sanción, principios, sanciones administrativas, Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.

Resumen. A lo largo del presente trabajo se pretende, en primer término, poner de manifiesto la relevancia que ha tenido la potestad sancionatoria del Estado y de la Contraloría General de la República en Costa Rica como herramienta para reducir, prevenir y detectar la corrupción en el ejercicio de la función pública. Dicha facultad correctiva sin duda forma parte del núcleo esencial de deberes que el servidor público debe de respetar en razón de su investidura. En el Estado de Derecho, resulta fundamental que el funcionario público por convicción sea consiente de la importancia de rechazar y sancionar la ilegalidad en el ejercicio de su función que es de carácter público y en la cual debe predominar el interés general y público sobre el particular como una actuación ejemplar para los administrados. Con base en lo anterior, a partir del análisis de los procedimientos tramitados por la Contraloría General de la República, se pretende analizar la efectividad de la sanción administrativa de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública en los diferentes cargos de la Administración Pública y sus efectos en el fortalecimiento de la ética publica y reducción de los espacios a la corrupción.

1. Introducción

En el presente estudio se analizará la potestad sancionatoria del Estado y los principios que regulan dicha potestad. En la misma línea, se estudiará el marco constitucional y legal de la Contraloría General de la República como entidad de fiscalización superior. Se procurará analizar el papel del órgano contralor en el establecimiento de responsabilidades administrativas por infracción al ordenamiento del sistema de fiscalización superior de la Hacienda Pública, mecanismo con el cual se pretende eliminar la gestión ineficiente de los recursos públicos y prevenir, disminuir y erradicar la corrupción en la función pública.

Finalmente se examinará la efectividad de las sanciones administrativas a los miembros de los supremos poderes, funcionarios de carrera y puestos de confianza de la Administración Pública.

2. Potestad sancionatoria del Estado y de la Contraloría General de la República de Costa Rica (CGR)

2.1 Sobre la potestad sancionatoria del Estado

2.1.1 Concepto, generalidades y categorías

La potestad sancionatoria como manifestación del poder punitivo del Estado se conforma de disposiciones a través de las cuales la Administración Pública, con el objetivo de favorecer el interés público, establece que la infracción a una disposición normativa en el ejercicio de las funciones públicas genera la sanción administrativa como un efecto o consecuencia de tal trasgresión.

Según GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *"la potestad sancionatoria es una potestad administrativa, esto es, viene atribuida constitucional y legalmente a la Administración Pública, en un régimen de prerrogativa, regido por el Derecho Administrativo."*[2]

Por su parte, la doctora Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ, señala que la potestad sancionatoria corresponde de forma exclusiva los órganos administrativos y por ello no se puede ejercer por privados o agentes auxiliares de la Administración ya que implica ejercer autoridad. Adicionalmente agrega que es una potestad irrenunciable y sujeta al control judicial.[3]

La Sala Constitucional mediante el voto n.° 2006-013329 de las 17:32 horas del 6 de setiembre de 2006 indica lo siguiente: *"(...) la satisfacción de*

2 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (Rodolfo). Sanciones Administrativas. Granada. Editorial Comares S.L.2004. Pág. 83.
3 SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Zulima). La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. VI. San José, Costa Rica. Contraloría General de la República.2016. Págs. 96 y 97.

intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. (...)".

A partir de lo expuesto, es importante señalar que la potestad sancionatoria no debe considerarse un fin en sí mismo, sino un mecanismo para darle protección a los intereses generales. De ahí que la aplicación de la facultad sancionatoria requiere de un procedimiento administrativo para proteger los derechos de defensa del posible infractor, el cual permita determinar la falta y la sanción correspondiente con un análisis de causa-efecto, por parte de las distintas administraciones públicas que ostentan dicha potestad. En el caso costarricense, se estipula en el numeral 211.3 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) que: *"(...) 3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia."*[4]

Una de las características de la potestad sancionatoria es que se encuentra subordinada al control posterior que puede realizar la jurisdicción contencioso-administrativa según se ha dicho, para determinar la legalidad del procedimiento, aspecto que se convierte en un derecho de la parte afectada con las resultas del procedimiento.

Otro elemento importante de la potestad sancionatoria es la sujeción al principio de legalidad, sea que la misma requiere cobertura a través de una norma de rango legal y por ende está reservada de forma exclusiva al legislador (ver en ese sentido la resolución n.° 2009011416 de las 14:47 horas del 22 de julio de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Un rasgo adicional de la potestad sancionatoria es que dentro de las sanciones que establezca la ley para que las aplique la Administración están prohibidas las penas privativas de libertad como mecanismo de sanción.[5]

Agrega la doctora SÁNCHEZ SÁNCHEZ en relación con la potestad sancionatoria que *"(...) es un pilar del Estado de Derecho en cuanto vela por el cumplimiento de las normas y refuerza las competencias atribuidas a las instituciones del poder ejecutivo al incidir en la aplicación de las normas por parte de los ciudadanos."*[6]

En cuanto a las categorías o manifestaciones de la potestad sancionatoria administrativa, tenemos que a nivel doctrinal se habla de potestad sancionatoria y disciplinaria, en cuanto a la primera la misma se refiere una potestad externa y general que se dirige a los administrados para proteger el interés general y no sólo de un sujeto público específico y la segunda se considera de carácter interno, sea donde la propia Administración protege sus intereses particulares, de ahí que se aplica a los servidores públicos cuando hayan infringido normas que regulan el ejercicio de la función pública. En cuanto a esta distinción, en nuestro país HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que son distintas, que la primera es el género y la segunda la especia y afirma lo siguiente: *"La potestad disciplinaria supone una subordinación del funcionario a un superior, superior jerárquico. Así que el poder disciplinario es una manifestación del poder jerárquico (...)."*[7]

No obstante, la existencia de tales distinciones que hace el sector doctrinal, ambos conceptos refieren a una manifestación al poder punitivo que ostenta el Estado con fin de que se conserve el interés general y el cumplimiento de deberes en el ejercicio de la función pública por parte de los funcionarios públicos, así las cosas, se ocupa un análisis vinculado pues no podría en todo caso entenderse la potestad disciplinaria sin comprender la potestad sancionatoria de la Administración.[8]

Se puede concluir que la competencia en materia sancionatoria que ostenta la Contraloría General de la República, es jurídicamente distinta a la que ejerce un patrono con sus trabajadores, en tanto el órgano contralor no tiene una relación de jerarquía

4 Ley General de la Administración Pública, Ley n.° 6227 del 2 de mayo de 1978. Art.211.
5 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Op.cit. Pág. 178.
6 SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Op.cit. Pág. 101.
7 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Magaly). Bases Constitucionales del Régimen Administrativo en Costa Rica, Tomo I. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.2014. Pág. 126.
8 SAN MILLÁN PACHECO (Laura). Potestad Sancionadora versus Potestad Disciplinaria de las Administraciones Públicas. Trabajo de investigación. España. Universidad la Laguna. 2013/2014. Pág. 4.

ni disciplinaria con respecto a los servidores de la administración activa sujeta a su fiscalización, por tanto, por medio de su potestad sancionatoria no sustituye la facultad de aquella en materia disciplinaria, conforme lo estipulan el numeral 102 inciso c) y 211.2 de la Ley General de la Administración Pública, lo que no exime a los jerarcas institucionales de ejercer su potestad disciplinaria frente a infracciones administrativas.[9]

La potestad sancionatoria de la Contraloría se ejerce cuando se determina que un servidor de los sujetos a fiscalización en materia de Hacienda Pública ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización o ha provocado lesión a la Hacienda Pública, por lo que se analizará más adelante con el objetivo de determinar su impacto en la lucha contra la corrupción y en promover la transparencia y rendición de cuentas en la función pública.

Asimismo, como lo apunta la doctora SÁNCHEZ SÁNCHEZ, para hacer efectiva la potestad sancionatoria es fundamental la existencia de normativa que regule el procedimiento administrativo donde se unifiquen principios y derechos como un límite a dicha potestad, lo cual ayuda al conocimiento de las normas, a controlar cualquier arbitrariedad de los empleados públicos y coadyuva en el control de la corrupción.[10]

2.1.2 Derecho administrativo sancionador y derecho penal

Con respecto al derecho administrativo sancionador y derecho penal, uno de los aspectos a resaltar es que ambos son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y por ello están sujetos a principios de la misma identidad.

No obstante, en el caso del derecho penal el mismo es aplicado por la sede judicial donde los jueces ostentan independencia e imparcialidad, mientras que la materia administrativa sancionadora es aplicada por la Administración Pública, por medio de los órganos tramitadores y decisores, actos que están sujetos al control jurisdiccional, de ahí la importancia de que se concedan las garantías necesarias al administrado tales como los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, por lo efectos correccionales de las sanciones.

Un aspecto adicional es que las sanciones administrativas tienen un fin represivo contra quienes cometieron una infracción administrativa como medida correctiva, sea de un ilícito administrativo, mientras que el derecho penal sanciona por delitos tipificados como tales y sus penas son más severas que las administrativas, siendo las primeras aplicadas por la Administración y las segundas por los jueces de la República. Al respecto la jurisdicción contenciosa administrativa costarricense ha dicho: *"**III**. (...) Para ello ha detenerse claro que el Derecho Administrativo sancionador es punitivo en cuanto como consecuencia jurídica, impone sanciones o reprimendas administrativas, pero en definitiva, no tiene todas las connotaciones del proceso penal, pues carece del alcance desvalorativo que merecen las conductas que, además de ser ilícitas, son incuestionables e intolerablemente injustas."*[11]

Como bien se ha indicado y lo señala el doctor Ricardo RIVERO ORTEGA, el Derecho penal es mejor reservarlo para los comportamientos más dañinos, pues el Derecho administrativo sancionador es más apropiado para corregir aquellas conductas que no lesionan bienes jurídicos, pero que deben ser sancionadas administrativamente conforme a la infracción cometida.[12]

Agrega GARCÍA PULLÉS, tomando un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que las correcciones disciplinarias para efectos de su validez deben respetar el principio de legalidad y de defensa, pese a que no busquen imponer una pena, lo cual evidencia, que van más allá del Derecho Penal y que son esenciales en el derecho sancionatorio.[13]

9 RODRIGUEZ ARAICA (Roberto) y QUESADA RODRIGUEZ (Iván). La potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. I. San José, Costa Rica. Contraloría General de la República. 2013. Pág. 106.
10 SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Op.cit., Pág. 101 y 102.

11 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución n.° 38 -2011-VI de las 09:00 horas del 16 de febrero del 2011.
12 RIVERO ORTEGA (Ricardo). La Potestad Sancionadora de la Administración. Material Didáctico del Diplomado en corrupción y régimen sancionador de la Hacienda Pública. CGR- Universidad de Salamanca –BID. Editorial Ratio Legis. Salamanca. 2016. Pág. 1.
13 GARCÍA PULLÉS, (Fernando). La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional. Revista de Documentación Administrativa. n.° 267-268. España. Instituto Nacional de

2.1.3 Principios de la potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria está delimitada por una serie de principios que desarrollaremos a continuación.

a. Principio de legalidad, sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades potestad sancionatoria y a su vez, las infracciones y sanciones deben estar tipificadas legalmente, NIETO GARCÍA, indica: *"Las infracciones y las sanciones no solo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley."*[14], todo ello en aras de la seguridad jurídica que debe gozar el administrado con el objetivo de que conozca lo ilícito y lo lícito.

b. Principio de tipicidad, con este principio se pretende asegurar que las conductas sancionables deban estar, previamente calificadas y tipificadas por una ley como infracciones administrativas[15], lo cual no permite interpretaciones extensivas. En algunos casos se permite que vía reglamentaria se puedan especificar o desarrollar más las conductas y sanciones. Esto se regula en nuestra Ley General de la Administración Pública en el artículo 124: *"Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares."*. [16] Uno de los objetivos primordiales de este principio es no generar indefensión a los destinatarios y a su vez conceder seguridad jurídica, con motivo de lo cual evitar el uso de conceptos jurídicos indeterminados o vagos.

c. Principio de irretroactividad, son aplicables las disposiciones de carácter sancionador vigentes al momento de que el administrado incurrió en la falta, salvo que pueda ser de aplicación más favorable pero nunca en perjuicio. Lo cual implica que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan falta o infracción administrativa. En el mismo sentido, no se podrán revisar sanciones que se encuentren firmes y que se hayan ejecutado, excepto que no se encuentre firme y sea más favorable para el administrado[17]. Este principio deriva en nuestro ordenamiento jurídico del numeral 34: *"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas."*[18] y 39 de la Constitución Política. Además de encontrarse a nivel constitucional también el principio está consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[19]

d. Principio de culpabilidad, principio también conocido en la doctrina como principio de responsabilidad. El artículo 199 de la LGAP establece como requisito para atribuir responsabilidad a un funcionario público ante terceros, que este haya actuado con dolo o culpa grave en el cumplimiento de sus funciones. Según NIETO GARCÍA, *"(...) la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas, pero no en los mismos términos que en el Derecho Penal y a los juristas corresponde determinar cuáles son sus peculiaridades."*[20] Con motivo de lo expuesto, en el derecho sancionador se admite la responsabilidad objetiva en algunos casos por la naturaleza de los bienes tutelados.[21] Por lo que no se está obligado a que el presunto responsable haya actuado dolosamente o imprudentemente sino que es suficiente con que haya una actuación u omisión que ha genere un resultado negativo en la Administración Pública.

Administración Pública. 2005. Pág. 518.
14 NIETO GARCIA, (Alejandro). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid. Editorial Tecnos. Segunda Edición Ampliada. 1994. Pág. 200.
15 NUÑO JIMÉNEZ, (Irene). Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionadora. Revista Digital del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, Gabilex. N.° 5. España. Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. 2016. Pág. 151.
16 Ley General de la Administración Pública, art. 124.
17 NUÑO JIMÉNEZ, Op.cit.,Pág 159.
18 Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, art. 34.
19 Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante Ley n.° 4534 del 23 de febrero de 1970.
20 NIETO GARCÍA, Op.cit., Pág 347.
21 ROSITO YGLESIAS, (Natalia). Delimitación del contenido de debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo sancionatorio. Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho. San José. Universidad de Costa Rica. 2007. Pág. 183.

e. Principio de razonabilidad y proporcionalidad, tanto en materia penal como administrativa dicho principio implica una correspondencia adecuada entre la sanción susceptible de ser impuesta y la infracción cometida. Como bien lo señala JINESTA LOBO, lo que se pretende es evitar sanciones desorbitadas y desproporcionadas.[22] Es decir, con base en este principio en materia sancionatoria resulta fundamental que la sanción a imponer se ajuste o pondere a la gravedad y circunstancias de la infracción, como podría ser el cargo que ostenta el funcionario, así mismo se busca evitar un ejercicio abusivo o libre del poder punitivo del Estado.

Como se puede observar los principios aquí expuestos, también forman parte del derecho penal, sin embargo, la aplicación en materia de sancionatoria administrativa requiere de una modulación o variación en relación con la materia penal, en la cual algunos de los principios se aplican de manera más estricta como lo son el de legalidad, tipicidad y culpabilidad. Por otra parte, la definición y regulación de dichos principios se constituyen en una garantía elemental para el administrado, constituyéndose los mismos en parte de un derecho administrativo más consolidado.

3. Potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República de Costa Rica

3.1 Marco constitucional del órgano contralor

La Contraloría General de la República ostenta facultades sancionatorias. Dicha potestad para instaurar procedimientos y sancionar se deriva de la normativa constitucional que la dotó de funciones fiscalizadoras de la Hacienda Pública (ordinales 183 y 184 de la Constitución Política). En el artículo 183 se establece que la CGR debe vigilar la Hacienda Pública y en el 184 se establecen los deberes y atribuciones del órgano contralor. En virtud de que en la normativa constitucional no se indica expresamente la potestad sancionatoria sino que se habla de un concepto de "vigilancia" en materia de fondos públicos, la Sala Constitucional, ha tenido que puntualizar el sustento constitucional de la facultad sancionatoria del ente contralor. Así las cosas, mediante la resolución n.° 2006-13926 de las 14:44 horas del 20 de setiembre del 2006, la Sala Constitucional ha indicado: "VI. (...) ***se ha reconocido la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República, la misma está referida a iniciar, instruir y decidir ese procedimiento administrativo***, *de manera que no es el órgano encargado de aplicar la sanción al servidor sujeto de la fiscalización, sino la autoridad de la que que (sic) depende –organizativa, disciplinaria y jerárquicamente– el sujeto requerido (superior jerarca). Así, esta vinculatoriedad deriva de las mismas normas constitucionales –183 y 184–, esto es, del reconocimiento de la función de control y fiscalización de la hacienda pública que le ha sido otorgada –se insiste– por mandato constitucional a la Contraloría. (...)"* El resaltado es del original. (ver en el mismo sentido resolución n.° 2004-2199 de las 12:59 horas de 27 de febrero de 2004 de la Sala Constitucional).

La Sala Constitucional ha hecho notoria la constitucionalidad de las atribuciones de la Contraloría para fiscalizar y establecer responsabilidades sobre los funcionarios públicos con el fin de proteger la Hacienda Pública, constituyendo la responsabilidad de los funcionarios públicos uno de los componentes objetivos de la Hacienda Pública conforme lo establece el numeral 8 de la Ley Orgaánica, por lo que cuenta con las atribuciones necesarias para instruir procedimientos administrativos y recomendar de forma vinculante la imposición de sanciones contra quienes lesionen la Hacienda Pública- artículos 4 y 68 Ley Orgánica de la Contraloría-, lo cual se deriva de la fiscalización que la Constitución le encarga al órgano contralor, para velar por la adecuada administración y custodia de los recursos públicos.

Un aspecto relevante a considerar es que la Contraloría General de la República no sustituye a la administración activa al imponer una sanción al funcionario o servidor público que haya infringido una norma del ordenamiento de control o fiscalización de la Hacienda Pública, por lo que el encargado de imponer y ejecutar la sanción es el órgano competente del sujeto pasivo. [23]

22 JINESTA LOBO, (Ernesto). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. San José. Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición. 2002. Pág. 180

23 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.° 2004-2199 de las 12:59 horas de 27 de febrero de 2004.

3.2 Marco legal (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito) y reglamentario

La potestad sancionatoria de la CGR se fortalece y refuerza a nivel legal en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, n.° 7428 del 07 de setiembre de 1994, numerales 4, 5, 7, 16, 22 y específicamente en el numeral 68 en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, n.° 8422 del 6 de octubre de 2004, en el artículo 40, Ley General de Control Interno, n.° 8292 del 31 de julio de 2002, en el numeral 42 y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, n.° 8131 del 18 de setiembre de 2001, en el artículo 113, en todas las normas citadas se establece como parte de las competencias de la Contraloría General de la República, la potestad de tramitar procedimientos administrativos y la vinculatoriedad de sus recomendaciones para la Administración a la que pertenece el sujeto que ha cometido la infracción.

"A la Contraloría General le compete la vigilancia sobre la Hacienda Pública: potestad de fiscalización que va más allá del mero control de legalidad, pues de lo que se trata es de garantizar la adecuada administración de los fondos públicos. Es a través de un control de eficiencia que se puede determinar la utilización o no utilización de sanas reglas de administración en el manejo de los fondos públicos (...)."[24]

Valga resaltar que en 1977 y dentro del marco de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Supremas (INTOSAI), se emitió la Declaración de Lima[25] sobre las Líneas Básicas de Fiscalización. Esta Declaración pretende el adecuado funcionamiento de las Entidades de Fiscalización Superior (EFS) en su función de garantes de la sana gestión de los recursos públicos. El manejo de los fondos públicos debe realizarse de conformidad con el principio de legalidad, pero su adecuada administración obedece a la eficiencia de su gestión, aspectos que contempla el marco legal citado donde se desarrolla la competencia sancionatoria de la Contraloría como entidad de fiscalización superior.

Por otra parte, la Contraloría a partir de su potestad reglamentaria que se establece en los numerales 23 y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría, ha emitido un reglamento específico para el trámite de los procedimientos administrativos denominado "Reglamento de organización y servicio de las potestades disciplinaria y anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República"[26], que es resolución del Despacho Contralor, n.° R-DC-199-2011, del Despacho Contralor de las 8:15 horas del 15 de diciembre de 2011, donde se regula y organiza la potestad sancionatoria de la CGR, con el fin de dar garantía a un debido proceso, defensa y buscar la verdad real de los hechos que se investigan, sobre el cual se hablará de seguido.

3.3 Del procedimiento sancionatorio y sus garantías en materia de Hacienda Pública

Conforme la normativa que compone el ordenamiento jurídico de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública este órgano contralor puede iniciar, tramitar y responsabilizar, mediante procedimiento administrativo, a los sujetos pasivos de su control y fiscalización por el incorrecto cumplimiento de su misión y funciones.

Es importante señalar, que la responsabilidad de los sujetos pasivos -funcionarios- no es objetiva, sino subjetiva, sea que el funcionario de la Hacienda Pública responde personalmente, frente a terceros, a la propia Administración Pública, o frente a la Contraloría General de la República, por lo que podría derivar responsabilidades personales en el ámbito civil, administrativo – disciplinario y eventualmente penal; siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes u obligaciones, dichos

24 Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica n.° OJ- 48-2002 de 14 de abril de 2002.

25 Declaración de Lima, Aprobado por el IX Congreso de la INTOSAI, Lima, Perú, 1977, puede consultarse en http://www.intosai.org/es/issai-executive-summaries/detail/article/issai-1-the-lima-declaration.htm,

26 Contraloría General de la República, Reglamento de organización y servicio de las potestades disciplinaria y anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República, n.° R-DC-199-2011, del Despacho Contralor de las 8:15 horas del 15 de diciembre de 2011, puede consultarse en https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/jaguar/Documentos/normativa/reglamentos/RESOLUCION-R-DC-199_potestades.pdf

tipos de responsabilidad se pueden exigir conjunta o separadamente y se podrían derivar de un mismo acto o hecho atribuible al sujeto pasivo.

Los procedimientos administrativos que tramita la Contraloría a través de la División Jurídica son conforme lo establecen los artículos 68, 72 y 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, su Reglamento de Procedimientos Administrativos- que contempla los deberes y derechos de las partes investigadas- y el numeral 308 de la Ley General de la Administración Pública. De ahí que los procedimientos administrativos que tramita la Contraloría deben ajustarse a los principios y garantías del debido proceso, sin embargo, pese a que el órgano contralor ejecuta el procedimiento administrativo conforme al debido proceso, asegurando el derecho de defensa y concede las garantías correspondientes, la sanción debe ser impuesta y ejecutada por la administración activa a la que pertenece el funcionario. Ello salvo los casos en los cuales lo que procede es la imposición de una prohibición de ingreso y reingreso a cargos de la Administración Pública, caso en el cual para su ejecución lo que procede es una publicación en la Gaceta, conforme al numeral 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría ya sea para que el servidor sea cesado del cargo que ostenta o bien para que la Administración Pública tome nota al respecto, de frente a una posible contratación.

Los procedimientos se inician con una investigación preliminar que realiza cualquier Área de Fiscalización o el Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría, sea es un insumo emitido por un área distinta a la que tramita el procedimiento, lo que permite una mayor objetividad e imparcialidad del proceso de investigación.

Con respecto a este procedimiento administrativo seguido por el órgano contralor, resulta importante resaltar dos aspectos que lo diferencian del procedimiento administrativo ordinario de la Ley General de la Administración Pública, pero que no menoscaban las garantías procesales del investigado para realizar su defensa ni el debido proceso.

El primero de ellos es que una vez emitido el informe de investigación previa, se remite a la División Jurídica de la Contraloría y ahí se designa un órgano que funge como tramitador y decisor del procedimiento, el cual le hace el traslado de cargos a la parte investigada y realiza la comparecencia para que la parte ejerza de forma oral su defensa. Este es un aspecto diferenciador en cuanto a los procedimientos sancionatorios que tramita la administración activa pues en dichos casos se tramita el caso por un órgano director e instructor -unipersonal o colegiado- quien instruye el procedimiento, realiza la comparecencia, recibe la prueba y resuelve asuntos previos y este es designado por el órgano decisor, quien como se indica es el que decide sobre el fondo por medio de un acto final el cual puede ser o no conforme al informe y o recomendación que rinda el órgano director y resuelve los recursos de apelación, normalmente es el jerarca institucional quien ostenta la potestad correctiva, que como se indica ejercen competencias distintas. No obstante, en el caso del órgano contralor todas esas competencias se realizan por un mismo órgano-unipersonal o colegiado-.

Esta organización interna con la que ejecuta la Contraloría sus procedimientos, a partir de los artículos 16, 17 y 18 del Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República (R-1-2011-DC-GC)[27], se ajusta a la independencia funcional que le concede el ordinal 183 de la Constitución Política y numeral 23 de la Ley Orgánica de la CGR, valga resaltar que los tribunales nacionales han considerado que el que el hecho de que se constituya un mismo órgano como tramitador y decisor no afecta el debido proceso, derecho de defensa o principio de imparcialidad, al contrario al ser un procedimiento oral se busca una mejor valoración de los hechos e inmediación de la prueba.

Por otra parte, durante toda la tramitación del procedimiento el acceso al expediente administrativo que contiene el legajo de prueba es de acceso únicamente para las partes y sus representantes. No obstante, un segundo aspecto distinto al procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública es que por disposición legal de la ley n.° 8422 -artículo

27 Contraloría General de la República, Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República, resolución n.° R-DC-97-2011 de las 9:00 horas del 27 de junio de 2011, puede consultarse en https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/jaguar/Documentos/normativa/leyorgan/reglamento_organico_cgr_resolucion_R-DC-97-2011_2015.pdf

10-, se establece que las audiencias por infracciones a al régimen de Hacienda Pública serán orales y públicas, únicamente la audiencia, esto refleja que por la importancia y naturaleza de la materia que se investiga y la incidencia en la gestión pública, normas generales como la de la Ley General de la Administración Pública que establece una audiencia privada ceden ante regulaciones particulares y especiales que se convierten en la regla general en procedimientos administrativos de Hacienda Pública. Sin embargo, la norma establece que el órgano director, en resolución fundada, pueda declararlas privadas por razones de decoro y por derecho a la intimidad de las partes o de terceros, cuando estime que se entorpece la recopilación de evidencia o peligra un secreto cuya revelación sea castigada penalmente, sea que la declaratoria de comparecencias privadas es de carácter excepcional y apoyada en alguno de los aspectos citados.

En el mismo sentido, la función del Despacho Contralor en materia de procedimientos administrativos se constituye en superior jerárquico que conoce los recursos de apelación que se interpongan contra actos del procedimiento administrativo, resuelve las gestiones de recusación, abstención o denegatoria de prueba.

Como ya se ha indicado anteriormente, las decisiones que emanan de la Contraloría en materia sancionatoria son susceptibles de una ulterior revisión en vía judicial, donde de nuevo se le conceden garantías al funcionario afectado.

4. Análisis de la efectividad de la sanción administrativa en la lucha contra la corrupción

4.1 De las sanciones administrativas

4.1.1 Concepto

Las sanciones administrativas se constituyen en aquellas medidas coercitivas que pretenden producir en el administrado una consecuencia por una conducta ilícita-infracción administrativa-, en muchas ocasiones las sanciones tienen fin preventivo y no únicamente represor, las cuales se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico como reflejo del principio de legalidad.[28]

Cabe advertir, que las sanciones administrativas no tienen una finalidad restitutiva, sino correctiva y en algunos casos preventiva, en el mismo sentido se tiene que la sanción es una consecuencia de una infracción precedente declarada como tal, de ahí que deben aplicarse en forma conjunta.

En cuanto a la imposición de las sanciones administrativas, un aspecto medular es que las sanciones deben prever márgenes o rangos dentro de los cuales la autoridad pueda imponer una sanción según las especiales circunstancias del caso, para que se valore la relación que existe entre la gravedad de la conducta o infracción y el daño.

Para imponer una sanción administrativa se debe tramitar un procedimiento administrativo previo, por lo que no se pueden imponer directamente. El autor BERMÚDEZ SOTO, sintetiza los elementos que integran el concepto de sanción administrativa de la siguiente manera: *"la retribución negativa consistente en la privación o restricción de derechos; su determinación por el Ordenamiento Jurídico; que venga impuesta por una Administración Pública a un administrado y que sea consecuencia de haber sido considerado responsable de las consecuencias derivadas de la comisión de una infracción administrativa en virtud del previo procedimiento administrativo sancionador."* [29]

4.1.2 Diferencia con otra figuras

Una de las principales figuras con la que se diferencia la sanción administrativa es la pena en materia penal, esto por cuanto porque la primera es impuesta por la Administración, mientras las de orden penal por los órganos jurisdiccionales. [30] Es decir, la diferencia la encontramos en la autoridad que debe imponerlas.

El autor Gonzalo QUINTERO OLIVARES, al referirse al significado de las sanciones administrativas frente a las penas, afirma: *"Las penas, son además de la*

28 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Op.cit., Pág. 1.
29 BERMÚDEZ SOTO, (Jorge). Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena de Derecho. Número Especial. Chile. 1998. Pág. 326.
30 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Op.cit. Pág. 2.

consecuencia jurídica del delito, instrumentos político-criminales dominados por ciertos límites y fines: intervención mínima, ultima ratio (...)". [31]

Lo anterior, deja en evidencia que los aspectos citados no se replican en las sanciones administrativas, siendo que estas forman parte de un sistema jurídico, que la Administración las utiliza como una manifestación de autotutela y como bien lo apunta el citado autor para ello actúa en pleno cometimiento a la ley y al derecho.

Asimismo, se considera que en materia de derecho administrativo sancionador y en relación con las sanciones administrativas, se deben excluir figuras como las medidas de restablecimiento de legalidad, la expropiación, las multas coercitivas o los recargos tributarios, revocación de autorizaciones y licencias. [32]

4.1.3 Tipicidad de las sanciones administrativas

La tipicidad de las sanciones administrativas implica que sólo se pueden imponer las sanciones previstas por la ley y no las que la Administración considere, por lo que su discrecionalidad se restringe a lo que se establezca legalmente. Este aspecto varía en relación con la tipicidad de las faltas o infracciones, pues si bien deben estar previstas, la falta o infracción podría variar dependiendo del cargo o conducta, por lo que no se podría hablar de una lista cerrada o limitada de faltas porque podrían ser innumerables, por lo que es suficiente con que se infiera de la norma.

Según nos indica Carlos Alberto MATA COTO la tipicidad es un límite a la discrecionalidad de la Administración y agrega: *"La tipicidad es necesariamente precisión, en favor de la legalidad y de las garantías del debido proceso, para que los procedimientos administrativos sancionadores se resuelvan de conformidad con el derecho, por la proporcionalidad y la razonabilidad de las sanciones administrativas."*[33]

Señala sobre el principio de tipicidad en el derecho sancionatorio la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.° 121-F-SI-2011 de las 8:35 horas del 8 de febrero de 2011: *"**III. (...) El principio de tipicidad se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.** Este principio, en cuanto supone la necesidad de que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, se torna en garantía del fundamental derecho a la seguridad jurídica, de especial trascendencia en un ámbito limitativo de derechos y libertades como es el sancionador. (...)"* (El resaltado es nuestro).

Agrega el profesor Ricardo RIVERO ORTEGA, "Si los particulares no saben a ciencia cierta por qué les puede sancionar la Administración, nadie actuaría de forma libre en un Estado de Derecho."[34]

Sin duda el principio de tipicidad de las sanciones es substancial y garante en materia sancionatoria, por cuanto el establecimiento de las infracciones y las sanciones producen seguridad jurídica y evita arbitrariedades por parte del Estado.

5. Efectividad de la sanción administrativa en la lucha contra la corrupción

5.1 Miembros de los supremos poderes (Presidente, Diputados, Magistrados y Ministros)

En Costa Rica la estructura política institucional se divide en tres poderes que son independientes entre sí y así se estipula en el artículo 9 de la Constitución Política,[35] organizados de la siguiente manera: *Poder Legislativo-*

31 QUINTERO OLIVARES (Gonzalo). La autotutela, los límites a poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal. Material Didáctico del Diplomado en corrupción y régimen sancionador de la Hacienda Pública. CGR- Universidad de Salamanca –BID. Pág. 259.

32 RAMÍREZ TORRADO, (María Lourdes). La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español. Revista Digital de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. N.° 27. Barranquilla. Enero- Junio 2007.

33 MATA COTO, (Carlos Alberto). El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (a la luz de la jurisprudencia constitucional). Revista El Foro. Colegio de Abogados. n.°16, Diciembre 2016. Pág. 128.

34 RIVERO ORTEGA, Op. Cit, Pág. 3.

35 Tomado de Transparecencia Internacional Costa Rica-TI-CR, Respuesta al Cuestionario del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, Marzo 2004, puede ser consultado en http://www.oas.org/juridico/spanish/cr_res18.pdf

Asamblea Legislativa, es unicameral y se compone de 57 diputados elegidos cada cuatro años. Entre los privilegios de los diputados están la *irresponsabilidad y la inmunidad.* La primera consiste en que los diputado pueden dar sus opiniones en la Asamblea sean verdaderas o no sin temor a ser acusados por ello. La inmunidad por su parte consiste en que el diputado durante todo su periodo no puede ser sometido a juicio salvo que la Asamblea así lo acuerde, en caso de un delito evidente o bien porque el representante renuncie a ella.

Poder Ejecutivo, compuesto por el Presidente, dos Vicepresidentes y Ministros, quienes conforman el Consejo de Gobierno, cada cuatro años se celebran elecciones populares y se elige al Presidente, Vicepresidentes y Diputados. La inmunidad de la que gozan constitucionalmente es limitada y no conlleva impunidad. Sus principales obligaciones son la rendición de cuentas y ajustarse al principio de legalidad.

Poder Judicial, se rige por su propia Ley Orgánica, representado por la Corte Suprema de Justicia, tiene tres Salas de Casación- y una Sala Constitucional, todas conformadas por magistrados, más los tribunales penales y civiles, así como los especializados. Los magistrados propietarios -22 en total- y suplentes de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por la Asamblea Legislativa como parte de sus funciones constitucionales, por un periodo de ocho año y pueden ser reelegidos. La Sala Constitucional compuesta por 7 magistrados, realiza una función esencial en el Estado costarricense por medio del control constitucional como mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Dicho poder, también está compuesto por órganos auxiliares en la administración de justicia como son el Organismo de Investigación Judicial, Ministerio Público, Defensa Pública y la Escuela Judicial.

5.2 Funcionarios nombrados en el cargo (carrera y confianza)

En cuanto a los funcionarios de carrera administrativa en Costa Rica, existen diversos mecanismos de contratación. Sin embargo, la Constitución Política establece en el cardinal 11 el principio de legalidad que establece que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad, y deben cumplir los deberes que la ley les establece y no arrogarse las facultades que no le estén concedidas, de ahí la importancia de la evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal del funcionario en el cumplimiento de sus deberes, principio fundamental en la gestión pública.

La norma constitucional citada sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, lo que constituye el fundamento de las incompatibilidades. De manera que el servidor público no puede estar en una situación donde haya conflicto o colisión entre intereses públicos y privados.

Adicionalmente, los numerales 191 y 192 de la Carta Magna, contienen la base del sistema de contratación de funcionarios públicos del Servicio Civil, dentro de los aspectos esenciales se expresa que habrá un estatuto que regulará las relaciones entre el Estado y los servidores y que serán nombrados por idoneidad comprobada- aspecto obligatorio en todos los sistemas de contratación- y se establece su remoción por causas justificadas-principio de estabilidad-, así como el de eficiencia en la función pública.

Sobre el concepto de *funcionario público*, tanto la Ley General de la Administración Pública como la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, numerales 111 y 2 respectivamente, establecen características que definen al servidor público. Así, de conformidad el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, un funcionario público es aquel 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". Por su parte, la Ley contra la Corrupción optó por seguir la noción amplia de *empleado público* contemplada por la propia Ley General de la Administración Pública, pero incorpora a la Administración Pública no estatal, 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 al derecho común, así como 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.

Al respecto la Procuraduría General de la República señala: *"la regulación de los deberes de los servidores públicos pretende proteger determinados bienes jurídicos, que incluso encuentran acomodo entre los principios constitucionales, algunos enunciados expresamente por nuestra Carta Política, como el de legalidad y eficacia, otros reconocidos con aquél grado por la jurisprudencia constitucional, como el jerarquía u obediencia, imparcialidad u objetividad, respeto a los derechos de los administrados, etc. En fin, podríamos denominar a la suma de todos ellos: el régimen de los deberes funcionales."* [36]

Sin duda, el concepto de la ley n.° 8422 es más integrador en el contexto de la lucha contra la corrupción, pero no alcanza con ello un régimen único para todo el Sector Público, dentro de una organización estatal compleja como la costarricense, donde los regímenes de contratación de servidores públicos son distintos entre uno y otro, y por ello cada uno tiene uno particular, algunos poderes e instituciones que podemos citar y que se diferencian entre sí en el reclutamiento de servidores son Poder Ejecutivo-Dirección General del Servicio Civil-, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal Supremos de Elecciones, Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, instituciones autónomas o semiautónomas, municipalidades, bancos estatales y universidades estatales.[37]

En relación con los funcionarios de confianza son aquellos que se nombran por discrecionalidad del jerarca correspondiente y no requieren de un estudio de idoneidad por lo que para su selección no se siguen procedimientos ordinarios de contratación, no obstante, una de sus diferencias con los funcionarios de carrera administrativa, es que no están sujetos a la estabilidad prevista en el numeral 192 de la Constitución Política pues quien lo nombró puede removerlos cuando lo considere oportuno.[38]

En nuestro país, en el régimen de carrera administrativa tenemos regulaciones distintas según la institución que corresponda, de la misma manera ocurre con los funcionarios de carrera, de ahí que algunas instituciones cuenten con regulaciones propias tanto en leyes como en reglamentaciones de organización y servicio particulares.

5.3 Análisis de la efectividad de las sanciones administrativas a la luz de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito

Costa Rica suscribió e incorporó al derecho interno la Convención Interamericana contra la Corrupción, mediante ley n.° 7670 del 17 de abril de 1997, adquiriendo el compromiso de crear, mantener y fortalecer los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Mediante ley n.° 8422 del 6 de octubre de 2004, se promulgó la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el Reglamento a dicha ley, Decreto Ejecutivo n.° 32333 del 12 de abril de 2005, vigentes actualmente.

Nuestro país también suscribió la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ley n.° 8557 del 29 de noviembre del año 2006, con el objetivo de que el país tenga políticas coordinadas contra la corrupción que promuevan la participación ciudadana.

A nivel administrativo, tanto la Procuraduría General de la República como la Contraloría General de la República son instituciones rectoras y fundamentales

36 Procuraduría General de la República, Dictamen C-114-2006 del 16 de marzo de 2006.
37 República de Costa Rica. Respuesta al Cuestionario MESICIC/OEA -2da Ronda, Noviembre 2006, puede ser consultado en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_cri_resp_sp.pdf

38 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 2007-002235 de las 15:45 horas del 20 de febrero de 2007 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 1060-2015 de las 10:30 del 30 de setiembre de 2015.

en prevenir, detectar y erradicar la corrupción en el ejercicio de la función pública desde la ejecución de sus competencias.

Sin duda, dichas instituciones deben procurar *"(...) satisfacer las demandas de la población, exigir a todo funcionario público actuar con transparencia, responsabilidad y honestidad, concientizar a la población en el tema de la denuncia como herramienta de combate a la corrupción y fomentar una cultura de cero tolerancia ante los actos de corrupción, así como la protección del denunciante de buena fe."*[39]

Hay que resaltar que la ley n.° 8422 incorporó el deber de probidad como una obligación del funcionario público, para asegurar que sus actuaciones se ajustan al principio de imparcialidad y los objetivos de la entidad en la que se desempeña, para no sobreponer ningún interés personal o privado sobre el público, así como a la buena administración de los recursos públicos bajo los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia (ver artículos 3 de la ley n.° 8422 y 1.14 del Reglamento a dicha ley). Este principio sin duda pretende evitar conflictos de intereses, sea que no se coloque el funcionario público en situaciones donde tenga algún interés personal, directo o indirecto o bien contrario a los intereses de la entidad.

Otro elemento importante de indicar es que el Reglamento a ley n.° 8422, contiene un capítulo dedicado al poder de denunciar que tiene el ciudadano, por lo que se estipula su derecho a evidenciar actos corruptos en la función pública, así como los mecanismos para la presentación de tales denuncias.

Sin duda, la ley pretende concientizar sobre la importancia de combatir la corrupción en la gestión pública tanto por parte de los propios funcionarios públicos como de la población a través del control ciudadano. Según CALDERÓN ALVARADO, se define como corrupción pública "*(...)* ***el abuso de un cargo público*** *para obtener ganancias personales o de terceros y se traduce en que toda acción corrupta es una violación de normas legales realizada para obtener un beneficio personal, familiar, empresarial, de amistad, entre otras,* ***en detrimento del bien común."***[40] (El resaltado no es del original).

Aunado a lo anterior, se incluyó en dicha ley un capítulo dedicado al régimen de la declaración jurada sobre la situación patrimonial de los artículos 21 al 36 y en el reglamento a la ley se sitúa del numeral 54 al 83. En esta normativa se indica cuáles funcionarios deben declarar, el contenido de las declaraciones, los plazos que deben atenderse, además de desarrollar aspectos como la confidencialidad de las declaraciones y los órganos con acceso a ellas.

Como parte de las atribuciones constitucionales y legales, la Contraloría General de la República ha continuado con sus acciones permanentes de revisión y estudio de declaraciones patrimoniales para detectar enriquecimientos ilícitos y otras conductas ilícitas y a partir de ello, también informa a las instituciones pertinentes (Ministerio Público) cuando las irregularidades pueden tener connotación delictiva. Para ello, del total de declaraciones juradas recibidas, el órgano contralor realiza verificaciones anuales a través de un muestreo y utiliza diferentes criterios de análisis para ello.

En el mismo sentido, para mejorar el proceso de recepción de la información de las declaraciones juradas y siendo que se ha incrementado el número de funcionarios públicos obligados a ello según el perfil del puesto, en el año 2016 se implementó un mecanismo de recepción totalmente electrónico de la declaración a través de la plataforma tecnológica que no requería ni la firma digital, ni la presentación física del formulario, de manera que con ello se pretendía facilitar y hacer más sencilla y eficiente la obligación de los servidores públicos. Para ello se emitieron las "Directrices para la presentación de la declaración jurada de bienes ante la Contraloría General de la República" (n.° R-DC-19-2016) de las 9:00 horas del 11 de marzo de 2016.

Lo anterior, en tanto la responsabilidad primaria de la CGR es ejercer control sobre el cumplimiento por parte de los funcionarios públicos de su obligación legal de rendir declaración sobre su situación patrimonial, con la periodicidad y oportunidad que la misma ley establece,

39 CALDERÓN ALVARADO, (Gilbert). La ética en el marco de las alianzas público-privadas. Antología. La dimensión legal de las alianzas público-privadas en Costa Rica. Fundación para la Sostenibilidad y Equidad. Costa Rica. 2015. Pág 62.

40 CALDERÓN ALVARADO, Op.cit., Pág. 61.

de ahí la relevancia de la mejora en los mecanismos de recepción de la información de las declaraciones juradas.

Así las cosas, tanto a través de la denuncia ciudadana como de la propia gestión de investigación, la Contraloría es uno de los órganos que tramita procedimientos administrativos sustentado en el ordenamiento jurídico de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública compuesto la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley General de Control Interno y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Ello significa que en los procedimientos administrativos que tramita el órgano contralor se fusionan varias normas y no solamente una de ellas, salvo el caso de los asuntos relativos a las infracciones relacionadas con las declaraciones juradas, contempladas en la ley n.° 8422.

La Contraloría en el año 2011, en un número importante de procedimientos administrativos, enfrentó la suspensión de la emisión del acto final de estos procedimientos, ya que en ese momento se interpusieron acciones de inconstitucionalidad contra normas del marco normativo precitado, entre los cuales se cuestionaba la potestad sancionatoria del órgano contralor y para el año 2013 se repitió la situación dado que se interpusieron tres acciones de inconstitucionalidad más que produjeron el mismo efecto.

Sin embargo, para el 2015 ya dichas suspensiones por trámites constitucionales finalizaron, por lo que se emitieron 251 actos finales de acuerdo con la Memoria Anual del 2015[41] de la CGR. No obstante, no todos los actos finales incluyen sanciones pues algunos casos fueron exonerados o archivados por tratarse de personas fuera de la Administración Pública al momento de la emisión de las resoluciones finales, en la memoria dicha se incluye el siguiente cuadro:

Procedimientos Administrativos
Cantidad de casos pendientes, según año de ingreso 2010-2014

Descripción	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Total
Admisibilidad						15	15
Para emisión de acto final	1	7	41	16	18	2	85
Acto final dictado	1	9	48	62	34	10	164
Total	2	16	89	78	52	27	264

Fuente: Base de datos de la División Jurídica de la CGR.

Dentro de la Memoria Anual 2014[42] de la Contraloría, se puede observar los tipos de sanciones impuestas a funcionarios públicos por daño a la Hacienda Pública de casos tramitados entre el 2008-2014, sin dejar de lado que un acto final puede imponer más de una sanción a un solo servidor-despido e inhabilitación- y que no contempla todas las sanciones emitidas en el 2015 según lo expuesto.

Procedimientos Administrativos - Cantidad de sanciones por año

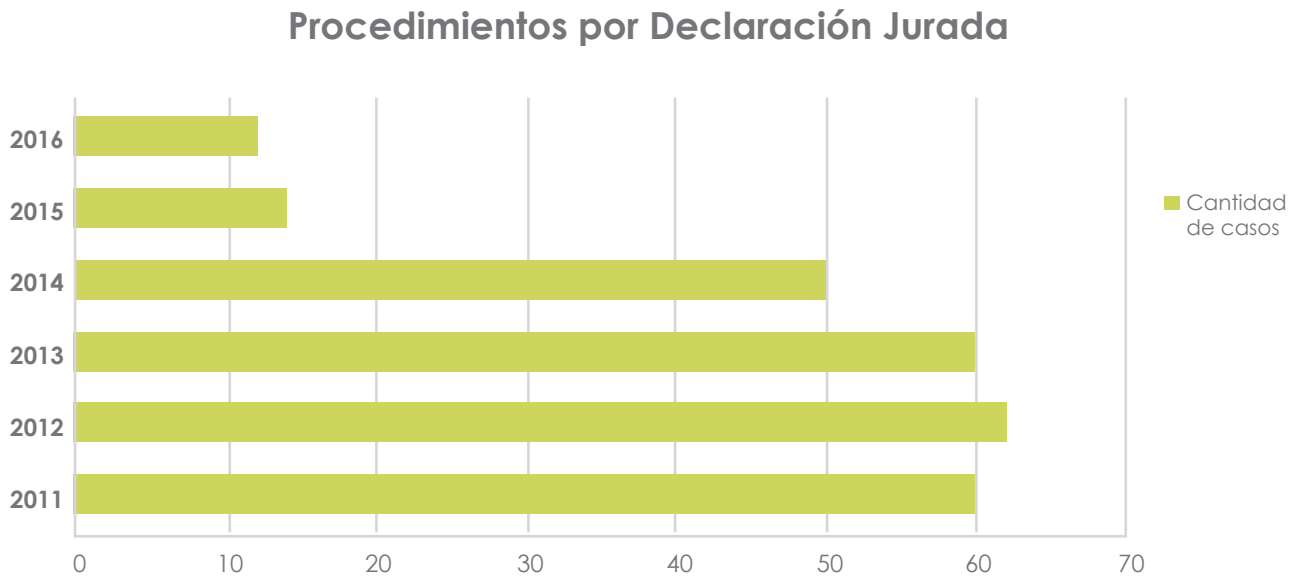
Detalle	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Suspensión	32	41	16	59	21			169
Despido	27	17	22	9	5			80
Prohibición de ingreso o reingreso	15	20	22	9	6	6	7	85
Amonestación escrita publicada	10	11	17	13	13			64
Amonestación escrita no publica	11	14	15	1	3			44
Sanción por responsabilidad civil			18	5	3			26
	95	103	110	96	51	6	7	468

Fuente: Base de datos CGR, DJ.

En razón de la importancia de la declaración jurada de bienes como mecanismo para promover la transparencia y el deber de probidad en la función pública, se muestra el siguiente cuadro que incluye los procedimientos administrativos dirigidos contra funcionarios que cometieron alguna falta relativa a dicha obligación del 2011-2016, sea no presentación de la declaración inicial, anual o final, presentación extemporánea y omisión e inconsistencia de datos.

41 Contraloría General de la República, Memoria Anual del 2015, puede ser consultado en el sitio web www.cgr.go.cr, https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/mem_anual/2015/files/assets/downloads/publicacion.pdf

42 Contraloría General de la República, Memoria Anual del 2014, puede ser consultado en el sitio web www.cgr.go.cr https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/mem_anual/2014/files/assets/downloads/publicacion.pdf



Fuente: Elaboración propia, información tomada de la base de datos de la División Jurídica de la CGR.

Un aspecto importante de resaltar es que la mayoría de los casos tramitados por la Contraloría son contra funcionarios de carrera administrativa, ya que los asuntos que ha gestionado el órgano contralor contra miembros de los supremos poderes, entre el 2008 y 2016 son aproximadamente 8 casos, ello pese a que la ley n.° 8422 establece en el numeral 43 que las infracciones previstas en dicha normativa le son también aplicables los miembros de los supremos poderes.

Lo anterior, sin dejar de considerar que la Procuraduría de la Ética, también realiza investigaciones contra dichos miembros y remite los informes a los órganos correspondientes para la aplicación de la sanción (Resolución n.° 18564 de las 14:44 horas del 17 de diciembre de 2008 de la Sala Constitucional).

6. Conclusiones

a. La potestad sancionadora del Estado, es innerente a él pues a través de dicha facultad puede cumplir sus fines de carácter constitucional y legal.

b. La potestad sancionadora del Estado es limitada, pues la Administración es juez y parte, por lo que se encuentra sometida al control jurisdiccional como garantía para el administrado.

c. Los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y razonabilidad y motivación de los actos-la sanción administrativa supone afectación de derechos- son fundamentales en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

d. La Contraloría General de la República como entidad de fiscalización superior ejerce una función fundamental en el Estado de Derecho a través de su potestad sancionatoria-reconocimiento constitucional y legal-, ya que la ejerce sobre los sujetos pasivos que son tanto de naturaleza pública como privada.

e. La facultad del órgano contralor no disminuye la obligación de la Administración –patrono- de ejercer su potestad disciplinaria sobre sus funcionarios, lo cual hace que la responsabilidad sea compartida, en el sentido de que tanto el patrono como la Contraloría pueden ejercer la facultad correctiva sobre los servidores públicos, por lo que no es responsabilidad exclusiva o excluyente de uno de ellos.

f. Un servidor público es responsable por las decisiones que toma en el ejercicio de su cargo y de dar cuenta de ellas-rendición de cuentas.

g. La ética publica busca que el funcionario público sobreponga el interés general sobre sus intereses particulares o personales.

h. La información de la Contraloría evidencia que la mayoría de sanciones administrativas no se sustentan solamente en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, sino en todo el marco normativo de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública.

i. Los casos registrados contra funcionarios de supremos poderes son una cifra mínima en comparación con los asuntos que se conocieron por parte del órgano contralor entre el 2011 y 2016 contra funcionarios de carrera administrativa, sin embargo, no se evidencia alguna causa en concreto.

j. Los casos relativos a infracciones en materia de declaraciones juradas entre el 2011 y 2016 han disminuido considerablemente (80%), pese que actualmente el número de funcionarios publicos ha ido incrementando conforme a su perfil de puesto, lo cual evidencia una mayor concientización que sin duda promueve la transparencia y el deber de probidad y fortalece la herramienta como mecanismo que permite detectar crecimientos anormales en el patrimonio de los funcionarios públicos.

k. La Contraloría como rector en el tema de las declaraciones patrimoniales y en virtud que el número de funcionarios obligados a declarar ha incrementado, es importante que se evalúe si el fin de dicho instrumento está siendo alcanzando o no, y cuáles pueden ser las principales causas, para efectos de tomar acciones e implementar un mecanismo que sea más efectivo a los fines que persigue la declaración patrimonial ponderando aspectos como calidad de la información frente a cantidad de obligados a declarar, aspecto expuesto por el profesor Rivero Ortegadurante sus lecciones en el Diplomado.

7. Referencias bibliográficas

Libros y Textos

Fundación para la Sostenibilidad y Equidad. «ALIARSE.» http://aliarse.org/. 2015. http://aliarse.org/documentos/new/Antologia.pdf (último acceso: 26 de Agosto de 2016).

Bermúdez Soto, Jorge. «Elementos para definir las sanciones administrativas .» Dialnet https://dialnet.unirioja.es/. 1998. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650036.pdf (último acceso: 14 de Julio de 2016).

Contraloría General de la República de Costa Rica. «Contraloría General de la República de Costa Rica.» www.cgr.go.cr. 2015. https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/mem_anual/2015/files/assets/downloads/publicacion.pdf (último acceso: 30 de Agosto de 2016).

Contraloría General de la República de Costa Rica. «Contraloría General de la República de Costa Rica.» www.cgr.go.cr. 2014. https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/mem_anual/2014/files/assets/downloads/publicacion.pdf (último acceso: 28 de Agosto de 2016).

García Gómez de Mercado, Francisco. Sanciones Administrativas. Granada: Editoral Comares S.L, 2004.

García Pullés, Fernando. «La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional.» Dialnet.» https://dialnet.unirioja.es/. 2005. http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5634&path%5B%5D=5686 (último acceso: 19 de Agosto de 2016).

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. San José: Biblioteca Jurídica Diké, 2002.

Mata Coto, Carlos Alberto. «El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (a la luz de la jurisprudencia constitucional).» Revista El Foro, 2014: 121-135.

Nieto García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Editorial Tecnos , 1994.

Nuño Jiménez, Irene. «Castilla La Mancha.» http://www.castillalamancha.es/. 2016. http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160427/revista_no_5_marzo_2016_ultima_version.pdf (último acceso: 11 de Julio de 2016).

Organization of American States. «Organization of American States.» Respuesta al Cuestionario del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Marzo de 2004. http://www.oas.org/juridico/spanish/cr_res18.pdf http://www.oas.org/en/default.asp (último acceso: 22 de Agosto de 2016).

Quintero Olivares , Gonzalo. «La autotutela, los límites a poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal.» Material Didáctico del Diplomado en corrupción y regimen sancionador de la Hacienda Pública. CGR- Univerdad de Salamanca –BID. s.f.

Ramírez Torrado, María Lourdes. «Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.» http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/index. 2007. http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2663/4264 (último acceso: 13 de Julio de 2016).

Rivero Ortega, Ricardo. «La Potestad Sancionatoria de la Administración .» Material Didáctico del Diplomado en corrupción y Régimen sancionador de la Hacienda Pública CGR-Universidad de Salmanca-BID. Editorial Ratio Legis, 2016.

Rodríguez Araica y Quesada Rodríguez, Roberto e Iván. «Contraloría General de la República.» Revista de Derecho de la Hacienda Pública, Volumen I, 2013: 100-121.

Rodríguez Hernández, Magaly. Bases Constitucionales del Régimen Administrativo en Costa Rica, Tomo I. San José: Editorial Jurídica Continental, 2014.

Rosito Yglesias, Natalia. «Universidad de Costa Rica.» https://www.ucr.ac.cr/. 2007. http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1452/1/28151.pdf (último acceso: 12 de Julio de 2016).

San Millán Pacheco, Laura. «Universidad la Laguna. » www.ull.es. 2013/2014. http://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/371/POTESTAD%20SANCIONADORA%20VERSUS%20POTESTAD%20DISCIPLINARIA%20DE%20LAS%20ADMINISTRACIONES%20PUBLICAS.pdf?sequence=1 (último acceso: 2 de Julio de 2016).

Sánchez Sánchez , Zulima. «La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho.» Revista de Derecho de la Hacienda Pública, Volumen VI, 2016: 95-110.

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.° 2009-011416 de las 14:47 horas del 22 de julio de 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.° 2008-018564 de las 14:44 horas del 17 de diciembre de 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.° 2007-002235 de las 15:45 horas del 20 de febrero de 2007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.° 2006-013329 de las 17:32 horas del 6 de setiembre de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.° 2006-013926 de las 14:44 horas del 20 de setiembre de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.° 2004-2199 de las 12:59 horas del 27 de febrero de 2004.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.°

121-F-SI-2011 de las 8:35 del 8 de febrero de 2011. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto n.° 1060-2015 de las 10:30 horas del 30 de setiembre de 2015.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, resolución n.° 38 -2011-VI de las 09:00 horas del 16 de febrero del 2011.

Criterios Administrativos

Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica n.° OJ- 48-2002 de 14 de abril de 2002.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-114-2006 del 16 de marzo de 2006.

El ejercicio y ejecución de la potestad sancionadora de la Contraloría General contra **funcionarios de confianza** en el sector público costarricense ante la recomendación vinculante de una sanción de despido

Vivian Bettel Castillo Calvo[1]
vivian.castillo@cgr.go.cr

Sumario:

1. Introducción.
2. Generalidades. 2.1. Responsabilidad de los funcionarios públicos. 2.2. Características de los funcionarios de confianza. 2.3. Tipos de responsabilidad a los que están sujetos los funcionarios de confianza.
3. Potestad sancionadora de la Contraloría General contra los funcionarios de confianza en el sector público costarricense. 3.1. Fundamento Constitucional de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. 3.2. Ejercicio de la potestad sancionadora y la ejecución de la recomendación vinculante de despido dada por la Contraloría General contra funcionarios de confianza en el sector público costarricense.
4. Conclusiones.
5. Referencias bibliográficas.

1 Licenciada en Derecho y Especialista en Justicia Constitucional, interpretación y Tutela de los Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Potestad sancionadora, funcionarios de confianza, recomendación vinculante de despido.

Resumen: El punto específico de la presente investigación se centra en determinar la eficacia que eventualmente tendría la recomendación vinculante de la Contraloría General de la República, producto de la tramitación de un procedimiento administrativo, donde se hayan cumplido todas las garantías del debido proceso, contra un funcionario de confianza, cuando por máxima, según el régimen propio de este tipo de funcionario, los mismos son de libre nombramiento y remoción.

1. Introducción

La responsabilidad de los funcionarios públicos en la actualidad se erige como un elemento esencial del sistema democrático, donde sería impensable que impere la irresponsabilidad de estos. Es por lo anterior, que los ordenamientos jurídicos modernos dotan a la administración de mecanismos jurídicos para el ejercicio de la potestad disciplinaria en contra de los funcionarios públicos, cuando con su actuación hubiesen incurrido en algún tipo de responsabilidad.

Asimismo existe, en el caso costarricense, la Contraloría General de la República, órgano de relevancia constitucional, con competencias específicas y determinadas en relación al resguardo de la Hacienda Pública y dentro de dichas competencias se enmarca la potestad sancionadora, mediante la cual dicho Órgano de Fiscalización Superior tiene la facultad de iniciar procedimientos administrativos cuando exista sospecha de actuaciones en donde aparentemente se quebrantó el Ordenamiento de Fiscalización Superior y, en caso de comprobarse dichas faltas, recomendar de manera vinculante una sanción contra el funcionario determinado, sanción que de conformidad con el elenco existente puede ir desde la amonestación escrita hasta la separación del cargo sin responsabilidad patronal.

Ahora bien, el punto específico de la presente investigación se centra en determinar la eficacia que eventualmente tendría la recomendación vinculante de la Contraloría General de la República, producto de la tramitación de un procedimiento administrativo, donde por supuesto se hayan cumplido todas las garantías del debido proceso, contra un funcionario de confianza, cuando por máxima, según el régimen propio de este tipo de funcionario, los mismos son de libre nombramiento y remoción, ejemplo: el caso de un Ministro de gobierno.

Tal aspecto es importante determinarlo, por cuanto ello garantizaría la eficacia real de las sanciones de despido recomendadas por el Órgano Contralor contra este tipo de funcionarios, en una materia sensible y fundamental como lo es la protección de la Hacienda Pública y con faltas que podrían incluso, estar relacionadas con temas de corrupción, flagelo que carcome nuestras democracias actuales, sucumbiendo las bases de las mismas, de ahí la importancia de tratar el tema en esta breve investigación.

Por lo anterior, el problema planteado en la presente investigación es determinar si tiene la Contraloría General de la República la potestad para recomendar de manera vinculante el despido de un funcionario de confianza en el sector público costarricense. La hipótesis es que, efectivamente sí tiene la Contraloría General de la República la potestad para recomendar de manera vinculante el despido de un funcionario de confianza en el sector público costarricense, pues independientemente del régimen a que estén sometidos los funcionarios públicos hay una serie de principio superiores a la naturaleza propia de sus cargos y uno de ellos es la protección de la Hacienda Pública. Por consiguiente, si se han comprobado faltas al Ordenamiento de Fiscalización Superior que ameriten un despido el mismo debe ejecutarse con independencia del régimen a que está sometido el funcionario actor de la causal.

Asimismo, el objetivo general planteado es analizar si la Contraloría General de la República tiene la potestad para recomendar de manera vinculante el despido de un funcionario de confianza en el sector público costarricense. Los objetivos específicos propuestos serían los siguientes: estudiar la responsabilidad de los funcionarios públicos, analizar las características de los funcionarios de confianza, fijar los diferentes tipos de responsabilidad a que están sujetos los

funcionarios de confianza, examinar el fundamento Constitucional de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, estudiar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General contra funcionarios de confianza en el sector público costarricense y finalmente establecer si es posible la ejecución de la recomendación vinculante de despido dada por la Contraloría General contra funcionarios de confianza en el sector público costarricense.

Asimismo, se tiene por objeto central estudiar el ejercicio y ejecución de la potestad sancionadora de la Contraloría General contra funcionarios de confianza en el sector público costarricense, la misma se compone de dos secciones. La primera sección de la investigación se refiere a generalidades, se analizarán aspectos como la responsabilidad de los funcionarios públicos, características de los funcionarios de confianza y finalmente se van a fijar cuáles son los tipos de responsabilidad a que están sujetos dichos funcionarios. En la segunda sección se estudia el fundamento constitucional de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República como órgano constitucional encargado del control y vigilancia de la Hacienda Pública. Finalmente, se concluye la investigación con el análisis del ejercicio y ejecución de la potestad sancionadora de la Contraloría General contra los funcionarios de confianza.

2. Generalidades

Este primer capítulo aborda aspectos generales relacionados con el tópico a desarrollar, en un primer momento se analizará lo referente la responsabilidad de los funcionarios públicos como un pilar esencial del sistema democrático, en segundo término se fijarán las características de los funcionarios de confianza y finalmente se enumerará y desarrollarán brevemente los tipos de responsabilidad a los que están sujetos los funcionarios de confianza.

2.1 Responsabilidad de los funcionarios públicos

Con la Revolución Francesa se da el paso de los estados monárquicos absolutistas, donde imperaba el principio de irresponsabilidad del Estado[2], al Estado de Derecho, entendido este donde tanto como gobernados como gobernantes están sometidos a la ley, así como las bases del principio de soberanía popular, el cual parte del eje central de que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y por consiguiente responsables en su accionar[3].

Sobre el particular, Griselda S. PICONE expone que *"(...) El principio político moderno de soberanía popular, afianzado primordialmente por la Revolución Francesa, trajo como efecto inmediato y necesario la plena responsabilidad de quienes ejercen por cualquier título la autoridad pública (...)"*[4].

Si bien es cierto, la responsabilidad de los funcionarios públicos, podemos afirmar, tiene su base en los postulados de la Revolución Francesa, su aceptación y aplicación más intensa no fue inmediata, ello como consecuencia de los postulados del Estado Liberal, donde los funcionarios públicos eran simples ejecutores de lo dispuesto en la Ley[5], aunque es innegable que un desvío en su accionar de lo dispuesto en la norma sí que iba a generar responsabilidad.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la responsabilidad de los funcionarios públicos tiene

2 "(...) En el orden jurídico de la monarquía el monarca era irresponsable (legibus solutus) porque era el titular de la soberanía y concentraba en su persona todos los poderes *("El Estado soy yo", Luis XIV de Francia). El Estado de Derecho liberal-burgués que advino con la Revolución Francesa (1789) opone límites al poder del Estado mediante la ley que es "expresión de la voluntad general" (art. 6 DDHC.), y por primera vez se exige cuenta de sus actos a los funcionarios públicos (responsabilidad) según la clásica advertencia del art. 16 de la DDHC. (...)".* Ver DERMISAKY PEREDO P. La responsabilidad de los servidores públicos. Revista Boliviana de Derecho, núm. 13, enero, 2012, pp. 10-21 Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia. http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539910002.pdf

3 Ver Márquez Rábago S. Estado de Derecho en México. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/13.pdf Consultado el 3 de agosto de 2017.

4 Ver Picone G.S. Los Órganos de Control del Sector Público Nacional y la Responsabilidad Patrimonial de los Funcionarios Públicos. Stiglitz G. Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Público. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2003, Pág. 90.

5 Ver Arévalos Reyes H. Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 199, pág. 18.

plena justificación con la existencia misma del sistema democrático, por cuanto se erige como un instrumento fundamental para que el pueblo, el soberano, verdadero titular del poder, cuente con instrumentos jurídicos para realizar un escrutinio de la función pública y exigiendo plena transparencia en el actuar de los funcionarios[6].

Asimismo, es primordial clarificar que una cosa es la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, la cual sin duda sí tiene sus bases en la Revolución de 1789, y otra distinta es el desarrollo y aceptación la responsabilidad de la administración, como sujeto de derecho, con los administrados. Sobre esta última doctrinariamente se considera que se sientan sus bases a partir del Caso Blanco resuelto en 1873 por el Tribunal de Conflictos en Francia donde, entre otros aspectos, se determinó la competencia de la jurisdicción administrativa especializada e individualizada a la civil, se delimitó el contenido del derecho administrativo y se fijó la relación entre la competencia y el fondo de la jurisdicción contencioso administrativa y las reglas autónomas del derecho administrativo[7].

Ahora bien, en el caso costarricense tenemos que la responsabilidad en la función pública encuentra su fundamento desde la Constitución Política, realizando una interpretación integral de dicha Carta Fundamental se distingue su fundamento, el cual se encuentra permeado en varios artículos.

Dentro de las principales normas constitucionales, en donde se ve reflejado la responsabilidad de los funcionarios públicos es el artículo 9 de la Constitución Política, por cuanto de manera clara se establece que el Gobierno de la República es responsable. Por otra parte, también está el numeral 11 de la Carta Magna donde se establecen los principios de evaluación y rendición de cuentas, los cuales, sin duda alguna, están en estrecha relación con el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, pues estos en no pocas ocasiones son los puentes de comunicación de las administraciones públicas con los ciudadanos y en caso de encontrarse anomalías en la gestión realizada, se procede a exigir las responsabilidades ya sean administrativas, civiles o penales[8].

Asimismo, la Sala Constitucional de Costa Rica, en su jurisprudencia, ha reconocido el imperativo de que exista la responsabilidad pública[9], indicando que el

6 GARCÍA DE ENTERRÍA explica *"(...) puede darse un paso dialéctico muy importante, el que permite afirmar que es, justamente, la confianza del pueblo la esencia misma del sistema democrático; las elecciones son, simplemente, un instrumento para alcanzar el objetivo, el cual, sin embargo, ha de mantenerse íntegro en los períodos interelectorales como exigencia y fundamento mismo del sistema. El pueblo ha de sentirse como el verdadero titular del poder y tiene que creer que sus intereses son el verdadero objetivo de los gobernantes como fiduciarios del pueblo (...) Un buen sistema democrático es, pues, aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de los gobernantes, por supuesto, pero también por mantenerla constantemente viva, como exige la estructura del trust, fiducia o confianza, de modo que el pueblo se reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones. El análisis social y el argumento jurídico se apoyan entre sí para llegar a esta conclusión, que es tan importante en el terreno de los principio como en el de las aplicaciones prácticas (...) He ahí por qué el fortalecimiento, el afinamiento, la operatividad práctica de la relación fiduciaria entre gobernados y gobernantes no puede consistir, como algunos parecen pretender, en una fe ciega de los primeros en los segundos, una fe global expresada, además, de antemano en el momento de las elecciones que apuesta por el simple azar de su acierto, no revisable ya hasta la siguiente cita electoral. No es la fe ciega, sino la confianza racional, constantemente renovada, fruto del conocimiento personal y de la aceptación cotidiana y permanente de la actuación de los gobernantes (...) lo que únicamente puede ser la base eficaz de esa relación. // Ahora bien, ese conocimiento de la racionalidad y de la objetividad de la actuación de los gobernantes exige transparencia absoluta en la actuación de éstos y justificación constante de sus motivos en cuanto les sea exigida o puesta en duda (...)".*GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). "Democracia, Jueces y Control de la Administración". Aranzadi S.A. Sexta Edición. España. 2009. Pág. 118 a la 122.

7 Ver Islas Colín A. El servicio Público en el Derecho Francés. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/14.pdf visto el 19 de junio de 2017.

8 Ver Jinesta Lobo E. Tratado de derecho Administrativo. Tomo II. Biblioteca jurídica DIKE. Medellín. 2005. Pág. 51.

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 5207-2004 *"(...) La responsabilidad de las administraciones públicas por el ejercicio de la función administrativa forma parte, (...), de la concepción constitucional de éstas. Es una pieza clave y esencial del Estado social y democrático de Derecho, dados los fines a los que propende un régimen de responsabilidad administrativa. De modo general, la responsabilidad administrativa tiene por función básica la reparación o resarcimiento de las lesiones antijurídicas causadas a un administrado (víctima o damnificado) en su esfera patrimonial o extrapatrimonial por un ente público en el ejercicio de la función administrativa. Uno de sus fines clásicos y tradicionales es servir de control o garantía para las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados que sean lesionadas por un ente público en el ejercicio de sus competencias o en la prestación de los servicios públicos expresamente asignados por la Constitución o la ley. La responsabilidad administrativa junto con la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 49 de la Constitución Política), son las piezas claves de un Estado Constitucional para la defensa de los administrados frente a las prerrogativas y privilegios formales y materiales con que la propia Constitución provee a los entes públicos para el cumplimiento de sus cometidos. Esta finalidad determina que el principio constitucional de la responsabilidad administrativa debe ser fortalecido y acentuado mediante una interpretación extensiva y no restrictiva, de la misma forma el legislador al desarrollar los sistemas de responsabilidad administrativa debe adecuarse al parámetro constitucional de una responsabilidad administrativa objetiva y directa, estándole vedado establecer conductas administrativas exentas o inmunes a éste y menoscabando los derechos fundamentales resarcitorio y al buen funcionamiento de los servicios públicos de los que son titulares todos los administrados (...)".*

mismo se erige como una pieza clave y esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.

En el mismo sentido, de manera acertada, Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ concluye *"(...) La potestad sancionadora es un pilar del Estado de Derecho en cuanto vela por el cumplimiento de las normas y refuerza las competencias atribuidas a las instituciones del poder ejecutivo al incidir en la aplicación de las normas por parte de los ciudadanos (...)"*[10].

Por su parte, Ernesto JINESTA LOBO puntualiza *"(...) Todo sistema de responsabilidad pretende el logro de determinadas finalidades, así un sistema subjetivo ubica en el mismo plano la reparación y la sanción de una actividad inadecuada, en tanto que uno objetivo tiene como punto de referencia la garantía y la reparación al margen de la culpa y la sanción. (...) La responsabilidad administrativa, en esencia, tiene un doble rol complementario, a saber, como garantía de los administrados –damnificado o víctima- y como elemento de orden y control de las administraciones públicas para obtener altos estándares de calidad, eficiencia y eficacia en la gestión, organización y prestación de los servicios públicos (...)"*[11].

Quiere decir, entonces, que una democracia actual sería inconcebible sin la existencia de la responsabilidad de los poderes públicos, máxime si se toma en cuenta que la sociedad en la que vivimos es cada vez más exigente con el actuar de los funcionarios públicos por medio de la utilización de las herramientas que brinda la sociedad de la información. Por ello es un imperativo que los ordenamientos jurídicos cuenten con los instrumentos necesarios para que en caso de que se acrediten faltas en el ejercicio de la función pública se puedan tomar las acciones disciplinarias correspondientes.

2.2 Características de los funcionarios de confianza

En el sector público costarricense se pueden distinguir varios tipos de funcionarios públicos, dentro de ellos podemos distinguir, sin tratar de ser exhaustivos y utilizando un criterio en razón de su nombramiento, los funcionarios de carrera, los cuales se eligen mediante un proceso de nombramiento reglado que viene anticipado por un concurso de antecedentes. Asimismo, se puede identificar los funcionarios de elección popular, por ejemplo Presidente y Vicepresidente de la República, Diputados, Alcaldes y Regidores Municipales. Finalmente, también se tienen los funcionarios de confianza, que como su nombre lo indica son de libre nombramiento y remoción.

El diseño Constitucional costarricense prevé un régimen estatutario para los funcionarios públicos, basado en que el nombramiento de los mismos debe obedecer a un régimen de mérito[12]. No obstante, la misma Carta Fundamental establece excepciones al nombramiento de funcionarios por un régimen de mérito previendo la una categoría distinta de funcionarios de "*libre nombramiento y remoción*"[13], característica principal de esta tipología de funcionarios.

Sobre el particular, la Procuraduría General de la República, en adelante PGR, ha definido a los funcionarios o empleados de confianza como una clase de funcionarios en razón de la naturaleza particular de las funciones que realizan, explica la PGR que incluso doctrinalmente se conocen también como "*personal eventual*", señala que se le denomina de esta manera porque intervienen y colaboran sustancialmente en funciones de dirección, fiscalización, vigilancia y formulación de las políticas públicas y se considera que también una característica es que están íntimamente relacionados con los jerarcas institucional, por cuanto estos últimos, son los que discrecional y libremente los nombran[14].

Ahora bien, otra característica de los funcionarios de confianza es que no gozan de la garantía de estabilidad

10 SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z. La potestad administrativa sancionadora: La tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Volumen VI-2016. Pág. 101.
11 Ver Jinesta Lobo E. Tratado de derecho Administrativo. Tomo II. Biblioteca jurídica DIKE. Medellín. 2005. Pág. 51.

12 Véase numeral 192 de la Constitución Política de Costa Rica.
13 Véase numerales 139 inciso 1) y 140 inciso 1) de la Constitución Política de Costa Rica.
14 Procuraduría General de la República C-180-2006.

en el puesto que desempeñan, la Sala Constitucional ha definido que "*(...) se garantiza la permanencia en el puesto hasta tanto no exista una causa que extinga el derecho; eliminando toda probabilidad de remoción arbitraria o injustificada (...)*"[15]. Lo anterior es una consecuencia lógica de la naturaleza propia de estos cargos, que no puedan contar con garantía de estabilidad, pues parte de la esencia de estos funcionarios es que sean de libre remoción.

Asimismo, otro elemento que define a este tipo de funcionarios es la confianza que existe entre el jerarca y el empleado, se considera que la misma refiere a condiciones subjetivas, personales, objetivas, atributos técnicos profesionales o incluso puede ser la simple afinidad ideológica lo que haga idóneo a una persona determinada para el ejercicio de un cargo de confianza[16].

No obstante, el libre nombramiento, potestad puramente discrecional, está sujeta a límites y es que sin duda el funcionario designado debe cumplir ciertos requisitos mínimos para el correcto desempeño de funciones, verbigracia requisitos de preparación académica o bien de experiencia[17]. Así para ejemplificar lo anterior, se tiene que un puesto de chofer, aunque sea de confianza, no podría nombrarse a una persona que carezca del permiso de conducir o bien en un puesto de asesor jurídico no se podría nombrar a una persona que no tenga los requisitos académicos necesarios, allí es donde encuentra cierto límite la potestad discrecional de libre nombramiento.

Por otra parte, también este tipo de funcionarios se caracteriza por tener una jornada de trabajo diversa, en donde incluso podrían flexibilizarse las garantías mínimas que sobre el particular constitucionalmente están establecidas[18], por cuanto el mismo texto de la Carta Fundamental prevé que bajo circunstancias de excepción tales mínimos no apliquen, y es el Código de Trabajo que incluye dentro de esa lista a los funcionarios de confianza[19].

Por lo anterior, se puede concluir que efectivamente los funcionarios de confianza en el sector público costarricense tienen características propias que los definen en relación a la naturaleza misma de su cargo y podríamos afirmar que la de mayor relevancia y que los define es su libre nombramiento y remoción.

2.3 Tipos de responsabilidad a los que están sujetos los funcionarios de confianza

Los funcionarios públicos de confianza, al igual que todos los funcionarios públicos[20], están sujetos a la correspondiente responsabilidad civil, penal y administrativa[21], y en algunos casos, los más altos funcionarios de confianza están también sometidos a la responsabilidad política[22], un ejemplo de ellos son los Ministros de gobierno.

Ahora bien, a continuación se va a definir brevemente en esta sección cada una de las responsabilidades a las que están sujetas dichos funcionarios.

15 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 8232-2000.
16 Procuraduría General de la República C-99-2008.
17 Procuraduría General de la República C-180-2006.
18 Véase numeral 58 de la Constitución Política de Costa Rica "(...) La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de lo sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley.(...)".
19 Véase numeral 143 del Código de Trabajo.
20 "(...) La responsabilidad es un concepto legal y moral. Es una obligación inseparable del ejercicio de toda función pública y privada. Hay tres clases de responsabilidad: civil, penal y administrativa. La primera deriva del principio general de Derecho de que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a repararlo. La responsabilidad penal es consecuencia de la comisión de delitos tipificados en el Código Penal, y se manifiesta en la aplicación de las sanciones previstas en el mismo Código y en leyes conexas. La responsabilidad administrativa sobreviene por faltas cometidas en el desempeño del trabajo según las leyes y reglamentos respectivos. (...)".Ver DERMISAKY PEREDO P. La responsabilidad de los servidores públicos. Revista Boliviana de Derecho, núm. 13, enero, 2012, pp. 10-21 Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia. http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539910002.pdf
21 Véase Art. 108 Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos de la República, Art.199 al 213 de la Ley General de la Administración Pública.
22 "(...) la responsabilidad política aparece como la contrapartida necesaria del principio representativo. En efecto, sistema representativo y responsabilidad política están profundamente vinculados, especialmente en aquellos que no separan tajantemente los poderes del Estado. En éstos la legitimidad democrática del sistema se basa en el carácter representativo de los poderes directores del Estado. Pero, esa legitimidad viene necesariamente acompañada de la obligación de responder de sus acciones ante el electorado. Directamente, en el caso del poder legislativo (elecciones generales libres y periódicas) o indirectamente, en el caso del poder ejecutivo (ante la asamblea representativa) a través de la responsabilidad política (...)".Ver Bustos Gisbert R. La responsabilidad política del gobierno: ¿Realidad o ficción?. Editorial COLEX, Madrid, 2001.Pág. 14.

Para hablar de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos es indispensable referir a la potestad disciplinaria, la cual surge como consecuencia directa de la relación entre el funcionario y el Estado, consolidándose como una facultad de este último para asegurar el comportamiento esperado en el ejercicio de la función pública. María Concepción RAYÓN BALLESTEROS sobre el particular explica *"(...) En términos generales podemos definir el derecho disciplinario como la piedra angular sobre la que debe descansar el comportamiento ético de los servidores públicos. La potestad disciplinaria encuentra su justificación en la relación de poder a que se encuentra sometido, de forma voluntaria, el funcionario y cuya máxima sanción es la separación del servicio, con la consiguiente pérdida de la condición de funcionario (...)"*[23].

Es decir, para hablar del ejercicio de la potestad disciplinaria se requiere la existencia de una relación de servicio, pues de lo contrario no podría operar esta potestad, tema el cual hay que reconocer que no es del todo pacífico. En el caso costarricense el Tribunal Contencioso Administrativo[24] ha reconocido como indispensable la existencia de la relación de servicio para que se pueda ejercer la potestad disciplinaria, no obstante hay quienes consideran que dicho requisitos no es indispensable[25].

Ahora bien, otro aspecto importante es cuestionar si el concepto de potestad disciplinaria y sancionadora resultan ser sinónimos o bien se trata de conceptos diferentes. Desde nuestra óptica consideramos que sí debe entenderse como conceptos diferentes[26], pues efectivamente la potestad disciplinaria refiere al *ius poniendi* del Estado[27] en relación con los servidores públicos, mientras que la potestad sancionadora refiere a una facultad legal o constitucional que se le da un órgano específico que ejerce dicha facultad no sólo contra funcionarios de toda la administración pública sino incluso contra personas externas a la administración pública. Un ejemplo de lo anterior es el ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, en adelante CGR, la cual se puede ejercer incluso contra ex funcionarios[28]. Sin embargo, es justo reconocer que en múltiples ocasiones se utilizan indistintamente como sinónimos, pese a la importancia de su diferenciación.

Sobre el particular, de manera acertada, Magally HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ explica que *"(...) no debe confundirse la potestad sancionadora con la potestad disciplinaria, pues la primera es el género y la segunda la especie. // La potestad disciplinaria supone una subordinación del funcionario a un superior, superior jerárquico. Así que el poder disciplinario es una manifestación del poder jerárquico (...) las sanciones a funcionarios públicos pueden provenir no sólo de su superior jerarca (...) De modo que podemos afirmar que el superior jerárquico NO es el único que tiene competencia para sancionar a un funcionario público, sino que, órganos no jerárquicos como lo sería la CGR y TSE, también han sido dotados de potestades sancionadoras (...) relacionadas con la materia de su competencia y la atribución de tal potestad ha sido por disposición legal, y sustento constitucional (...)"*[29].

23 Ver Rayón Ballesteros M.C. Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la Administración. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVIII (2015) 131-158/ ISSN: 1133-3677. Ver https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiinYHmlNrUAhWDNz4KHdSCD0cQFghLMAY&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5009640.pdf&usg=AFQjCNFJI0W7UWUOfo1EZFaMS2547cGxJA Consultado el 25 de junio de 2017.

24 Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, sentencia n.° 147-2011.

25 En el caso de Costa Rica la Corte Plena procedió a sancionar administrativamente a un ex magistrado, el encausado acudió al Tribunal Contencioso Administrativo y se declaró con lugar la demanda del señor ex magistrado Moisés Fáchler por cuanto el Tribunal Contencioso consideró que el ejercicio de la potestad disciplinaria sólo procede cuando existe una relación de servicio y se condenó al Estado a pagarle al señor Fáchler, por concepto de daño moral, el monto de diez millones de colones, importante que el tema está pendiente de resolución ante la Sala de Casación.

26 Sobre el particular la Sala Constitucional de Costa Rica se ha pronunciado en relación a la potestad sancionadora de la CGR indicando que *"(...) la facultad sancionadora reconocida a este órgano constitucional no deriva de una relación jerárquica o de orden laboral; es decir, no son sanciones disciplinarias las que ejercita, sino la facultad de vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública (...)*". Ver sentencia n.° 13140-2003.

27 Ver IVANEGA M. La responsabilidad de los funcionarios públicos. Esta obra forma parte del aservo de la biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/miriam_ivanegas.pdf Consultado el 10 de mayo de 2017.

28 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 13140-2003 *"(...) la facultad sancionadora reconocida a este órgano constitucional no deriva de una relación jerárquica o de orden laboral; es decir, no son sanciones disciplinarias las que ejercita, sino la facultad de vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública (...)".*

29 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ M. Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: La Constitución como control de la actividad administrativa. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica, 2014. Pág. 126 y 127.

Por otra parte, cabe rescatar la trascendencia de la potestad sancionadora para el Estado de Derecho, Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ sobre el particular comenta *"(...) Por ello el Estado tiene la potestad de imponer sanciones a las personas, funcionarios o empresas, cuando se incumplan las normas establecidas por el propio poder ejecutivo, como requisito esencial para garantizar el estado de Derecho y el sometimiento pleno a la Ley. Por tanto la Potestad Sancionadora también se concibe como mecanismo para controlar que las normas no nazcan muertas y que se cumplan por sus destinatarios, contribuyendo así al fortalecimiento del Estado de Derecho. (...)"*[30]

Ahora bien, en relación a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos es la misma que tienen todos las personas si cometen un ilícito que esté previamente tipificados como tal[31], con la salvedad que existen a nivel de códigos penales delitos funcionariales específicos que sólo se pueden cometerse por un funcionario público.

Asimismo, los funcionarios de confianza sin duda alguna, están sujetos también a la responsabilidad civil, entendida esta como la obligación que surge de un funcionario público cuando por dolo o culpa grave lesiona a la administración o a un tercero, sobre el particular Miriam Mabel IVANEGA explica que en realidad la responsabilidad civil debe separarse de la patrimonial, concretamente indica "*(...) Se deriva del comportamiento -doloso o culposo- del funcionario, del cual se deriva un daño o perjuicio a terceros ajenos a la administración. // El "sujeto lesionado" es el parámetro que permite diferenciarla de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto: la civil atiende a la reparación a los terceros, mientras que la patrimonial el sujeto dañado es la administración. (...)*"[32].

Finalmente, nos encontramos otro tipo de responsabilidad, la política, que se abstrae de los reproches estrictamente jurídicos y entra al campo de lo moral y ético, tiene relevancia a nivel de los más altos cargos de la administración pública y tiene la particularidad de ser ejercida por el órgano parlamentario, sobre el particular Daniel BARCELÓ ROJAS explica que *"(...) La esencia del concepto de "responsabilidad política" es el deber de todo individuo investido de autoridad pública con respecto a otros, los gobernados, que en un sistema democrático representativo delegan en forma condicionada el poder de gobernar. De este núcleo se desprenden diversos deberes muy concretos para los gobernantes, pero varían según el órgano del gobierno que ejerce la autoridad. La "responsabilidad política" se extiende sin excepción a todos los mandos superiores del gobierno del Estado (...) La existencia de la responsabilidad política de todos los funcionarios de los órganos del Estado es un elemento esencial que define al sistema político: si existe, el sistema político es democrático; si no existe, el sistema político es autoritario (...)"*[33].

En síntesis, es evidente que los funcionarios de confianza, al igual que el resto de funcionarios de la administración pública, están sujetos a todos los tipos de responsabilidad, su régimen de confianza no trae consigo un fuero de irresponsabilidad de ningún tipo.

3. Potestad sancionadora de la Contraloría General contra los funcionarios de confianza en el sector público costarricense

En este segundo capítulo se aborda el tema de la potestad sancionadora de la CGR contra los funcionarios de confianza en el sector público costarricense, en el entendido, tal y como se estudió supra, que una característica esencial de estos es su libre remoción por parte del jerarca. Por consiguiente, se pretende dar luces cuando se presenta una recomendación vinculante por parte del Órgano Contralor a efectos de que se proceda a la remoción de un funcionario que ejerce funciones bajo este régimen.

30 SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z. La potestad administrativa sancionadora: La tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho. Op. Cit. Pág. 97.
31 CANDA F. Responsabilidad Penal de los agentes de la Administración Pública. Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 2001.
32 Ver IVANEGA M. La responsabilidad de los funcionarios públicos. op.cit.
33 Ver BARCELÓ ROJAS D.A. La responsabilidad política en el sistema presidencial estatal mexicano. Un análisis conceptual. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultado el 9 de enero de 2017. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/6.pdf

3.1 Fundamento Constitucional de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República

La CGR es un órgano creado directamente por la Constitución Política de 1949 y con funciones otorgadas desde la Carta Fundamental, lo que hace que se erija como un órgano de relevancia constitucional que tiene como función primordial el resguardo de la Hacienda Pública[34], lo cual sin duda se establece como una garantía a favor de todos los ciudadanos de que los fondos públicos recaudados sean utilizados para los fines legalmente establecidos[35]. Ergo, la CGR naturalmente es el órgano de control de los fondos públicos.

Asimismo, el Órgano Contralor fue concebido por el constituyente[36] como un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, no obstante, la misma Carta Magna lo dotó de absoluta independencia funcional y administrativa en el ejercicio de sus funciones[37]. Lo cual tienes una razón fundamental de ser, y es que se trata de un órgano de control que para el efectivo ejercicio de sus funciones debe estar blindado de independencia funcional para evitar cualquier intromisión del ámbito político.

Ahora bien, la pregunta que naturalmente surge es ¿qué se entiende por Hacienda Pública? y además ¿por qué motivo ello está ligado a la potestad sancionadora de los funcionarios públicos?

La Sala Constitucional en su jurisprudencia[38] ha desarrollado qué engloba el concepto de Hacienda Pública, desmembrándolo y concluyendo que básicamente engloba dos componentes, uno objetivo y otro subjetivo. En su momento indicó el alto Tribunal que la potestad sancionadora de la CGR se enmarca dentro del componente objetivo de la Hacienda Pública, de ahí el fundamento constitucional de dicha competencia otorgada al Órgano Contralor.

Puntualmente la jurisprudencia constitucional ha sido categórica al indicar que *"(...) la responsabilidad de los funcionarios públicos constituye uno de los componentes objetivos de la Hacienda Pública, el cual se encausa mediante atribuciones necesarias y suficientes, que le permiten al órgano contralor emitir órdenes y disposiciones de acatamiento obligatorio, tramitar investigaciones e instruir sumarios administrativos, así como recomendar la imposición de sanciones contra quienes lesionen la Hacienda Pública. Por tanto, la potestad de la CGR para realizar procedimientos administrativos y exigir la aplicación de sanciones – cuando las circunstancias y el interés público así lo requieran –, encuentra asidero en las normas que regulan la competencia, actividad, relaciones, procedimientos, responsabilidades y sanciones derivadas de la fiscalización que la Constitución Política le encarga al órgano contralor (...)"*[39].

Así también, en múltiples ocasiones se ha cuestionada la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la CGR, no obstante siempre la misma ha sido respaldada

34 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ M. Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: La Constitución como control de la actividad administrativa. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica, 2014. Pág. 129.

35 *"(...) La Contraloría General de la República es un órgano constitucional del Estado, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus funciones, que ejerce una labor de fiscalización sobre las actuaciones de los componentes de la Hacienda Pública como una garantía frente a la ciudadanía, en procura de que se logre alcanzar los fines sociales para los cuales se recaudan los recursos públicos. Así, conforme los numerales 183 y 184 de la Constitución Política y las disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley No. 7428 del 07 de septiembre de 1994) (en adelante LOCGR), se le confía a la Contraloría General el Ordenamiento de Control y Fiscalización Superior de la Hacienda Pública, cuyo núcleo duro funcional reside en el conjunto de potestades y normas atinentes al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y – destacándolo con especial énfasis en lo que interesa a esta acción – la responsabilidad de los funcionarios públicos. (...)".* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 1780-2015.

36 Véase artículo 183 de la Constitución Política de Costa Rica.

37 *"(...) La autonomía que le garantiza la Constitución a la Contraloría General de la República se circunscribe al ejercicio de su competencia exclusiva; pero no puede entenderse restrictivamente, para concluir que en otros aspectos técnicos, esté absolutamente aislada del Poder del Estado del que es auxiliar(...)".* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 2430-1994.

38 "(...) // IV.- ***COMPONENTES SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA HACIENDA PÚBLICA.*** (...) / En aras de hacer efectiva la competencia de vigilancia de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República y, más concretamente, de las normas jurídicas y técnicas sobre la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidad y sanciones de los funcionarios públicos que intervengan en un eventual y presunto manejo irregular, indebido o impropio de los fondos públicos, su ley orgánica habilita o faculta, expresa e inequívocamente, a ese órgano para realizar auditorias (sic) (financieras, operativas o especiales) o incoar procedimientos o sumarios administrativos sobre los sujetos pasivos (órganos y entes públicos) y sus funcionarios o agentes públicos (artículos 21 y 22)(...)". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 2199-2004.

39 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 1780-2015.

por parte del Tribunal Constitucional[40] por considerarse que tal facultad emana directamente desde la Constitución Política y que puede ser ejercida contra cualquier funcionario de la administración pública, incluidos los de elección popular[41].

Por lo anterior, no cabe duda que la potestad sancionadora que ostenta el Órgano Contralor se consagra en el ordenamiento jurídico costarricense como una garantía para los administrados de la buena utilización de los fondos públicos, la cual encuentra su justificación desde la Carta Fundamental.

3.2 Ejercicio de la potestad sancionadora y la ejecución de la recomendación vinculante de despido dada por la Contraloría General contra funcionarios de confianza en el sector público costarricense

Tal y como se indicó supra, la CGR ostenta la potestad sancionadora contra los funcionarios públicos e incluso, bajo ciertos supuestos, contra sujetos privados. No obstante, hay que partir de una premisa esencial, siendo esta que el fundamento de esta potestad no reside en una facultad de orden disciplinaria o jerárquica, sino que tiene su génesis en las competencias de vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública[42].

Esta potestad sancionadora se basa en la posibilidad que ostenta la CGR de instruir un procedimiento administrativo, el cual tiene como consecuencia, si se comprueban las faltas intimadas, que el Órgano Contralor emita una recomendación vinculante para que el superior jerárquico sancione al funcionario hallado culpable[43].

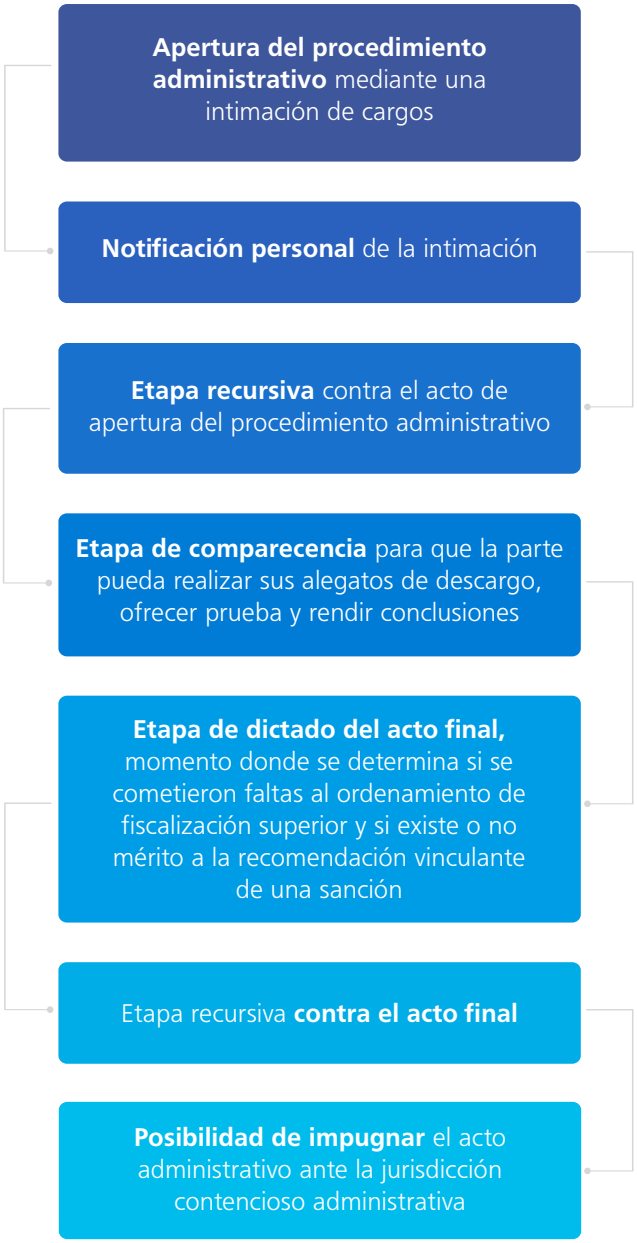
40 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 2398-91, 0660-92, 3607-94, 0016-95, 2632-95, 4284-95, 5119-95, 0998-98, 9524-99, 3027-00, 2000-6326, 2001-4835, 13140-2003 y 8493-2006.

41 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 3904-2004 *"(...) esa facultad de la Contraloría deriva de los numerales 183 y 184 de la Constitución Política, motivo por el cual, no puede estimarse que constituya una invasión de la autonomía conferida a las instituciones autónomas en su gestión, en tanto la facultad sancionatoria reconocida a éste órgano constitucional no deriva de una relación jerárquica o de orden laboral; sino de la facultad, deber de vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública, de donde, no asume funciones de la administración activa, por cuanto su actuación es consecuencia lógica y necesaria de su competencia constitucional asignada; b) que la facultad impugnada se concreta como consecuencia de la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario sancionador, en el que se dan pleno respeto y cumplimiento de las garantías del debido proceso (...) de manera que la potestad de emitir una recomendación vinculante, nace y se concreta, únicamente cuando la Contraloría tenga por acreditada la infracción de las normas que integran el ordenamiento hacendario o de control y fiscalización (normas y principios constitucionales de la contratación administrativa y de la elaboración y ejecución del presupuesto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley de Control Interno), o cuando constate una lesión a la Hacienda Pública; c) que la sanción no la aplica la Contraloría General de la República, sino el superior jerárquico del servidor incumpliente; quien, a su vez, puede formular una gestión de revisión (artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República) ante la Contraloría General de la República, en caso de no estar de acuerdo con la recomendación; y d) que la facultad de investigación de la Contraloría se limita al ámbito de su competencia, sea el manejo y administración de la Hacienda Pública, únicamente. Asimismo, debe considerarse que la autonomía de que gozan las instituciones autónomas no es ilimitada, en tanto el propio artículo 188 de la Constitución Política las sujeta a la ley en materia de gobierno, de donde, están sujetas a la tutela administrativa, que se manifiesta a través de la planificación, directrices, y por supuesto, a los controles previstos en la propia Carta Fundamental para el manejo de los fondos públicos, cuyo órgano constitucional encargado para tal tarea es la Contraloría General de la República -artículos 183 y 184-. Caso contrario, es decir, dejar la potestad de establecer si hubo infracción o no, en materia tan esencial, a la total diversidad de órganos administrativos y no a la Contraloría General de la República, sería una lesión a la Constitución misma. Por ello, la competencia impugnada, lejos de desbordar el ámbito natural de las funciones que la Constitución Política le otorga a la Contraloría General de la República, es congruente con ella, de manera que la pretensión de eliminar la facultad de la Contraloría General de la República para investigar y sancionar a los servidores públicos que administran fondos públicos, es inadmisible, porque disminuye o hace desaparecer la competencia que por mandato constitucional se le reconoce a este órgano constitucional; lo cual, más bien atentaría contra la propia Constitución Política (...)".*

42 Ver HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ M. op. cit. Pág. 129.

43 Artículo 68.- *Potestad para ordenar y recomendar sanciones. La Contraloría General de la República, sin perjuicio de otras sanciones previstas por ley, cuando en el ejercicio de sus potestades determine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en esta Ley o ha provocado lesión a la Hacienda Pública, recomendará al órgano o autoridad administrativa competente, mediante su criterio técnico, que es vinculante, la aplicación de la sanción correspondiente de acuerdo con el mérito del caso. La Contraloría formará expediente contra el eventual infractor, garantizándole, en todo momento, un proceso debido y la oportunidad suficiente de audiencia y de defensa en su favor. // La autoridad competente del sujeto pasivo requerido deberá cumplir, dentro del plazo que le establezca la Contraloría, con la recomendación impartida por esta; salvo que, dentro del término de ocho días hábiles contados a partir de la comunicación del acto, se interponga una gestión de revisión, debidamente motivada y razonada, por parte del jerarca del sujeto pasivo requerido. En este caso y una vez resuelta la gestión indicada, deberá cumplir, sin dilación, con lo dispuesto en el pronunciamiento técnico jurídico final de la Contraloría, so pena de incurrir en el delito de desobediencia, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en esta Ley. // La expiración del plazo fijado por la Contraloría General de la República para que el sujeto pasivo imponga la sanción ordenada, no hará prescribir, por sí, la responsabilidad del servidor ni caducar el derecho del sujeto pasivo a imponer dicha sanción, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en esta Ley. // El derecho de la Contraloría General de la República a ejercer, en el caso concreto, la potestad para recomendar u ordenar la aplicación de sanciones prescribirá en el término de dos años contados a partir de la iniciación del expediente respectivo. // El inicio del expediente se entenderá con la orden de la oficina competente de la Contraloría para comenzar la investigación del caso, en relación con determinados servidores.*

El Órgano Contralor reguló el ejercicio de esta potestad sancionadora, determinando que la misma se ejerce mediante un procedimiento administrativo ordinario en donde se le garantice ampliamente el debido proceso al encausado[44], procedimiento que debe cumplir siempre las siguientes etapas:



Por otra parte, hay que tener claro que al tratarse de una potestad sancionadora que tiene sustento constitucional en la protección de la Hacienda Pública, carece de interés distinguir entre los diversos tipos de funcionarios, sean estos de carrera, elección popular o incluso de confianza, pues todos estarían igualmente sometidos al control de la CGR y al principio de responsabilidad que se encuentra permeado en el texto constitucional, donde inclusive puntualmente el numeral 11 de la Carta Fundamental es preciso al indicar que todos los funcionarios públicos, sin hacer distinción alguna en razón de su nombramiento, son simples depositarios de la autoridad y por consiguiente responsables.

Bajo esta misma línea de argumentación el Órgano Contralor ha manifestado que *"(...) El principio de responsabilidad en el ámbito de la "cosa pública", está estrecha e implícitamente vinculado con el principio de legalidad regulado en el artículo 11 de la Constitución Política, con lo que el ejercicio del poder se objetiviza al estar sometido al derecho, de tal suerte que los funcionarios públicos de todo nivel en el ejercicio de sus funciones, están sujetos a dicho principio y vinculados por el juramento constitucional previsto en el artículo 194 de la Carta Magna, en virtud del cual se obligan a "(...) observar y defender la Constitución y las leyes de la República (...)"*[45].

Por su parte y sobre el particular la Sala Constitucional ha considerado lo siguiente: "*(...) siendo indiscutible la potestad sancionadora de la CGR, conviene ahora precisar, que el sujeto pasivo que puede ser objeto de sanciones por parte de la CGR es muy amplio, abarcando desde servidores públicos en sentido amplio hasta personas físicas y jurídicas privadas. En concreto sobre los funcionarios municipales, estos también están pueden ser sujetos pasivos, y por tanto, objeto de sanciones por parte de la CGR, lo cual, en nada vulnera la autonomía de gobierno de los Gobiernos Locales (...)"*[46].

De lo anterior se concluye por lo tanto que, el espectro de acción de la potestad sancionadora de la CGR debe interpretarse en sentido amplio y ello por cuanto su fundamento es la protección de la Hacienda Pública.

44 Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinarias y anulatorias en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República R-2-2011-DC-DJ. https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/jaguar/Documentos/normativa/reglamentos/RESOLUCION-R-DC-199_potestades.pdf

45 Contraloría General de la República de Costa Rica, oficio n.° 4343-2005.
46 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencias n.° 1780-2015 y 8920-2009.

En el caso en concreto de estudio, si bien la premisa elemental de los cargos de confianza reside en su libre nombramiento y remoción, también es lo cierto que toda potestad está sujeta a límites y que tampoco hay que perder de vista que tales funcionarios de confianza son a su vez funcionarios públicos sujetos al principio de legalidad y a la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Así pues, sería contrario a los principios democráticos considerar que un funcionario público en razón de su modo de designación por criterios de confianza estuviese exento de controles, fiscalización y eventualmente de responsabilidad si existiese mérito para ello.

Sobre el particular, la Sala Constitucional ha precisado, para el caso de los Ministros de Gobierno, funcionarios de confianza por excelencia, que *"(...) Sin embargo, dicha relación de confianza no le permite al Presidente de la República mantener a sus Ministros en su cargo a costa de la violación de las disposiciones legales vigentes. En efecto, el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno se encuentran sujetos al principio de legalidad –artículo 11 constitucional- lo que produce su sujeción a todo el bloque de legalidad. La discrecionalidad que la Constitución le atribuye al Presidente no le permite obviar el contenido de las disposiciones legales que tienen por fin el aseguramiento de la imparcialidad de los miembros del Poder Ejecutivo. Así, de llegar a acreditarse que un Ministro incurre en un supuesto de incompatibilidad –en el tanto se considere razonable- el Presidente de la República deberá removerlo de su cargo, con la finalidad de asegurar el desempeño objetivo e imparcial de la Administración (...)"*[47].

Ahora bien, resulta necesario hacer una distinción importante entre los Ministros de Gobierno que su régimen de confianza está plasmado a nivel constitucional donde concretamente se indica que son de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República[48] y el resto de funcionarios de confianza del sector público que su nombramiento está regulado por normas legal o bien en muchos casos infralegal.

En cuanto a los primeros, es evidente que hay una reserva constitucional en cuanto a su nombramiento y remoción, lo cual obliga a la CGR ha realizar un matiz y diferenciación. Concretamente el Órgano Contralor concluyó que *"(...) No obstante, cabe destacar que el artículo 2º párrafo segundo de la Ley Nº 7428 dispone que las decisiones de la Contraloría General se encuentran sometidas a la Constitución Política, de ahí que si bien la Contraloría General puede emitir órdenes y disposiciones, realizar una investigación susceptible de ser documentada en una Relación de Hechos, y llevar a cabo un eventual procedimiento administrativo en contra de un Ministro de Gobierno, estimamos que la potestad discrecional que le atribuye la Constitución Política al Presidente de la República para nombrar y remover libremente a los Ministros de Gobierno, impide al Órgano Contralor dirigirle a aquél al amparo del artículo 68 de la norma legal antes relacionada, una recomendación de carácter vinculante tendente a la imposición de una sanción contra alguno de sus Ministros, incluida eventualmente su remoción. //Dicho de otra manera, una competencia constitucionalmente atribuida a un órgano, como la que posee el Presidente de la República para nombrar y remover libremente a los Ministros de Gobiernos, constituye una prerrogativa y responsabilidad que sólo a éste compete, no siendo posible sustituir su voluntad por la de otro órgano, de tal suerte que una interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley Nº 7428 conforme a la Constitución Política, significa que la recomendación que se llegue a emitir no puede ser de carácter vinculante. (...)"*[49].

Consecuentemente, nada impide a la CGR el instaurar un procedimiento administrativo sancionatorio contra un Ministro de Gobierno[50], no obstante este va a tener la

47 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 385-1993.

48 Constitución Política de Costa Rica Art. 139 inciso 1).

49 Contraloría General de la República, oficio n.° 4343-2005.

50 Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública Art. 40 *"(...) Artículo 40.-Competencia para declarar responsabilidades. Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. La Contraloría General de la República también será competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la entidad respectiva, en forma vinculante, la aplicación de la sanción que determine, cuando el caso verse sobre actuaciones regidas por el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 43 de esta Ley, en cuyo caso la Contraloría General de la República procederá conforme se indica. // Toda responsabilidad será declarada según los principios y procedimientos aplicables, con arreglo a los principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública y se les asegurarán a las partes las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, sin perjuicio de las medidas cautelares necesarias. // En todo caso, la Contraloría General de la República deberá denunciar ante las autoridades judiciales competentes, los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan considerarse constitutivos de delitos.(...)" y Art. 43 "(...) Artículo 43.-Responsabilidad de los miembros de*

particularidad de que lo resuelto en dicho procedimiento se trata de una mera recomendación, donde se pierde el carácter vinculante de la misma, pues de lo contrario contravendría el derecho a la constitución exigirle al Presidente de la República el despido de un Ministro de Gobierno[51], ya que, se insiste, se trata de una potestad constitucionalmente concedida.

En cuanto al resto de funcionarios de confianza del sector público costarricense, en donde su régimen no es regulado por la Carta Fundamental sí que sería aplicable la recomendación vinculante dispuesta por el Órgano Contralor en el ejercicio de funciones tan relevantes como la protección de la Hacienda Pública.

En otras palabras, si después de que la CGR instruye un procedimiento administrativo contra un funcionario sujeto a un régimen de confianza y se concluye, posterior a una amplia garantía del debido proceso, que tal servidor cometió faltas al Ordenamiento de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública y consecuentemente, bajo un análisis de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, debe ser removido del cargo, dicha recomendación realizada por la CGR sí debe revestir el carácter de vinculante, independientemente del régimen al que esté sometido el funcionario, pues está de por medio la protección de valores superiores como es el manejo adecuado de los fondos públicos y en general la protección de la Hacienda Pública, con la única salvedad de que la potestad de nombramiento y remoción esté otorgada constitucionalmente.

4. Conclusiones

Una vez terminada la presente investigación se arribó a las siguientes conclusiones:

a. La responsabilidad de los funcionarios públicos tiene su origen en la Revolución Francesa en donde se sientan las primeras bases de que el poder público se encuentra también sometido al ordenamiento jurídico y por consiguiente es responsable.

b. En varios numerales de la Constitución Política de Costa Rica se ve reflejado el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, entendiendo que este es necesario e indispensable para el sostenimiento mismo del sistema democrático.

c. En el ordenamiento jurídico costarricense se pueden distinguir diferentes tipos de funcionarios públicos, atendiendo a un criterio en razón de su nombramiento, entre ellos están los funcionarios de carrera, los de elección popular y los de confianza, estos últimos siendo de libre nombramiento y remoción.

d. Los funcionarios de confianza tiene una serie de características propias que los distinguen de los demás funcionarios, dentro de las que están: a) Libre nombramiento y remoción. b) No gozan de garantía de estabilidad. c) La confianza con la jefatura es un elemento primordial en la relación, si la misma se rompe se puede acabar el vínculo. d) Poseen una jornada laboral diversa, muchas veces justificada en las labores propias que ejercen.

e. Los funcionarios de confianza, al igual que todo el resto de funcionarios públicos, están sometidos a los 3 tipos de responsabilidad, a saber, responsabilidad civil, administrativa y penal. No gozan de fuero alguno que los exima de asumir responsabilidad en ninguno de estos 3 ámbitos.

---

los Supremos Poderes. En caso de que las infracciones previstas en esta Ley sean atribuidas a diputados, regidores, alcaldes municipales, magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones, ministros de Gobierno, el contralor y subcontralor generales de la República, defensor de los habitantes de la República y el defensor adjunto, el regulador general y el procurador general de la República, o a los directores de las instituciones autónomas, de ello se informará, según el caso, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Gobierno, la Asamblea Legislativa o al presidente de la República, para que, conforme a derecho, se proceda a imponer las sanciones correspondientes.(...)"

51 Procuraduría General de la República, oficio n.° OJ-155-1999: *"(...) Teniendo como parámetro lo anterior, no es jurídicamente acorde con nuestro Ordenamiento Jurídico el que la Asamblea Legislativa pueda separar a dichos funcionarios si no se reforma en primer lugar lo pertinente en la Constitución Política. // Es claro entonces que,"(...) el artículo 139 constitucional, inciso 1), atribuye una competencia "exclusiva" al Presidente para remover "libremente" a los Ministros (por "libremente" debe entenderse cuando no se esté en el supuesto del artículo 112 constitucional), cabe concluir que cualquier criterio de carácter vinculante para el Presidente, en orden a la permanencia del Ministro en el Gabinete, constituye una invasión en la esfera jurídicamente reservada por la Constitución, ya que ese criterio vinculante impide al Presidente valorar la permanencia o no del Ministro. Como se indicó, el nombramiento y remoción de los Ministros son actos de naturaleza política y de carácter discrecional, pero en el tanto en que la ley regle causales de remoción, ésta pasa a ser considerada un acto reglado, lo que la desnaturaliza. Por demás, aparte del alcance de las atribuciones otorgadas al Presidente, cabe discutir si la Ley ordinaria puede reglamentar los actos constitucionales del Poder Ejecutivo, como tales directamente regulados y subordinados a la Constitución (...)".*

f. La CGR ostenta la potestad sancionadora la cual tiene fundamento constitucional en la protección de la Hacienda Pública, siendo que dicha función se enmarca dentro de lo que el Tribunal Constitucional ha considerado el elemento objetivo de la Hacienda Pública y que su fundamento y ejercicio no residen en la potestad disciplinaria sino en la vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública.

g. El Órgano Contralor ejerce la potestad sancionadora precedida de un procedimiento administrativo ordinario en donde se garantice ampliamente el debido proceso y el derecho de defensa. De existir mérito a la sanción, emite la CGR una recomendación vinculante a la administración correspondiente.

h. La premisa general es que los funcionarios de confianza, al igual que todos los servidores públicos costarricenses, no están exentos del control de la CGR y pueden ser incluso objeto de un procedimiento administrativo en donde se determine, después del cumplimiento del debido proceso, que las faltas cometidas contra el Ordenamiento de Fiscalización Superior dan mérito a una sanción de despido la cual, se insiste que como regla general, debe ser acatada por el jerarca, pues están de por medio valores elementales como el resguardo y protección de la Hacienda Pública.

i. Ahora bien, toda regla tiene su excepción, y hay que tener en cuenta que si el régimen de confianza es determinado por la Constitución Política se rompe la regla general indicada en el inciso anterior, pues en el supuesto que sea la Carta Fundamental la establezca el régimen de confianza la recomendación de despido de la CGR carecería de carácter vinculante, de lo contrario se estaría actuando a contra pelo de la Carta Magna, tal es el caso de los Ministros de Gobierno.

5. Referencias bibliográficas

Libros y Textos

ARÉVALOS REYES H. Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 1999.

BARCELÓ ROJAS D.A. La responsabilidad política en el sistema presidencial estatal mexicano. Un análisis conceptual. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultado el 9 de enero de 2017. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/6.pdf

BUSTOS GISBERT R. La responsabilidad política del gobierno: ¿Realidad o ficción?. Editorial COLEX, Madrid, 2001.

CANDA F. Responsabilidad Penal de los agentes de la Administración Pública. Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 2001.

DERMISAKY PEREDO P. La responsabilidad de los servidores públicos. Revista Boliviana de Derecho, núm. 13, enero, 2012, pp. 10-21 Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia. http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539910002.pdf

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). "*Democracia, Jueces y Control de la Administración*". Aranzadi S.A. Sexta Edición. España. 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ M. Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: La Constitución como control de la actividad administrativa. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica, 2014.

ISLAS COLÍN A. El servicio Público en el Derecho Francés. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/14.pdf visto el 19 de junio de 2017.

IVANEGA M. La responsabilidad de los funcionarios públicos. Esta obra forma parte del aservo de la biblioteca

virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/miriam_ivanegas.pdf Consultado el 10 de mayo de 2017.

JINESTA LOBO E. Tratado de derecho Administrativo. Tomo II. Biblioteca jurídica DIKE. Medellín. 2005. Pág. 51.

MÁRQUEZ RÁBAGO S. Estado de Derecho en México. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/13.pdf Consultado el 3 de agosto de 2017.

PICONE G.S. Los Órganos de Control del Sector Público Nacional y la Responsabilidad Patrimonial de los Funcionarios Públicos. Stiglitz G. Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Público. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2003, Pág. 90.

Rayón Ballesteros M.C. Responsabilidades de empleados públicos y altos cargos de la Administración. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVIII (2015) 131-158 / ISSN: 1133-3677.

Ver https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiinYHmlNrUAhWDNz4KHdSCD0cQFghLMAY&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5009640.pdf&usg=AFQjCNFJI0W7UWUOfo1EZFaMS2547cGxJA Consultado el 25 de junio de 2017.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z. La potestad administrativa sancionadora: La tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Volumen VI-2016.

Resoluciones y oficios

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 5207-2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 8232-2000.

Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia n.° 13140-2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 1780-2015.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 2430-1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 2199-2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 1780-2015.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 2398-91, 0660-92, 3607-94, 0016-95, 2632-95, 4284-95, 5119-95, 0998-98, 9524-99, 3027-00, 2000-6326, 2001-4835, 13140-2003 y 8493-2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 3904-2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencias n.° 1780-2015 y 8920-2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.° 385-1993.

Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, sentencia n.° 147-2011.

Procuraduría General de la República, oficio n.° OJ-155-1999.

Procuraduría General de la República C-180-2006.

Procuraduría General de la República C-99-2008.

Procuraduría General de la República C-180-2006.

Contraloría General de la República de Costa Rica, oficio n.° 4343-2005.

Normativa

Constitución Política de Costa Rica.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Código de Trabajo.

Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos de la República.

Ley General de la Administración Pública.

Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinarias y anulatorias en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República R-2-2011-DC-DJ. https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/jaguar/Documentos/normativa/reglamentos/RESOLUCION-R-DC-199_potestades.pdf

La potestad sancionadora de la Contraloría General de la República en relación con el contenido y alcance de la **sanción de prohibición de ingreso o reingreso** a cargos de la Hacienda Pública

Allan Obando Fernández[1]
allan.obando@cgr.go.cr

Sumario:

1. Introducción.
2. Naturaleza constitucional de la Contraloría General de la República, principio de legalidad y su aplicación en el ámbito de la potestad sancionadora. 2.1. Naturaleza constitucional de la Contraloría General de la República. 2.2. Algunos principios rectores y especial referencia al principio de legalidad. 2.3. Potestad sancionadora. 2.4. Principios del Derecho Penal aplicables a la potestad sancionadora administrativa.
3. Sanción de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública. 3.1. De la sanción de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública.
4. Conclusiones.
5. Referencias Bibliográficas.

1 Abogado, Licenciado en Derecho por la Universidad Fidélitas, Diplomado en Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca, Estudiante de la Maestría de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Ex funcionario del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Fiscalizador de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Potestad sancionatoria, fiscalización, Hacienda Pública, inhabilitación, idoneidad, corrupción, prohibición de ingreso o de reingreso, cargos de la Hacienda Pública.

Resumen: El artículo 72 la Ley n.º 7428 (Ley orgánica de la Contraloría General de la República de Costa Rica) señala "*Prohibición de ingreso o de reingreso del infractor. No podrá ser nombrado en un cargo de la Hacienda Pública quien haya cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, contemplado en esta Ley o contra la propiedad o la buena fe de los negocios*". Por otro lado nuestra carta magna señala en su artículo 192 lo siguiente *"Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobad (...)"*. El génesis del presente trabajo radica en esa relación especial que se da entre el artículo 72 la Ley n.º 7428 (Ley orgánica de la Contraloría General de la República de Costa Rica y la Constitución política, esto debido a que en la práctica se sanciona al investigado con la separación del cargo y se le impone una prohibición para ocupar cargos de la Hacienda Pública, entendiendo como tales, aquellos que conlleven en su función, la decisión, la disposición o cualquier otra labor concerniente a la utilización de los fondos públicos. Esta sanción se aplica al funcionario que se encuentre laborando al momento de establecer la sanción o, aquel que ya se encuentra fuera de la función pública, ya que la prohibición expresamente menciona el ingreso o reingreso a este tipo de cargos, ya sea en la misma administración o en una diferente.

Sin embargo, en una lectura rígida, este tipo de prohibición no sería aplicada ni podría hacerse efectiva sobre el funcionario que ostente un cargo que también siendo dentro del aparato administrativo del Estado, no tenga bajo su tutela la determinación, utilización o trámite con fondos públicos. Ahora bien, en los procedimientos administrativos -donde se impone ese tipo de medida- además de comprobar la culpabilidad y la gravedad de las conductas del funcionario sancionado, se evidencia la inidoneidad de este funcionario, lo cual se acredita en un procedimiento por demás garantista, con todas las posibilidades de defensa por parte del investigado. A pesar de lo anterior, si un funcionario es sancionado con la prohibición de ingreso a cargos de la Hacienda Pública por haberse demostrado su culpabilidad en los hechos investigados quedando comprobada su inidoneidad para el puesto que ocupa, puede estimarse que esto no lo imposibilita para regresar a un cargo público u optar por otro en el cual no se relacione con fondos públicos.

Este tipo de sanciones como la establecida en el cardinal 72 de la ley orgánica de la CGR, es aplicable en aquellos casos en los que las actuaciones del investigado son muy lesivas para la administración financiera del Estado, por tal razón se le prohíbe seguir siendo parte o pretender en un futuro determinado, formar parte de la fuerza laboral estatal, esto por haberse demostrado no ser un persona idónea ni proba dentro de la función pública. Por esta razón, en mi criterio y a la luz de lo que indica nuestra Carta Fundamental en el artículo 192, en el ámbito de la función pública el marco de acción dentro del cual sería factible la aplicación de esta sanción de prohibición debería incluir todos los cargos en la Administración. Lo anterior, por cuanto en este tipo de sanciones consideradas gravosas no se le debería permitir al funcionario sancionado ingresar o volver a otro puesto siempre dentro de la Administración, lo que llevaría a considerar que todo cargo público es en último término un cargo de la hacienda pública, dado que el numeral 192 constitucional establece que los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada. De lo contrario, ese carácter de idóneo para el cargo, desaparecería en el caso que se le permita a una persona, ser funcionario públicos, aún y cuando se haya comprobado la comisión de conductas lesivas al interés público y para el Estado.

1. Introducción

La ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Costa Rica (Ley n.º 7428), contempla dentro de su cuerpo normativo un artículo que llama mucho la atención por su ligamen al momento de ser aplicado, con lo estipulado por la propia Constitución Política de Costa Rica en su artículo 192. Analizaremos en primer punto la naturaleza constitucional de la Contraloría General de la República, desde los inicios de su creación

los textos de la comisión redactora del proyecto, así como la importancia que el legislador originario le dio a esta institución en la vigilancia y control de la Hacienda Pública.

Abordaremos un segundo punto referente al principio más importante dentro del Derecho Administrativo, el principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el artículo 11 de la carta magna y 11 de la Ley General de la Administración Pública de nuestro país. Su importancia dentro de la función pública, su obligatoriedad y sus principales funciones dentro del aparato administrativo a la hora de llevar a cabo actuaciones de toda índole y, la responsabilidad que podría generar su inobservancia, así como su función limitante dentro de la discrecionalidad de los actos administrativos.

Como tercer punto en desarrollo se abordará la potestad sancionadora que ostenta la Administración Pública, sus principales beneficios dentro del control público que realizan los órganos encargados de su aplicación, además la normativa que sustenta su aplicación dentro del mundo jurídico costarricense, las sanciones a imponer su naturaleza jurídica proveniente de esa separación de poderes que se da en el Estado.

Analizaremos en el cuarto apartado un tema relacionado con la potestad sancionadora administrativa, los principales principios propios del Derecho Penal pero que a través del tiempo y de la diversidad de casos se ha logrado integrar dentro del Derecho Administrativo Sancionador, sus diferencias y los principales retos que esto conlleva.

Finalmente, se abordará el tema medular de este trabajo, la sanción establecida en el numeral 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley n.º 7428), norma que establece una prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública, al funcionario que haya cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, o contra la propiedad o la buena fe de los negocios.

2. Naturaleza constitucional de la Contraloría General de la República, principio de legalidad y su aplicación en el ámbito de la potestad sancionadora

2.1 Naturaleza constitucional de la Contraloría General de la República

En nuestra Carta Magna de 1949 en su Título XIII, De la Hacienda Pública, Capítulo II, se establece a la Contraloría General de la República como aquella institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la Vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. Dentro del documento final de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de 1949, dentro de la exposición de motivos, se encuentra un enunciado llamado "La Contraloría General de la República", el cual indica "Como un departamento auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública y de la correcta ejecución del Presupuesto Nacional, pero con absoluta independencia funcional y administrativa se crea la Contraloría General de la República, institución que venía funcionando entre nosotros, desde la reforma constitucional de 1922 en la que se creó el Centro de Control. Este tipo de instituciones de control existen en casi todos los países sudamericanos como organismo constitucional, y hay algunos de ellos, como Panamá y Colombia, donde han llegado a tener tal relevancia que el Contralor General es considerado el segundo funcionario de la República, después del Presidente. Viene a ser, además, el necesario complemento para los principios consignados en relación con el Presupuesto Nacional."[2]

Dentro de la redacción de este proyecto llama la atención las atribuciones que dotan al Contralor y al Subcontralor de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes, sin perjuicio de la facultad de la Asamblea Legislativa para destituirlos, por votación no menor de las dos terceras partes del

2 Acta de la Asamblea Constituyente n.º162, de las catorce horas treinta minutos del 6 de octubre de 1949.

total de sus miembros, si se llegare a comprobar dolo, culpa o ineptitud en el ejercicio de sus funciones o mala conducta.

Dentro del cuerpo estructural de la Contraloría General se cuenta con un Contralor y un Subcontralor, ambos serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; podrán ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.[3] El Contralor y Subcontralor serán responsables ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones, y podrán ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o mala conducta. Dentro de los numerales 183 y 184 de nuestra Constitución Política, los constituyentes que promulgaron dicho cuerpo normativo crearon este órgano constitucional –la Contraloría General de la República- para garantizar al pueblo costarricense la fiscalización del manejo de la Hacienda Pública y que los recursos públicos se utilizarán para el fin público que debían cumplir.

El numeral 183 establece -entre otras cosas- que la Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. Al analizar dicho artículo puede dilucidarse que la Carta Magna del 49, establece que el fin público que debe cumplir la Contraloría es el de ejercer el control de la Hacienda Pública, además en cuanto al concepto de vigilancia de la Hacienda Pública, involucra la fiscalización, supervisión y control de todos los extremos, al ser una competencia natural de la Contraloría cualquier exclusión deliberada debe constar en forma expresa y clara y al mismo tiempo es una materia que se encuentra en la categoría de reserva de ley.

Señala la Sala Constitucional respecto de la Contraloría General, que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política se le ha delegado la importante función de la fiscalización superior, jurídica y financiera del manejo de la hacienda pública; de manera que se trata de una competencia dada por mandato constitucional, por lo que se ha indicado que se trata de una competencia que el legislador no puede desconocer, rebajar, disminuir, suprimir o atribuírsele a otros órganos públicos, sino que está en la obligación de reconocer a fin de no quebrantar las normas y principios constitucionales que rigen esta materia.[4] Es así como el constituyente del 49 estableció que la Contraloría General iba a tener su competencia por mandato constitucional, esto conlleva a que el legislador no puede desconocer, rebajar, disminuir, suprimir o atribuírsele a otros órganos públicos, sino que está en la obligación de reconocerlas para no quebrantar normas y principios constitucionales, se le pueden añadir funciones compatibles o conexas.

Señala el autor Ernesto Jinesta Lobo, que la Contraloría en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y que desarrolla su Ley orgánica, se encarga entre otras cosas de ejercer un control de legalidad en el manejo de los fondos públicos, dicha potestad la realiza en el ámbito de su competencia.[5] Por otro lado, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República[6], en su numeral 4, indica que ese órgano ejerce su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública con lo cual incluye a todo ente u órgano público y empresas públicas extendiéndose, incluso, a sujetos de Derecho privado cuando administren, custodien fondos públicos o reciban transferencias.

Ahora bien, el artículo 8 de la supra citada ley nos indica que la misma estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos, adicionalmente, el artículo 10, párrafo 1, del mismo cuerpo legal dispone que el ordenamiento de control y fiscalización superior comprende, entre otros aspectos,

3 Artículo 183, Constitución Política de la República de Costa Rica.

4 Sala Constitucional, resolución n.º 013926-2006, de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos, del 20 de setiembre de 2006.

5 Jinesta Lobo E. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General. 2da Edición ampliada y corregida, 2009, págs. 146 y 147.

6 Ley n.º 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

el conjunto de normas que regulan los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivadas de esa fiscalización o necesarios para éste. Así las cosas, si los funcionarios que en la gestión y disposición de los fondos públicos cometen alguna irregularidad, la Contraloría General de la República tiene una indeclinable e indiscutible competencia en la fiscalización y control de tales extremos, siendo que tales atribuciones lejos de quebrantar el Derecho de la Constitución lo ponen en práctica.

En aras de hacer efectiva la competencia de vigilancia de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República, tanto los procedimientos, la responsabilidad y las sanciones de los funcionarios públicos que intervengan en un eventual y presunto manejo irregular, indebido o impropio de los fondos públicos, su ley orgánica habilita a la Contraloría para realizar auditorías o incoar procedimientos o sumarios administrativos sobre los sujetos pasivos y sus funcionarios. Este órgano de fiscalización superior tiene competencias suficientes y absolutamente conformes con el Derecho de la Constitución para recomendarle al sujeto pasivo la aplicación de una sanción proporcionada al mérito del asunto, previa observancia del debido proceso y la defensa (artículos 39, 41 de la Constitución Política y 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Refuerza lo anterior, el hecho de que para que la Contraloría lleve en forma efectiva esta tarea, la propia Constitución Política en su artículo 24 le dota de una facultad especial, cual es la posibilidad de revisar los libros de contabilidad y sus anexos con fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos, facultad que se observa en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y que se desarrolla en el artículo 13.

Estas competencias tienen su origen en normas de rango constitucional, y están desarrolladas en leyes, tales como en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,[7] la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público,[8] la Ley de Control Interno[9] y la Ley de la Administración Financiera;[10] y en lo que respecta al control del presupuesto, contratación y recursos municipales, en el propio Código Municipal vigente;[11] y aún en normas reglamentarias, como el Reglamento sobre el funcionamiento de empresas estatales estructuradas como sociedades mercantiles, y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República, n.º R-DC-199-2011. Por todo ello, es que el órgano contralor puede realizar auditorías o instruir procedimientos administrativos necesarios, para determinar el cumplimiento de las normas jurídicas y financieras, así como establecer la responsabilidad de los funcionarios quienes hayan cometido alguna infracción o lesión a la Hacienda Pública, sus componentes o al ordenamiento de fiscalización y control, pero cuando dicho actuar ha sido atribuido de manera directa al funcionario que se investiga. Incluso, fue también definido por la Sala Constitucional,[12] que la Contraloría General de la República no sustituye a la Administración activa al imponer una sanción al funcionario o servidor público que haya infringido una norma del ordenamiento de control o fiscalización de la Hacienda Pública o le haya causado alguna lesión, aunque en el normal proceder de la Administración, el encargado de imponer y ejecutar la sanción es el órgano competente del sujeto pasivo, quien en último término es el que ejerce la potestad disciplinaria o sancionadora sobre el funcionario.

2.2 Algunos principios rectores y especial referencia al principio de legalidad

Los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico que regulan la potestad sancionatoria administrativa están establecidos en la Ley General de la Administración Pública, a partir del artículo 214, por su parte, el artículo 229 ídem, contempla la posibilidad de aplicar de forma supletoria otros principios que no estén expresamente establecidos en la normativa administrativa especial.

El profesor Alejandro Nieto alude a los principios que integran el Derecho Administrativo Sancionador refiriéndose básicamente a principios del Derecho Penal que han sido paulatinamente incorporados

7 Ley n.º 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
8 Ley n.º 6955, Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público.
9 Ley n.º 8292, Ley General de Control Interno.
10 Ley n.º 8131, Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.
11 Ley n.º 7794, Código Municipal.
12 Sala Constitucional, resolución n.º 8920-2009 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del 27 de mayo de 2009.

al ámbito administrativo, según Nieto, además del valor que las normas y principios penales tienen en la formación y aplicación analógica y complementaria del ordenamiento administrativo sancionador, su función más importante es la "integradora", ósea contribuir a la constitución de una disciplina jurídica y académica propia.[13]

En este sentido, como ejemplo, para poder determinar el grado de culpabilidad y la sanción que corresponde a un infractor en el Derecho Administrativo Sancionador, resulta ineludible emplear los principios jurídicos procesales: debido proceso, legalidad, imparcialidad, culpabilidad, non bis in idem, entre otros, sin embargo, debido a que el procedimiento administrativo requiere celeridad, ésta facultad sancionatoria cuenta con particularidades propias existentes en razón de su naturaleza ágil, por lo que no se trata de un proceso ultra garantista, como ocurre en el caso del proceso sancionatorio penal, pese a lo anterior, en la facultad sancionatoria de la Administración encontramos algunos de los principios rectores contemplados en el Derecho Penal, siendo entonces aplicables al Derecho Administrativo Sancionador.

Para el profesor Alejandro Nieto ya se superaron las etapas en las que se discutía *"si los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador"*[14], sin embargo se siguen presentando dudas sobre la determinación de cuáles principios van a ser aplicados y sobre todo de hasta qué punto van a ser aplicados. Lo que sí nos deja en evidencia el profesor Nieto en su obra, es que resulta claro que se trata de la aplicación de principios no de normas y mucho menos de textos, los que nos lleva a entender que ésta integración del Derecho Penal a la potestad administrativa sancionadora no busca aplicar al Derecho Administrativo Sancionador los artículos del Código Penal y las leyes penales especiales,[15] la jurisdicción administrativa se regirá por su propio código pero se busca la aplicación de estos principios en aquellos casos de lagunas jurídicas o a falta de complemento o integración de una norma que pudiera resultar laxa al momento de ser aplicada a un caso específico.

Considera la profesora Belén Marina Jalvo que es indudable que existen algunas afinidades entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, pues ambos son manifestaciones del poder punitivo público.[16] Dentro de estos principios rectores podemos citar como los más recurrentes los siguientes:

El principio de legalidad, también conocido como *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, establece que será reserva de ley el establecimiento de las sanciones administrativas, lo que implica que solamente mediante la ley será posible alterar la esfera jurídica de los administrados con la creación de nuevas infracciones y sus correspondientes sanciones.

El principio de tipicidad, que conocemos como una derivación o acepción más del principio de legalidad, implica que las acciones o conductas reprochables como infracciones administrativas y su correspondiente sanción, deberán estar clara y expresamente determinadas por la ley, aunque en el ámbito de responsabilidad administrativa no aplica con la misma rigidez que corresponde a la materia penal.

El principio de culpabilidad, al igual que en el caso de la materia penal, involucra conceptos como el dolo, la culpa grave o negligencia en la acción sancionable.

Finalmente, el principio de proporcionalidad de las sanciones, al igual que a los anteriores, emana de principios preexistentes, en este caso, del "principio de proporcionalidad de las penas" formulado en el Derecho Penal. Este principio corresponde al derecho de que la sanción que se aplica deberá ser proporcional a la infracción que se cometa.

Ahora bien sobre el principio de legalidad el Profesor Jinesta nos indica *"Para las autoridades e instituciones Públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado de forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado"*.[17] El autor Jinesta en su Tratado de Derecho Administrativo nos da una clara idea de los alcances y limitaciones

13 Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Quinta edición, 2012, pág. 131.

14 Op.cit. pág. 132
15 Op.cit. pág. 132.

16 Marina Jalvo, Belén. El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos. Segunda Edición, 2001, pág. 104.
17 Jinesta Lobo E. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General. 2da Edición ampliada y corregida, 2009, pág. 288

de este principio que viene hacer por mucho el más invocado dentro del Derecho Administrativo. Las administraciones públicas y autoridades podrán realizar todo aquello que esté contemplado en una ley, sea esta su ley de creación o reformas posteriores que le atribuyen estas competencias o bien nuevas leyes que los doten de la potestad de realizar ciertas actuaciones. Sin embargo, este principio de la misma forma que les atribuye potestades resulta ser un límite casi taxativo a la capacidad discrecional con que podría contar tanto una autoridad como una institución pública que goce en su creación de una autonomía de primer grado. Lo anterior, basados en que las instituciones estarán limitadas a la ley, a las funciones ahí atribuidas y por más discrecionalidad con la que se les permita actuar a lo interno de su edificación, sus funciones alcances y fines estarán limitados a los que el Constituyente en algunos casos o el legislador ordinario en otros, les hubieren otorgado.

Según este principio, toda actuación material y servicio público debe ser autorizado por el ordenamiento jurídico de forma expresa, así las cosas los entes y órganos públicos únicamente pueden realizar lo que el ordenamiento jurídico les permita no pudiendo ir más allá de su competencia original. La Sala Constitucional por otro lado ha indicado que el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición según la cual toda autoridad o institución lo es y solamente puede actuar a partir en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento jurídico.[18] En nuestra Carta Magna del 49, en su canon 11 se establece este principio que como vemos desde el Constituyente se venía manejando la importancia de este principio y de la vital importancia que revestiría la aplicación de éste en el ámbito del Derecho Administrativo, y aún más en el Constitucional. Rola en el artículo en mención que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad, encontrándose en obligación de cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella[19].

Dada la relevancia que le da el Constituyente dentro de nuestra Constitución al funcionario público, le deposita toda su autoridad, y es que es claro que el Estado no es un sujeto en su ser, es más una figura jurídica, pero para cumplir con sus cometidos y velar por el desarrollo del pueblo delega las funciones que solo podrán ser ejercidas por una persona, en aquellos funcionarios idóneos revistiéndolos de poder de autoridad y sobre todo de orgullo y responsabilidad. El Estado como persona ficticia delega sus funciones en aquel ser humano que velará por hacer cumplir los mandatos a los cuales se ha comprometido siempre bajo aquel juramento de observar y cumplir la constitución y las leyes. Pero tanta responsabilidad también trae aparejado un gran grado de responsabilidad, el artículo 11 de nuestra Constitución indica que la Administración Pública 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. Es aquí donde empezamos a dilucidar las competencias con que cuenta la Contraloría General de la República como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública[20], y es que la vigilancia de la Hacienda Pública implica realizar acciones para efectuar esta labor, acciones como las contempladas en artículo 10 de La Ley Orgánica de la Contraloría[21], donde se establece por ley, que el ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidad y las sanciones derivadas de esa fiscalización o necesarias para ésta.

Entonces, tenemos que la Constitución Política de manera originaria dota a la Contraloría de una competencia ordinaria la cual está encaminada al resguardo de la Hacienda Pública, entiéndase esta como fondos públicos y todo lo relacionado con el erario público. Por otro lado, la Ley n.º 7428, Ley orgánica de la Contraloría General de la República, la habilita para establecer procedimientos (sumarios), investigaciones y también se le da la potestad de ordenar o recomendar, con carácter de vinculante, sanciones sobre funcionarios públicos o los sujetos pasivos cuando han cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización.

18 Sala Constitucional, resolución n.º 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del 1º de julio de 1992.
19 Artículo 11, Constitución Política de la República de Costa Rica.
20 Artículo 183, Constitución Política de la República de Costa Rica.
21 Ley n.º 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, artículo 10.

También en su artículo 72 se establece la potestad que tiene el Órgano Contralor de decretar la prohibición de ingreso o reingreso del infractor, sanción que se debe entender no como una prohibición si no más como una inhabilitación determinada dentro de un plazo de tiempo definido.

Como vemos el principio de legalidad se encuentra presente en las acciones desplegadas por la Contraloría a la hora de determinar este tipo de sanciones propias de su competencia, atribuida por el Constituyente y delimitadas por una ley que la faculta.

El principio de legalidad posee una vertiente material conocida como principio de tipicidad o taxatividad, y este consiste en la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos como las sanciones a imponer, sean descritas clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica. En definitiva se trata de que el investigado pueda prever las consecuencias y las posibles sanciones que se pueden derivar de su conducta. En España se tiene una concepción más rígida de la tipicidad, sería bueno reiterar que en nuestro ordenamiento la falta o infracción se configura como una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición como servidor, aun cuando no haya sido especialmente definida aunque sí prevista, toda vez que los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos subordinados, comportamientos o conductas ilimitados en número dada su variedad. (Art. 4 Reg de procedim de la CGR).

2.3 Potestad sancionadora

La potestad sancionatoria constituye una importantísima manifestación del poder jurídico de las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus fines. Se trata de una potestad meramente represiva, que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas. No obstante, puede también pensarse en una cierta finalidad preventiva de la potestad sancionatoria, si se tiene en cuenta que el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, implica una amenaza latente para quien, sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones, las infringe involuntaria o deliberadamente. Esta potestad sancionatoria es aplicable entre el Estado y el funcionario, no entre órganos del Estado. En todo caso, es ya clásico ubicarla dentro de la jerarquía, como modo de organización pública, y las consecuencias de hacerlo así son casi iguales que las de su tratamiento en el tema sistemáticamente más adecuado de los deberes y derechos propios de la relación de servicio.

Ahora bien realizadas las anteriores anotaciones referentes a la potestad sancionadora, continuaremos realizando un pequeño viaje jurídico por la normativa que le da sustento a la potestad sancionatoria, empezando por la carta magna la Constitución Política, en su artículo 9, establece: "El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable". El artículo 11, párrafo 2, de la Constitución Política, después de su adición por la Ley n.º 8003, del 8 de junio del 2000, introdujo el principio de evaluación y rendición de cuentas para todas las administraciones públicas, con lo cual les impone a los entes y órganos públicos el deber de actuar de forma eficaz y eficiente y de cumplir cabalmente con cada una de sus obligaciones, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes.

Siguiendo con el análisis normativo la Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227[22], en su numeral 14, en el inciso 2, se indica que las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular. Asimismo, en el numeral 211, del citado cuerpo normativo, se establece: "1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes".
En concordancia con lo anterior, el mencionado numeral en el inciso 3 instituye que siempre deberá darse el

22 Ley n.º 6227, Ley General de la Administración Pública.

debido proceso al acusado, se indica: "3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia". Asociado a lo anterior, el artículo 317 regula el derecho y carga que tiene la parte en la comparecencia para "a) Ofrecer su prueba; b) Obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante; c) Pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, suyos o de la contraparte; d) Aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicial; e) Proponer alternativas y sus pruebas; y, f) Formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la comparecencia.

En un sistema de División de Poderes funcionales del Estado, derivado del derecho francés, la potestad de sancionar es de resorte exclusivo del poder judicial o la administración de justicia; sin embargo se ha admitido la aplicación de la potestad sancionatoria por parte de la Administración, de conformidad con la Constitución, la Ley General de la Administración Pública y de las otras leyes especiales conexas, pero siempre y cuando se respeten las garantías y derechos constitucionales de los ciudadanos. La Sala Constitucional[23]ha dicho que la satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. En los Estados democráticos, se estima que ese poder punitivo es y debe ser la última ratio, lo que obliga a un uso prudente y racional del sistema sancionador.

De acuerdo con el estudio de diferentes fuentes del derecho y en especial de los pronunciamientos de la Tribunal Constitucional, se puede conceptualizar el término "*vigilancia*" como la fiscalización, investigación, verificación, supervisión y control de los componentes de la Hacienda Pública, actuaciones que abarcan funciones de prevención y detección de conductas que atenten contra esta, así como de su corrección y reparación para la tutela efectiva del interés público.[24]
En ese sentido, el modelo de control derivado de la Constitución Política previó que la efectividad del control y fiscalización de la Hacienda Pública, requería de un órgano que contará con las herramientas jurídicas suficientes para tutelar en forma efectiva el correcto uso de los recursos públicos, dentro de las cuales incluyó la potestad sancionatoria. Por su parte, la Sala Constitucional al referirse a la potestad sancionadora con que cuenta la Contraloría General de la República indica que dicha institución tiene un poder-deber asignado, cual es el controlar la función desempeñada particularmente por estos funcionarios, de manera tal que la labor de investigación se constituye en una lógica consecuencia de esa labor de control y fiscalización de la Hacienda Pública, la cual debe llevar a cabo cuando exista mal uso o manejo de los bienes o valores del Estado.[25] Es entonces en esta potestad donde se define la fortaleza de una entidad de fiscalización superior, en su independencia funcional y de criterio, su potestad para hacer cumplir sus decisiones, recomendar la imposición de sanciones e imponer la prohibición de ingreso a quienes cometan violaciones contra la Hacienda Pública. Esta fortaleza no proviene de la condición de auxiliar de la Asamblea Legislativa, sino por sus competencias constitucionales de control y fiscalización para accionar directamente contra la corrupción y la mala gestión en la administración pública.

Para poder cumplir con estos deberes y atribuciones, la Contraloría cuenta con una serie de potestades que le brinda su Ley Orgánica como lo es la potestad de ordenar y recomendar sanciones. Al respecto, señalan Camacho Méndez y Gómez Figueroa[26], que se debe destacar la necesidad de uso del poder punitivo en el ámbito de la fiscalización y control de los fondos públicos, porque una norma sin sanción pierde eficacia jurídica, es aquí donde se ha otorgado a la Contraloría el poder sancionador en la materia de su competencia. En el marco de su potestad sancionatoria, el órgano de fiscalización superior puede recomendar las sanciones

23 Sala Constitucional, resolución n.º 2000-08191, de las quince horas tres minutos del 13 de setiembre del 2000.

24 La potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho la Hacienda Pública. Volumen I-2013, pág. 104.

25 Sala Constitucional, resolución n.º 3607-94 de las quince horas y quince minutos del 19 de julio de 1994.

26 Camacho Méndez, Raúl y Figueroa Gómez, Ramón. La potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004, pág. 144.

que van desde amonestaciones escritas; suspensión temporal de funcionarios de las entidades sujetas a su fiscalización; traslado de servidores públicos a otro cargo; destitución de los funcionarios o empleados infractores; así como imponer la prohibición de ingreso a un cargo de la Hacienda Pública por un plazo de dos a ocho años a las personas que hayan cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, contra la propiedad o la buena fe de los negocios; prohibición de reingreso a un cargo de la Hacienda Pública por un plazo de dos a ocho años a ex servidores públicos que hayan cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, contra la propiedad o la buena fe de los negocios; cancelación de credenciales a funcionarios públicos de elección popular que hayan violado las normas del ordenamiento de fiscalización u otras leyes que protejan fondos públicos, la propiedad o la buena fe de los negocios, siempre y cuando hayan actuado en ejercicio o con motivos de su cargo. Se debe tener presente que la recomendación que emite la Contraloría es de carácter vinculante, por ende de acatamiento obligatorio; sin embargo, existe la posibilidad de que el sujeto pasivo de la infracción interponga un recurso de revisión.[27] Una vez que éste se haya resuelto, se deberá cumplir el pronunciamiento técnico-jurídico final que emita la Contraloría, so pena de incurrir en el delito de desobediencia.

2.4 Principios del Derecho Penal aplicables a la potestad sancionadora administrativa

Para dar inicio a esta parte de nuestro análisis traemos a colación las palabras de Quintero, cuando indica que las "mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa"[28]. Para el jurista Alejandro Nieto cuando se trata de los principios penales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, no se habla de los que son estrictos o técnicos, sino que se entienden estos los comprendidos dentro de las reglas del Derecho.[29]

Sin embargo hay algunos principios básicos del Derecho Penal que encajan y forman también parte del Derecho Administrativo Sancionador, como son el caso de los principios de presunción de inocencia, el de legalidad y el de interdicción de la arbitrariedad. Ante este panorama, tenemos que tener claro que no se habla de la aplicación de normas o reglas sino de principios, y no de todos los principios integradores del Derecho Penal y su potestad sancionadora.

Para Alejandro Nieto, hacer una lista taxativa de estos principios nunca podría ser segura ni exhaustiva,[30] y sería comprensible esta posición y de mi parte compartida, pues a mi juicio por la diversidad de principios integradores del Derecho Penal los cuales en dado caso podrían aplicarse de manera eventual en tratándose de casos distintos unos de otros. Y es que en el Derecho Administrativo al igual que el penal, la variedad de conductas que se podrían catalogar como ilícitas o lesivas de derechos subjetivos o intereses legítimos de la sociedad es muy variada y, probablemente, algún principio de los mencionados encajaría en una conducta ilícita o administrativamente irregular, pero el mismo principio podría ser imposible aplicarlo ante un supuesto de violación de derechos distinto del analizado previamente.

De modo tal, que es acertado el cuestionamiento del señor Nieto y se podría hablar que la aplicación de la mayoría de los principios penales al Derecho Administrativo sería casuístico y dependería de un gran análisis previo para afirmar que este encaja perfectamente y es aplicable a la hora de imponer una sanción.

Parece ser que se da un tipo de subordinación del Derecho Administrativo Sancionador frente al Derecho Penal, y es que según Alejandro Nieto, el Derecho Penal, a diferencia del Derecho Administrativo Sancionador, tiene ya consolidados sus principios fundamentales,[31] señala el profesor que según esto, es lógico pensar que el Derecho Administrativo se aproveche de

27 Artículo 68, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
28 GONZALO QUINTERO OLIVARES. La Autotutela, los Límites al Poder Sancionador de la Administración Pública y los Principios Inspiradores del Derecho Penal, pág. 262.
29 Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Quinta edición, 2012, pág.132.
30 Op.cit. pág.132.
31 Op.cit. pág.132.

las experiencias del Derecho Penal, criterio que es compartido, pues a criterio personal si bien los delitos y las conductas descritas en ambas ramas del derecho son muy distintas, la imposición y la forma de llevar a cabo investigaciones son muy similares, de la misma forma ambas conductas buscan al fin determinar y esclarecer la verdad real de los hechos investigados.
En definitiva se podría afirmar que las sanciones penales y las administrativas, ambas son manifestaciones de la Potestad Punitiva del Estado, en dado caso, en vez de hablar de la aplicación de principios propios del Derecho Penal o del Derecho Administrativo Sancionador, sería lo más correcto referirse a los principios integradores del Derecho Punitivo del Estado.

3. Sanción de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública

3.1 De la sanción de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública

Respecto a este tipo de sanciones, analizaremos el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República[32], en el cual se regula la potestad del Órgano de Fiscalización Superior de imponer la prohibición de ingreso y reingreso a cargos de Hacienda Pública, a la persona que haya cometido una falta grave contra las normas del sistema de fiscalización o hayan incurrido en un delito contra la propiedad o la buena fe de los negocios, este numeral es derivación de esa competencia constitucional en materia de fiscalización de la Hacienda Pública, en consecuencia es de carácter administrativo.

Dicha norma es de carácter especial dado su aspecto instrumental para la tutela de la Hacienda Pública, máxime que es una competencia exclusiva y excluyente de la Contraloría General en cuanto a su aplicación. El artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República indica que no podrá ser nombrado en un cargo de la Hacienda Pública quien haya cometido un delito o falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización contemplado en esta Ley o contra la propiedad o la buena fe de los negocios. La presente prohibición tendrá vigencia por un plazo que no será menor de dos años ni mayor de ocho años, a juicio de la Contraloría General de la República, la cual resolverá con vista de la prueba del caso. Asimismo, regirá la prohibición, por igual plazo, en contra de ex servidores públicos que intenten reingresar a la Hacienda Pública, cuando hayan cometido un delito o falta grave como los mencionados en los numerales anteriores, aunque su relación de servicio anterior con la Hacienda Pública haya terminado sin responsabilidad de su parte.

Además, se aplicará la prohibición establecida en esa disposición contra el servidor público que haya sido despedido, por haber cometido un delito o falta grave como los ya citados. Al aplicar la prohibición anterior, la Contraloría fijará su duración dentro de los límites indicados y computará, en favor del afectado, el tiempo durante el cual haya permanecido fuera de la Hacienda Pública, después de su último cargo en ella. La acción para aplicar la prohibición aquí establecida prescribirá en un plazo de diez años, a partir de la comisión del delito o de la falta grave indicada en este artículo.

Se podría inferir que el espíritu del legislador costarricense, al momento de promulgar el numeral 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría, analizó que aquellas personas que cometieran un delito o falta grave bajo ciertos supuestos de hecho y de derecho, enunciados en la norma de referencia les cubría una prohibición para ocupar cargos de Hacienda Pública y, además, independientemente que la relación laboral anterior con la Administración hubiere terminado sin responsabilidad de su parte. Del análisis de este artículo se infiere que existen tres supuestos diferentes en los cuales la prohibición sería aplicable.

El párrafo 1 establece una prohibición para ocupar cargos en la Hacienda Pública que cobija a cualquier persona que haya perpetuado un delito o una falta grave contra las normas que integran el sistema de fiscalización, entre las cuales tenemos la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público, la Ley de Control Interno, la Ley de la Administración Financiera y en lo que respecta al control del presupuesto,

32 Ley n.º 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

contratación y recursos municipales, en el propio Código Municipal; además de normas reglamentarias, como el Reglamento sobre el funcionamiento de empresas estatales estructuradas como sociedades mercantiles, y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República, n.º R-DC-199-2011. Por su parte, el párrafo 3° del citado artículo plasma una prohibición de reingreso al ex funcionario público que cometa alguno de los delitos o falta grave independientemente de que la relación laboral anterior con la Administración haya terminado sin responsabilidad de su parte. Aquí por ejemplo, si una persona comete un falta como las señaladas al inicio del párrafo, se le impondrá una prohibición de ingreso a ocupar cargos de la hacienda pública sin importar, que en el pasado este funcionario hubiese ocupado un cargo de los referidos, y que esta relación laboral con la administración hubiera terminado por causas ajenas al trabajador, aún bajo este supuesto el funcionario será acreedor a la sanción correspondiente. Además, será aplicable al funcionario que haya sido despedido a raíz de la comisión de un delito o falta grave de los enunciados anteriores.

Para mayor claridad, la prohibición contemplada en este numeral tiene como finalidad la protección de la Hacienda Pública –función constitucional de la CGR-, esto por medio del establecimiento de una causal de inelegibilidad de la persona, la cual es por inidoneidad moral derivada del numeral constitucional 192, sanción que es declarada en sede administrativa.

Asimismo, este artículo establece que la institución pública competente para dictar su aplicación es la Contraloría General de la República, dicha competencia es exclusiva y excluyente. Por lo general, el procedimiento administrativo para aplicar esta sanción nace de forma oficiosa por la Contraloría cuando por sus propios medios llega a conocer que se ha producido, una de las causales para la aplicación de esta sanción, no obstante, también nace del procedimiento administrativo, cuando son los tribunales de justicia o la administración activa, los que le comunican a la Contraloría una sentencia o una resolución.[33]

Esta inhabilitación por la cual se es inelegible para ocupar un puesto se podría entender que no aplica de forma general para cualquier cargo en la Administración Pública, sino que es aplicable excepcionalmente para ser nombrado en cargos únicamente que se consideren de Hacienda Pública, por lo cual no sería aplicable esta inhabilitación para el nombramiento de una persona en cargos públicos desvinculados de la custodia, uso, disposición y administración de fondos públicos. Esta marcada diferencia entre los servidores públicos y los servidores públicos en cargos de Hacienda Pública a sido desarrollada por la Sala Constitucional, entre algunas de sus sentencias ver Res. Nº2013-04491y Res. N°1780-2015.

Ahora bien, recordemos que esta potestad sancionadora con que cuenta la Contraloría es precisamente en aras de la custodia de los fondos públicos, por ende, la elección de las personas que ocupan cargos en los cuales tengan dentro de sus funciones la disposición uso y aprovechamiento de los fondos públicos, debe realizarse de manera muy minuciosa, y según las reglas propias constitucionales que se enmarcan dentro del artículo 172 de nuestra carta constitucional.

La idoneidad del funcionario público debe ser comprobada y más aún cuando su labor se hará acompañar de la administración de la Hacienda Pública. Pero, debemos ampliar el marco de aplicación para esta sanción, ya que si nos apegamos a la literalidad del artículo 72, y a la definición de "cargos de Hacienda Pública", con base en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, aquella persona inhabilitada, para ocupar cargos de la Hacienda Pública, declarado dentro de un procedimiento administrativo con las garantía el debido proceso, si podría ocupar otros cargos también públicos, en los cuales no tenga bajo su cargo, la decisión o disposición sobre ningún tipo de fondos públicos. En estos casos, aún y cuando se compruebe que la persona no es idónea para el cargo que ejecutaba, esta misma persona si será idónea y competente para ejercer otros cargos dentro del mismo cuerpo estatal, de modo tal, que no importando la gravedad del delito por el cual fue inhabilitado, esto no le cerraría del todo las puertas para optar por un puesto público.

Ahora bien, debemos analizar el desarrollo que ha

33 Bolaños, J. Aspectos prácticos de la aplicación de los alcances del artículo 72 de la LOCGR. Artículo no publicado. Documento original no tiene numeración.

sufrido el término de funcionario público o funcionario de la Hacienda pública en nuestra normativa legal, en un principio la Ley Orgánica de la CGR definió el término de Hacienda Pública como la organización formada por los entes y órganos públicos, incluyendo los no estatales, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público; agregando además que, patrimonio público es la universalidad constituida por los fondos públicos y por los pasivos a cargo de la Hacienda Pública. Los componentes de la Hacienda Pública son las instituciones, corporaciones y empresas públicas, sean entes u órganos.

Esta definición fue modificada con la promulgación de la Ley 8131; Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la cual, incorpora dentro de la definición de Hacienda Pública aspectos que vienen a marcar un cambio sustancial en cuanto a la definición de lo que conocíamos como servidor de la Hacienda Pública. Esta reforma establece que la Hacienda Pública "estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos".

Podemos notar que se incorporan las frases de potestad para percibir, administrar, custodiar conservar, manejar gastar e invertir tales fondos, frases que son también utilizadas por la propia Sala Constitucional al momento de definir el término de cargos de Hacienda Pública, como *"servidores públicos (y en algunos casos los empleados del sector privado) que se encuentren vinculados con la custodia, administración, recaudación, inversión, presupuesto, gasto, fiscalización o disposición de fondos públicos."* (Res. N°1780-2015).

Por otra parte, si nos abocamos a lo que se establecía en principio en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría, notamos como el régimen de responsabilidad estaba destinado al "servidor de la Hacienda Pública", término que fue modificado con la entrada en vigencia de la Ley n.° 8292, Ley General de Control Interno, la cual modifica este artículo incorporando al régimen de responsabilidad al "funcionario público". A su vez esta ley de Control interno en su artículo 43, establece la prescripción de la responsabilidad administrativa del Funcionario público, desechando por completo el antes denominado "servidor de la Hacienda pública.

Esta evolución en el régimen de responsabilidad administrativa del funcionario público, la encontramos también en la normativa de responsabilidad que contempla la Ley de la Administración financiera en su artículo 108, cuando nos indica que *"Todo servidor público responderá, administrativa y civilmente, por el desempeño de sus funciones, deberes y atribuciones"*, aquí el término acuñado es "servidor público", lo que bajo la luz del artículo 111 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, sería equivalente al término funcionario público o empleado público entre otros.

Agregamos también dentro de esta normativa que incorpora la evolución en las definiciones de los funcionarios públicos y sus responsabilidades, el artículo 38 de la Ley 8422, Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Este artículo nos señala "*Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:"*.

De conformidad con las distintas normas mencionadas, es claro como la definición de "servidor de la Hacienda Pública", el cual nos abocaba a funciones meramente relacionadas con el manejo económico dentro de la Administración, ha ido cambiado con el paso de los años, de forma que los regímenes de responsabilidades en cada norma nos plantean distintas acciones ilícitas, sancionadas con diversos tipos de sanción. Este cambio en la definición de los términos obedece en parte a la multiplicidad de funciones que hoy en día realizan los funcionarios públicos, lo que ha provocado que el régimen de la responsabilidad del funcionario se amplíe de la misma forma debido al tipo de falta que se cometa.

Ahora, con la definición de funcionario público establecido en las diferentes normas estudiadas, nos permite ampliar el marco de acción y las potestades sancionatorias del órgano contralor. Si los términos han evolucionado y las acciones ilícitas de la misma manera evolucionan, el poder disciplinario debería correr la misma suerte. Como vemos hoy en día los regímenes

de responsabilidad de los funcionarios públicos se han modificado y pasan a considerar más las diferentes funciones realizadas.
Si lo que se busca con la promulgación de estas leyes es la protección de la Hacienda Pública, debe considerarse de la misma manera que la normativa lo ha hecho, la potestad sancionadora sobre los servidores públicos incluyendo la aplicación de la prohibición del artículo 72 de la LOCGR, no solo a aquellos cargos que directamente administren custodien o dispongan de fondos públicos, sino a la totalidad de la función pública, si lo que se pretende es proteger la Hacienda Pública se debe asumir una concepción jurídica de la responsabilidad administrativa acorde a las circunstancias actuales. Hoy día podemos considerar que todos los funcionarios públicos son a su vez funcionarios de la Hacienda Pública, ya que según el artículo 9 de la LOCGR *"Fondos Públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos"*, definición que abarca desde los automóviles infraestructura y hasta un simple lapicero, en consecuencia -de una u otra manera- todos administramos fondos públicos.

De esta manera se logra hacer plenamente efectivo el principio de idoneidad que consagra el 192, la cual debe acreditarse no solo en el ingreso a la función pública sino durante todo el desempeño de las labores públicas que han sido encomendadas.

4. Conclusiones

No hay duda que el legislador dotó a la Contraloría General de la República de potestades únicas y excluyentes dentro del aparato administrativo, desde la misma creación de la Carta Magna se establece que ésta importante institución iba a funcionar como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública y como rector del sistema de fiscalización superior, concediéndole absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores muy destacadas, siempre encaminadas al uso de los fondos públicos, pero además por ser este órgano el encargado de la fiscalización del buen uso de los fondos públicos; La Contraloría General de la República cuenta con una alta potestad disciplinaria sobre aquellos funcionarios públicos que transgredan la Hacienda Pública, entendida esta como todos aquellos fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Esta potestad con que cuenta la Contraloría se ve refleja también en su poder de control y fiscalización que enmarca el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta. Para tal labor el órgano fiscalizador ostenta una potestad de investigación que le permite instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado, cuando se tenga la sospecha que se puede estar incurriendo en una falta a la Hacienda Pública. Evidentemente, esta potestad de investigación viene aparejada a una facultad que tiene la Contraloría para sancionar al posible infractor, para tales efectos podrá hacerse valer del análisis de cumplimiento de diferentes leyes las cuales conforman todos los mecanismos de control presupuestario con que cuenta el Estado, aplicando la sanción que al efecto de la ley violentada el ordenamiento jurídico disponga.

En ejercicio de estas funciones de fiscalización cuando la Contraloría, determine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contempladas en la Ley o ha provocado lesión a la Hacienda Pública, recomendará al órgano o autoridad administrativa competente, mediante su criterio técnico, que es vinculante, la aplicación de la sanción correspondiente de acuerdo con el mérito del caso.

Evidentemente, el Órgano Contralor al determinar el inicio de un procedimiento administrativo contra algún servidor del sujeto pasivo, deberá siempre garantizar la aplicación de los principios propios del Derecho Administrativo, y a su vez, el órgano encargado designado como decisor podrá aplicar los principios

rectores del ordenamiento jurídico penal, en aquellas lagunas jurídicas que lo ameriten. Además, como ya estudiamos en el desarrollo de éste trabajo, el Órgano Decisor que tramite el procedimiento administrativo garantizará la observancia y aplicación de esos principios propios del Derecho Penal, que debido a esa integración de dichos principios al ámbito administrativo sancionador que se ha dado a lo largo de los años, es viable su aplicación. Sin embargo, siempre serán prioritarios aquellos principios básicos del Derecho Administrativo, no hay que olvidar que de lo que se trata, es de una integración que se da entre ambas ramas legales.

Dentro de las sanciones que puede imponer el Órgano Contralor encontramos aquellas menos gravosas, las cuales suponen la imposición de llamadas de atención, amonestaciones escritas y publicadas en el periódico oficial, o la suspensión del cargo sin goce de salario por períodos cortos de tiempo de entre dos y ocho días.

A su vez, si se logra comprobar la comisión de una falta más grave hacia los intereses de la Hacienda Pública, evidentemente esto conllevaría a sanciones más severas que van desde la cancelación de credencial de un alcalde, regidor o síndico, propietario o suplente, la separación definitiva de su cargo sin responsabilidad para la Administración y, la imposición de una inhabilitación temporal para ejercer cargos de la Hacienda Pública por un plazo que podría establecerse de entre los dos y los ocho años, inhabilitación que le impedirá ingresar o reingresar a ocupar cargos de la Hacienda Pública.

Y en este punto es necesario establecer que según la jurisprudencia de la Sala Constitucional y seguida por la Contraloría, se ha determinado que cuando se habla de cargos de la Hacienda Pública, específicamente se trata de aquellos puestos laborales en los que el funcionario tiene bajo su control, disposición o custodia –entre otros- fondos públicos, no estando supeditado a esta denominación aquellos cargos públicos también realizados por funcionarios públicos, en los cuales sus labores no se relacionan de ningún modo con la disposición de fondos públicos. Partiendo de ésta definición que se maneja, es donde se considera necesario adecuar el marco de aplicación de la sanción de inhabilitación, esto en busca de contrastar tanto el artículo 192 constitucional, con el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y esta tesis que considera cargos de la Hacienda Pública únicamente aquellos cargos involucrados directamente con el manejo de fondos públicos.

Por una lado tenemos el artículo 192 de nuestra Constitución Política en el cual se indica que los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada, recordemos que los términos funcionario público y servidor público son sinónimos, en este caso la constitución se refiere a que los funcionarios elegidos para formar parte del aparato administrativo serán electos por ser idóneos; idoneidad declarada y comprobada luego de todo un procedimiento concursal en el cual se determinan las cualidades y competencias del servidor, las cuales a la postre lo acreditan como apto para ser nombrado en un cargo dentro de la administración, ya sea central o descentralizada.

El precepto constitucional es claro en el sentido que la persona para poder ingresar a laborar para el Estado tiene que ser idónea, por otro lado, según lo que nos dice la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República referente a la sanción de inhabilitación para ingresar o reingresar a cargos de la Hacienda Pública, dicha sanción es aplicable para aquellos cargos de la Hacienda Pública, entendido donde el servidor público tenga bajo su responsabilidad la tramitación, inversión, decisión, custodia y uso –entre otros- de recurso o fondos públicos, excluyendo la posibilidad de aplicar esta sanción, a aquellos puestos de servidores públicos que en nada sus labores se relacionen con fondos del erario estatal.

En este sentido la idoneidad de que habla la Constitución podría ser aplicable para unos cargos y no para otros, haciendo una marcada diferencia entre un puesto y otro, y al parecer un servidor público podría tacharse de inidóneo y hasta sancionarse por habérsele comprobado que sus conductas violentaron alguna de las normas que integran la Hacienda Pública, lo que evidenciaría un estatus de inidóneo para ocupar el puesto que venía efectuando normalmente, por faltas por demás gravosas, pues la sanción de inhabilitación por el plazo que se establezca, ya por sí, viene aparejada a una conducta ilícita muy marcada y de evidente lesión para la Administración.

Analicemos la conducta de un servidor público y traigamos a colación esa frase jurídica que dice "*El que puede lo más puede lo menos"* y apliquemosla a esta tesis, el funcionario que no es idóneo para ocupar estos puestos públicos relacionados con presupuestos del aparato administrativo, tampoco podría ser idóneo para ocupar otros cargos que en inferior responsabilidad también serán en un modo u otro, susceptibles de ser violentados por este servidor.

Recordemos que la Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública nos establece el deber de probidad al que estamos sujetos todos los servidores públicos, estamos obligados a orientar nuestra gestión a la satisfacción del interés público. El funcionario público debe 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.

No podría concebirse como una persona puede ser destituida de su cargo y establecerse contra ésta, una sanción como la estudiada, y que además se le establezca la imposición de una demanda de cobro en busca de lograr resarcir en parte los daños causados, y que aun así, esto no sea impedimento para seguir siendo funcionario público, para seguir siendo, por ejemplo, maestro de escuela, médico,chofer, misceláneo etc. Si bien dentro de las funciones que se desempeñan en los cargos antes mencionados podría pensarse que no se contempla directamente la administración de fondos públicos, lo cierto es que cada uno de estos servidores de una u otra manera dispones de bienes del Estado, indirectamente todos los funcionarios públicos sea cual sea el cargo que ostenten, van a estar vinculados con la Hacienda Pública, el uso de instalaciones, vehículos, el agua que consumen la energía eléctrica, todo esto es gasto público, siempre indirectamente se va a dar una relación del funcionario con fondos públicos.

Así como la normativa ha evolucionado, y el régimen de responsabilidad del funcionario público se ha visto modificado, debido en parte al tipo tan variado de faltas cometidas, es necesario que la potestad sancionadora de la administración también evolucione, como vimos, se implementan nuevas normas como la de control interno o de la Administración Financiera de la República, siempre en busca de regular las actividades de los administrados y de la administración, de cara a los nuevos tiempos, a la innovación y los nuevos delitos cometidos. Como se dijo líneas atrás, así como como las conductas de los infractores han cambiado con el paso de los años de la misma forma la normativa ha evolucionado en pro de regular estas conductas, de modo que la definición de servidor público o servidor de la Hacienda Pública debe evolucionar, pues al final, todos los empleados del Estado en esencia son funcionarios de la Hacienda Pública, ya que directa o indirectamente administran fondos públicos.

En opinión personal, no se debería de hacer esa marcada diferencia entre cargos públicos y cargos de la Hacienda Pública, y por el contrario deberíamos, como se ha venido insistiendo, ampliar el marco de acción y aplicación de esta sanción. A criterio propio, la persona a la cual se le asigna una labor tan importante como administrar el erario debe ser una persona destacada por su honestidad y eficacia en su labor como funcionario público, una persona proba y comprometida con en el Estado, y si ésta honorabilidad se ve manchada por conductas contrarias a lo esperado, las cuales traen como consecuencia declarar a la persona como no idóneo para ocupar este puesto, este mismo estatus de inidóneo debería de acompañarlo y ser un impedimento para ocupar cualquier otro cargo público.

La Constitución Política no hace diferencia entre la idoneidad para un cargo y para otros, solo se refiere a ser nombrado a base de idoneidad, y si esta idoneidad no es comprobada o se ve reducida a causa de un mal actuar dentro de la función pública, esto solo podría traer la consecuencia de no ser apto para ser nombrado como servidor público en apego al artículo constitucional. Esta inhabilitación de la que se habla en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es muy bien aplicada y de gran importancia para la función pública, para que la colectividad y el pueblo se sientan confiados en que los fondos públicos que son el esfuerzo de todos los

contribuyentes se están fiscalizando de la mejor manera y, ante las irregularidades que se pudieran dar, estén confiados que se aplicará la sanción correspondiente.

Así las cosas, esta confianza del pueblo podría decaer si empezamos a tener servidores públicos dentro de la función pública los cuales en dado momento fueron tachados y sancionados por corrupción o por violentar el ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública.

5. Referencias bibliográficas

Acta de la Asamblea Constituyente n.º 162, de las catorce horas treinta minutos del 6 de octubre de 1949.

Constitución Política de la República de Costa Rica.
Ley n.º 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley n.º 8292, Ley General de Control Interno.

Ley n.º 8131, Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

Ley n.º 6955, Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público.

Ley n.º 6227, Ley General de la Administración Pública.

Ley n.º 7794, Código Municipal.

Gómez Tomillo M. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General-Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3ra Edición reimpresa, 2013.

Bermejo, J. Derecho Administrativo. Parte Especial. Madrid, España Edición 7, 2009.

Ortiz, E. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. San José. Editorial Stradtmann S.A, 2002.

Jinesta Lobo E. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Parte General. 2da Edición ampliada y corregida. 2009.

Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Quinta edición, 2012.

Bolaños, J. Aspectos prácticos de la aplicación de los alcances del artículo 72 de la LOCGR. Artículo no publicado.

Marina Jalvo, Belén. El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos. Segunda Edición, 2001.

La potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho la Hacienda Pública. Volumen I-2013.

Camacho Méndez, Raúl y Figueroa Gómez, Ramón. La potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004.

Sala Constitucional, resolución n.º 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del 1º de julio de 1992. Sala Constitucional, resolución n.º 3607-94 de las quince horas y quince minutos del 19 de julio de 1994. Sala Constitucional, resolución n.º 2000-08191, de las quince horas tres minutos del 13 de setiembre del 2000. Sala Constitucional, resolución n.º 013926-2006, de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos, del 20 de setiembre de 2006.

II. Algunos temas relacionados con la determinación de responsabilidades en la función pública

Revista de Derecho de la Hacienda Pública Vol. XII.
Enero-Junio, 2019. ISSN-221-3624

La protección del **denunciante de buena fe, de los testigos e intervinientes** en las investigaciones de hechos de corrupción en Costa Rica

Lissy Dorado Vargas[1]

Sumario:

1. Introducción.
2. El fenómeno de corrupción. 2.1. ¿Qué se debe entender por corrupción? 2.2. Corrupción en la Administración Pública. 2.3. Papel que juegan los órganos de control en el combate a la corrupción.
3. Deber de Probidad del Funcionario Público. 3.1. El funcionario público. 3.2. El deber de probidad. 3.3. La ética y los principios que informan la función pública.
4. Denunciante de buena fe y mala fe. 4.1. Obligación y deber de denunciar del funcionario público. 4.2. La denuncia como instrumento de lucha contra la corrupción. 4.3. Denuncia ante órganos de control.
5. Garantías de protección administrativas y judiciales del denunciante de buena fe. 5.1. Protección de la identidad del denunciante. 5.2. Protección vinculada a la relación laboral. 5.3. Protección relativa a la seguridad e integridad personal.
6. ¿Es necesario ampliar la protección a los denunciantes de buena fe, testigos y sujetos que intervienen en las investigaciones de hechos de corrupción? 6.1. Papel del testigo en una investigación de actos de corrupción. 6.2. Vulnerabilidad del que investiga posibles actos de corrupción. 6.3. Derecho comparado: experiencias de Argentina y Perú.
7. Conclusiones.
8. Referencias bibliográficas.

1 Licenciada en Derecho y Notaria Pública por la Universidad de Costa Rica, Magíster en Bioética de la Universidad de Costa Rica y Universidad Nacional. Posee un Diplomado en Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca, España. Actualmente Procuradora Adjunta de la Ética Pública de la Procuraduría General de la República.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Corrupción, deber de probidad, denuncia, denunciante de buena fe, denunciante de mala fe, ética pública, funcionario público, investigación de hechos de corrupción, órganos de control, principios que informan la función pública, protección al denunciante, testigos de actos de corrupción, vulnerabilidad del que investiga.

Resumen: La presente investigación desarrollada el tratamiento en Costa Rica de la figura del denunciante de buena fe de actos de corrupción y la necesidad de ampliar su protección, junto con los demás intervinientes en las investigaciones de hechos de corrupción. Se realiza una breve explicación de lo que es el fenómeno de la corrupción y la importancia que juegan los órganos de control en su combate en nuestro país, analizando el deber de probidad del funcionario y la ética que debe tener en el ejercicio de la función pública.

Además, se menciona la importancia de la denuncia como instrumento de lucha contra la corrupción y el papel del denunciante de buena fe y mala fe. Se mencionan las garantías administrativas y judiciales con las que cuentan los denunciantes de buena fe y los proyectos de ley que corren en la corriente legislativa, para finalizar con la pregunta ¿Es necesario ampliar la protección a los denunciantes de buena fe, testigos y sujetos que intervienen en las investigaciones de hechos de corrupción? A partir de la respuesta, se plantea una Propuesta de Proyecto de Ley, que pretende dar más protección a las personas que intervienen en la investigación de un acto de corrupción.

Para finalizar con la investigación se llega a una serie de conclusiones que pueden dar una mejor visión de la realidad que vive nuestro país -en comparación con países Perú y Argentina- y la necesidad de realizar modificaciones sustanciales al ordenamiento jurídico, para garantizar una mayor protección al denunciante de buena fe, no solo en cuanto a la confidencialidad de su identidad.

1. Introducción

Costa Rica en materia de lucha contra la corrupción, suscribe en el año 1996 la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual se aprueba mediante Ley No. 7670 del 17 de abril de 1997 y se ratifica mediante Decreto Ejecutivo No. 256053 del 09 de mayo de 1997. Posteriormente, en el año 2003, firma la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Ley No. 8557 del día 29 de noviembre del 2006, la cual fue ratificada mediante Decreto Ejecutivo No 33540 del 09 de enero del 2007.

Partiendo de estas ratificaciones, nuestro país ha iniciado el camino junto con otros países americanos, de incorporar en sus ordenamientos internos, la protección del denunciante.

De conformidad con lo dispuesto en artículo III inciso 8) de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y en el artículo 33 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, se pretende otorgar protección tanto en el ámbito penal como administrativo.

Debido a que los actos de corrupción pueden ser denunciados, tanto en la sede penal como en la administrativa, los Estados suscriptores de dichas convenciones, se comprometieron a establecer una protección efectiva de los denunciantes de buena fe, considerando ambas instancias. Ejemplo de ello es Perú y Argentina.

Perú con la Ley de Protección del Denunciante en el Ámbito Administrativo y de Colaboración Eficaz en el Ámbito Penal -Ley No. 29542, de 22 de junio de 2010- ha reforzado sustancialmente la protección de los denunciantes en todos sus ámbitos. Argentina por su parte con la aplicación de mecanismos para proteger a quienes denuncian como la reserva de identidad el anonimato y el Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados, por lo que se considera importante conocer sus experiencias.

En Costa Rica, a partir de la Ley N° 8422, Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, del 29 de octubre del 2004, se establece

expresamente en su artículo 8, el deber de guardar confidencialidad de la identidad del ciudadano que, de buena fe denuncie un acto de corrupción.

Esta protección se limita a garantizar que no se dará a conocer quién es la persona que denuncia, empero, no se hace extensiva a su relación laboral o a su seguridad e integridad personal, si están en riesgo por haber denunciado.

Es con la Ley N° 8720 del 04 de marzo de 2009, vigente a partir del 22 de abril del 2009, que en Costa Rica se cuenta con un instrumento que regula la Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes, en el Proceso Penal. Esta normativa incluye a los denunciantes en sede penal de actos de corrupción y regula las medidas de protección extraprocesales y su procedimiento, con el fin de otorgar la protección –si así se requiere- a su la vida, su integridad física, su libertad y en general su seguridad.

Por lo anteriormente expuesto, se considera importante determinar si existe un vacío que impide que se garantice la debida protección de los derechos de los denunciantes de buena fe, que denuncian en sede administrativa, actos de corrupción y concientizar sobre la necesidad de proteger además a los testigos e intervinientes en las investigaciones de hechos de corrupción, para así fortalecer la denuncia como instrumento de lucha y combate contra la corrupción. Así mismo, se debe determinar el tratamiento que se debe dar a la persona que, de mala fe, denuncia un acto de corrupción.

2. El fenómeno de la corrupción

La Corrupción es un fenómeno que se da en todas las esferas de la sociedad y en todos los países del mundo. Costa Rica no escapa a los efectos nocivos que ésta provoca, por lo que debe luchar por combatirla diariamente.

Según el Ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan (2004) la corrupción es: "una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida" (Pág.3), es decir, la corrupción afecta tanto el ámbito social, como el económico y el político de un país.

En el ámbito social, como explica Poltronieri (2009), cuando los actos de corrupción o prácticas corruptas se generan y quedan impunes, se extienden las ideas del abuso del poder, la posibilidad del quebrantamiento de las leyes y el lucro indebido, sobre la probidad en el ejercicio de la función pública. Esto genera el deterioro de la moral social. (pág. 8)

En el ámbito político, este flagelo se da al distraer los recursos públicos que deben dirigirse a favorecer el bien común, hacia los intereses particulares; minando la legitimidad y permanencia de las instituciones públicas y generándose desconfianza del pueblo en sus representantes y en los que ostentan el poder político.

En lo económico, la corrupción empobrece al pueblo, dado que genera sobreprecios en los bienes y servicios, con lo que encarece el accionar del Estado e inhibe las inversiones nacionales y extranjeras e incrementa el llamado "riesgo país".

Por lo anterior, podemos manifestar que la corrupción provoca que las decisiones sean tomadas de acuerdo a motivos ilegítimos, sin medir las repercusiones que ella tiene para la comunidad. Al ser un fenómeno que se extiende continuamente, todo Estado debe buscar combatirla, para disminuir la impunidad.

2.1 ¿Qué se debe entender por corrupción?

Para la organización no gubernamental Transparencia Internacional (2009), la corrupción consiste en el abuso del poder para beneficio propio. Puede clasificarse en corrupción a gran escala, menor escala, según la cantidad de fondos perdidos y el sector en el que se produzca. (pág 3). Desde esta perspectiva, la corrupción se puede medir en todos los sectores de la sociedad, dependiendo de si existe de por medio fondos públicos o privados que se otorgaron, desviaron o dejaron de percibir producto del acto de corrupción.

Por su parte Adela Cortina (1998) considera la corrupción es "la tentación de utilizar el cargo público en beneficio privado" (pág 63). El funcionario debe siempre velar por el bien común, pero cuando se desvía de ese norte es propenso a caer en actos de corrupción.

En igual sentido se pronuncia Nye (1967) manifestando que la corrupción ocurre cuando se da una desviación del poder con el objeto de obtener beneficios para sí o para terceros, con el objeto de adquirir un beneficio privado (pág 417).

La Sala Constitucional se refiere a este tema en el voto No. 2010-004117 de las 11:24 hrs. del 26 de febrero de 2010, indicando que la corrupción en la función pública "afecta a factores como la economía, la distribución de la riqueza, e incluso la creencia en los sistemas de gobierno democráticos, (...) aumenta la desconfianza de las personas en los gobernantes y las instituciones estatales." (párr.19). Un aspecto importante que hay que rescatar de esta sentencia, es que establece que la corrupción aqueja tanto a las democracias, que el pueblo que escogió a sus gobernantes, no confía en ellos, ni en las instituciones que conforman el Estado, provocando un descrédito de la labor Estatal y abstencionismo en las elecciones.

En la legislación vigente, se aborda este tema expresamente en el Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el artículo 1 inciso 5) en el que se establece que se entenderá por actos de corrupción o corruptelas[2].

De la normativa que antecede, se desprende que la corrupción en Costa Rica se relaciona con el abuso de poder público para obtener beneficio particular en contra del fin público y a la comisión de actos delictivos, mediante cualquier valor pecuniario u otros beneficios. Partiendo de esta concepción, lo que se aparta del ámbito penal y solo posee consecuencias administrativas y se refiere a posibles faltas de ética o de probidad en el ejercicio de la función pública.

2.2 Corrupción en la Administración Pública

La corrupción se da en todas las esferas de la sociedad. En las administraciones pública es la "práctica consistente en la utilización de funciones y medios de aquellas en provecho económico o de otra índole, de sus gestores" Real Academia Española (2014). Dicho provecho económico se puede representar no solo con fondos económicos, sino también con regalos, obsequios, favores, premios, promesas o ventajas, dirigidas a los funcionarios públicos, sus familiares o a terceros.

La doctrina observa la existencia de cuatro de los enfoques teóricos desde los cuales se ha abordado el fenómeno de la corrupción en la administración pública. Patiño (2005) los identifica como el Enfoque Institucionalista, el Enfoque Racional, el Enfoque Económico y los llamados Enfoques Alternativos.

En relación con la Escuela Institucionalista, su principal precursor es Daniel Kaufman (2000), quien considera a la corrupción como un fenómeno que se presenta dentro de una institución u organización pública, está ligada a un conjunto de normas que, dependiendo de su configuración, pueden impedir, facilitar, suscitar o muchas veces obligar a los individuos a realizar actos de corrupción.

Esta Escuela advierte que, la posibilidad de que se produzcan actos corruptos es mayor si el marco institucional, o si las normas que las rigen, no establecen los estímulos y los medios de cumplimiento obligatorios, para evitar que los funcionarios y los usuarios, obtengan mayores ventajas por infringirlas que por cumplirlas.

2 a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, premios, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas bajo cualquier modalidad o denominación;
b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, premios, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas bajo cualquier modalidad o denominación;
c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo (...).

Respecto a la Escuela Racionalista, Robert Klitgaard, propone un enfoque desde una perspectiva económica-racionalista. Según Robert Klitgaard (1994), existe una relación entre la autoridad de gobierno, el funcionario público y el ciudadano ligado al acto de corrupción. Toma como fundamento de ello, las teorías microeconómicas de los incentivos y de la información, a lo cual incorpora aspectos de relevancia como lo es la estructura de la organización y las motivaciones individuales. (págs. 283- 312)

Dicho análisis se encuadra en dar un tratamiento microeconómico al fenómeno de la corrupción, en el que se identifican elementos de la oferta -el soborno, la demanda -el mandante-, y el precio -la cantidad dinero beneficio entregado-. Dentro de esta línea de pensamiento el funcionario público puede llegar a sobreponer su interés personal, cuando el soborno, la comisión, el incentivo sea superior al costo de ser sometido a posibles sanciones penales o administrativas. Por su parte el ciudadano va a incurrir en actos ilegales cuando el beneficio obtenido por el acto irregular, sea superior al costo de ser atrapado.

En relación con el Enfoque Económico, para Ackerman (1997), los incentivos que genera la corrupción constituyen un factor fundamental para la comisión del mismo. Estos incentivos surgen a partir del contacto que se produce entre el sector público y el sector privado. Sin embargo, se hace la aclaración que la corrupción no solamente depende de la magnitud del soborno, sino también de los distorsionantes del mercado y su impacto en la economía. (pág 32)

2.3 Papel que juegan los Órganos de Control en el combate a la corrupción

Existen instituciones internacionales como la OECD, la FAO, Transparencia Internacional y el Banco Mundial que han promovido una agenda de recomendaciones para prevenir, investigar, castigar y reducir la corrupción, que proponen la creación de oficinas que luchen y combatan la corrupción.

Estas oficinas anticorrupción, pueden definirse como "un organismo de carácter permanente financiado con recursos públicos, cuya misión específica es combatir la corrupción y reducir las oportunidades de corrupción mediante estrategias de prevención y castigo" (Sousa, 2009)

Según algunos académicos como Heilbrunn, (2004), Meagher (2005), Pilapitiya (2008), Sousa, (2009), estas oficinas anticorrupción, se deben diferenciar de otras organizaciones públicas, porque deben contar con un ámbito de independencia (autonomía de mando y presupuestaria) que posibilita el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de su competencias; deben tener poderes y competencias especiales para investigar y resolver los casos; deben establecer mecanismos de transparencia y rendición de cuentas; y procuran procedimientos para colaborar con otros organismos de control y el poder judicial.

Para Arellano, Hernández y Lepore (2015) debido a que la corrupción es sistémica, hay que ir incrementando los mecanismos de denuncia, investigación y sanción para poder obtener cada vez más resultados favorables.

En Costa Rica los órganos de control se han fortalecido a partir de la creación de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la función Pública (Ley No. 8221 publicada en La Gaceta no. 65 del 4 de abril del 2002), de la Procuraduría de la Ética Pública (Ley No. 8242 publicada en La Gaceta No. 83 del 2 de mayo del 2002) y de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública (Ley no. 8275 publicada en La Gaceta no. 94 del 17 de mayo del 2002).

La Procuraduría de la Ética Pública es la oficina anticorrupción del Estado Costarricense, debido a que es el órgano de control encargado de investigar administrativamente la falta de ética y transparencia en la función pública y acusar o denunciar ante los Tribunales de Justicia, a los funcionarios públicos por los delitos de función pública. Además de la Procuraduría de la Ética Pública, existen otros órganos de control externos que combaten la Corrupción con competencias específicas.

Tenemos que la Contraloría General de la República, conoce e investiga las posibles irregularidades

relacionadas con fondos públicos y manejo hacienda pública. El Tribunal Supremo de Elecciones, investiga la materia de tutela de los derechos fundamentales de naturaleza político-electoral. La Defensoría de los Habitantes conoce de los asuntos relacionados con el mal funcionamiento de los servicios que brindan las instituciones públicas. Y por últimos el Ministerio Público investiga los delitos por posibles actos de corrupción en la función pública.

En la misma línea de combate a la corrupción existen órganos de control interno, como los conforman las administraciones públicas mediante sus jerarcas, asesorías legales y/o jefaturas, las Contralorías de Servicios y las Auditorías internas, que son las encargadas de conocer irregularidades en manejo de fondos públicos y deficiencias de control interno.

3. Deber de probidad del Funcionario Público

El deber de probidad en el ejercicio de la función pública, es el ideal al que debe aspirar todo servidor del Estado, para el buen funcionamiento del servicio público. El contempla los principios éticos que deberían no ser negociables, para la ejecución de las funciones y las conductas, de quienes ostentan cargos públicos.

3.1 El Funcionario Público

El funcionario es una persona investida de autoridad, para prestar un servicio público en representación de la Administración, su fin primordial se dirige hacia el cumplimiento del bien común. Su actuar se debe regir por el principio de legalidad, según el cual, solo se encuentra autorizado para hacer lo que la ley le permite.

En el caso de Costa Rica, este principio lo establece el artículo 11 de la Constitución Política que, respecto a los servidores del Estado, en lo que interesa, señala: "los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede."

En igual sentido el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, No. 6227 del 20 de diciembre de 1978, dispone en relación con la Administración pública que "actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, (...)"

Para el cumplimiento del principio de legalidad, es necesario que los servidores públicos actúen bajo el criterio de libertad comprometida. Esto quiere decir que, su libertad individual debe someterse al bien común, ya que, de lo contrario se apartarían del fin público.

3.2 El deber de probidad

El deber de probidad se refiere a la rectitud y buena fe del funcionario público, en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; a la satisfacción primordial del interés público, al cumplimiento del régimen de prohibiciones e incompatibilidades a la toma de decisiones que se ajusten a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña, a la administración de los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, evitando rendir cuentas satisfactoriamente. El deber de probidad se normativiza en el art. 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública[3].

De conformidad con el deber de probidad, se exige al funcionario público una vida intachable en el ejercicio de su función pública, de conformidad con las potestades que le confiere la ley. Este deber se normativizó con el fin de sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública, como la apunta la Sala Constitucional, en el voto No. 2010-004117 de las 11:24 hrs. del 26 de febrero de 2010[4].

3 Artículo 3º- 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; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.

4 (...) Precisamente con el fin de atacar la problemática mencionada,

Empero, la regulación de este deber es tan amplia e indeterminada, que dentro de este concepto podría estar contemplada toda conducta administrativa irregular, que acarrearía la separación del cargo sin responsabilidad patronal –art 4 LCCEIFP-, sin que el actuar del funcionario público pudiera constituir un delito, con lo que su incumplimiento, no podría dar pie a que se sancione la corrupción en el ejercicio de la función pública, sino solo a una sanción administrativa, por una violación a principios éticos.

3.3 La ética y los principios que informan la Función Pública

La actuación de la Administración Pública y del funcionario debe estar dirigida a la satisfacción del interés general, para lo cual debe actuar con objetividad e imparcialidad. El irrespeto de estos valores afecta no solo los principios éticos en que debe fundarse la gestión administrativa, sino el buen funcionamiento del sistema político y administrativo.

De conformidad con lo resuelto por la Sala Constitucional, en su resolución N° 6472-2006 de 10:31 hrs. del 12 de mayo de 2006, el principio de imparcialidad implica una sujeción al ordenamiento jurídico. Sujeción que determina que el criterio de fundamentación de las decisiones públicas sea el ordenamiento, según la escala jerárquica de las fuentes, para lo cual debe tomarse en consideración que el ordenamiento comprende no sólo normas jurídicas escritas sino también valores y principios. Dicho principio obliga al funcionario a actuar conforme el interés general, sin favoritismo, sin sujeción a razones personales, familiares, ideológicas o de cualquier otra naturaleza; manteniendo siempre una actitud de independencia frente a vínculos de naturaleza ajena al Derecho. Consecuentemente, el poder de decisión o de gestión no debe verse afectado o influido por elementos distintos de aquellos que el ordenamiento determina, incluidos los vínculos personales, familiares, de amistad o de cualquier otro tipo.

Igualmente, conforme al principio de objetividad, el funcionario debe basar sus decisiones en la imparcialidad, sin que su actuación pueda revelar algún comportamiento subjetivo. Por lo que el funcionario no puede ofrecer dudas sobre su actuar, que siempre debe estar dirigido a satisfacer el interés general.

Estos principios éticos en la función pública quedan plasmados en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 de 6 de octubre de 2004. Específicamente en el artículo 3 antes citado y el numeral 1 inciso 14) del Reglamento a dicha Ley[5], en el que se establece el deber de probidad, que obliga a los servidores públicos a desarrollar su conducta en resguardo del interés público.

Como parte del cumplimiento del deber de probidad el funcionario público de realizar acciones concretas como el rechazo a la recepción de dádivas, obsequios, premios, recompensas, etc. y cumplir con deber de abstención de conocer los asuntos en los que se posea un interés directo o personal.

Además, en el Decreto Ejecutivo N° 33146 del 24 de mayo de 2006, publicado en La Gaceta N° 104 del 31 de mayo de 2006, se establecen taxativamente los principios éticos que deben cumplir los servidores públicos[6].

el legislador ordinario procedió a emitir la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que tiene como finalidad, según lo expone en su artículo primero, prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública, estableciendo a su vez en su artículo 3 el deber de probidad del funcionario público (...)

5 (...) 14) Deber de probidad: Obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones: (...) // e) Rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, en el país o fuera de él; salvo los casos que admita la Ley. // f) Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes. // g) Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público.

6 (...) a) **Afán de servicio:** Deben tomar sus decisiones basados únicamente en el interés público. (...) b) **Integridad:** No deben situarse en situación de obligación financiera o de cualquier otro tipo frente a cualquier persona u organización que pueda influenciarles en el desempeño de sus deberes oficiales; c) **Objetividad:** Al ejecutar sus funciones públicas, incluyendo la realización de nombramientos, el otorgamiento de contratos o la concesión de recomendaciones a personas para la obtención de recompensas y beneficios, deben tomar sus decisiones de acuerdo con criterios de mérito; d) **Rendición de cuentas:** Deben rendir cuentas ante los órganos públicos correspondientes, la prensa, las organizaciones de la sociedad civil y la ciudadanía en general por los actos y decisiones realizadas en el ejercicio del cargo, y someterse a cualquier forma de escrutinio que resulte apropiada para su cargo; **e) Transparencia:** Deben ser tan abiertos como sea posible sobre las acciones y decisiones que realicen en ejercicio del cargo. Deben motivar adecuadamente sus decisiones y restringir la información sobre ellas únicamente cuando el interés público claramente lo demande; **f) Honradez:** Deben declarar públicamente cualquier interés privado relacionado con sus

Es claro, entonces, que los funcionarios públicos deben actuar siempre con objetividad, integridad, imparcialidad, rectitud y liderazgo, tanto en el desempeño diario de sus funciones, como en el uso de las potestades que les confiere la ley.

4. Denunciante de buena fe y de mala fe

El denunciante de buena fe es la persona física que pone en conocimiento, en forma escrita, verbal o por cualquier otro medio, ante la Contraloría General de la República, la Procuraduría de la Ética Pública, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, un hecho para que se investigue, con el fin de prevenir o determinar la comisión de actos de corrupción, falta de ética y transparencia en la función pública o cualquier situación irregular que incida sobre la Hacienda Pública. Lo anterior, con el fin de que se proceda a investigar para que se establezcan las sanciones administrativas, civiles y/o penales correspondientes a los responsables, de conformidad con el artículo 1 inciso 13) del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

El concepto de "buena fe" utilizado en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento en la Función Pública – art 8- proviene de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se introduce con el fin de evitar abusos, que se puedan dar al existir mala fe en la interposición de las denuncias. El denunciante que actúa de buena fe, puede acceder a los sistemas de protección.

Por otra parte, la "mala fe" está presente cuando se ponen en conocimiento de los órganos de control, posibles actos de corrupción, que no se han cometido o cuando se simulan pruebas o indicios que fundamenten dichos actos, con el fin de iniciar un proceso de investigación administrativa y/o penal. En este caso, quien actúa de mala fe no tiene derecho a acceder a los sistemas de protección.

4.1 Obligación y deber de denunciar del Funcionario Público

De conformidad con el Reglamento a la Ley Contra le Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, todo ciudadano tiene el derecho de denunciar los presuntos actos de corrupción -art 8-. Sin embargo, el Reglamento es novedoso al indicarnos en su artículo 9[7] que, el funcionario público está en el deber de denunciar ante las Autoridades competentes los presuntos actos de corrupción.

Si bien es cierto, el ciudadano está no obligado a denunciar, posee un deber moral de hacerlo. Por el contrario, el funcionario público sí posee el deber de denunciar ante las autoridades competentes, los actos presuntamente corruptos que conozca en el ejercicio de la función pública.

4.2 La denuncia como instrumento de lucha contra la corrupción

La denuncia es un medio utilizado por los administrados para poner en conocimiento de la Administración, hechos que el denunciante estima irregulares o ilegales, así lo indicó la Sala Constitucional, en su Resolución N° 4300-2005 del 20 de abril del 2004. Además, manifestó que su objetivo es "instar el ejercicio de competencias normalmente disciplinarias o sancionatorias, depositadas en los órganos públicos", para la lucha y combate contra la corrupción.

La Organización de los Estados Americanos (2007), en su Informe Hemisférico de la Segunda Ronda de Análisis del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, recomendó a los Estados parte que, se adopten medidas de protección para quienes denuncien actos de corrupción que, puedan ser objeto de investigación en sede

deberes públicos y tomar las medidas necesarias para resolver cualquier conflicto de interés en una forma adecuada para proteger el interés público; **g) Racionalidad:** Deben proteger y conservar los bienes del Estado; debiendo utilizar los que les fueron asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando abusos, derroche o desaprovechamiento; **h) Liderazgo:** Deben promover y apoyar estos principios con su liderazgo y ejemplo personal. (Así reformado por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 33335 del 28 de agosto de 2006)

7 "los funcionarios públicos tienen el deber de denunciar ante las autoridades competentes los actos presuntamente corruptos que se produzcan en la función pública, de los que tenga conocimiento"

administrativa o judicial. A través de mecanismos de denuncia, como la denuncia anónima y la denuncia con protección de identidad, que garanticen la seguridad personal y la confidencialidad de identidad de los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que de buena fe denuncien actos de corrupción. Medidas de protección que deben estar orientadas a su integridad física a su familia, y hacia la protección de su situación laboral, principalmente cuando se trata de un funcionario público y cuando los actos de corrupción que se denuncian, pueden estar relacionados con su superior jerárquico o a sus compañeros de trabajo.

En Latinoamérica se cuenta con la Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciantes y Testigos, elaborado por el Departamento de Cooperación Jurídica de la OEA[8]. Esta propuesta aborda los aspectos que puedan influir en la protección de denunciantes en los diferentes países, que pueden ser adaptados según cada contexto social, político y económico.

La mayor parte de la doctrina sostiene que debe protegerse la confidencialidad de la identidad del denunciante, tal y como se hace en la legislación costarricense. Sin embargo, hay opiniones divididas en cuanto a considerar y proteger las manifestaciones efectuadas en forma anónima. Asimismo, existen diferencias doctrinarias respecto a si se debe sancionar al denunciante de mala fe o a la persona que presenta denuncias infundadas y si al denunciante debe o no otorgársele una recompensa económica, en caso de que su revelación haya tenido como resultado, la recuperación de dinero.

Al tener el denunciante la seguridad de que se le va a guardar la confidencialidad de su identidad, la denuncia se convierte en una herramienta clara de lucha contra este mal. Ya que, al no temer que se revele su identidad, puede dar a conocer hechos presuntamente corruptos, sin que tema por represalias, principalmente de sus superiores.

Aunado a lo anterior, está el deber de guardar confidencialidad de la identidad de los denunciantes por parte de los funcionarios, que tienen sobre sí la responsabilidad de realizar las investigaciones; obligación exigida bajo pena de incurrir en algún tipo de delito como el de Divulgación de Secretos –art. 203 Código Penal-[9]. Esto hace más efectivo que, se incentive la denuncia como medio para el combate a la corrupción.

Empero, en el caso de que sufra represalias, el denunciante debe tener la seguridad, que existen mecanismos para protegerlo en su ámbito laboral y su integridad física.

4.3 Denuncia ante Órganos de Control

Sobre la denuncia interpuesta ante los órganos de control, Bauzá (2015) indica al respecto que, a pesar de que la denuncia provoca una relación jurídica entre la Administración y el denunciado, no se puede obviar la relación existente entre el denunciante y la Administración. Esta relación comprende derechos y obligaciones por ambas partes.

El denunciante, desde el momento en que interpone por escrito su denuncia o la formula verbalmente ante los órganos de control, se une a ellos, en una relación distinta a la que tiene en denunciado con la Administración, en un procedimiento de investigación preliminar, tendente a buscar hechos o indicios razonables de un posible acto de corrupción o de una falta de ética o probidad en el ejercicio de la función pública. El denunciante se convierte en un colaborador de la Administración, que le presta ayuda para que aquélla ejerza sus funciones, es decir es un "agente de la Administración" o incluso un "testigo cualificado". (P.8)

En nuestro ordenamiento jurídico el denunciante no es parte del procedimiento de investigación preliminar, pero sí tiene derecho a que se le comunique el acto final[10]. Entendiendo la denuncia como parte del

8 Organización de los Estados Americanos (2013). Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciantes y Testigos. OEA, Washington DC.

9 ARTÍCULO 203.- Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa. Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años

10 Al respecto ver la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema

derecho de petición del artículo 27 constitucional, al denunciante además se le puede comunicar: quiénes son los órganos responsables del trámite de la denuncia, la fase del procedimiento en que se encuentra la denuncia y el plazo prudencial para su conclusión[11].

5. Garantías de protección administrativas y judiciales del denunciante de buena fe

Los denunciantes de buena fe, deben ser protegidos desde el punto de vista administrativo como judicial, para evitar cualquier tipo de amenazas o represalias por haber denunciado un presunto acto corrupto y conocer cuáles son las autoridades competentes para tramitar las solicitudes de protección y las instancias responsables de brindarla. Además, se deben establecer mecanismos para la protección de testigos, que otorguen a éstos, las mismas garantías del funcionario público y el particular.

En estos casos, en Costa Rica el denunciante de mala fe no es sujeto de la protección que el ordenamiento jurídico provee, ya que la normativa existente permite que, aquel funcionario que se sienta perjudicado en su honor por una denuncia falsa, interponga la denuncia penal por injurias, calumnias o difamación, en cuyo caso los jueces dentro del proceso penal incoado, tendrán potestad para solicitar los datos del denunciante a la autoridad administrativa que tramita la investigación. Cuando esto sucede, la confidencialidad que otorga la legislación al denunciante se ve suprimida, al ser considerado ya no un denunciante de buena fe, sino de mala fe.

Es importante establecer que el otorgamiento de medidas de protección, solo tiene lugar en aquellos casos en los cuales se haya comprobado que la denuncia es considerada de buena fe, independientemente del resultado de la investigación.

Consideramos que todo país debe legislar en relación con la materia de protección al denunciante, no solo en cuanto a guardar confidencialidad de su identidad. La doctrina ha mencionado ciertos elementos esenciales que debe contener esta normativa. Al respecto Banisar (2006), identifica las siguientes condiciones, como necesarias para elaboración de leyes tendientes a la protección a denunciantes de casos de corrupción:

a. Que se establezcan como una ley independiente, que no conformen una sección de otra ley.

b. Que cubran tanto para el sector público como al sector privado.

c. Que se definan las conductas denunciables, incluyendo infracciones a la ley, a buenas prácticas y a la ética.

d. Que se creen procedimientos internos para la protección.

e. Que se establezca protección contra las represalias.

f. Que se puedan apelar las decisiones ante órganos externos.

g. Que se puedan revisar las decisiones adoptadas con respecto a la aplicación de protecciones al denunciante, para minimizar la posibilidad de errores, abusos o arbitrariedades.

h. Que se dé la fiscalización por parte de algún órgano independiente. (p. 45-51).

Importante resulta destacar que, David Banisar sugiere que estas leyes sean independientes y no un capítulo o apartado de otra ley, que sean muy claras en cuanto al catálogo de las conductas denunciables, que vengan a crear verdaderos sistemas de protección, con sus procesos de revisión, para que se otorguen solo al denunciante de buena fe, en forma oportuna y cesen en caso de que ya no se requieran.

En Costa Rica ya se ha tomado conciencia de legislar ampliando la protección actual de los denunciantes de actos de corrupción, a través de dos proyectos de ley que se encuentran en la corriente legislativa; *el Proyecto de Ley para Proteger e Incentivar a los Ciudadanos a Combatir la Corrupción en la Función*

de Justicia Nos. 2004-02985, 2005-4300.
11 Al respecto ver la resolución de la Sala Constitucional e la Corte Suprema de Justicia Nos. 2002-2517, 2003-2462,2005-4593.

Pública, Expediente Legislativo N.º 15.745 y el Proyecto de Ley sobre Reforma Parcial y Adición a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimientos Ilícito en la Función Pública, Ley N.º 8422, Expediente Legislativo N.º 18.348, empero a pesar de pretender ampliar el ámbito de protección, se requiere mayor protección, como se verá seguidamente.

El Proyecto de Ley para Proteger e Incentivar a los Ciudadanos a Combatir la Corrupción en la Función Pública, Expediente Legislativo N.º 15.745, pretende canalizar las denuncias a través de la Defensoría de los Habitantes como la oficina encargada de investigar las denuncias y posteriormente elevar los asuntos a conocimiento del Ministerio Público cuando exista mérito suficiente para ello. En este proyecto se mantiene la confidencialidad de la identidad del denunciante y se indica la posibilidad de otorgar medidas de protección de manera inmediata y efectiva contra actos, resoluciones y cualquier práctica formal o informal que afecte, de cualquier modo, su esfera laboral, personal, profesional o familiar, como consecuencia de la denuncia hecha. Pese a que se pretende otorgar una protección más completa al denunciante, este proyecto no es claro en cuanto a los mecanismos para implementar las medidas para poder alcanzar ese ámbito de protección, con el fin de cumplir con esa protección integral.

Otro aspecto importante de esta iniciativa de ley, es el incentivo económico cuyo objetivo es motivar al ciudadano a denunciar, cuando tenga conocimiento de un acto de corrupción.

Al respecto la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica OJ-055-2005, del 25 de abril de 2005, se ha pronunciado en relación con este proyecto de ley indicando que, al proponer que sea la Defensoría de los Habitantes la oficina encargada de recibir denuncias y de llevar a cabo las investigaciones por presuntos actos de corrupción, se estaría en contra de lo dispuesto en la Ley N° 8422, que establece un grupo más amplio de órganos de control que reciben denuncias sobre presuntos actos de corrupción, algunas en sede administrativa -como es el caso de la Procuraduría de la Ética Pública, la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, ámbito dentro del cual se incluye actualmente a la Defensoría de los Habitantes dentro de su marco de competencia- y otras en sede judicial, como el Ministerio Público, máxime que cada uno de estos órganos de control posee competencias específicas establecidas por ley.

Además, en este proyecto se indica que el denunciante tiene derecho a conservar su anonimato. Al establecerse medidas de protección para el denunciante dirigidas a evitar los actos, resoluciones o cualquier práctica formal o informal que afecte, de cualquier modo, su esfera laboral, personal, profesional o familiar, como consecuencia de la denuncia, solo puede ser objeto de dicha protección aquellos denunciantes que lo sean de buena fe, por lo tanto, no se podrían aplicar estas a las personas anónimas.

Por otra parte, el proyecto enumera en forma taxativa el conjunto de medidas a proporcionar al denunciante, las cuales no resultan del todo convenientes por cuanto tiene que existir un espacio de flexibilidad en cuanto a la protección que se debe otorgar en función del caso concreto. También se considera necesario analizar la conveniencia de que sea el superior jerárquico el encargado de proporcionar las medidas de protección al funcionario público, por cuanto se debe tomar en consideración que, en algunos casos, es posible que el mismo superior sea quien tome acciones de represalia en contra del denunciante de buena fe.

En relación con el incentivo económico que propone este Proyecto Ley, a través del otorgamiento de crédito tributario, como una medida para promover que los ciudadanos denuncien cuando tengan conocimiento de un hecho de corrupción, la Procuraduría lo considera una iniciativa de recibo e interesante, la cual debe ser consultada con el Ministerio de Hacienda por cuanto es a esa cartera a quien le correspondería analizar la conveniencia de dicha iniciativa y su ejecución.

A pesar de que la Procuraduría no lo censura del todo el proyecto de ley, considera que las medidas de protección previstas son insuficientes.

Por su parte el Proyecto de Ley sobre Reforma Parcial y Adición a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimientos Ilícito en la Función Pública Ley N.º

8422, Expediente Legislativo N.º 18.348, propone una reforma a varios artículos de la Ley N.º 8422, dentro de los que se encuentra la adicción de un **artículo 4 bis**, introduciendo una norma que permita ordenar medidas cautelares de protección[12] a favor del funcionario denunciante, testigo o aquel que aporte elementos de prueba relevantes en las investigaciones preliminares o procedimientos seguidos por presuntos actos de corrupción, faltas del deber de probidad, conflictos de intereses o cualquier otra conducta que afecte negativamente en la Hacienda Pública, cuando existan indicios o pruebas de que el servidor público está siendo objeto de amenazas o represalias en el ámbito laboral como consecuencia de su participación, encargando al órgano con potestad disciplinaria de cada institución, el establecer las medidas de protección, por lo que su implementación no requeriría la creación de nuevas autoridades de control y también se faculta a solicitar la protección, a la Procuraduría General, la Contraloría General y las auditorías internas.

En este proyecto se faculta para solicitar la protección, además del interesado, a la Procuraduría General, la Contraloría General y las auditorías internas, lo que constituye una garantía adicional para el funcionario afectado.

Sin embargo, según lo indicado por la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica OJ-081-2012, el 29 de octubre, 2012, si bien es cierto existe consenso a nivel internacional, en que se debe ofrecer un régimen de protección al funcionario que denuncia, que lo resguarde de eventuales represalias u otras consecuencias negativas que afecten su estabilidad laboral, en este proyecto de ley no se propone una ampliación de instrumentos de protección al denunciante, en relación con la línea de pensamiento existente en esta materia a nivel internacional.

12 La nueva normativa facultaría a la Administración Pública a ordenar medidas como las siguientes: a) hacer cesar la perturbación; b) no interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo puestos a disposición del servidor afectado; c) suspender la ejecución de actos administrativos que puedan conllevar un perjuicio a los funcionarios protegidos; d) reubicar, provisionalmente, trasladar o permutar en su cargo, o en forma excepcional separar temporalmente del cargo con goce de salario al servidor de quien emana la amenaza o represalia, o al funcionario que está siendo objeto de amenazas o represalias; y e) cualquier otra medida de protección que resulte análoga a las anteriores.

Como se evidencia de los proyectos mencionados, en Costa Rica falta legislar en materia de protección del denunciante de buena fe, ya que como bien se ha expuesto, el denunciante de buena fe, solo cuenta con la protección de su identidad, según se desprende del artículo 8 de la Ley N°8422.

5.1 Protección de la identidad del denunciante

En Costa Rica es requisito indispensable para iniciar una investigación de un acto de corrupción o de una falta de ética o probidad en el ejercicio de la función pública en sede administrativa, aportar el nombre completo del denunciante, cabe destacar que a las denuncias anónimas no se les da trámite salvo casos excepcionales en donde la prueba constituya elementos suficientes para abrir una investigación, por la garantía de confidencialidad de su identidad que le dan los órganos de control.

Tanto la Ley de Control Interno, como la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública como su Reglamento, establecen en su articulado la confidencialidad del denunciante y de los documentos que consten en la denuncia.

Resulta importante conocer, qué se debe entender por confidencialidad. Según Herrán Ortiz (1999) "la confidencialidad representa una manifestación de la "confianza" que se ha depositado en un tercero, que será quien oculte con la complicidad de la persona lo que le ha sido revelado, (...) si bien con la garantía y compromiso de que lo que se ha compartido no será facilitado al conocimiento genera (...)". Es por esto que podemos afirmar que quien denuncia no espera que se dé a conocer su nombre y mucho menos a la persona de él denunció.

Para resguardar esta confidencialidad se requiere que se establezcan por parte de los órganos que investigan actos de corrupción, los controles adecuados con el fin de no vulnerar este derecho del denunciante. Es por ello que, la Procuraduría General de la República en el Dictamen C-076-2004, del 04 de marzo del 2004, indicó "(...) los órganos de control interno, entre los

cuales está incluida la administración activa, deben tomar las medidas correspondientes a efecto de que esa identidad sea garantizada en forma permanente".

Lo anterior, con fundamento en el artículo 6 de la Ley de Control Interno, en el artículo 8 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, y en el artículo 10 y 18 de su Reglamento, como se verá seguidamente.

La Ley de Control Interno, Ley No. 8292 del 31 de julio del 2002 en su artículo 6, la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública en su artículo 8 y el Reglamento a dicha ley en los artículos 10 y 18, vienen a establecer que la Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas, de las instituciones públicas, deberán guardar confidencialidad de la identidad de los ciudadanos que presenten ante sus oficinas, denuncias de actos de corrupción, no permitiéndose la renuncia a la reserva de confidencialidad.

Dicha confidencialidad se debe guardar en todo momento, tanto en el momento de la investigación preliminar, durante el procedimiento administrativo disciplinario y una vez concluido este, con el fin de que no debe sufra persecuciones o represalias como consecuencia de la denuncia. Es decir, la confidencialidad respecto de los datos de identidad del denunciante, permanece sin límite temporal y trasciende la finalización del procedimiento administrativo y no está sujeta a la voluntad del denunciante.

No obstante, lo anterior, las autoridades judiciales –juez- podrán requerir la identidad del denunciante, cuando este se presuma su mala fe, ante la posible existencia de un delito contra el honor.

5.2 Protección vinculada a la relación laboral

Si bien es cierto se guarda confidencialidad de la identidad de quien presenta la información sobre actos presuntamente corruptos o prácticas administrativas irregulares que generen situaciones de corrupción, en Costa Rica no existe protección de los derechos relativos al ámbito laboral.

Ante la denuncia un posible acto de corrupción en sede administrativa, existe la posibilidad de que la identidad del denunciante sea de conocimiento público, por lo que esto no debería constituir un menoscabo a su seguridad personal y laboral, en la medida que existan instrumentos suficientes que garanticen esa protección.

Si se llega a conocer la identidad de un denunciante de buena fe, podría estar expuesto a represalias en su trabajo, pudiéndose afectar su estabilidad laboral, su remuneración, su desempeño, su promoción, y hasta privándole de ambiente de trabajo acorde al cargo y preparación.

Cuando los presuntos actos arbitrarios o ilegales contra una persona denunciante, afecten de algún modo su situación laboral, por tratarse de advertencias orales o escritas sin fundamento, suspensión de trabajo sin goce de salario, despido, descenso, traslado a puestos de clase diferente o privación de funciones, calificaciones o informes negativos, aislamiento, acoso, o cualquier otro tipo de acción formal o informal análoga a las mencionadas anteriormente, es importante considerar protegerla, ya sea solicitando inmediatamente la cesación o suspensión del acto arbitrario o ilegal a su responsable, siempre que se estime conveniente y no pueda resultar contraproducente. Es por ello que, es importante establecer medidas de protección provisionales para los denunciantes en el lugar de trabajo con el fin de "contribuir a preservar la relación laboral y evitar que se rompa por completo"[13].

5.3 Protección relativa a la seguridad e integridad personal

Al igual que la protección vinculada a la esfera laboral, se requiere prever la protección a la seguridad e integridad personal del denunciante de buena fe.

En nuestro país, a comienzos del presente siglo se avocó a la aprobación de la Ley N° 8720, Ley de Protección a Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal, misma que ha constituido una

13 Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Viena. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Guía de Recursos sobre Buenas Prácticas en la Protección de los Denuncia. Pág 71

herramienta importante para proporcionar protección a víctimas, testigos y de demás sujetos que intervienen durante el proceso penal, sin embargo, en la sede administrativa, la legislación no es lo suficientemente amplia y en consecuencia no brinda la seguridad y protección a la integridad personal necesaria, mientras la investigación es desarrollada por parte de los órganos de control en esta sede.

Es importante, dotar a las instituciones que tienen competencia en el conocimiento de denuncias de posibles actos de corrupción, de herramientas eficaces para que establezca los procedimientos adecuados, tanto en el control como el seguimiento de cada uno de los casos, a fin de que tengan la posibilidad de solicitar la protección oportuna ante las autoridades competentes, tal como ocurre en la sede penal a través de la solicitud de otorgamiento de las medidas de protección relativas al ámbito de seguridad e integridad física.

6. ¿Es necesario ampliar la protección a los denunciantes de buena fe, testigos y sujetos que intervienen en las investigaciones de hechos de corrupción?

Sí, es necesario ampliar esta protección, no solo a los denunciantes de buena fe, testigos y sujetos que intervienen en las investigaciones de hechos de corrupción en sede administrativa, veamos porqué.

En el artículo III inciso 8) de la Convención Interamericana Contra la Corrupción se establece que los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer "a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno."

Partiendo de esta disposición, la protección de la identidad de un denunciante, no es la única que se debe dar, sino el mínimo sobre lo que se debe actuar, ya que el servidor del Estado está desempeñándose en su ámbito laboral y en ese campo pudo haber conocido de los hechos que denunció y además su vida o integridad pueden peligrar dependiendo del hecho corrupto que conoció y puso en conocimiento de las autoridades respectiva, por lo que es importante ampliar dicha protección a esos otro ámbitos en los que se desenvuelve. También el testigo juega un papel muy importante en las denuncias de los actos de corrupción, ya que con su testimonio se puede llegar a sancionar al infractor.

6.1 Papel del testigo en una investigación de actos de corrupción

Para Gruenberg y Biscay (2007), consideran sin duda alguna, que brindar protección adecuada a las víctimas y testigos de casos de corrupción es un incentivo que posee mucha eficacia para obtener información inútil que ayude a investigar este tipo de delitos y obtener sanciones adecuadas contra los responsables.

Sin embargo, la falta de normas y políticas sólidas en materia de protección de testigos de casos de corrupción, es una de las debilidades más visibles en los países de la región. La amenaza, el amedrentamiento, la extorsión y los riesgos sobre la integridad física de los denunciantes, testigos y sus familiares, son un costo alto que paga el sistema judicial y la sociedad civil y, que produce grandes beneficios a la corrupción y la impunidad. (p.10)

6.2 Vulnerabilidad del que investiga posibles actos de corrupción

Los órganos de control hacen uso de los funcionarios públicos operadores del derecho para investigar los actos de corrupción o las faltas de ética y probidad en el ejercicio de la función pública. Dichos servidores están expuestos a represalia en materia laboral o a influencias administrativas, políticas, sociales, para que se tomen decisiones contrarias a derecho o que se aparten de la objetividad o imparcialidad. Hasta su integridad física puede estar en riego o peligrar. Para evitar esto, es necesario darles acceso a medidas de protección, si así lo requieren.

6.3 Derecho comparado experiencias de Argentina y Perú

En Argentina desde el año 1999 entró en vigencia la Ley de Ética de la Función Pública, y en este mismo año crea la Oficina Anticorrupción[14] (OA), oficina perteneciente al Poder Ejecutivo, específicamente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, establece las estrategias y políticas públicas anticorrupción de su país. Su principal función es la de recibir denuncias de actos de corrupción administrativas o penales, realizar investigaciones preliminares, presentar denuncias ante autoridades competentes, y constituirse en querellante en procesos en los que haya afectación económica del Estado.

Esta oficina es la encargada de investigar y perseguir la corrupción política en el ámbito de la función pública, incluyendo las entidades centralizadas y descentralizadas como a las empresas u organizaciones que de algún modo tengan relación con el Estado, empero esta entidad no tiene competencia con las municipalidades, ni en el ámbito legislativo, judicial.

Contrario a Costa Rica que la Procuraduría de la Ética Pública, como Oficina Anticorrupción, posee competencia para investigar a todo funcionario público, del gobierno central y de las entidades centralizadas y descentralizadas.

Al igual que en Costa Rica en Argentina puede denunciar un acto de corrupción tanto un ciudadano, un funcionario público como una persona jurídica, ya que se fomenta la participación ciudadana.

La oficina Anticorrupción Argentina, pone a disposición de los ciudadanos la posibilidad de denunciar de manera presencial, por escrito, oral e inclusive a distancia con la utilización del correo electrónico, el teléfono o la web. En Costa Rica, se puede denunciar de tres maneras ante la Procuraduría General de la República, vía fax, al apartado postal, entregando los documentos en forma presencial ante la Procuraduría de la Ética Pública, o mediante denuncia, lo cual refleja cierta similitud en el proceso que se sigue en Argentina, empero, difiere de este país, en el hecho que no se reciben denuncias por teléfono.

La Oficina Anticorrupción, para cumplir con su función de investigar denuncias de corrupción, otorga al denunciante, la posibilidad de denunciar en forma anónima, solicitar preserva de su identidad o denunciar sin reserva de identidad cuando considere que no corre peligro. Contrario a nuestro país que el denunciante debe identificarse y se le garantiza la confidencialidad de su identidad, las denuncias anónimas no son una opción para proteger al denunciante, pero si se presentan pueden ser archivadas, si no vienen con el detalle y la prueba correspondiente para activar una denuncia de oficio.[15]

Por lo que antecede, se puede indicar que en sede administrativa la protección al denunciante de buena fe se materializa con la posibilidad de recibir denuncias anónimas y con reserva de la identidad, la cual deberá ser solicitada expresamente y será custodiada por la Oficina Anticorrupción, asignándole un número de registro. Cabe indicar que esta reserva de la identidad se mantendrá en todo momento aun y cuando se termine la investigación preliminar y se procese el caso y solo se podrá dar a conocer, mediante autorización judicial.

Por su parte, a los funcionarios públicos que conozcan en el ejercicio de sus funciones, delitos perseguibles de oficio se les ha impuesto la obligación de denunciarlos de conformidad con Ley Marco de Regulación de Empleo Público[16] Nacional, que establece que debe "llevar a conocimiento de la superioridad todo acto, omisión o procedimiento que causare o pudiere causar perjuicio al Estado, configurar delito, o resultar una aplicación ineficiente de los recursos públicos" [17], empero ante tal

14 Conforme el Decreto No. 102/99 (23/12/99), la Oficina Anticorrupción es el organismo "encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que dentro del ámbito fijado por esta reglamentación se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley No. 24.759".

15 Arts. 1º, inc. a y 4º, inc. a Anexo 1 Reglamento Interno de la Dirección de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción. Resolución MJS y DH No. 1316/08. Disponible en: http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/049BBDE54C1F1F878325745200444B2A [Accesado el 04 de noviembre del 2018].

16 Ley Marco de Regulación de Empleo Público, promulgada el 06 de octubre de 1999, Disponible en: http://www.saij.gob.ar/25164-nacional-ley-marco-regulacion-empleo-publico-nacional-lns0004394-1999-09-15/123456789-0abc-defg-g49-34000scanyel?#I0011 [Accesado el 03 de noviembre del 2018].

17 Ley No 25.164 Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, art. 23 inciso h.

obligación, los funcionarios públicos denunciantes, se encuentran desprotegidos de las posibles represalias derivadas de la denuncia de un hecho de corrupción, máxime que muchos no poseen estabilidad en sus puestos y no cuentan con una efectiva protección en la esfera laboral.

En Argentina, además en el ámbito penal se crea la Ley N° 25.764[18], la cual fue promulgada el 12 de agosto del 2003, ésta ley crea el Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados, destinado a preservar la seguridad de imputados y testigos que hubieran colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación judicial de competencia federal, relativa a los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación y los previstos por las Leyes N°s. 23.737 y 25.241, estableciendo medidas que están relacionadas con su integridad física de imputados y testigos.[19]

Según Martínez (2009) la protección que ofrece este programa se ha hecho extensiva a los delitos vinculados con la delincuencia organizada o de violencia institucional y la trascendencia e interés político criminal con lo que, se podría ampliar a los delitos de función pública o relacionados con la corrupción, pero solo circunstancias excepcionales, cuando la persona que hubiera denunciado actos de corrupción sea considerado un testigo útil en un proceso judicial que se encuentre en curso (pág 10).
Por lo que antecede y según lo considera Jacobo (2014), este programa no genera una protección eficaz, ya que el otorgar el beneficio se subordina, primero a la existencia de un peligro y no un riesgo al que puede estar sometido un denunciante de un acto corrupción. Las medidas de protección tienden a estar relacionadas con la protección física del beneficiario, pero no se dirigen a proteger la continuidad laboral, la alteración de sus funciones desempeñadas, o a impedir otro tipo de represalias en el ámbito laboral. Además, un juez o fiscal, debe hacer el requerimiento, para lo cual de existir una causa judicial abierta por los hechos denunciados. No se contempla posibilidad de protección mientras la investigación se encuentra en manos de los organismos de control en sede administrativa. Y no se otorga protección a las personas cuya denuncia generó responsabilidad disciplinaria y no la apertura de una causa judicial. (págs 4-5)

De lo que antecede se desprende que Argentina al igual que Costa Rica, no cuenta con un sistema en el que se proteja en forma integral al denunciante, prácticamente se puede considerar que la una protección que posee el denunciante de buena fe de actos de corrupción es en materia de confidencialidad de su identidad y solo en el tanto éste denuncie en forma anónima o solicite reserva de identidad. Argentina y Costa Rica deben legislar en forma efectiva en esta materia, ampliando su ámbito de acción a los denunciantes en sede administrativa que requiere protección en el ámbito laboral y en su integridad física, sin que exista un proceso penal abierto, producto de su denuncia.

Contraria a la experiencia de Costa Rica y Argentina, en Perú mediante la Ley No 29542[20], Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, da protección al denunciante de buena fe, tanto en su ámbito administrativo como cuando la denuncia pasa a la vía penal.

Esta ley otorga a los denunciantes en el sector público, protección contra despidos o sanciones menores, confidencialidad a quienes denuncien actos de corrupción, y el derecho a una indemnización, consistente en un porcentaje de las multas impuestas a las personas declaradas culpables, como resultado de una denuncia.

18 Ley No. 25.764, Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados, promulgada el 12 de agosto del 2003, Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/87581/norma.htm [Accesado el 03 de noviembre del 2018].

19 Ley 25.764, Art 5º — Las medidas especiales de protección, cuando las circunstancias lo permitan y lo hagan aconsejable, podrán consistir en: a) La custodia personal o domiciliaria: b) El alojamiento temporario en lugares reservados; c) El cambio de domicilio; d) El suministro de los medios económicos para alojamiento, transporte, alimentos, comunicación, atención sanitaria, mudanza, reinserción laboral, trámites, sistemas de seguridad, acondicionamiento de vivienda y demás gastos indispensables, dentro o fuera del país, mientras la persona beneficiaria se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios. En ningún caso la asistencia económica se otorgará por más de seis (6) meses; e) La asistencia para la gestión de trámites; f) La asistencia para la reinserción laboral; g) El suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar."

20 Ley No 29542, Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, Dado en el Congreso de la República el 22 de junio de 2010 Disponible en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ley29542.pdf [Accesado el 03 de noviembre del 2018].

La Contraloría General de la República del Perú, se encarga de tramitar las denuncias, ella "cuenta con 23 subdivisiones regionales y 800 oficinas de control interno ubicadas en instituciones gubernamentales importantes de todo el país; esto significa que en 824 entidades se pueden recibir denuncias de corrupción" [21].

Para coordinar la atención y recepción de denuncias se creó el Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SINAD) como un medio seguro para la presentación de denuncias y un sistema centralizado de respuesta, que utiliza un procedimiento codificado que permite resguardar la identidad del denunciante e impide a los analistas conocerla.

Es con la implementación del Decreto Legislativo No. 1327[22], que se establecen los procedimientos y mecanismos para facilitar e incentivar las denuncias realizadas de buena fe de actos de corrupción y sancionar las denuncias realizadas de mala fe, protegiendo al denunciante. Las medidas de protección establecidas en ese Decreto Legislativo no afectan las competencias de la Contraloría General de la República, establecidas de conformidad con la Ley N° 29542, Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, como ente rector del Sistema Nacional de Control (Legislativo No. 1327, art 3 inciso 3.2)

Con el Decreto Supremo N° 010-2017-JUS[23], dado en Lima, a los doce días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1327, y se establecen las competencias otorgadas a las Oficinas de Integridad Institucional de las Entidad Públicas[24], quien como órganos titular en la tramitación de denuncias por casos de corrupción a lo interno de las instituciones públicas, proporcionan seguridad al denunciante al momento de realizar la solicitud de medidas de protección, en la medida en que es a esta oficina a quien le corresponde recibir dicha solicitud y estudiar la procedencia de la mismas, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto.

Actualmente con la modificación de su artículo 13 mediante Decreto Legislativo No. 1327, dado en Lima, a los cinco días del mes de enero del año dos mil diecisiete, los autores o copartícipes de los hechos arbitrarios e ilegales de corrupción, pueden ser beneficiados con algunas de las medidas de protección que instituye la Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal.

En Perú se ha legislado en cuanto a las denuncias de buena y mala fe, es así como mediante el artículo 4.5 del Decreto Legislativo No. 1327 se consideran denuncias de mala fe, las denuncias sobre hechos ya denunciados: siempre que el denunciante, a sabiendas, interponga una denuncia ante la misma instancia sobre los mismos hechos y sujetos denunciados respecto de los cuales haya realizado una denuncia anterior o simultánea. Además, las denuncias reiteradas: cuando el denunciante, a sabiendas, interponga ante la misma instancia una nueva denuncia sobre los mismos hechos y sujetos sobre los que ya se ha emitido una decisión firme. También las denuncias carentes de fundamento: cuando se aleguen hechos contrarios a la realidad, o cuando no exista correspondencia entre lo que se denuncia y los indicios o pruebas que lo sustentan es decir cuando la denuncia se realiza, a sabiendas de que los actos de corrupción denunciados no se han cometido, o cuando se simulan pruebas o indicios de la comisión de un acto de corrupción.

21 Naciones Unidas, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Viena. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Guía de Recursos sobre Buenas Prácticas en la Protección de los Denuncia. Pág 22

22 Decreto Legislativo No. 1327, Decreto Legislativo Que establece medidas de protección para el denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe. Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cinco días del mes de enero del año dos mil diecisiete. Disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-establece-medidas-de-proteccion-para-decreto-legislativo-n-1327-1471010-6/ [Accesado el 03 de noviembre del 2018].

23 Decreto Supremo N° 010-2017-JUS , Reglamento del Decreto Legislativo N° 1327 Decreto Legislativo que Establece Medidas de Protección para el Denunciante de Actos de Corrupción y Sanciona las Denuncias Realizadas de Mala Fe. Lima, Dado a los doce días del mes de abril del año dos mil diecisiete Disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-del-decreto-legislativo-n-1327-que-esta-decreto-supremo-n-010-2017-jus-1509249-1/ Accesado el 03 de noviembre del 2018].

24 Decreto Supremo N° 010-2017-JUS. Artículo 10.- Oficinas de Integridad Institucional El órgano o unidad orgánica al interior de las entidades, responsable de cumplir con las funciones señaladas en el artículo 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1327, Decreto Legislativo que establece medidas de protección para el denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2017-JUS, mantiene relaciones técnico-funcionales con la Secretaría de Integridad Pública y se sujeta a las disposiciones
https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-del-decreto-legislativo-n-1327-que-esta-decreto-supremo-n-010-2017-jus-1509249-1/

Según el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 1327[25], a los denunciantes y testigos que denuncien actos de corrupción de mala fe, conforme a los supuestos que anteceden, se les excluye inmediatamente de las medidas de protección otorgadas, sin perjuicio de las responsabilidades de naturaleza civil, penal y administrativa a que hubiese lugar.

En Perú, al igual que Argentina también se ofrece la posibilidad al denunciante de interponer la denuncia bajo la protección que ofrece la confidencialidad de los datos personales o en contrario, interponerla dejando a un lado este tipo de protección, es decir con reserva o sin reserva de la identidad[26]

Una vez presentada la denuncia, la oficina encargada de su recepción proporciona al funcionario denunciante un código cifrado que suplanta su identidad y la protege, de forma que quien consulta el expediente, no va a tener a la vista los datos de identidad del denunciante (art. 8, Decreto Legislativo No. 1327).

En este país no solo existen medidas de protección relacionadas con la identidad del denunciante, sino que también están referidas la protección laboral de los denunciantes de posibles contrariedades relacionadas con su denuncia, a fin de evitar hostilidades en su centro de trabajo, no pudiendo ser cesado, despedido o removido de su cargo a consecuencia de la denuncia de buena fe, independientemente de su modalidad de contratación.[27] Estas medidas no son taxativas y para otorgar una medida de protección de este tipo, se entran a valorar aspectos como la relación de subordinación que debe existir entre el denunciante y el funcionario investigado por la comisión del hecho de corrupción.

Perú, no solo cuenta con una legislación especial para la protección de denunciantes en el ámbito administrativo sino también en el ámbito penal.

En el ámbito penal luego de la entrada en vigencia en Perú del Código Procesal Penal, se crea una nueva normativa referida a la protección de denunciantes, la implementación de las medidas de protección recae en el Ministerio Público a través del "Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos" [28] mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 053- 2008-MP-FN del 15 de enero del 2008. cuyo propósito es apoyar la labor fiscal brindando a la víctima y al testigo asistencia legal, psicológica y social, a fin de obtener su testimonio y participación en el proceso, ante posibles riesgos o represalias generados por su participación en un proceso penal.

Considera López (2016) que este programa es un acierto ya que anteriormente, no existía una propuesta integral de asistencia a víctimas y testigos, solo intentos aislados. No solo se refiere a la atención multidisciplinaria necesaria a fin de satisfacer las demandas de las víctimas y testigos, sino que pretende verificar la situación de la víctima hasta su total recuperación.

Ante el vacío normativo en Costa Rica y analizando las experiencias de Argentina y Perú en cuanto a los intentos de proponer una verdadera protección del denunciante de buena fe desde un punto de vista integral, no solo respecto a su identidad, se propone como parte de la presente investigación, la creación de un proyecto de ley para propiciar una posible reforma legal, que se adecúe a la realidad y que cumpla con la misión de proteger en sede administrativa los derechos de todo ciudadano que, con su denuncia, testimonio o investigación, colaboren en el combate de la corrupción y se encuentren ante un riesgo o amenaza grave, en contra de su integridad física o se pueda ver afectada su relación laboral.

Lo anterior, en cumplimiento además de una recomendación específica para nuestro país del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana

25 **Artículo 14.- Denuncia de mala fe:** Los denunciantes y testigos que denuncien actos de corrupción de mala fe, conforme a los supuestos establecidos en el artículo 4.5 del presente Decreto Legislativo, son excluidos inmediatamente de las medidas de protección otorgadas, sin perjuicio de las responsabilidades de naturaleza civil, penal y administrativa a que hubiese lugar.

26 Decreto Legislativo No. 1327, **Artículo 9.- inciso 9.1:** Reserva de identidad. - El denunciante tiene derecho a la reserva de su identidad, que será dispensada por la entidad, la cual le asigna un código numérico especial para procedimientos. La protección de la identidad puede mantenerse, incluso, con posterioridad a la culminación de los procesos de investigación y sanción de la falta contraria a la ética pública denunciada. (...)"

27 Decreto Legislativo No. 1327, Artículo 9.- inciso 9.2: "(...) Medidas de protección laboral. - Además de la reserva de la identidad, la autoridad administrativa competente puede otorgar las medidas de protección laboral necesarias y adecuadas."

28 Creado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 053- 2008-MP-FN del 15 de enero del 2008.

contra la Corrupción –MESICIC-, emitida durante la Primera Ronda de Análisis, que propone considerar la adopción de medidas en Costa Rica que aseguren "mayores protecciones al funcionario que denuncie actos ilícitos, especialmente a quienes denuncien actos de corrupción en los que podrían estar involucrados sus superiores inmediatos"[29], que está ampliamente relacionada con la implementación de un régimen de protección del denunciante en su ámbito laboral.

Por lo indicado, el proyecto de ley propuesto denominado **"Protección a denunciantes de buena fe, testigos y sujetos que intervienen en las investigaciones de hechos de corrupción"** vendría a reglamentar el artículo III inciso 8) de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 7670 del 17 de abril de 1997 y el artículo 33 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, Ley No. 8557 del día 29 de noviembre del 2006, incorporando la protección del denunciante de buena fe, testigos y funcionarios públicos, que investiguen los actos presuntamente corruptos desde todos sus ámbitos, como un ser integral. Dicho proyecto se incorpora como una propuesta novedosa y necesaria que puede ser accesada en el siguiente link: https://drive.google.com/file/d/1s5Az5kjrVcI4dYuoI-hVZ8eyXKI-oXwz/view?usp=sharing

29 Recomendación contenida en el Informe aprobado por el Comité, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 g) y 26 del Reglamento y Normas de Procedimiento, en la sesión plenaria celebrada el día 28 de junio de 2007, en el marco de su Undécima Reunión, lo cual tuvo lugar en la sede de la OEA, en Washington D.C., Estados Unidos, del 25 al 29 de junio de 2007.

7. Conclusiones

Una vez realizado el análisis correspondiente sobre la normativa vigente en Costa Rica, respecto a la protección al denunciante de buena fe, es evidente que existe un vacío legal que no permite una protección real en sede administrativa, atentándose contra de los intereses personales del individuo, que da la alerta ante el hecho de corrupción que conoce.

No solo deben existir medidas de protección en sede penal, orientadas hacia la integridad física del denunciante y su familia, sino también esas medidas deben hacerse efectivas a la sede administrativa. Además de las medidas dirigidas a hacia la protección de la situación laboral, de los funcionarios públicos, cuando los actos de corrupción involucran a su superior jerárquico o a sus compañeros de trabajo. Y además deben existir disposiciones que sancionen el incumplimiento de las normas y/o de las obligaciones en materia de protección.

Aspectos como el hostigamiento laboral, afectaciones psicológicas no se contemplan de una manera puntual en el ordenamiento jurídico costarricense, por lo que no se toman en cuenta al momento de brindar la protección, a la cual tiene derecho el denunciante de buena fe. Todavía más preocupante es la inexistencia de mecanismos adecuados y preestablecidos para que el denunciante pueda solicitar medidas de protección ante la administración, cuando así las condiciones de trabajo lo exijan.

La no existencia de una guía normativa clara en esta materia, más allá de la establecida de forma vaga en nuestra legislación y la pluralidad de instituciones competentes para recibir, investigar y sancionar administrativamente, la comisión de un acto de corrupción, provoca vacíos legales que dejan en muchos casos al denunciante en una posición de inseguridad, frente al funcionario denunciando. Lo anterior, debido a que la protección a la identidad de la persona denunciante, no garantiza su seguridad física y laboral.

En la práctica, los órganos de control destinados a investigar hechos de corrupción en sede administrativa, se han visto impotentes ante una solicitud de

protección de un denunciante de buena fe, cuando se ve perseguido laboralmente, por su superior al que denunció; o cuando un testigo llamado a declarar en sede administrativa solicita protección porque recibe amenazas o considera que su vida corre peligro; o cuando un funcionario público que participa investigando un acto de corrupción, siente presión política, que amenaza con afectar el resultado final de la investigación.

Existe en la corriente legislativa proyectos de ley que pretenden resolver este tema, pero de aprobarse tal y como están planteados no van a solventar la problemática existente. Por lo que antecede, tomando en cuenta las experiencias de Argentina y Perú, se propuso un proyecto de ley para propiciar una posible reforma legal en Costa Rica, que se adecúe a la realidad y que cumpla con la misión de proteger en sede administrativa, los derechos de todo ciudadano que, con su denuncia, testimonio o investigación, colaboren en el combate de la corrupción y se encuentren ante un riesgo o amenaza grave, en contra de su integridad física o se pueda ver afectada su relación laboral, a través de la Procuraduría de la Ética Pública, la Contraloría General de la República y el Ministerio de Seguridad Pública, como los órganos de aplicación de las medidas de protección.

8. Referencias bibliográficas

Annan, K. A. (2004). Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Unodc.org. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf [Accesado el 26 de agosto del 2018].

Arellano Gault, David; Hernández Galicia, Jesús Fidel; Lepore, Walter (2015) Corrupción sistémica: límites y desafíos de las agencias anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. Revista del CLAD Reforma y Democracia, núm. 61, febrero-mayo, 2015, págs. 75-106 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo Caracas, Venezuela.

Asamblea Legislativa. (1949). Constitución Política de Costa Rica. Ley No 0, Asamblea Legislativa, San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1970). Código Penal. Ley No. 4573, Asamblea Legislativa, San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1978). Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227, Asamblea Legislativa, San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2004). Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ley No 8422, Asamblea Legislativa, San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2009). Ley de Protección a Víctimas, Testigos y Demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, Ley No. 8720, Asamblea Legislativa, San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa (2005). Proyecto de Ley para Proteger e Incentivar a los Ciudadanos a Combatir la Corrupción en la Función Pública, Expediente Legislativo N.º 15.745. Asamblea Legislativa, San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2012) Proyecto de Ley sobre Reforma Parcial y Adición a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimientos Ilícito en la Función Pública Ley N.º 8422, Expediente Legislativo N.º 18.348. Asamblea Legislativa, San José, Costa Rica.

Banisar, David. (2006). Whistleblowing Internacional Standards and Developments.Primera Conferencia internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras del Estado, Mercado y Sociedad. (págs. 45-51).

Bauzá, M. F. (2015). Habeas Denuncia, Identidad del Denunciante en el Procedimiento Sancionador. Revista General de Derecho Administrativo. Revista No. 40, (Iustel, Ed.) pág. 39.

Bejarano, Jesús Antonio. Estrategias contra la corrupción. En: Descentralización y corrupción. Bogotá: Fescol, 1996, pág. 84.

Casa de Gobierno. (2017) Decreto Legislativo Que establece medidas de protección para el denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe. Decreto Legislativo No. 1327, Casa de Gobierno, Perú

Congreso de la República. (2010) Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, Ley No. 29542, Congreso de la República, Perú.

Cortina, Adela. (1998). Hasta un pueblo de demonio: ética pública y sociedad. Santafé de Bogotá: Taurus, pág.163.

Gobierno de la República de Costa Rica, (2005) Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Decreto No. 32333-MP-J. Poder Ejecutivo, San José, Costa Rica.

Gruenberg y Biscay, C. G. (2007). Una Valoración Comparativa de la conformidad de las leyes Anticorrupción a los estándares de Derechos Humanos. The International Council On Human Rightspolicy Review Meeting Corruption and Human Rights, pág. 28. Genova.

Heilbrunn, John (2004), AntiCorruption Commissions: Panacea or Real Medicine to Fight Corruption? Washington, World Bank Institute (Working Paper Series; N° 37234).

Herrán Ortiz, A. (1999). La violación de la intimidad en la protección de datos personales (p. 13). Madrid: Dykinson.

Jacobo Dillon, María Lucía (2014). El sistema de empleo público y la protección de los denunciantes de hechos de corrupción. Sistema Argentino de Información Jurídica. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140343-jacobo_dillon-sistema_empleo_publico_proteccion.htm [Accesado el 3 de noviembre del 2018].

Kaufman, Daniel. (2000) Corrupción y Reforma Institucional: El Poder de la Evidencia Empírica. Revista Perspectivas, Vol. 3, No. 2, Santiago, 2000. Pág 21

Klitgaard, Robert. (1994) Como reprimir la corrupción en el gobierno. En: Gobernabilidad y Reforma del Estado. Consejería Presidencial para la Modernización del Estado, Asociación Colombiana para la Modernización del Estado, Cárdenas, Jorge; Zambrano, William, editores. Bogotá, págs. 283- 312.

Klitgaard, Robert. (1988) Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo. Buenos Aires, Sudamericana, pp. 74-75.

López Wong, Rosario. (2016) El Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos: Evaluación de su Implementación y Perspectivas de Desarrollo Disponible en: https://www.mpfn.gob.pe/Docs/ucavit/files/agora_fiscal.pdf [Accesado el 3 de noviembre del 2018].

Martínez, Diego (2009) Mecanismos para la Denuncia de Hechos de Corrupción en Argentina. Un análisis a la luz de los estándares internacionales y la práctica de los organismos de control. Disponible en: https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2011/11/Mecanismos-para-la-denuncia-de-hechos-de-corrupci%C3%B3n-en-Argentina1.pdf [Accesado el 3 de noviembre del 2018].

Meagher, Patrick (2005), AntiCorruption Agencies: Rhetoric versus Reality, in The Journal of Policy Reform, Vol. 8 No. 1, March, pp. 69-103.

Naciones Unidas, ONU (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Convención, Naciones Unidas, Nueva York.

Naciones Unidas, ONU (2016). Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Guía de Recursos sobre Buenas Prácticas en la Protección de los Denuncia. Naciones Unidas, Viena

Nye, Joseph S. (1967), Corruption and Political Development: a Cost-Benefit Analysis, en American Political Science Review, Vol. 61 No. 2. Págs. 417-427.

Organización de Estados Americanos Americanos, OEA (1996). Convención Interamericana Contra la Corrupción. Organización de Estados Americanos, Caracas.

Organización de los Estados Americanos Americanos, OEA (2007). Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra La Corrupción (MESISIC) Informe Final relativo a la Implementación en la República de Costa Rica de las Disposiciones de la Convención Seleccionadas para ser Analizadas en la Segunda Ronda, y sobre el Seguimiento de las Recomendaciones Formuladas a dicho País en la Primera Ronda, Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_cri.pdf [Accesado el 14 de octubre del 2018].

Organización de los Estados Americanos, OEA (2013). Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciantes y Testigos. OEA, Washington DC.

Patiño, R. R. (2005). Corrupción y derechos humanos. Estrategias comunes por la transparencia y contra la impunidad. (I. d. Popular, Ed.) pág. 150.

Pilapitiya, Thusitha (2008), Creating the Institutional Support for Successful Anti-Corruption Campaigns, conference presented at the 13th International Anti-Courrption Conference, Athens, Greece, October 30-November 2.

Poltronieri, J. (2009). III Encuesta Nacional sobre corrupción en Costa Rica. Disponible en: https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2009/Informe_de_la_encuesta_de_corrupcion_2009.pdf [Accesado el 26 de agosto del 2018].pág.8

Procuraduría General de la República (2004) Dictamen C-076-2004, del 04 de marzo del 2004, Procuraduría General de la República San José, Costa Rica.

Procuraduría General de la República (2005) Opinión Jurídica OJ-055-2005, del 25 de abril de 2005, Procuraduría General de la República San José, Costa Rica.

Procuraduría General de la República, (2012) Opinión Jurídica OJ-081-2012, del 29 de octubre, 2012, Procuraduría General de la República San José, Costa Rica.

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. (23.ª ed.). Disponible en http://dle.rae.es/?id=B0dY4l3 [Accesado el 27 de agosto del 2018].

Rose-Ackerman, S. (1997). ¿Una administración reducida significa una administración más limpia? (R. N. Sociedad, Ed.) vol. 145, pág. 32.

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Voto No. 2010-004117 de las 11:24 hrs. del 26 de febrero de 2010.

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia. voto N° 6472-2006 de 10:31 hrs. del 12 de mayo de 2006

Senado y Cámara de Diputados (1999) Ley Marco de Regulación de Empleo Público. Ley N° 25.164, Senado y Cámara de Diputados, Argentina.

Senado y Cámara de Diputados (2003) Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados. Ley No. 25.764, Senado y Cámara de Diputados, Argentina.

Sousa, Luís de (2009), AntiCorruption Agencies: between Empowerment and Irrelevance, San Domenico di Fiesole, European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS Working Papers).

Transparencia Internacional (2009). Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción. Disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf [Accesado el 26 de agosto del 2018].

El derecho a la **no autoinculpación** en el derecho administrativo disciplinario costarricense

Jimmy Bolaños González[1]
jimmy.bolanos@cgr.go.cr

Sumario:

1. Introducción.
2. Orígenes occidentales.
3. El derecho a la no autoinculpación según el bloque de constitucionalidad y convencionalidad. 3.1. Concepto. 3.2. Derecho interno. 3.3. Derecho internacional de los Derechos Humanos. 3.4. Apuntes de derecho comparado.
4. Alcances subjetivos del derecho a la no autoinculpación. 4.1. Alcances en la esfera personal. 4.2. Alcances en la esfera familiar.
5. Núcleo del contenido de la garantía y sus restricciones. 5.1. La prohibición de compelir a declarar y sus consecuencias. 5.2. La prueba confesional. 5.3. El inculpado como sujeto y como objeto de prueba. 5.4. El derecho a la defensa material o declaración de parte.
6. Aplicación e interpretación en el derecho administrativo disciplinario. 6.1. Jurisprudencia de la Sala Constitucional.
7. Conclusiones y recomendaciones.
8. Referencias bibliográficas.
9. Anexos.

1 Abogado y Notario Público, Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Centro América, Máster en Derecho Constitucional y Doctorando de la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Cuenta con una trayectoria de 36 años en la función pública, en donde ha ocupado varios cargos como Jefe y abogado de diversas direcciones jurídicas. Actualmente se desempeña con Fiscalizador de la Contraloría General de la República y profesor de la Maestría en Auditoría Gubernamental de la UNED. Autor de varios libros y artículos académicos.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Derecho a la no autoinculpación, declaración de parte, confesional.

Resumen: Una de las garantías del debido proceso así como del derecho de defensa es el respeto al principio de no autoinculpación del sujeto a quien se le atribuye la responsabilidad como causante de un ilícito penal, como parte de la dignidad humana inherente a toda persona como portador de derechos fundamentales.

El presente trabajo de investigación indaga sobre los orígenes occidentales de dicho principio, su abordaje en doctrina, en los instrumentos internacionales de derechos humanos así como en el derecho constitucional comparado, a los fines de confrontar dicho bagaje cognitivo-jurídico, normativo y jurisprudencial, propia de la tradiciones jurídicas del derecho anglosajón y del europeo continental, con el contenido y alcances del artículo 36 de la Constitución costarricense y la abundante jurisprudencia de la Sala Constitucional.

El enfoque se centra en analizar la posición del tribunal constitucional costarricense para criticar su lectura literal y circunscrita al derecho penal de los alcances del ordinal 36 constitucional, a los fines de propugnar por un abordaje material y no meramente formal de dicha norma, interpretada en el contexto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de modo que su influjo permita también su aplicación en el ámbito del derecho administrativo disciplinario.

La investigación identifica alguna jurisprudencia de la propia Sala Constitucional favorable a aplicar la garantía del artículo 36 constitucional a los procedimientos administrativos sancionadores e incluso la existencia de una buena práctica administrativa en ese sentido de la Contraloría General de la República, elementos que abren la posibilidad a un cambio de criterio futuro por parte del tribunal constitucional a este respecto.

1. Introducción

Para quienes nos dedicamos profesional o académicamente a temas vinculados con la función pública en general y al derecho administrativo disciplinario en particular existe una multiplicidad de temas que llaman la atención de los estudiosos, tanto a nivel del derecho interno como del derecho comparado. En el caso costarricense, la histórica carencia de un estatuto único de la función pública que fije los principios, normas y procedimientos básicos a seguir en esta materia, ha originado la necesidad de acudir al procedimiento administrativo ordinario, establecido en el Libro II de la Ley General de la Administración Pública –en adelante LGAP- (Ley No.6227 del 2 de mayo de 1978), el cual es *"de observancia obligatoria cuando el acto administrativo pueda causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a su derechos o intereses legítimos"* –art. 308.1.a de la LGAP-, siendo aplicable en cualquier asunto en que no exista un procedimiento especial.

De este modo, el procedimiento administrativo ordinario de la Ley General de la Administración Pública se ha venido a convertir para la gran mayoría de administraciones en el parámetro o guía del debido proceso a seguir, incluyendo a los procedimientos disciplinarios que conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión sin goce de salario o despido –art.308.2 de la LGAP-.

No obstante lo anterior, al no haber sido ideado dicho procedimiento ordinario para el ejercicio del derecho administrativo sancionador, numerosos aspectos relativos a garantías procesales no han sido regulados, como sucede con los institutos de la prejudicialidad, el non bis in ídem, la prescripción, entre otros, así como tampoco se desarrolla lo relativo a garantías como el derecho a la no autoinculpación que constituye el objeto del presente trabajo.

En el sentido coincidimos plenamente con un distinguido abogado costarricense cuando señala que *"la cristalización de un derecho administrativo sancionador*

en nuestro país, mas ha obedecido a la creación pretoriana por parte de los jueces, en especial de la Sala Constitucional, que a un desarrollo esquemático de dicha disciplina por parte del legislador" (Castro: 8).

Es por ello que una parte importante de este trabajo se dedica a sistematizar la jurisprudencia nacional en relación con el derecho a la no autoinculpación que contempla el artículo 36 constitucional, así como a realizar un análisis crítico acerca de la misma y de lo que renombrados expertos nacionales han sostenido con respecto a su aplicación o no en un ámbito que excede el derecho penal como lo es el derecho administrativo sancionador.

Asimismo, al tratarse de un derecho humano, ha sido necesario acudir a los instrumentos internacionales en esta materia y a sus órganos garantes para estudiar sus alcances, dado su influjo en el derecho interno por disposición del artículo 48 constitucional.

En todo caso, la investigación se ha estructurado también repasando primero los orígenes de esta figura en el derecho occidental así como también tocando aspectos puntuales del derecho comparado, para de esa forma enmarcar mejor los alcances de su regulación en el derecho costarricense.

También se analiza la prueba confesional como elemento probatorio que posee distintos alcances y consecuencias según la materia de que se trate: civil, penal, y laboral.

El énfasis de la investigación se centra en resaltar que el derecho a la no autoinculpación contenido en el artículo 36 constitucional, si bien expresa y formalmente para circunscribirse al derecho penal, por razones materiales también aplica en el ámbito de derecho administrativo sancionador, como en alguna resolución aislada ha admitido la Sala Constitucional.

En ese sentido, se formula una crítica de la postura avalada por el Tribunal Constitucional costarricense según la cual es lícito en sede administrativa, aunque no en la penal, el que las autoridades prescindan de la advertencia al incoado o sus familiares de su derecho a abstenerse de declarar, siempre que esa declaración no haya sido obtenida *"bajo constricción o presiones, o con desprecio de la voluntad del acusado"* (TEDH, caso Murray contra Reino Unido, apartado 47, citado por Castillo:11).

Además, se estima que pudiera producirse una futura tensión entre el derecho internacional de los derechos humanos y las interpretaciones de la Sala Constitucional en este aspecto, ya que, sin pretender asimilar bis a bis las garantías del proceso penal al procedimiento disciplinario, lo cierto del caso es que el deber de informar por adelantado del derecho a la no autoincriminación forma parte del núcleo esencial del debido proceso y el derecho de defensa que exige el respeto a la dignidad humana del investigado y sus familiares.

2. Orígenes occidentales

Según Luna "la referencia más lejana al derecho de no autoincriminarse la encontramos en el derecho romano, bajo el aforismo latín: *"nemo tenetur edere contra se" es decir, nadie está obligado a obrar en su propio perjuicio. También "nemo tenetur se detegere" o nadie está obligado a delatarse, o el simple "ius tacendi", o derecho a guardar silencio o pemanecer callado"* (Luna: 182), así como el "nemo tenetur se ipso accusare" (derecho a no autoinculparse).

Esos aforismos aluden a la racional convicción de que no es correcto forzar a una persona a colaborar con la justicia, proporcionando para ello información que puede generarle un castigo, y la razón es que se viola su derecho inalienable a defenderse, que forma parte del núcleo duro de su libertad y dignidad como ser humano, de modo que solamente la persona imputada es quien decide lo que quiere o no le interesa declarar.

Como bien explica Binder: *"sólo si se considera la declaración como una de las manifestaciones del derecho del imputado a defenderse se puede comprender que nadie está obligado a declarar en su contra"* (Binder: 173), pero sin que se llegue a considerar que tiene derecho a mentir en caso de que libre y conscientemente decida declarar ya que

la mentira es contraria a la buena fe procesal y a una apropiada administración de justicia (Pérez, 1)[2].

Queda a salvo la confesión sea libre y voluntaria, que incluso puede originarse por motivo de arrepentimiento o por colaboración con la justicia para lograr una atenuación de la pena. Por tanto, lo que se tutela es la prohibición de la autoincriminación coactiva.

Este tipo de concepciones en la cultura occidental no siempre han sido las predominantes, como lo demuestra el sistema punitivo inquisitivo practicado por la Inquisición durante la Edad Media, el cual llegó a avalar el uso de la tortura o el trato cruel como mecanismo para obtener una confesión autoincriminatoria del acusado, bajo el entendido de que se consideraba la confesión, rendida entonces bajo juramento divino y delante de testigos, como la "Regina probatorium" (reina de las pruebas), de manera que había que llegar a ella de cualquier manera, pues una vez obtenida la confesión resultaba irrelevante buscar otras pruebas incriminatorias.

Todo esto llevó en esa época al jurista Beccaria a señalar con meridiana claridad lo siguiente: *"una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre nace de los juramentos que se piden al reo sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en encubrirla; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción (...) ¿por qué poner al hombre en la terrible precisión de faltar a Dios o concurrir a su propia ruina?"* (Luna 195).

Pero más que eso, la dinámica que se seguía en esos casos podía llegar a ser muy perversa, debido a que bastaba con que una persona acusara a otra de un delito o herejía, para que inmediatamente se trasladara al acusado –y no a la autoridad acusadora como hoy en día se estila- la carga de probar su inocencia.

Asimismo, también se consideraba el silencio o reticencia a declarar del procesado como un indicio fuerte de culpabilidad bajo el concepto de que si es inocente no tiene nada de qué temer, situaciones que igualmente constituyen una forma de coerción, aunque indirecta por la presunción que entraña, lo cual es contrario al principio de que en una sociedad democrática aportar la evidencia para destruir el estado de inocencia corresponde, en cualquier caso, a nadie más que a la autoridad pública competente. Como bien señala un reconocido autor *"lo contrario equivaldría a fundar las resoluciones sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado"* (Binder: 173), lo cual vulneraría su derecho a la defensa.

En definitiva, los avances de la civilización occidental en esta materia han optado por desincentivar el que las autoridades públicas recurran al expediente de arrancar del propio inculpado la prueba de la comisión de un ilícito ejerciendo una coerción física o moral en su contra, y en su lugar, busquen otros medios probatorios a tal fin, para evitar abusos y arbitrariedades en la búsqueda de la verdad, ya que como bien indica Benedicto XVI *"la eficiencia no es éticamente neutral"*[3].

De esa forma se pretende superar el proceso inquisitivo que observa al imputado como un objeto del proceso investigativo y penal. y por consiguiente *"como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad material"* (Pérez, 6), para sustituirlo por un proceso acusatorio de nuevo cuño, en donde el imputado es reconocido como un sujeto procesal, rodeado de una serie de garantías derivadas de su dignidad humana.

2 En este sentido puede consultarse a Pérez López en Derecho y Cambio Social. Para una posición favorable al "derecho a mentir" puede consultarse a Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Jurídica Continental, San José, 2014, pg.173, así como a José Mª Asensio Mellado. Derecho Procesal Penal, Tirand Lo Blanch, 2015, pg.67.

3 Benedicto XVI. Encíclica Caritas in Veritatis. Editorial Librería Editrice Vaticana. 2009.

3. El derecho a la no autoinculpación según el bloque de constitucionalidad y convencionalidad

3.1 Concepto

El derecho a la no autoinculpación es "*el derecho que le asiste al inculpado a no efectuar declaraciones que exterioricen un contenido de voluntad autoincriminatorio y que, en ningún caso pueda ser compelido a confesarse culpable*" (Maljar: 177).

Forma parte de un derecho más amplio como lo es el derecho a la defensa, en el tanto el derecho a la no autoinculpación *"actúa como defensa del individuo en lo que se refiere a la materia probatoria"* (Luna: 212), pero modernamente el derecho a la defensa se inscribe en el derecho al debido proceso, es decir, a que antes de tomar una decisión se siga un juicio o procedimiento previo, previsto en la ley, incluyendo las debidas garantías.

Según un autor que el derecho a la no autoinculpación se compone de una serie de manifestaciones:

> "Primera, la no obligación de declarar en contra de sí mismo si no lo desea, ni aportar evidencia que lo autoincrimine;
> Segundo, el derecho a permanecer en silencio y, por tanto, a no contestar preguntas, sin que esa decisión del acusado se considere un indicio de culpabilidad[4];
> Tercero, el derecho del sospechoso a la presunción de inocencia, en el tanto la prueba incriminatoria debe ser aportada por quien acusa por tener el peso de la obligación probatoria que desvirtúe el estado de inocencia;
> Cuarto el derecho a no declararse autor, cómplice o culpables de los hechos que se le imputan en un proceso penal" (Luna: 190)

Figura inspirada en Luna: 213.

La anterior figura ubica al derecho a no autoincriminarse no como un derecho aislado, sino como parte del derecho de defensa y del debido proceso.

En este ensayo interesa referirnos a la proyección de este derecho en el derecho administrativo sancionatorio disciplinario costarricense en materia de función pública, motivo por el cual no se abordarán otras ramas como la tributaria[5] y de tránsito[6], entre otras.

4 Para estudiar algunos "quiebres" a la interpretación del silencio en la jurisprudencia española puede consultarse a: Morales, Oscar. El poder de las costumbres, ¿requiem por el derecho al silencio? Revista de Actualidad Jurídica No.36, 2014.

5 Para ahondar en el tema del principio de no autoinculpación en materia del derecho sancionador y deberes tributarios puede consultar a Pérez Salinas, Alvaro. La confesión como medio de prueba en el derecho tributario frente al ordenamiento constitucional de 1991. Revista Academia Libre, Año 8, No.9, 2011, pgs.21-36.

6 Puede consultarse a Casino Rubio, Miguel. Presunción legal de culpabilidad versus prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tránsito. Revista de Administración Pública, Madrid, 2010.

3.2 Derecho interno

La Constitución Política costarricense regula expresamente este derecho en los siguientes términos:

> Artículo 36.- *"En materia penal nadie está obligada a declarar contra sí mismo, ni contra el cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad".*

Más adelante en este ensayo se abordará el contenido y alcances de esta norma, algunas regulaciones infra-constitucionales de carácter procesal que lo desarrollan, así como lo que ha sostenido la jurisprudencia nacional sobre este tema.

3.3 Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La no autoincriminación constituye un derecho humano, protegido por instrumentos de carácter universal y regional, así como por órganos garantes.

En cuanto a los instrumentos universales, destaca el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3, literal g) el cual dispone que: *"durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) a no ser obligada contra sí misma ni a confesarse culpable (...)"*.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante CADH-, más conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8.2 también consagra expresamente *"...el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"*, cosa que no hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Luna: 122).

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo extrae de ordinal 6 de dicho pacto, derivándolo del derecho a un proceso equitativo y aplicando dicha garantía a la aplicación de sanciones no sólo penales sino el administrativo tributarias u otra sanción administrativa, reconduciendo la expresión "materia penal" a otro tipo de sanciones materialmente semejantes[7] (Castillo: 13).

Ese mismo ordinal 8 en su apartado primero habla además de un aspecto importante para efectos de esta investigación: el respecto a las **"debidas garantías"** no sólo en materia penal, y sino también *"para la determinación de sus derechos u obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

Se trata de una jurisprudencia creativa o pretoriamente emanada por la Corte, según la cual las debidas garantías requeridas para ejercer el derecho a la defensa ante una autoridad pública no aplican sólo a procesos judiciales sino también administrativos, cuando de aplicar sanciones penales o administrativas se trata, disponiendo que esas garantías mínimas contemplas en la convención son las del derecho penal[8].

De esa forma, la jurisprudencia le ha otorgado un carácter "expansivo" a las garantías previstas en el artículo 8.2 CADH, con el evidente propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos: *"a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes"*[9], en el tanto puedan derivarse sanciones que constituyan también *"una expresión del poder punitivo del Estado"*.[10]

Considerar el derecho internacional de los derechos humanos es relevante en razón de que el artículo 48

7 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo STEDH), en los Asuntos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993; Bendenoun contra Francia, de 24 de febrero de 1994; Saunders contra Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, y J. B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo STEDH), en los Asuntos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993; Bendenoun contra Francia, de 24 de febrero de 1994; Saunders contra Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, y J. B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001.

8 Sentencia de las CIDDHH en los casos Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs Perú del 31 de enero de 201 y Baena Ricardo y otros vs Panamá del 2 de febrero de 2001, Leopoldo López vs Venezuela del 1 de setiembre de 2011, entre otras.

9 Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. parr. 103; Caso del Tribunal Constitucional, cit., parr. 70, y Excepciones a! Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46.2.a ; 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), cit., parr. 28.

10 Caso Baena Ricardo y otros, elf., parr. 106 y Caso Velez Loor. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, parr. 132.

de la Constitución costarricense en forma expresa sostiene que los derechos fundamentales protegidos procesalmente por el amparo no son sólo los establecidos en la Constitución, sino también en todos los instrumentos de protección de derechos humanos, aunque no esté formalmente suscrito ni probado por el trámite constitucional (SC resolución 18902-2008 de las 13:52 horas del 19 de diciembre de 2008).

3.4 Apuntes de derecho comparado

La prohibición de autoincriminación coactiva es un principio cardinal en que se asienta todo estado de derecho (Maijar: 139), por lo que suele estar recogido dentro de catálogo de derechos fundamentales en las Constituciones de los distintos países, con importantes variaciones, no en cuanto a su núcleo duro, pero sí en lo referente a los diferentes alcances de orden subjetivo y procesal que contienen los textos constitucionales[11].

En ese sentido, el artículo 18 de la Constitución Nacional de la Argentina lacónicamente dispone que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", en forma muy similar a la quinta enmienda (1791) de la Constitución estadounidense: *"Nadie será obligado en ninguna causa criminal a ser testigo contra sí mismo"*.

En términos similares el ordinal 24.2 de la Constitución española señala que *"(...) todos tienen derecho (...) a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos"*.

Por otra parte, otras Constituciones como la Colombiana, en su ordinal 33 señala que *"nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil"*.

Nótese que en el caso de los EEUU se restringe su aplicación a causas criminales, limitación expresa que no hace la ley fundamental de Colombia, Argentina y España, pero que la jurisprudencia constitucional se ha encargado de extender a las diversas manifestaciones del ius puniendi[12].

Además, en el caso de la Constitución Colombiana – en forma similar a la costarricense- extiende el ámbito de aplicación de este derecho fundamental al cónyuge y familiares del procesado, garantía que no concede expresamente otras constituciones como la de los EEUU y Argentina, mientras que en España sí se contempla pero se remite para su desarrollo a la Ley, no sólo en razón de parentesco, sino también por motivos del secreto profesional.

4. Alcances subjetivos del derecho a la no autoinculpación

Como se ha visto, la prohibición de la autoincriminación coactiva es un derecho del imputado como parte procesal, pero en cierta forma se extiende, por Constitución o por ley dictada conforme a la Constitución, a su cónyuge o conviviente, así como a sus familiares, en la figura de lo que se conoce como el derecho a no declarar contra familiares.

Este derecho *"se haya dirigido a proscribir fórmulas como las del juramento del reo a decir verdad o la de privarle de poder invocar a su favor la exención del deber de declarar cuando se refiera a hechos que puedan perjudicarle"* (Maljar: 178).

4.1 Alcances en la esfera personal

Este derecho asiste al imputado, entendiendo que se refiere a aquella persona que sea identificada como autor o partícipe de un hecho delictivo o irregular, garantía que se extiende desde el momento en que se lleve a cabo una investigación en su contra, y no

11 En este apartado mencionaremos el caso de unos pocos países. Para ampliar el tema puede consultarse el anexo No.1

12 En el caso de Colombia, la Corte Constitucional en Sentencia C-246 de 1997 ha sostenido que dicho derecho "sólo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía", mientras que en el caso de España, ha sido su Tribunal Constitucional quien ha indicado en sentencia 18/1981 que « los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (....) los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicados a la actividad sancionadora de la Administración".

sólo durante la tramitación de un proceso penal o la apertura del procedimiento administrativo sancionador, so pena de violentar el derecho a la defensa.

4.2 Alcances en la esfera familiar

Como se ha visto supra, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen la garantía de no autoinculpación únicamente en favor del inculpado, pero hay países cuyas constituciones y/o leyes la extienden a otras personas.
Tal es el caso del artículo 36 de la Constitución costarricense, el cual dispone el derecho a no declarar *"contra el cónyuge[13], ascendientes[14], descendientes[15] o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consaguinidad[16] o afinidad[17]".*

Esta regla constitucional *"...como garantía individual que es, pretende proteger al ciudadano de un perjuicio, sea en su contra o de las personas que ella enumera, por lo cual es a dicho contexto al que debe limitarse la operación de la limitación constitucional al Estado contenida en el artículo 36 de la Constitución"* (SC resolución 8524-00 de las 14:38 horas del 27 de setiembre de 2000)[18].

Este derecho a no declarar contra familiares es una dispensa o liberación respecto al deber general de todo testigo de declarar y decir verdad en juicio, dispuesta en razón de los vínculos afectivos tan cercanos propios de las relaciones familiares, operando a su vez como una medida no sólo de protección al investigado, sino incluso frente a figuras como las de encubrimiento.[19]

Al decir de la Sala Constitucional: *"lo que pretendió es garantizar, ante una colisión de intereses respecto de la administración de justicia y la integridad familiar, este último, por ser el que indudablemente se verá afectado cuando uno de los parientes a que se refiere la norma constitucional, sirva de testigo o medio de prueba, en contra de los intereses del imputado"*[20].

Se trata de un derecho personal enteramente renunciable, sobre todo en casos en donde el cónyuge o alguno de sus hijos actúen más bien como denunciantes o víctimas del incoado[21].
La situación de cónyuge es asimilable a la pareja de hecho, y la de su hijo (Llobet: 368). Además, si ha dejado de existir el matrimonio o la relación de hecho es de presumir que los sentimientos afectivos hacia la expareja, situación en la que no hay posibilidad de acogerse a la dispensa, salvo que, más allá de la relación ya rota entre la pareja, comprometa negativamente aspectos que atañen a los hijos procreados en común.

5. Núcleo del contenido de la garantía y sus restricciones

El derecho a no declarar contra sí mismo o contra sus familiares más cercanos reviste el carácter de una garantía "fundamental pues impide que en el proceso penal se instauren los principios del procedimiento inquisitivo, en el que la confesión se erige como la reina de las pruebas" (Hernández: 157).

5.1 La prohibición de compelir a declarar y sus consecuencias

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y el artículo 36 constitucional se establece en relación al derecho a no declarar contra sí mismo "*no una prohibición sino la facultad de no hacerlo"*[22], lo cual comprende el derecho a no declararse culpable, a no declarar y a no ser obligado a ello.

13 Esposa o esposa, conviviente.
14 El padre, abuelo y bisabuelo.
15 El hijo, nieto y bisnieto.
16 Hermanos, tíos, sobrinos.
17 Comprende a los parientes del esposo(a): hijo. hermanos y sobrinos.
18 El nuevo Código Procesal Civil (Ley No. Ley 9342 del 3 de febrero de 2016), que entrará en vigencia a partir del 9 de octubre de 2018, introduce la novedad de que le otorga el privilegio de que pueden "abstenerse de declarar como testigos los que sean examinados sobre hechos que importen responsabilidad penal contra el declarante o contra su cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta el tercer grado, inclusive, de consaguinidad o afinidad" (Artículo 43.2)
19 ¨Para ampliar sobre este tema puede consultarse a Alcalá Pérez-Flores, Rafael. La dispensa del deber de declarar de la víctima de la violencia de género: interpretación jurisprudencial.
20 Sala Constitucional, resoluciones Nos. 1154-1993 de las 14:42 horas del 01 de marzo de 1993 y 1154-94 de las 15:39 horas del 01 de marzo de 1994.
21 Cabe señalar que actualmente se discute en la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley No.19301 tendente a modificar el ordinal 36 constitucional a los fines de limitar ese derecho de un familiar a no declarar en contra de su cónyuge o familiar con determinado grado de parentesco en los casos en que el ilícito se haya cometido contra personas menores de edad o otras víctimas de violencia intrafamiliar y de género. Sobre la opinión favorable del abogado del Estado puede consultarse la opinión jurídica OJ-146-2015 del 16 de diciembre de 2015.
22 Sala Constitucional, resolución No. 1016-1994 de las 10:12 horas del 11 de febrero de 1994.

Estas garantías procesales se complementan y refuerzan con la disposición del ordinal 41 constitucional según el cual *"toda declaración obtenida por medio de violencia será nula"*, consecuencia que también se produciría no sólo en ese supuesto, sino también cuando para efectos de un proceso penal se ha pedido al propio investigado o un familiar ser testigo en la producción de prueba sin advertirles previamente de su derecho a abstenerse a realizar manifestación alguna, verbal o escrita[23].

Como en su oportunidad bien indicó la Sala Constitucional con vista a las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 *"se dejó abierta la posibilidad de que si esa era su voluntad, el acusado, podría rendir la correspondiente declaración"*[24], con lo cual se modificó la situación previa que databa del año 1871.

En palabras del diputado constituyente Baudrit Solera la idea era cambiar lo que señalaba la Constitución de 1871 entonces vigente, para así *"...evitar que hechos graves y escandalosos en materia penal queden impunes (...) delitos gravísimos como violaciones incestuosas, o hechos cometidos entre hermanos, han quedado impunes en virtud de esa disposición terminante y absoluta. Añadió que como en el caso del reo, sus parientes no deben ser obligados a declarar contra el pariente, pero si aquel o éste quieren hacerlo, no puede ni debe prohibírseles"*[25].

5.2 La prueba confesional

La confesión como medio de prueba en materia civil inicialmente fue conocida como declaración de partes en el Derecho Romano, siendo sustituida por un interrogatorio formal de posiciones, llamado hoy en día por muchas legislaciones como la absolución de posiciones sobre los hechos litigiosos alegados por la parte contraria (De Santo, 242), pero en lo penal opera como un medio de defensa.

Existe incluso un disímil tratamiento de la prueba confesional, también en otras materias como la laboral, familia, contenciosa-administrativa, entre otros, con múltiples reservas en cada jurisdicción sobre su valor probatorio[26].

En el caso de la materia penal la declaración del imputado se rodea de una serie de garantías establecidas en la legislación procesal penal, como por ejemplo la dispuesta en el artículo 92 párrafo segundo del CPP costarricense al disponer que: "*antes de comenzar la declaración, se le advertirá que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte y que, si declara, su dicho podrá ser tomado en consideración aún en su contra*", siendo además un derecho del imputado que se acepta declarar "*su defensor esté presente en el momento de rendir su declaración y en otras diligencias en las cuales se requiera su presencia*" (art. 82 e) del CPP).

Este tipo de garantía característica del ámbito penal cumple una función informativa (Ramírez: 69), para que la persona en forma libre y consciente elija el tipo de comportamiento por el que puede orientar su defensa, habiendo primero tenido oportunidad de conocer las consecuencias de su decisión. Tiene además estrecha conexión en el derecho a la presunción de inocencia característico del derecho penal, derecho que *"despliega su virtualidad fundamental en el campo procesal"* (Picó: 155), en donde constituye *"un factor determinante para la carga de la prueba en el proceso penal"* (Gozaíni: 156), carga procesal que debe recaer sobre el órgano acusador y nunca sobre el imputado.

Esto explica que en otro tipo de procesos no sancionatorios como el civil, comercial, familiar, laboral, etc. sea jurídicamente posible llamar a la contraparte a confesión, ya que no está en juego el estado de inocencia ni la libertad, por lo que ninguna de las partes puede rehuir de dicho deber procesal en vista de que no se está ante la eventual aplicación de un castigo, y

23 En este sentido la Sala Constitucional ha señalado, por ejemplo, la nulidad de las actas de secuestro y decomiso o cualquier manifestación de voluntad emanada de las personas cubiertas por el ordinal 36 constitucional que pueda ser usada en perjuicio del acusado, que hayan sido realizadas sin la respectiva advertencia previa de este derecho, por parte de autoridades policiales judiciales (resolución No. 3483-1993 de las 14:42 horas del 1 de diciembre de 1993) o administrativas (resolución No. 1154-1994 de las 15:39 horas del 1 de marzo de 1994).

24 Sala Constitucional, resolución No.6460-1993 de las 14:06 horas del 7 de diciembre de 1993.

25 Asamblea Nacional Constituyente. Acta No. 106 de las 15:00 horas del 13 de julio de 1949. Volumen 6, 1949.

26 Al este respecto puede consultarse, por ejemplo, a: Zapata Durán Roberto. La prueba en los procesos de filiación. Universidad de Salamanca, 2011, pg.158 y siguientes; Ponce Rosendo, Victor Ml. La confesión en el derecho laboral, Tesis, Universidad Autónoma de Nueva León, 2003.

opera bajo los parámetros de los artículos 333[27], 336[28] y 338[29] del CPC.
En esos artículos se regula como medio probatorio la declaración de partes, que es uno de los medios probatorios enlistado por el artículo 218 del CPC, en dos modalidades: el interrogatorio de partes -como género- y la confesión -como especie-, bajo el concepto de que no toda declaración de parte entraña una confesión[30].

Según el ordinal 338 del CPC la confesión rendida ante órganos jurisdiccionales: *"es prueba plena contra el confesante, siempre que verse sobre hechos personales contrarios a sus intereses y favorables a su adversario, nunca en beneficio propio*", sin perjuicio de considerar que existen diversos tipos de confesión, lo que conlleva según el caso una diversa eficacia probatoria, aspecto cuyo estudio no interesa para efectos de esta investigación[31].

En la confesión "*la parte declara sobre hechos personales, y es juramentada bajo las penas de perjurio. Dentro de los nuevos medios de prueba, el Código de rito actual incorpora el interrogatorio de partes. Este se caracteriza por no tener las formalidades de la confesión. A través de él, el Juez puede obtener información sobre hechos en relación con los cuales la parte podría negarse a responder, si se tratara de una confesión, pues en ésta debe hacerlo estrictamente sobre hechos personales. Al respecto, es juramentada bajo apercibimiento de falso testimonio*". (Sala I de la Corte Suprema de Justicia Resolución No. 000122-F-98 14:15 hrs 27 noviembre de 1998). Es decir, la confesión como prueba se rinde sobre hechos propios, mientras la declaración de parte sobre hechos ajenos[32], aunque no en condición de testigo, sino, de parte en el proceso.

Cabe aclarar que, si bien en materia laboral y por jurisprudencia de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia la confesión[33] opera en forma similar a la materia civil en el sentido de que únicamente prueba en contra de quien la hace y no en su favor respecto de hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables a los de su adversario (véase resoluciones Nos. 948 de las 10:20 horas del 7 de diciembre de 2007 y 258 de las 10:05 horas del 13 de marzo de 2013, entre otras), no constituye plena prueba sino un elemento probatorio más a evaluar con el resto del acervo probatorio (resoluciones Nos. 73 de las 9:55 horas del 1 de febrero de 2008 y 342 de 8:50 horas del 12 de mayo de 2004).

De lo antes expuesto se desprende que en el ordenamiento jurídico costarricense el actor o el demandado pueden ser llamados a confesión[34] en las distintas ramas del derecho salvo la penal, con distinto valor probatorio en la rama laboral respecto al resto de materias como la civil, familiar, comercial, etc.

Al rendir confesión son debidamente juramentados, con el efecto de que pueden cometer el delito de

27 Artículo 333.- "En cualquier estado del proceso, el Juez podrá ordenar la comparecencia de las partes para interrogarlas sobre los hechos de la demanda. Cuando el Juez no lo ordene de oficio, cada parte podrá solicitar la declaración de la parte contraria, bajo juramento, en cualquier estado del proceso, hasta antes de la sentencia de primera instancia. A la misma parte no podrá pedírsele más de una vez declaración sobre los mismos hechos".
28 Artículo 336. "Si el llamado a declarar no compareciere sin justa causa, rehusare declarar, o respondiere en forma evasiva, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido como por confeso en la sentencia definitiva, con respecto a los hechos que la comprenda el interrogatorio escrito y el preguntante hubiera comparecido, no así el declarante, el juez podrá tener por cierto los hechos de la demanda susceptible de confesión".
29 Artículo 338 "La confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace. Para que haya confesión es necesario que la declaración verse sobre los hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables al adversario. No vale como confesión la admisión de hechos relativos a derechos indisponibles".
30 Cabe señalar que por Ley No.9342 de 3 de febrero de 2016 se promulgó una nuevo Código Procesal Civil, el cual fue publicado a la Gaceta No.68, Alcance 54 del 8 de abril de 2016, y entrará a regir 30 meses después de su publicación, sea a partir del 9 de octubre de 2018. Lo importante es que esa nueva ley elimina la confesión como medio probatorio, y la subsume en la declaración de parte, conforme al artículo 42 del Código de rito, y se elimina el carácter de plena prueba contra quien la hace para pasar a ser simplemente una prueba para la parte declarante se convierte en una prueba complementaria o imperfecta. Si la persona no se presenta injustificadamente a rendir la declaración, se rehusara a declarar, responde con evasivas y no lleva consigo los documentos de apoyo ya no se le llama confeso ficto, sino que hace una admisión tácita del interrogatorio -artículo 42.2 NCPC-.
31 Si se desea profundizar en los diversos tipos de confesión y sus distintas consecuencias puede consultarse Olaso Álvarez, Jorge. La prueba en materia laboral, Heredia, Escuela Judicial, 2008, pgs.81 y siguientes; Alfaro Gaitán, Kevin A. y otros. La declaración de parte como novedad del Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de El Salvador, 2011, pgs.38 y siguientes.
32 Justamente esta distinción es la que permite sostener que sería violatorio al derecho de defensa pretender que mientras una parte rinde su declaración la otra sea compelida a abandonar el recinto, por lo que no le son aplicables las reglas de la separación o aislamiento de testigos. Véase al respecto lo resuelto por Sala I, en resolución No.415-F-S1-2013 14:20 horas del 9 de abril de 2013.
33 Nos referimos tanto a la confesión judicial como a la confesión ficta que es cuando se es citado a rendir declaración y no se presenta.
34 En el código procesal civil también existe la figura del interrogatorio de parte que se diferencia de la confesión en que versa sobre hechos no impersonales o impropios de la demanda. Para profundizar puede consultarse a Artavia, Sergio. Derecho Procesal Civil.Tomo III. Editorial Jurídica Dupas, 2004, pgs.320.323.

perjurio, ilícito que no aplica en la esfera penal, en donde el imputado o un familiar de éste que libremente desee declarar **no es juramentado ni promete decir verdad** –artículo 96 CPP-, y por, consiguiente, jamás podría ser acusado de perjurio[35], situación distinta de quien en un juicio ordinario civil en el que pretenden cobrarle daños y perjuicios, incluso derivado de una acción penal, es llamado a prueba confesional, en donde no está en riesgo su libertad y por tanto no goza del privilegio de no declarar contra sí mismo (Sala Constitucional, resoluciones Nos. 5977-94 de las 16:27 horas del once de octubre de 1994 y 5977-94 de las 16:27 horas del 11 de octubre de 1994).

5.3 El inculpado como sujeto y como objeto de prueba

En materia penal, se distingue entre participación activa o pasiva del imputado, en donde la doctrina mayoritaria alemana sostiene que sólo la participación activa vulnera el derecho de no declarar, de modo que *"cuando al imputado se le exige un comportamiento pasivo, en el que no exprese información sobre los hechos, sino solamente sirve para que el resultado sea analizado por el juzgador o por peritos no puede abstenerse de participar"* (Llobet, 248).

Lo anterior es así en razón de que *"la garantía sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o problema sobre un objeto de prueba. No la a ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es sujeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se le somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen"* (Maier, 675).

En materia administrativa sancionadora también esa admitida esa diferenciación entre que el investigado sea sujeto activo u objeto pasivo de prueba, como sucede, por ejemplo, en el caso de las pruebas toxicológicas a las que son sometidos los agentes de policía[36].

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha avalado la utilización del imputado como fuente u objeto de prueba (SC resolución 556-91 de las 14:10 horas del 20 de marzo de 1991"), precisando eso sí que *"cuando se requiera la utilización del imputado como medio u objeto de la prueba misma, su legitimidad depende de que no se le cause o pueda causar daño físico, y de que no se atente contra su dignidad"* (SC resolución 348-94 de las 15:48 horas del 18 de enero de 1994).

5.4 El derecho a la defensa material o declaración de parte

A nivel doctrinal y jurisprudencial se distingue entre una defensa material y una defensa técnica, bajo el entendido de que la distinción entre ambos tipos de defensa reside en el hecho de que la primera es aquella que ejerce el propio imputado por sí mismo y la segunda es aquella que corre a cargo de un profesional en derecho que asesora y representa al imputado.

En el ámbito del derecho penal el contar con una defensa técnica es una garantía ineludible que debe otorgársele al imputado[37], situación que no ocurre en el derecho sancionador en donde *"opera en forma facultativa, o sea, no obligatoria, pero la Administración si debe advertirle, al inculpado, que tiene este derecho"* (Bolaños: 52), al tenor de los artículos 220, 302, 310 y 317 de la LGAP.

35 Perjurio. Artículo 318.-"Se impondrá prisión de tres meses a dos años al que faltare a la verdad cuando la ley le impone bajo juramento o declaración jurada, la obligación de decirla con relación a hechos propios". (Código Penal Ley No.4573 del 04 de mayo de 1970 y sus reformas).

36 Para este efecto, la Ley General de Policía regulada el tema en sus artículos 64 y 65, así como también en el Reglamento para las Pruebas Toxicológicas a los Cuerpos Policiales Adscritos al Ministerio de Seguridad Pública (Decreto Ejecutivo No.30238-SP del 22 de febrero de 2002), en el cual se regula el procedimiento a seguir y las consecuencias disciplinarias aplicables al agente policial que dé positivo o rehúse hacerse la prueba, lo cual se sanciona con despido sin responsabilidad patronal, como ha tenido oportunidad de ratificarlo la Sala II de la Corte Suprema de Justicia en resoluciones Nos. 2002-7927 de las 15:23 horas del 20 de agosto de 2002 y 2010-00124 de las 10:00 horas del 21 de julio de 2010.

37 En ese sentido lo establece el artículo 8 párrafo segundo incisos d) y e) de la CADH, el numeral 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el ordinal 13 del CPP.

Es por ello que en no pocos procedimientos administrativos sancionadores el funcionario implicado ejerce el derecho a la defensa en forma material, en cuyo caso el incoado lo ejerce como *"un acto procesal destinado a garantizar su derecho a ser oído frente a los hechos que se imputan en su contra, constituyéndose en un medio de defensa"* (SC resolución No.7801-2006 de las 17:11 horas del 30 de mayo de 2006).

6. Aplicación e interpretación en el derecho administrativo disciplinario

Como es sabido, el garantismo judicial como concepto se origina y fue desarrollado dentro de la materia penal, *"...asociado a la tutela al derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personal frente al poder punitivo del Estado"* (Ferrer: 676), al calor del principio originario de la separación de poderes (Sánchez: 100).

Eso explica que muchas de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos así como las consagradas en las Constituciones Políticas suelen aludir a las garantías propias del proceso penal, sobre todo cuando se trata de Constituciones o tratados de derechos humanos que datan de más de 50 años.

Ello ha dado lugar a la creciente utilización por parte de los operadores jurídicos de una técnica de interpretación evolutiva, en razón el carácter antiguo del texto constitucional, misma que es adaptable al carácter cambiante de la realidad así como de la idea de justicia que prevalece en la conciencia social, y se opone a la interpretación histórica (Ferrer: 748).

En el siguiente apartado se analiza la extensa jurisprudencia de la Sala Constitucional, a los fines de identificar el tratamiento otorgado al derecho a la no autoincriminación que establece el artículo 36 constitucional y su aplicación indirecta a los procesos sancionadores administrativos en atención a los alcances del debido proceso y del derecho a la defensa que se derivan de los artículos 3 y 41 de la Constitución.

6.1 Jurisprudencia de la Sala Constitucional[38]

Para Jinesta (398) "*la Sala Constitucional ha señalado reiteradamente que la garantía concebida exclusivamente para el proceso penal del artículo 36 de la Constitución Política en el sentido de que nadie puede obligado a declarar en contra de sí mismo, no resulta aplicable de forma analógica o extensiva a los procedimientos administrativos disciplinarios*".

Una lectura simple de tal posición puede llevar a pensar que la Administración puede obligar a declarar en contra de sí mismo a un funcionario sometido a un procedimiento disciplinario, en vista de que la garantía del artículo 36 constitucional sólo aplica en la esfera punitiva penal y no en la esfera administrativa sancionadora, pudiendo incluso juramentar al confesante y apercibirlo de decir verdad so pena de incurrir en el delito de perjurio.

Por ello, resulta importante profundizar en la jurisprudencia constitucional a fin de desentrañar mejor sus alcances e incluso sus contradicciones.

En este sentido, cabe recordar que la Sala Constitucional se creó a finales del año 1989 y tempranamente analizó los alcances del artículo 36 constitucional.

La primera vez que se encontró un abordaje del tema fue con motivo de una consulta judicial de constitucionalidad, para determinar si el delito de perjurio resultaba o no compatible con dicha norma, por una declaración de parte rendida en la esfera civil.

Para tales efectos y con base en una interpretación ya no solamente literal sino incluso histórica de la génesis del ordinal 36 constitucional como reseñamos en el apartado 3.2 de este ensayo, la Sala Constitucional sostuvo que la garantía que otorga ese numeral está circunscrita a la materia penal y no a otras esferas, como por ejemplo, la civil (SC resolución No.6359-93 de las 14:57 horas del 1 de diciembre de 1993, reiterada luego en las resoluciones Nos.6460-93 de las 14:06 horas del 7 de diciembre de 1993; 406-94 de las 9:42

38 Este capítulo se desarrolló con base en una amplia consulta de la jurisprudencia constitucional conforme puede consultarse en el Anexo 2.

horas del 21 de enero de 1994 y 2429-94 de las 15:39 horas del 24 de mayo de 1994).

Así, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación conforme del delito de perjurio, al señalar que dicho ilícito no lo puede cometer un imputado en un proceso penal, ya que aún cuando declarara no es juramentado y el tipo penal justamente indica que comete el ilícito quien hace una declaración bajo juramento afirmando una falsedad o negando una verdad, con lo cual se respeta la garantía del artículo 36 constitucional, pero dejando a salvo que en otras esferas no penales la parte sí pueda cometer dicho ilícito cuando es llamado a confesión, reforzando la amenaza de la sanción penal la buena fe procesal y el deber de colaboración con la justicia.

En esas mismas resoluciones judiciales se señala que además de que el derecho a no declarar contra sí mismo contemplado en el artículo 36 constitucional está circunscrito al ámbito penal, tal garantía se reafirma por lo que indica el artículo 41 de la Constitución la cual establece que *"... toda declaración obtenida por medio de violencia es nula"*. No obstante, a renglón seguido, se sostiene que *"los derechos que en materia penal, le reconoce la Constitución Política al imputado, también se extienden, como ya se ha indicado en otras oportunidades, al proceso sancionatorio, en lo que resulte aplicable de acuerdo con su naturaleza"*.

Posteriormente, la segunda ocasión en que se refirió a la inaplicabilidad de la garantía del artículo 36 constitucional en la esfera del derecho administrativo disciplinario fue con motivo de un recurso de amparo, en el cual se atuvo a la literalidad de la norma constitucional para indicar lo siguiente: *"En cuanto a la declaración que rindió el señor Cárdenas ante el Órgano Director del Procedimiento, ciertamente no estaba obligado a hacerlo, pero de ahí a que debe ser advertido de ello, conforme a lo que dispone el artículo 36 de la Constitución Política, hay una gran diferencia, pues esta norma con toda claridad se remite a la "materia penal". Subsiste, entonces, un derecho de abstenerse de declarar, o incluso de ofrecer prueba, porque la administración es la obligada a la averiguación de la verdad real, pero eso no significa que debemos llegar a exigir las formalidades que en la investigación criminal deben cumplir los jueces"* (SC resolución 1946-94 de las 10:30 horas 22 de abril de 1994).

Como se observa, la Sala Constitucional a raíz de la interpretación literal y meramente formal deriva el derecho a no declarar contra sí mismo no del ordinal 36 constitucional -cuyo texto sólo habla de la "materia penal"- sino de la regla de que es a la Administración a la que corresponde averiguar la verdad real.

Además, todo este tema se enmarca dentro de la tesis general de corte jurisprudencial según la cual todo procedimiento administrativo que tenga un fin sancionatorio ha de conducirse bajo la orientación de que *"los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambas son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado"* (SC sentencia 3929-1995 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995), concluyendo que "el conjunto de principios constitucionales que existen en materia de debido proceso, cubre, con las diferencias propias de cada régimen, todos los ámbitos de actividad sancionatoria, sea penal, civil, administrativa y disciplinaria" (sentencia 2000-8193).

En este sentido y siguiendo a un famoso tratadista español, considero que los matices «permiten adaptaciones funcionales, no derogaciones substanciales» (García de Enterría: 98), y por ello no comparto las consecuencias de la línea jurisprudencial sentada por la Sala Constitucional: cuando en un procedimiento administrativo sancionador se toma declaración a un investigado sin haber sido advertido de su derecho a abstención, el Tribunal Constitucional considera que el órgano director no está obligado a realizar dicha advertencia, pues a su juicio el artículo 36 constitucional *"con toda claridad se remite a la materia penal (...) sin llegar a exigir las formalidades de la investigación criminal"* (SC resolución No.1946-94 de las 10:30 horas del 22 de abril de 1994, reiterada en resoluciones Nos. 8096-1997 de las 15:00 horas del 28 de noviembre de 1997 y 1671-03 de las 10:50 horas del 28 de febrero de 2003, entre otras).

Tal tesis de principio respecto a no hacer extensible la garantía del ordinal 36 constitucional a los

procedimientos sancionadores administrativos, ha llevado al Tribunal Constitucional a avalar el que un órgano director llame a comparecer en forma personal y no por medio de apoderado a un investigado, cuando la deposición versa sobre hechos que son de su conocimiento exclusivo, pero eso sí, haciendo la salvedad de que *"en el mismo acto de apersonamiento ante el órgano director puede manifestar su deseo de abstenerse de declarar, derecho que también le asiste en razón de ser sujeto de investigación"* (SC resolución No.8096-97 de las 15:00 horas del 28 de noviembre de 1997), situación similar que ocurre con los familiares (SC resolución 412-99 de las 8:30 horas del 22 de enero de 1999).

Como se observa, al final de cuentas no es cierto que el derecho a no declarar en contra de sí mismo o del cónyuge y ciertos parientes contemplados en el artículo 36 constitucional no es susceptible de ser extendido al ámbito del administrativo sancionatorio como sostiene el tratadista Jinesta y en forma aparentemente contradictoria la Sala Constitucional, dado que dicho alto tribunal ha terminado de alguna forma reconociéndolo, pero no en todos los alcances contenidos en ese ordinal.

Una lectura crítica de la jurisprudencia constitucional antes reseñada de que no aplican todos los formalismos exigidos en el proceso penal cuando de la declaración del imputado o sus familiares se trata, por dos motivos centrales: primero, por la prevalencia que debe existir de una concepción material y no meramente formal de la expresión "en materia penal" utilizada por el ordinal 36 constitucional y segundo, por entender que cuando del ius puniendi se trata la confesión es un medio de defensa del investigado y no un medio de prueba afanosamente buscado por las autoridades públicas.

Varias resoluciones de la Sala Constitucional permiten entrever claros destellos de la posición crítica antes indicada:

Nuestro Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de declarar con lugar varios habeas corpus en los cuales analizó varios casos en que un órgano director había apercibido a un funcionario que recibió sumas salariales presuntamente irregulares de que de no presentarse a la comparecencia a que había sido convocado podría hacerse venir por la fuerza pública, al tenor de lo que dispone el artículo 248.2 de la LGAP[39] respeto a las partes o terceros.

Ante ello, la Sala Constitucional indicó que si bien dicho artículo *"no hace la diferencia con respecto a quienes pueden ser citados, debe interpretarse que los llamados a declarar o simplemente comparecer, lo son en su condición de parte interesada, llamada para que ejerza su derecho a la defensa, y por lo tanto esa citación constituye un medio de defensa, razón por la cual, si no desean presentarse, están simplemente renunciando a un derecho que de por sí les asiste (...) la posibilidad que tiene la Administración para traer por medio de la Fuerza Pública a cualquier persona para los efectos del artículo citado, debe entenderse que se refiere a los testigos o terceras personas, pero de ninguna manera a las partes que vayan a hacer uso de un derecho de defensa como parte interesada"* (SC resoluciones Nos.127-96 de las 16:00 horas del 9 de enero de 1996 y 178-96 de las 10:09 horas del 10 de enero de 1996).

Por otra parte, en forma tímida y aparentemente implícita, pareciera que la Sala Constitucional en fechas más recientes ha tratado de variar la posición de no exigir la advertencia acerca del derecho a no declarar en su contra del investigado, cuando tratando de diferenciar la violaciones constitucionales de aquellas de índole legal o procesal, ha rechazado entrar a conocer situaciones por la vía de amparo en que investigados indicaban que se les tomó declaración en procedimientos administrativos disciplinarios sin ser advertidos de su derecho a no declarar, señalando que *"tal omisión, aunque pudiera ser violación procesal, no implica violación al debido proceso constitucional, máxime cuando llevan razón los recurridos al indicar que no todos los principios del debido proceso penal son aplicables al procedimiento administrativo"* (SC resolución No. 1998-2008 de las 12:47 horas del 8 de febrero de 2008).

39 Artículo 248: 1. El órgano que dirige el procedimiento podrá citar a las partes o a cualquier tercero para que declare o realice cualquier acto necesario para desenvolvimiento normal del procedimiento o para su decisión final. 2. El citado podrá hacerse venir por la fuerza pública si no compareciera a la primera citación. 3. Podrán comparecer también por medio de apoderado, a no ser que expresamente se exija la comparecencia personal.

Y es que hasta ahora, pareciera que lo que la jurisprudencia constitucional se ha preocupado de evitar es solamente el respeto a la prohibición de ser obligado a declarar, pero trasladando la carga de hacer valer o invocar tal garantía al propio investigado, con la consiguiente descarga de la Administración de esa obligación procesal, lo cual podría permitir que, por ignorancia, falta de asesoría profesional o presionado por la posibilidad de llegar a perder su trabajo, un funcionario pueda ser inducido a confesar su falta y a realizar declaraciones de parte durante un procedimiento sancionador disciplinario que le perjudiquen.

Es por estos motivos que, pese a su carácter aislado, cabe resaltar una resolución en que expresamente la Sala Constitucional ha llegado a sostener que *"la omisión del Código Notarial de disponer de manera expresa que el notario puede abstenerse de declarar o de contestar la demanda, no significa que el derecho a la no autoincriminación no se aplique en el procedimiento sancionatorio notarial. La garantía contenida en el artículo 36 de la Constitución se aplica de manera absoluta en el derecho penal, pero también en cualquier procedimiento sancionatorio, sea de naturaleza jurisdiccional o administrativa"* (SC resolución No. 7787-2010 de las 14:58 horas del 28 de abril de 2010).

Estimamos que la anterior posición jurisprudencial es la correcta en esta materia, y debería ser tomada como la pauta a seguir por los operadores jurídicos (jueces, legisladores, órganos directores del sector público, etc), como en la práctica hace la Contraloría General de la República, en el tanto durante la substanciación de los procedimientos administrativos sancionadores siempre se le advierte a la parte que desea intervenir o declarar de su derecho a abstenerse de hacerlo, o incluso, en caso de que decida declarar, de su derecho a no contestar preguntas o solo contestar aquellas que no afecten su defensa, sin que ello sea considerado como aceptación de los cargos o prueba indiciaria en su contra.

7. Conclusiones y recomendaciones

a. La evolución del derecho en occidente generó en materia penal un rechazo a considerar legítimo el uso de la violencia, a tortura o cualquier tipo de coacción para buscar afanosamente la confesión del imputado, ya que ello se considera contrario a la libertad y dignidad de la persona humana.

b. Los avances del moderno derecho procesal penal están imbuidos de una serie de garantías o tecnicismos que responden a la consideración del imputado no como un objeto sino como un sujeto en el proceso, lo que ha desembocado en que la confesión sea vista no tanto como un medio de prueba sino como un mecanismo de defensa del que puede hacer o no uso el imputado a su exclusiva voluntad.

c. El derecho a la no autoinculpación implica una serie de garantías como el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no declararse culpable y el derecho a la presunción de inocencia, las cuales a su vez forman parte del derecho de defensa y al debido proceso.

d. El derecho a la no autoinculpación forma parte del derecho internacional de los derechos humanos (art.14.3.g del PIDCP y el ordinal 8.2 CADH), y de las debidas garantías mínimas no sólo en el ámbito penal sino en las sanciones que constituyan también una expresión del poder punitivo del Estado al decir de la CIDH, tal y como sucede con el derecho administrativo sancionador.

Esta garantía alcanza no sólo al imputado o investigado, sino que en los distintos países se extiende al cónyuge y familiares del mismo, ya sea ex -constitucione o ex – lege, bajo el concepto de que se prohíbe la autoincriminación coactiva, no la voluntaria.

e. Existe un claro vínculo entre las exigencias de este principio y la prueba confesional en materia penal, no así en otras materias como la civil,

comercial, laboral, contenciosa, etc. en donde se admite como un medio más de prueba dentro de lo que se conoce como declaración de partes, como una especie o con un sustrato propio, en vista de los mecanismos y efectos que el ordenamiento jurídico así como la jurisprudencia han ideado para provocarla, entendiendo que ello favorece la administración de justicia.

f. En el campo no penal toda autoinculpación o reconocimiento de los hechos que haga la parte sólo tienen validez en el tanto sea en contra de sí mismo y son favorables al adversario, bajo la premisa de que nadie puede crearse sus propios derechos y hay mucho menos desconfianza de la información desfavorable que entrega la parte.

g. En Costa Rica el artículo 36 de la Constitución es el que tutela el derecho a no declarar contra sí mismo, bajo la expresa indicación de que lo es en materia penal, lo cual ha llevado a la Sala Constitucional a declarar que no es extensible a otras materias como la administrativa sancionadora o disciplinaria.

h. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Constitucional admite que un investigado en un procedimiento administrativo tiene el derecho a no a declarar, por considerar que es obligación no del incoado sino de la autoridad administrativa producir la prueba capaz encontrar la verdad real y, si fuera del caso, desvirtuar el estado de inocencia.

i. Aunque pareciera que esta tesis termina aceptando por otra vía el respecto de la garantía a no declarar contra sí mismo, lo cierto es que la propia Sala Constitucional la ha devaluado al sostener que no es deber de la autoridad administrativa advertir al investigado de su derecho a no declarar en su contra, trasladando al incoado la responsabilidad de hacerlo valer por su cuenta, por estimar que no aplican las exigencias del proceso penal.

j. Existe alguna jurisprudencia aislada en donde la Sala Constitucional ha aceptado que la garantía del artículo 36 constitucional también aplica en el derecho administrativo sancionatorio, tesis que se considera acertada porque privilegia una interpretación material por sobre una formal del término "materia penal" y ello da pie a que se cumpla con el carácter informativo de dicha garantía para ser plenamente respetuosa de la dignidad humana, actuar que en la práctica es seguido por la Contraloría General de la República en su cotidiano quehacer al tramitar procedimientos de esta índole.

k. Resulta relevante que la Sala Constitucional realice un expreso cambio de jurisprudencia en esta materia, sin perjuicio de que el legislador lo regulen o en general los órganos disciplinarios respeten esta garantía, lo cual es además congruente con el derecho internacional de los derechos humanos, los cuales deben ser constitucionalizados en esta materia por ese alto tribunal, ya que de lo contrario el país está expuesto a que pudiera presentarse una demanda que active el sistema de protección interamericano de derechos humanos y seamos eventualmente condenados por la CIDH, como ya ha sucedido en otros casos en que a nivel interno no se han respetado el bloque de convencionalidad.

8. Referencias bibliográficas

Alfaro Gaitán, Kevin A. y otros. La declaración de parte como novedad del Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de El Salvador, 2011.

ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Tomo I.

Artavia, Sergio. Derecho Procesal Civil.Tomo III. Editorial Jurídica Dupas, 2004.

Asamblea Nacional Constituyente. Acta No. 106 de las 15:00 horas del 13 de julio de 1949. Volumen 6, 1949.

José Mª Asensio Mellado. Derecho Procesal Penal. Editorial Tirand Lo Blanch, 2015.

Alcala file:///C:/Users/Jimmy/Downloads/Alcal%C3%A1%20P%C3%A9rez-Florez,%20Rafael_1.0.0.pdf

Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Jurídica Continental, San José, 2014.

Bolaños González, Jimmy. Derecho Disciplinario de la Función Pública. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2000.

Brewer Carías, Allán. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Editorial Legis, 279 1990.

Castillo Córdoba, Luis. La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vinculante para España. Revista Jurídica del Perú, 2007.

Castro Loría, Juan Carlos. Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales, Editorial Jurídica FPDP, San José. 2006.

De Santo, Víctor. La prueba judicial: teoría y práctica. 2 Edición actualizada. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

Ferrer Mac-Gregor y otros. Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Primera Edición, Romo II, UNAM, 2014.

García de Enterría, E.. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 20. 1981.

García Ramírez, Sergio. El debido proceso: criterios de la jurisprudencia interamericana. Editorial Porrúa, México, 2012.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. La presunción de inocencia: del procesal penal al proceso civil. Revista Latinoamericana de Derecho. Año III, No.6, julio-diciembre de 2006.

Hernández Valle, Rubén. Prerrogativa y Garantía. EUNED, Costa Rica, 1995.

Hines Céspedes, César. El Procedimiento Administrativo. Editorial ISOLMA, Primera edición, San José, 2009.

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo,Tomo III. Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, 2007.

Luna Rodríguez, Rafael. El derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributaria español. Universidad Complutense de Madrid, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho Finananciero y Tributario, 2001.

Maier, J. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, Tomo I, 2002.

Maljar, Daniel. El Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Ad-HJoc. I Edición, Buenos Aires, 2004.

Morales, Oscar. El poder de las costumbres, ¿requiem por el derecho al silencio? Revista de Actualidad Jurídica No.36, 2014.

Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. Editorial Tecnos (Grupo Amaya S.A.).Tercera Edición, 2002.

Olaso Álvarez, Jorge. La prueba en materia laboral, Heredia, Escuela Judicial, 2008.

Casino Rubio, Miguel. Presunción legal de culpabilidad versus prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tránsito. Revista de Administración Pública, Madrid, 2010.

Pérez López, Jorge A. El derecho a la no autoincriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal. Revista Derecho y Cambio Social, No.17. pg. 1 Tomado de http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm

Pérez Salinas, Alvaro. La confesión como medio de prueba en el derecho tributario frente al ordenamiento constitucional de 1991. Revista Academia Libre, Año 8, No.9, 2011, pgs.21-36

Picó i Junoy, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Editorial Bosch, Barcelona, 1997, pg.155

Ramírez Tagle. Cristian. El Derecho a guardar silencio. pg.65 Tomado el 04 de julio de 2016 de la dirección: http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2007-2-Ramirez.pdf

Roxin, Calus. Derecho Procesal Penal, Trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor Editores del Puerto, Argentina, 2000, pág.126

Sánchez Sánchez, Zulima. La potestad administrativa sancionadora. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Volumen 6, San José, 2016.

Zapata Durán, Roberto W. La prueba en los procesos de filiación. Tesis. Universidad de Salamanca, 2011.

9. Anexos

Anexo 1
Constituciones de derecho comparado

País	Texto constitucional
Argentina	Art. 18: (...) Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.
Bolivia	Art. 121: I. En materia penal, ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o sus afines hasta el segundo grado. El derecho de guardar silencio no será considerado como indicio de culpabilidad.
Colombia	Art. 33: Nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad o primero civil.
Costa Rica	Art. 36: En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.
Chile	Art. 7: El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: (...) f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.
Ecuador	Art. 77: En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. b) Acogerse al silencio. c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. 8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.
El Salvador	Art. 118: Ningún ciudadano o habitante podrá ser obligado a dar testimonio en materias criminales contra sí mismo. Tampoco será admitido a declarar contra sus ascendientes, ni descendientes, ni contra su hermano, o cuñado, ni contra su cónyuge (...).
España	Art. 24: (...) 2.Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Continuación Anexo 1
Constituciones de derecho comparado

País	Texto constitucional
Estados Unidos	Quinta enmienda (1791): "Nadie será obligado en ninguna causa criminal a ser testigo contra sí mismo"
Guatemala	Art. 50: Nadie puede ser obligado en causa criminal a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
Honduras	Art. 88: No se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas o declarar. Nadie puede ser obligado en asunto-penal, disciplinario o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, no contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sólo hará prueba la declaración rendida ante juez competente. Toda declaración obtenida con infracción de cualesquiera de estas disposiciones, es nula y los responsables incurrirán en las penas que establezca la ley.
Japón	Art. 38: "Ninguna persona será obligada a testificar contra sí misma. 2) La confesión hecha bajo coacción, tortura o amenaza, o después de un arresto o detención prolongada no será admitida como evidencia. 3) Ninguna persona será convicta o penada en casos en que la única prueba en su contra sea su propia confesión".
Nicaragua	Art. 34: Toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, como parte de ellas, a las siguientes garantías mínimas: (...) 7) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable.
Panamá	Art 25: Nadie está obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
Paraguay	Art. 18: Restricciones a la declaración: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive. Los actos ilícitos o la deshonra de los imputados no afectan a sus parientes o allegados.
Uruguay	Art. 20: Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos.
Venezuela	Art. 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...) 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Anexo 2
Cuadro resoluciones Sala Constitucional atinentes Artículo 36 CP

Año	Tipo de proceso constitucional	No. sentencia
1	Consulta judicial preceptiva de constitucionalidad	1739-1992
2	Consulta judicial de Constitucionalidad	525-1993
3	Consulta judicial de Constitucionalidad	3483-1993
4	Consulta judicial de Constitucionalidad	4784-1993
5	Consulta judicial de Constitucionalidad	6359-1993
6	Consulta judicial de Constitucionalidad	6460-1993
7	Amparo	6871-1993
8	Acción de inconstitucionalidad	348-1994
9	Consulta judicial de Constitucionalidad	406-1994
10	Amparo	1016-1994
11	Consulta judicial de Constitucionalidad	1154-1994
12	Amparo	1946-1994
13	Consulta judicial de Constitucionalidad	2429-1994
14	Consulta judicial de Constitucionalidad	5630-1994
15	Acción de inconstitucionalidad	5977-1994
16	Habeas Corpus	127-1996
17	Consulta judicial de Constitucionalidad	862-1997
18	Amparo	8096-1997
19	Amparo	1998-1998
20	Acción de Inconstitucionalidad	5166-1998
21	Amparo	412-1999
22	Habeas Corpus	5977-1999
23	Consulta judicial de Constitucionalidad	2996-2000
24	Consulta judicial de Constitucionalidad	8524-2000
25	Acción de Inconstitucionalidad	1485-2002
26	Amparo	1651-2002

Continuación Anexo 2
Cuadro resoluciones Sala Constitucional atinentes Artículo 36 CP

Año	Tipo de proceso constitucional	No. sentencia
27	Amparo	4059-2002
28	Amparo	497-2003
29	Amparo	1671-2003
30	Acción de Inconstitucionalidad	9989-2004
31	Acción de Inconstitucionalidad	4704-2005
32	Amparo	9135-2005
33	Amparo	7645-2006
34	Amparo	7801-2006
35	Amparo	18156-2007
36	Amparo	8429-2008
37	Acción de Inconstitucionalidad	7787-2010
38	Amparo	8381-2011
39	Amparo	9051-2011
40	Amparo	9136-2011
41	Amparo	5756-2013
42	Amparo	9391-2013
43	Amparo	2423-2015

El control administrativo ante **incumplimientos del deber de probidad** como Instrumento contra la corrupción y las deficiencias derivadas de su aplicación

***Alejandra Román Hernández*[1]**
aroman@abogados.or.cr

Sumario:

1. Introducción.
2. La ética pública y el deber de probidad. 2.1. La ética pública en la actuación administrativa. 2.2.Concepto del deber de probidad y su relación con el derecho interno costarricense.
3. El deber de probidad de acuerdo con la Ley N° 8422, alcances de la norma y problemas en su aplicación. 3.1. Alcances del deber de probidad desde su regulación en la Ley N° 8422. 3.2. El control de la actuación administrativa en la aplicación a faltas del deber de probidad y posibles deficiencias.
4. Conclusiones.
5. Referencias bibliográficas.

1 Licenciatura en Derecho y Notaria Pública por la Universidad de Costa Rica. Se ha desempeñado como abogada de la Dirección General de Aduanas, asesora del Despacho del Ministerio de Hacienda, así como del Viceministro de Ingresos del Ministro y Oficial Mayor y es actualmente Jefe de la Unidad Legal, Gestoría Administrativa y Financiera DGH –DGT.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Ética Pública, deber de probidad, función pública, hermenéutica jurídica, corrupción.

Resumen: El deber de probidad de los funcionarios públicos se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2004, con la Ley N°8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en la que se instituye este deber de una forma más estructurada y orientada a prevenir y sancionar actos de corrupción en el ejercicio de la función pública. Aunque ese es el espíritu de la Ley la acción objetiva de la norma, sea el artículo 3 de la Ley de referencia, resulta bastante amplia, en el sentido de que muchas conductas desplegadas por el funcionario público podrían, en tesis de principio, hacerlo incurrir en una violación al deber de probidad. Lo anterior genera un problema en la aplicación de la norma y consecuentemente genera la necesidad de que el operador del derecho vaya modulando sus alcances.

El indeterminado ámbito en que se diluye el deber de probidad, puede estar restando concreción en la concepción de lo que es o no una conducta corrupta y con ello se corre el peligro de diluir la importancia que reviste este tema, por lo que resulta necesario a trece años de la promulgación de la Ley N°8422 efectuar una revisión y dimensionamiento de la citada Ley, así como de la Ley General de la Administración Pública que también debe ser ajustada a las nuevas corrientes, considerando que es fuente normativa primaria en la gestión pública.

1. Introducción

La convivencia en sociedad nos lleva a observar ciertas conductas o enunciados éticos y morales; más la convivencia en un régimen de Derecho nos coloca en una posición de sujetos receptores de una gama importante de garantías, pero a su vez, nos exige conductas y comportamientos, y el hecho de contravenir estos parámetros de comportamiento, genera un despliegue de responsabilidades de diversa naturaleza que el Derecho se ha encargado de regular.

Las conductas y enunciados éticos no resultan ajenas al Derecho positivo. Podemos ver como en los ordenamientos jurídicos, la rectitud, la moralidad, la integridad, la honestidad y otro sin número de principios y enunciados morales y éticos son conductas que se han incorporado en los regímenes jurídicos y en las diferentes ramas del Derecho.

Al respecto, Peces-Barba ha indicado al referirse al tema de la ética que "esa moralidad sólo es Derecho si incorpora su espíritu al cuerpo de una norma creada con los criterios que establecen el órgano y el procedimiento que dan vida a cada tipo de normas (Constitución, Ley, Jurisprudencia, etc.).

En esta posición integradora se intenta hacer compatible la exigencia formal del positivismo: incorporación al Derecho por las vías regladas (...) con la aceptación de que el Derecho tiene unos objetivos a alcanzar y que suponen los contenidos de moralidad o de justicia."[2]

En Costa Rica desde la constitución de nuestro Estado Social de Derecho se sientan las bases de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos. Y de ahí en adelante el país da importantes pasos para luchar contra la corrupción, incorporando instrumentos legales y suscribiendo instrumentos internacionales que regulan, de una manera general y en otros casos con más detalle, postulados derivados de la ética pública.

En este sentido, se suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por la Asamblea Legislativa a través de la Ley N°7670 del 17 de abril de 1997 y más adelante, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada mediante Ley N° 8557 del 18 de diciembre de 2016.

Al incorporarse estos instrumentos normativos al ordenamiento jurídico costarricense, se genera un compromiso más visible y direccionado a tomar acciones concretas que permitan dar líneas claras de actuación contra la corrupción, lo cual se complementa con la emisión de cuerpos normativos especiales como referentes en el tema de la ética pública, en una clara

2 Peces- Barba G. (1996-1997). Ética Pública, Ética privada. Anuario de filosofía del Derecho. Página 533.

línea de responsabilidad estatal para erradicar esta problemática social, hasta llegar a emitirse en el año 2004 la Ley N° 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en la que se define, el deber de probidad, estableciendo como una consecuencias, la separación del cargo del servidor público cuando se constate su incumplimiento.

Para efectos del presente trabajo, interesa analizar este postulado normativo, sus alcances, la actuación administrativa en el control del deber de probidad y cómo está estructurada esta norma en la legislación, a efectos de determinar si existen deficiencias o debilidades en su estructura jurídica o en la aplicación misma por parte del operador del Derecho.

2. La ética pública y el deber de probidad

La ética pública ha venido a permear de manera transversal la actuación administrativa, ya no como un postulado general, abstracto, sino como un deber intrínseco de todo funcionario público al ejercer como tal, que se materializa a través de todo un régimen de responsabilidad.

Esta tendencia es lo que diversos autores han llamado la "juridización" o "positivización" de la ética pública, que en palabras de Ximena Pinto "implica plasmar a través de reglas de derecho los principales postulados éticos, con el consecuente impacto en materia de responsabilidad de los funcionarios públicos."[3]

Es por ello que resulta estrecha la relación entre la ética pública y los principios que regulan la actuación administrativa, entre ellos el que refiere al deber de probidad.

2.1 La ética pública en la actuación administrativa

De acuerdo con la definición de Elviro Aranda la ética pública es "la disciplina que se ocupa de estudiar y analizar el comportamiento capaz, responsable y comprometido de aquellos que se encargan de los asuntos públicos"[4].

Partiendo de esta definición, resulta necesario llevar al derecho positivo temas éticos, considerando que las actuaciones son desplegadas por personas y en ese actuar deben observarse ciertos principios que definan el marco de actuación del funcionario. Él no puede actuar bajo el principio de autonomía de la voluntad; al contrario, sus obligaciones, sus atribuciones y en general sus competencias deben ser acordes con el ordenamiento jurídico y por ende con el principio de legalidad, como lo explica Astorquiza Altaner[5] al desarrollar el tema de legislación, control y cultura de probidad.

En cuanto a la relación que guarda la ética pública con la Administración, Orellana Vargas, indicó "La tesis de fondo es que la Administración Pública (como disciplina) debe tener un componente ético inseparable como fundamento"[6].

En este sentido, es perceptible que los Estados con mayores índices de transparencia, rendición de cuentas, acceso a la información, entre otros, puedan presentar mayores índices de desarrollo económico y social, en tanto estas bases constituyen un escudo contra la corrupción.

Algunos autores han mencionado, incluso, la necesidad de que esta disciplina trascienda más allá de lo público, si consideramos que la Administración en su ámbito de competencia guarda relaciones con organismos de naturaleza privada y, consecuentemente, el buen actuar debe permear a estos sujetos, de manera tal que impacten en la gestión pública de manera positiva. Y es que en forma general, ambos ámbitos de la

3 Pinto X. (2015). Ética y Contratación Pública. Cuadernos Críticos del Derecho. (N°2) Página 87.

4 Aranda A. (2013). Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno. Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad. (N°6). Página 216.
5 Astorquiza G. (2006). Legislación, control y cultura de probidad. Revista Española de Control Externo. Volumen 8. (22). Página 61.
6 Orellana V. (2003-2004). Participación, Transparencia y Probidad. Revista Chilena de Administración Pública. (5) Página 57.

esfera humana, en lo público y lo privado guardan una estrecha relación.

Al respecto es importante mencionar lo indicado por Peces-Barba "La ética pública marca los objetivos del poder y del Derecho, y tiene solo fines para favorecer el desarrollo de la dignidad humana. La ética privada es la ética individual, el camino que recorre cada persona para alcanzar su plenitud moral, que es el último ámbito de su dignidad."[7]

Un claro ejemplo de estas relaciones entre lo público y lo privado en el ámbito de la ética lo encontramos en materia de compras públicas, materia en la que es indiscutible la necesidad de que el tema de la ética esté presente para que los procesos licitatorios resulten transparentes y objetivos, desde la óptica de ambos actores.

Un análisis de la ética pública debe, por rigor, hacer referencia al fenómeno de la corrupción, entendida como el uso indebido del poder y de los recursos públicos para un beneficio individual o personal, o para beneficio de un tercero. Es un fenómeno que ha ido permeando el servicio público costarricense y de ahí la gran necesidad de que exista una estructura jurídica que atienda esta problemática, de manera tal que, el ejercicio de la función pública sea acorde con determinados principios.

Al respecto del impacto del fenómeno de la corrupción en Costa Rica, Rastrollo Suárez, al referirse a la función pública costarricense, ha indicado que "(...) algunas circunstancias indican que las cosas han ido empeorando de forma sostenida en Costa Rica durante las últimas décadas, circunstancias que tienen una incidencia directa en la sociedad y que se proyectan, en última instancia sobre las instituciones en forma de exigencias sociales de cambio y mejora"[8]

En un sentido similar se ha referido el autor Aranda Álvarez al indicar "Al calor de la fortaleza de las administraciones, organizaciones privadas que gestionan servicios públicos y el desarrollo de una democracia representativa cada día más formal y plebiscitaria ha crecido el abuso del poder en forma de corrupción. Por eso, la corrupción se ha convertido en un problema central de nuestras democracias."[9]

En este afán de repeler las actuaciones corruptas de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función, o incluso aquellas actuaciones que se separan del cumplimiento eficiente del interés público, los ordenamientos jurídicos se han provisto de normas que regulan la inobservancia de principios o postulados éticos entre ellos, el deber de probidad.

Partiendo de este panorama, adquiere importancia, en mi criterio, el análisis que pueda efectuarse de estas normas y estructuras jurídicas, considerando el hecho de que al tener como base conceptos éticos, este análisis resulta aún más necesario para identificar puntos de mejora en las mismas estructuras normativas, o bien, en la correcta interpretación de las mismas.

2.2 Concepto del deber de probidad y su relación con el derecho interno costarricense

De acuerdo con Reyes Riveros, "La probidad, en términos generales, es la rectitud y moralidad a que tiene que ajustarse la conducta humana, y en lo público, la que debe observarse en el ejercicio de funciones públicas"[10]

Se trata de una acepción amplia y general, pero dicha amplitud, acudiendo a los orígenes del término, que refiere a la honradez, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, encuentra razón de ser, pues resultaría una tarea difícil concretar una definición cuando estamos frente a un concepto axiológico que además que, al igual que la ética pública y como un postulado derivado de ella, también resulta transversal respecto a los diversos ámbitos en que se desenvuelve el ser humano, sea en lo personal, en lo profesional, en lo social.

7 Peces –Barba (2009). Las bases éticas, políticas y jurídicas del orden mundial futuro. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (5). Pág 21-36

8 Rastrollo S. (2016). Notas sobre la función pública costarricense: aporte para su fortalecimiento y mejora. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. VII (7). Página 69.

9 Aranda A. Una Reflexión sobre Transparencia y Buen Gobierno Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad., (5). Página 221.

10 Reyes R. (1995) Probidad y Corrupción. Revista de Derecho. Chile. VI Página 1.

Al referirse al deber de probidad, Xinema Pinto indica con puntual claridad "Los servidores públicos deben observar una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. De esta forma, el servidor público debe observar una conducta honesta, exteriorizando la apariencia de que está actuando de esa forma, es decir, se debe actuar demostrando ser probo, lo que implica mantener una conducta recta que denote integridad en el obrar."[11]

De previo a analizar el deber de probidad y sus alcances, tal y como está concebido en el ordenamiento jurídico costarricense, resulta oportuno hacer un recorrido por diferentes cuerpos normativos para evidenciar que, previo a su regulación en una Ley especial, sus bases ya estaban dadas y recogidas por varias leyes, por la misma Constitución Política y por instrumentos internacionales que Costa Rica ha ratificado, todas con un denominador común, sea el deber de ajustar la actuación administrativa, en la persona del funcionario público, a ciertos postulados.

De forma similar sucede en el ordenamiento jurídico chileno. Al respecto, Reyes Riveros, en referencia a la consagración en el derecho positivo, en general, del Principio de Probidad, indica "(...) hay diversas concreciones del principio de probidad en numerosas disposiciones de carácter constitucional y de carácter legal que determinan, por cierto, obligaciones, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades de los agentes públicos que, de infringirse, da lugar asimismo a responsabilidad por parte de ellos"[12]

Ya desde la perspectiva costarricense, en palabras de Juan Carlos Brenes Retana "La promulgación de la Constitución Política en el año de 1940, marca el inicio de una nueva etapa en las regulaciones del empleo del sector público, en virtud de los contenidos de los artículos 190 y 191 del texto constitucional, que delegan en un Estatuto del Servicio Civil la regulaciones de las relaciones entre el Estado y los Servidores Públicos y crean requisitos especiales para el nombramiento y remoción de los mismos"[13]

El autor Dr. Juan José Rastrollo se refiere al fundamento constitucional de la relación estatutaria en Costa Rica, indicando:

> "La profesionalización de la función pública no ha sido ajena, desde sus inicios, al constitucionalismo costarricense. Se ha ligado desde la primera mitad del siglo XIX a la exigencia de responsabilidad. Durante los cerca de dos siglos de construcción institucional de la República, la configuración de una función pública profesional e independiente ha sido una constante en las Normas Fundamentales del país (...)" [14]

En el plano legal, la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, resalta en el artículo 4 la importancia de los principios fundamentales del servicio público y la necesidad de que la actividad de los entes públicos se sujete a ellos, y de una forma más concreta el artículo 113 de dicha Ley, recalca la obligación de todo funcionario público de desempeñar sus funciones de modo que satisfagan el interés público, lo cual guarda estrecha relación con el principio de probidad tal cual está regulado en la normativa especial, como se verá más adelante. Lo anterior, considerando que el principio de probidad es inherente a la función y servicio público.

Siempre dentro de las regulaciones de la Ley General de la Administración Pública, el artículo 213 refiere al grado de culpa o negligencia del servidor público, y a la necesidad de considerar en este análisis la naturaleza y la jerarquía de las funciones desempeñadas, otorgando importancia al grado mayor de jerarquía en la determinación de mayor responsabilidad.

Por otro lado, el Código de Trabajo, en su artículo 81 alude a una serie de causales taxativas que conllevan a la terminación del contrato de trabajo sin responsabilidad para el patrono, y de su lectura se observa que sus enunciados guardan estrecha relación con un comportamiento no ético, o inmoral del trabajador; a manera de ejemplo, se citan como causales de despido

11 Pinto X. (2015). Ética y Contratación Pública. Revista Cuadernos Críticos de Derecho. (2). Página 95

12 Reyes R. (1995) Probidad y Corrupción. Revista de Derecho. Chile. VI. Página 2.

13 Brenes R.. (2012). La relación estatutaria como límite al ejercicio del derecho de negociación colectiva. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (9). Página 2.

14 Rastrollo S. (2016). Notas de la función pública costarricense: aporte para su fortalecimiento y mejora. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. VII. Página 70

el hecho de que el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono, entre otros.

Importante citar en este apartado que desde la concepción de la relación estatutaria en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley N° 1581, el Estatuto del Servicio Civil ya instaura como necesaria para ingresar al Servicio Civil la aptitud moral para el desempeño del cargo y despliega una serie de normas que refieren a la fase de ingreso en el Régimen para garantizar la idoneidad.

Además, se establecen deberes que el funcionario está obligado a observar y que guardan relación con buen actuar en su gestión: el deber de guardar discreción sobre asuntos relacionados con su trabajo, cuando así se requieran por la naturaleza de la información; rehusar dádivas, obsequios o recompensas como retribución a su gestión; observar dignidad en el desempeño de sus cargos y en su vida social, entre otros.

Más recientemente, en el año 2002, cobra relevancia el tema de control interno, que sin duda llega a dotar a la Administración de una herramienta para favorecer la gestión y la rendición de cuentas. En este año entra a regir la Ley de Control Interno, Ley N° 8292.

La bondad de esta Ley, respecto al análisis del deber de probidad, radica en su carácter preventivo frente al fenómeno de la corrupción, pues se establecen una serie de regulaciones y acciones diseñadas para cumplir con la protección y conservación del patrimonio público contra usos indebidos, la confiabilidad y oportunidad de la información con la eficiencia de las gestión y el cumplimiento del ordenamiento jurídico y técnico. Incluso, esta Ley otorga de manera expresa un rol importante a los jerarcas y titulares subordinados, en cuando a su obligación de mantener y demostrar la integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes, conforme lo indica el artículo 13.

Son varios los componentes del sistema de control interno. En este sentido, Jennifer Arroyo Chacón, refiere al componente denominado "ambiente de control", señalando que "es en éste donde se plasman los principios éticos y morales del funcionario público en su esfera personal y de la organización a nivel institucional. El ambiente de control hace referencia a la creación dentro de la institución de una verdadera atmósfera en que se respire un aire limpio, es decir, un ambiente en que la integridad, la probidad, la honestidad, la eficiencia, la eficacia y en general la ética pública sean observados escrupulosamente (...)"[15]

Finalmente, es importante citar que la Contraloría General de la República, en uso de su competencia para normar el cumplimiento de los funcionarios públicos cuando esté de por medio el uso y manejo correcto de la hacienda pública, emitió en el año 2004 la resolución "Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jerarcas, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, auditorías internas y servidores públicos en general", en la cual se establece un enunciado de los principios que deben guiar la conducta de los funcionarios públicos; entre ellos, eficiencia, austeridad, transparencia, lealtad, probidad, responsabilidad. Y claro está, que al dictar la definición de probidad, el ente Contralor se sustenta en la definición otorgada por la Ley N° 8422 en su artículo 3, la cual se analizará con detalle más adelante.

Un denominador común de los cuerpos normativos antes citados es que se aplican de una manera generalizada al servidor público; sin embargo, es importante indicar que el deber de probidad tiene un alcance mucho mayor, porque incluso ingresa en las esferas de las Leyes especiales que regulan ciertas ramas del Derecho, incorporando obligaciones puntuales para los funcionarios públicos acerca de cómo deben conducirse. Esta definición de la actuación del servidor público aparece dada en relación directa con el objeto general de la normativa especial de que se trate y con la finalidad de resguardar su cumplimiento.

Así, para ejemplificar lo indicado, desde la rama del Derecho Aduanero, la Ley N° 7557, Ley General de Aduanas establece y define las líneas de actuación que se esperan del funcionario aduanero, las cuales están relacionadas con el deber de conocer y aplicar

15 Jennifer Arroyo Chacón. (2010). Ética Pública y Control Interno. Revista digital de expertos en Gestión Pública. (7). Página 13.

la decisiones relacionadas con la operativa aduanera y la responsabilidad que asumen ante el Fisco, los funcionarios públicos, por las sumas que se dejen de percibir como consecuencia de acciones u omisiones a título de dolo o culpa grave.

La norma es muy clara al identificar conductas reprochables relacionadas con la obtención de obsequios o mercancías que estén bajo control aduanero, actos que la norma califica de faltas graves y que por ende conllevan al eventual despido sin responsabilidad penal. Del análisis de estas normas especiales no se observa una mención expresa al deber de probidad, sin embargo, en su contenido llevan implícito el deber de conducirse de forma íntegra.

En una forma mucho más explícita en relación con el deber de probidad, el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N°4755, establece en el artículo 93 bis, la falta a este deber cuando el funcionario incurra en determinadas conductas, relacionadas con el acceso desautorizado a la información, el manejo indebido de estos sistemas, la facilitación del código y la clave de acceso para que otra personas los use, y el que permita que su clase y código de acceso para ingresar a los sistemas de información sea utilizados por otra persona. Estas conductas están tipificadas en la norma tributaria como delitos, pero el numeral 93 bis, de referencia, establece que también serán consideradas como faltas graves y serán sancionadas con el despido sin responsabilidad patronal.

De lo descrito a este punto se puede indicar que el deber de probidad impregna en el funcionario público una doble connotación; por un lado su deber de observar las normas vigentes, en plena observancia al principio de legalidad, y otra de carácter moral, y es justamente desempeñarse de forma correcta.

3. El deber de probidad de acuerdo con la Ley N° 8422, alcances de la norma y problemas en su aplicación

Una correcta estructura jurídica de una norma sancionatoria puede constituir un elemento decisivo en la eficacia de la aplicación de la misma; así como también lo es el hecho de que, en el ejercicio de su aplicación, se efectúe un ejercicio de hermenéutica jurídica que permita posteriormente efectuar una correcta aplicación de la norma.

Al respecto de la hermenéutica jurídica se ha indicado que "la interpretación se descompone en cuatro elementos cuya interpretación ha de ser consecutiva, a saber: el gramatical (la letra de la ley), el lógico (descomposición del pensamiento o de las leyes lógicas que lo integran), el histórico (el estado de derecho existente cuando la ley se produjo y los cambios sociales que introdujo, y el sistemático (el lazo íntimo que une las normas jurídicas en su unidad). [16]

En este mismo orden de ideas, Gastón Astorquiza indica:

> "Pero no basta con dictar buenas leyes. Las bondades de una determinada legislación – por ejemplo, la que impone deberes y prohibiciones en el ámbito de la probidad administrativa – solo tienen la posibilidad de ponerse efectiva y concretamente de manifiesto a través de una interpretación adecuada, la cual debe asegurar que el significado, el espíritu y la orientación teleológica de los preceptos legales no se desvirtúe en el momento de su aplicación.[17]

De manera que no sería posible una correcta interpretación -y consecuentemente una correcta aplicación- si no se cuenta con normas claras, precisas y estructuralmente establecidas.

En consideración de lo anterior, se procede en las líneas siguientes a analizar los elementos fundamentales del deber de probidad, tal cual está regulado en el ordenamiento jurídico costarricense.

16 Posada Garces Juan Pablo. 2010. Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica. Revista Nuevo Derecho .Vol. 5. Nº 6 página 61.
17 Astorquiza A. (2006). Legislación, control y cultura de probidad. Revista española de Control Externo. Vol 8. (22) Página 58.

3.1 Alcances del deber de probidad desde su regulación en la Ley N° 8422

Es a través de la Ley N° 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, en el artículo 3, que se definió en Costa Rica el "deber de probidad" de una forma expresa.

La redacción y planteamiento de la norma obedece a la forma de *un principio rector de la actuación del funcionario público,* en tanto tiene como premisa la obligación de éste de orientar su gestión a la satisfacción del interés público; y seguidamente detalla la norma en estudio las manifestaciones de este deber, el cual se desarrolla en cuatro manifestaciones fundamentales que lesionan el bien jurídico: 1. La identificación y atención de las necesidades colectivas de forma planificada y eficiente; 2. La rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades conferidas por la Ley; 3. La toma de decisiones ajustadas a la imparcialidad y objetivos institucionales; y 4. La administración de los recursos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia y rendición de cuentas.

Con más detalle, el Reglamento a dicha Ley, Decreto Ejecutivo N°32333, dispone en el artículo 1, que el deber de probidad constituye la obligación de todo funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, estableciendo una lista taxativa de las acciones que conllevan a ello.

Como un comentario preliminar, y ante un análisis general de la forma en que está estructurado el artículo 3 de la Ley de cita y en atención a lo dispuesto por el Reglamento, se puede tener como premisa que estamos ante una norma cuya acción objetiva resulta bastante amplia, en el sentido de que muchas conductas desplegadas por el funcionario público podrían, en tesis de principio, hacerlo incurrir en una violación al deber de probidad.

Y ello es así porque al definirse que la actuación del funcionario debe orientarse a la satisfacción del interés público, como presupuesto del artículo 3 en análisis, resulta evidente que las manifestaciones del deber de probidad lo constituyen una gama amplísima de conductas, por no decir que todas a las que está llamado a observar el funcionario, generando con ello una concepción general del deber de probidad tal cual está establecido en la normativa señalada. [18]

En este sentido, debe acotarse que el término de probidad concebido en la Ley de cita, parte de un alto perfil de funcionario público llamado a observar en el ejercicio de la gestión pública un actuar irreprochable, pues faltar a ese deber, el cual abarca toda la esfera de su actuación, tiene, según una lectura rápida de los artículos 3 y 4, la consecuencia jurídica del despido sin responsabilidad patronal.

Ahora bien, pareciera razonable que el despido sin responsabilidad patronal debería estar concebido y limitado para recaer en conductas que necesariamente sean corruptas, en un sentido restrictivo y no general, y por ende excluir de esa sanción, que evidentemente es la más gravosa que concibe el régimen disciplinario para el servidor público, las conductas reprochables del servidor pero que no tengan como elemento volitivo ese ánimo de corrupción o que sean de una alta gravedad.

Estas otras conductas, ameritarían un tratamiento diferenciado en un ejercicio de valoración que debería estar previsto en la propia norma, lo cual no significa que no sean reprochables, sino que las mismas deban ser sancionadas pero con una consecuencia distinta a la del despido del servidor sin responsabilidad patronal.

Con el anterior análisis no estamos omitiendo la existencia del artículo 41 de la Ley N°8422, en el que se establecen "criterios por considerar" para aplicar las sanciones; entre ellos la efectiva lesión a los intereses económicos de la Administración Pública, la cuantía de los daños, el éxito obtenido en el logro de los resultados no deseados por el ordenamiento jurídico, el impacto negativo en el servicio público, y entre otros, la reincidencia en alguna de las faltas tipificadas en el

18 Al respecto y relacionado con el tema de la ejemplaridad pública, se ha indicado: "Así, cada uno de los sectores del funcionariado tiene su particular deontología contenida en su norma estatutaria, unas veces codificada explícitamente en un capítulo dedicado a los deberes profesionales de ese sector, otras inferible a contrario del capítulo de infracciones graves o muy graves. De una u otra fuente se deduce que del funcionario se espera no solo que observe estrictamente la ley positiva sino también que practique valores (...) Javier G. Ejemplaridad Pública. (2005). Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Contraloría General de la República. Vol. 4. San José, Costa Rica. Página 57.

artículo; sino que el análisis radica en que la definición del artículo 3 sobre el deber de probidad y la inmediata sanción señalada en el artículo 4, por falta al deber de probidad, puede estar generando un error en el control administrativo del deber de probidad, al pretender la Administración disciplinar muchas conductas como una falta al deber de probidad, sin efectuar un análisis integral de la normativa de la Ley N°8422, que a modo de comentario, valga señalar que estructuralmente integra materia sancionatoria con material penal, en diferentes apartados de la misma.

En relación con este tema, en un análisis de la falta al deber de probidad en el régimen jurídico costarricense se ha indicado: "De la lectura de ambos numerales se extrae que dicho texto fue redactado en términos abiertos, pues no delimita claramente una actuación que podría acarrear responsabilidad disciplinaria, sino que versa sobre la violación de los principios de rectitud, buena fe, objetividad e imparcialidad, los cuales si bien son sumamente importantes en la función pública, pueden interpretarse de muy distintas maneras." [19]

Incluso, esta amplitud ha sido cuestionada en algún momento a nivel constitucional, sin embargo la Sala Constitucional, analizando la norma indicó al respecto: "el concepto de probidad establecido en la norma, si bien es amplio, responde a principios ya establecidos para la función pública, sea, a través de la imposición de una pauta de comportamiento, la rectitud en el desempeño de las funciones públicas atribuidas." [20]

En este mismo tema, al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados en el régimen disciplinario, la Sala Constitucional en resolución del año 2001 indicó lo siguiente: "(...) los tipos enunciados en términos aparentemente deontológicos deben convertirse en tipos jurídicos perfectamente tecnificados, en el sentido de formular conceptos determinables, por lo que los conceptos jurídicos indeterminados de conductas habrán de ser concretados o completados a través del análisis pormenorizado de los hechos y de una interpretación de los mismos desde los valores que en dichos conceptos se define"[21], concluyendo además la Sala Constitucional sobre la importancia y la necesidad que reviste la existencia de tipos más o menos imprecisos, cuya utilización es necesaria en la esfera disciplinaria dada la indeterminación misma de los deberes profesionales.

Del análisis efectuado hasta este punto, pareciera que lo que debería acarrear el despido sin responsabilidad patronal, tal cual está previsto en el artículo 4 de la Ley Nº 8422 es una falta seria o gravosa al deber de probidad y no cualquier inobservancia a este principio.

Veamos otro aspecto que podría generar dudas o problemas de interpretación en la aplicación de la normativa relacionada con el deber de probidad.

El Capítulo IV de la Ley N°8422, correspondiente a "Responsabilidad Administrativa y Civil" define en el artículo 38 determinadas conductas que, desplegadas por el servidor público, acarrean responsabilidad administrativa, y en este caso, para estas conductas en particular se prevé en el artículo 39, según la gravedad de las faltas, una amonestación escrita publicada en el Diario Oficial La Gaceta, la suspensión sin goce de salario de treinta días, o la separación del cargo sin responsabilidad patronal. Sin embargo, de una lectura rápida de estas conductas se puede observar que las mismas también constituyen faltas al deber de probidad en los términos que está definido en el artículo 3, tantas veces citado. A manera de ejemplo, este artículo 38 cita el favorecimiento por terceras personas que sean potenciales oferentes, contratistas o usuarios de la entidad donde presta servicios, o incurra en falta de veracidad, omisión o simulación en sus declaraciones de situación patrimonial.

De manera que el operador del derecho se enfrenta a la existencia de una norma que conceptualiza el deber de probidad desde una óptica muy general (artículo 3) y otra disposición (artículo 38) que enumera conductas reprochables, pero que por definición de la ley podrían ser faltas al deber de probidad, con la diferencia que para el primer caso la consecuencia es la mayor de las sanciones prevista para el servidor público, sea su

19 Jennifer Isabel A. (2011). El deber de probidad como instrumento en la lucha contra la corrupción. Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública. (9). Páginas 21 y 22.

20 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 18564-2008 de las 14:45 horas del 17 de diciembre de 2008.

21 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución Nº 2001-09685 de las 11:34 horas del 26 de setiembre de 2001.

separación del cargo sin responsabilidad patronal, en tanto en el artículo 39 de la citada Ley se establece como consecuencia jurídica al desplegar dichas conductas, una escala de sanciones y no necesariamente el despido.

En este orden de ideas, se plantea la interrogante de qué sucede con las faltas al deber de probidad que no están previstas en la lista del artículo 38 de la Ley en análisis.

En ese sentido pareciera que la existencia de la definición del artículo 3 de la Ley N°8422 y su relación inmediata con la sanción prevista en el artículo 4 de la misma, podría generar una práctica errónea de la potestad sancionadora de la Administración al propiciar procedimientos administrativos disciplinarios, cuya premisa es la falta al deber de probidad en un sentido amplio.

Lo dicho anteriormente, son consideraciones que bien podrían plantearse el operador del derecho y que surgen cuando estamos ante conceptos jurídicamente indeterminados como en efecto lo es el deber de probidad, aspecto que puede hacerse más latente, considerando que la estructura legal planteada permite espacios importantes para la interpretación.

En razón de lo expuesto hasta esta línea, pareciera imperante la necesidad de que aún y las bondades que representa la incorporación de esta normativa en nuestro ordenamiento jurídico, debería plantearse una revisión de la estructura de la Ley y en especial del artículo 3 citado.

Es importante acotar en este punto que también en este proceso de interpretación de la norma adquiere un rol fundamental los criterios que se materializan en los procesos judiciales, a través de los cuales también es posible aclarar aspectos de la aplicación de la norma.

A tales efectos resulta obligatorio citar la resolución Nº 075-2018-VI de las 14:05 horas del 22 de junio del 2018 del Tribunal Contencioso Administrativo, siendo que en ella se plasman aspectos conceptuales que deben regir la aplicación de la Ley Nº. 8422.

En la resolución citada se establece una relación directa entre el deber de probidad y la corrupción en el ejercicio de la función pública, en el sentido siguiente: "(...) Si bien el deber de probidad impone un marco de comportamiento acorde a los deberes funcionariales, así como a las reglas que modulan las conductas del agente público, esa regulación se orienta a prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública, según se desprende del ordinal 1 de la citada Ley No. 8422, de manera que la comprensión del concepto de probidad, ha de realizarse precisamente en el contexto de esa finalidad legal, sea, cuando la falta del servido suponga un aspecto vinculante (directamente) a la corrupción, el enriquecimiento ilegítimo y la inadecuada gestión de fondos públicos o la hacienda pública. De otro modo, si se entendiera infringido el deber de probidad por cualquier acción u omisión del agente público que suponga un incumplimiento a las reglas deontológicas de comportamiento, que le son propias o inherentes a su ejercicio competencial, y en general a su investidura (...) sin realizar ese juicio de asociación a los fines de la citada ley, toda falta funcionarial cabría dentro del ámbito de lesión al deber de probidad."[22]

Siempre sobre el análisis de esta resolución, la cual se aclara a la fecha no ha adquirido firmeza, el Tribunal indica que para una razonable y proporcional aplicación del artículo 4 de la Ley 8422, que prevé la separación del cargo público ante una infracción al deber de probidad sin responsabilidad patronal, requiere que los parámetros sean valorados en cada caso concreto, para lo cual el artículo 38 de la Ley en mención establece las causales responsabilidad administrativa, que luego encuentran sus respectivas sanciones en el artículo 39 de la misma Ley.

Es así como esta resolución, aborda temas puntuales que permiten aclarar la aplicación de una Ley que, como se ha indicado, por su estructura y amplitud conceptual podría dificultar la eficiencia en su aplicación.

22 Tribunal Contencioso Administrativo. Sección Sexta, Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica. Resolución Nº 075-2018-VI de las 14:05 horas del 22 de junio de 2018.

3.2 El control de la actuación administrativa en la aplicación a faltas del deber de probidad y posibles deficiencias

Las anteriores apreciaciones referentes a la estructura del artículo 3 de la Ley N°8422 y a la consecuencia jurídica prevista por inobservancia al deber de probidad nos lleva a otra cuestión de mayor relevancia por el impacto que pueda tener en nuestro régimen de derecho, y es determinar si en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, la normativa analizada resulta eficiente en su aplicación y si esa generalidad o amplitud de la que hablamos líneas atrás puede incidir en el resultado de los procedimientos administrativos y por ende en la buena administración. [23]

Conceptualmente, sobre la potestad sancionadora, en ejercicio de la cual se aplica las sanciones al deber de probidad, la profesora Zulima Sánchez ha indicado: "Por tanto la potestad sancionadora es una forma de actividad de la administración que implica un ejercicio de autoridad. Y ello supone que el ejercicio de esta potestad corresponde forma exclusiva a órganos administrativos. Por tanto no se podrá ejercer por entidades de Derecho privado, mandatarios o agentes auxiliares externos a la Administración habida cuenta de que se trata de una actividad que implica ejercicio de autoridad"[24]

En el presente análisis debe señalarse que el ejercicio de esta competencia sancionadora en el marco de las responsabilidades administrativas previstas en la Ley N°8422, recae en el órgano que ostenta la potestad disciplinaria en cada entidad pública, según lo dispone el propio artículo 40 de citada Ley.

Así, ante presuntas faltas al deber de probidad, podrían generarse varios escenarios en los que deviene necesaria la actuación de la Administración, desde su potestad sancionadora:

a. Cuando la Procuraduría de la Ética, en lo que respecta al ámbito administrativo de sus competencias, realiza una investigación preliminar sobre los hechos que se hicieron de su conocimiento, y como resultado de éste, procede a efectuar un informe recomendativo a la Administración a efectos de que ésta determine la existencia o no de responsabilidades. [25]

En relación con el rol de la Procuraduría es importante hacer referencia a lo indicado en el Informe Nº AEP-INF-07-2012 en el que la Procuraduría de la Ética, se refiere en el siguiente sentido: "La Procuraduría de la Ética Pública no solo debe realizar las acciones administrativas necesarias, tendientes a ejercer una lucha contra la corrupción, sino que además debe ejecutar todas aquellas acciones dirigidas a incrementar la ética y la transparencia en el ejercicio de la función pública. Para cumplir con esta obligación se prevé la posibilidad de valorar la conducta de todo servidor público al que se denuncie, a fin de verificar si se han cometido actos de corrupción o si se han incumplido los principios éticos que lo obligan abstenerse de realizar conductas que puedan perjudicar el interés público"[26]

b. Cuando la propia Administración conocedora de alguna presunta irregularidad en razón de denuncia, o porque es un hecho que ha trascendido y llegado a conocimiento de la Administración, gestiona la investigación de los hechos de interés y de corresponder, instaura el procedimiento administrativo correspondiente.

23 Sobre el concepto de buena administración, Esteban Villalobos ha indicado: "Para algunos doctrinarios, dicho concepto podría aproximarse al concepto de "governace" o buen gobierno, aunque otros diferencian ambos conceptos. La noción de "buen gobierno" la circunscriben a las responsabilidades de quienes al más alto nivel dirigen una entidad pública (jerarca y alta dirección) y reservan el término "buena administración" a la labor confiada a los responsables de estructura gerencial y operativa de una organización pública (mandos medios y demás personal). Esteban V. (2017). Responsabilidades derivadas de la vulneración del principio de buena administración. Revista de la Hacienda Pública. Contraloría General de la República. Vol. VIII. Página 21.

24 Zulima S. (2016). La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de derecho. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol 6. Página 96.

25 Sobre la competencia de la Procuraduría de la Ética, es importante señalar que desde el ámbito administrativo de sus competencias constituye una instancia especializada para la recepción de denuncias, correspondiéndole la investigación preliminar, quedando la decisión final sobre la procedencia de la sanción a la Administración, tal y como se establece en el artículo 40 de la Ley 8422, de Roberto Rodríguez Araica e Iván Quesada Rodríguez. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Contraloría General de la República. Vol. 1. (2013). San José Costa Rica. Al respecto se pueden consultar los votos 2008-18564 de las 14:44 horas del 17 de diciembre de 2008, Voto Nº 11176-2011 de las 12:38 horas del 19 de agosto del 2011 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

26 Informe Nº AEP-INF-07-2012 de las quince horas del veintiséis de junio de dos mil doce. Procuraduría de la Ética Pública.

Ahora, bien, acudiendo a la forma en que están organizadas las competencias, en lo concerniente a la potestad administrativa sancionadora de los Ministerios y tratándose de una posible falta que amerite el despido, en razón de un serio ejercicio previo de valoración de los hechos y las normas que rigen el asunto, se procedería de la siguiente forma:

c. El máximo jerarca emite un informe que hace del conocimiento de la Dirección General de Servicio Civil en el que se plasma su decisión de proceder con el despido del servidor.

d. Una vez efectuada esta solicitud a la Dirección de Servicio Civil, instancia que instruye el procedimiento, ésta procede a efectuar el traslado de cargos al funcionario, en cuyo acto se otorga acceso al expediente administrativo, se otorga plazo de 10 días hábiles para que se apersone y ofrezca la prueba de descargo entre otros aspectos propios derivados del principio de debido proceso. Posteriormente se realiza la audiencia prevista.

e. Finalmente el Tribunal de Servicio Civil decide sobre la procedencia o no del despido. Acto que es recurrible ante el Tribunal Administrativo del Servicio Civil.[27]

Es en este punto que deviene en importante el hecho de que el análisis jurídico efectuado de las conductas presuntamente irregulares y su relación con las normas sean tan claro que todo este ejercicio procedimental, que implica un despliegue de recursos de la Administración, en sus diversas instancias, no sea infructuoso, entendiendo con ello que, sólo un aspecto de valoración de la prueba sea la que conlleve la improcedencia de la sanción, pero no errores en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Es así como resulta inadmisible, el hecho de determinados errores en la consecución de los procedimientos, a manera de ejemplo, instaurar un procedimiento administrativo por presunta falta al deber de probidad sin señalar puntualmente cuáles son los hechos a imputar dentro del procedimiento administrativo, lo anterior, a sabiendas de la obligación y garantía para la parte de que exista una comunicación exacta de los hechos que dan origen al asunto.

Lo cierto de todo esto es que la potestad sancionadora de la Administración respecto de conductas que puedan constituir faltas al deber de probidad, permean muchas áreas, sino todas, del quehacer de la Administración Pública.

Recordemos que el principio de probidad, instituido en el artículo 3 de la Ley N°8422 de repetida cita, tiene como finalidad prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública y establece de forma clara que el funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público.

Dada su definición este principio alcanza la gestión que se desarrolla en estrecha relación con las disposiciones de diversos cuerpos normativos, una de ellas la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley Nº 8131, cuyo ámbito de aplicación, abarca el régimen económico-financiero de los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos, dado que la finalidad de dicho sistema es propiciar que la obtención y aplicación de los recursos públicos se realicen según los principios de economía, eficiencia y eficacia; desarrollar sistemas que faciliten información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del sector público nacional, como apoyo a los procesos de toma de decisiones y evaluación de la gestión y definir el marco de responsabilidad de los participantes en los sistemas aquí regulados. Es claro que los resultados negativos a tales funciones conllevan a responsabilidad de los funcionarios activos en la gestión del Sistema Financiero. Siendo en este tema, de especial relevancia el rol de la Contraloría General de la República.

Al respecto de la competencia sancionatoria de la Contraloría General de la República, la misma deriva del numeral 184 de la Constitución Política, al otorgar al legislador la competencia que luego se plasma en otras normas de rango legal.[28]

27 El Tribunal Administrativo de Servicio Civil de Costa Rica fue creado mediante Ley Nº 8777 del 7 de octubre de 2019. Ley de Creación de los Tribunales Administrativos del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional y del Servicio Civil.

28 Para mayor abundamiento sobre la competencia sancionatoria de la

Una inadecuada gestión presupuestaria, por ejemplo, debe ser objeto de revisión, en el tanto la misma Ley N°8131, establece con claridad los principios[29] que deben atenderse para lograr un presupuesto eficiente al alcance de los fines públicos, teniéndose el artículo 5 de dicha ley.

Ante una desaplicación comprobada de cualquiera de los principios de cita, se estaría ante una inadecuada gestión presupuestaria y por tanto ante una actuación objeto de revisión.

La misma Ley N° 8131, señala en su título X, un Régimen de Responsabilidad Especial, señalando en su artículo 107 que los actos y contratos administrativos dictados en materia de administración financiera, deberán conformarse sustancialmente con el ordenamiento jurídico, según la escala jerárquica de sus fuentes. Se presume la legalidad de los actos y las operaciones de órganos y entes públicos sujetos a la presente Ley, pero se admitirá prueba en contrario.

Esta ley de forma muy clara establece en el artículo 108 los criterios de valoración de anomalías y señala que todo servidor público responderá, administrativa y civilmente, por el desempeño de sus funciones, deberes y atribuciones asignados al cargo, cuando en su conducta medie dolo, culpa o negligencia, sin perjuicio de las responsabilidades penales. Para tal valoración, se tomarán en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes: El impacto negativo en el servicio público que brinde la entidad o en el logro de los resultados concretos conforme a la planificación institucional; el rango y las funciones del servidor. Se entenderá que a mayor jerarquía y complejidad de las tareas, mayor será el deber de apreciar la legalidad y conveniencia de los actos que se dictan o ejecutan. La cuantía de los daños y perjuicios irrogados. La existencia de canales apropiados de información gerencial y la posibilidad de asesorarse con profesionales especializados. La necesidad de satisfacer el interés público en circunstancias muy calificadas de urgencia apremiante. La reincidencia del presunto responsable. Si la decisión fue tomada en procura de un beneficio mayor y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de la operación y las circunstancias imperantes en el momento de decidir.

Claro está que todo lo anterior en pleno respeto del debido proceso de los hechos generadores dados en el artículo 110 de la misma norma, conforme la Ley General de la Administración Pública y demás aplicables a la entidad competente, asegurando a las partes, en todo caso, las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, dejando claridad que habrá responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos que ocupen la máxima jerarquía de uno de los Poderes del Estado o las demás entidades públicas; estipulando sanciones según la gravedad de los hechos: amonestación escrita, amonestación escrita publicada en La Gaceta, suspensión sin goce de salario o estipendio, correspondiente a un plazo de ocho a treinta días; destitución sin responsabilidad.

Esta referencia tiene como objetivo indicar que es común que las diferentes áreas del Derecho Administrativo estén diseñadas con cuerpos normativos que detallan una serie de obligaciones, facultades y también sanciones que generalmente responden al tecnicismo propio de cada materia.

Estos elementos no pueden ser obviados por la Administración o por los diferentes órganos que tienen la facultad de atender incumplimientos al deber de probidad, sino que deben ser integradas en el ejercicio del análisis de la valoración fáctica y normativa que se haga para cada caso en estudio, porque en muchos casos es lo que permitirá una correcta aplicación del régimen sancionatorio previsto por inobservancia al deber de probidad.

Todo ese engranaje técnico, que permea las áreas tributarias, aduaneras, financieras, y otras más, muchas veces complementa el cuadro fáctico que permite concluir que una conducta contraviene el régimen jurídico, (en concreto para el estudio presente, el deber de probidad).

Contraloría General de la República derivada de las distintas Leyes, (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, La Ley General de Control Interno, La Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos) se puede consultar el Estudio "La potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República"

29 Principio de universalidad e integridad, Principio de publicidad. Principio de gestión financiera. Principio de equilibrio presupuestario. Principio de anualidad. Principio de programación. Principio de especialidad cuantitativa y cualitativa.

De ahí la necesidad de revisar la Ley Nº 8422, la cual constituye la herramienta más clara dentro de nuestro ordenamiento jurídico contra el flagelo de la corrupción, y que hoy tiene más de una década de emitida; considerando que las estructuras sociales de corrupción cambian rápidamente y que la normativa debe adecuarse a estos cambios.

Como aspecto final a señalar, dentro de todo este análisis y los resultados que como país generemos en la lucha contra la corrupción, es el relacionado con la necesidad de establecer un sistema transparente de acceso a la información, que permea la Administración Pública, tema en el cual nos queda mucho por hacer, considerando que otros países más avanzados presentan aún rezagos importantes, tal es el caso de la Ley de Transparencia a la información pública y buen gobierno. [30]

4. Conclusiones

La presente investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

a. La ética pública permea todas las áreas del quehacer del servidor público, positivizando muchas de las obligaciones y comportamientos éticos en el ordenamiento jurídico costarricense.

b. Se ha observado un cambio en la gestión pública costarricense desde el punto de vista de lo que es o no aceptable para el funcionario público. Más allá de las sanciones previstas por la Ley N° 8422, esta Ley ha propiciado que principios o deberes que ya existían pero que no eran observados en razón de costumbres inapropiadas, sean ahora reprochables.

c. Dentro del régimen jurídico costarricense, concretamente en lo que respecta al planteamiento jurídico de la corrupción, observamos el indeterminado ámbito en que se diluye este término y el de probidad, lo cual puede estar restando concreción en la concepción de lo que es o no una conducta corrupta, y con ello se corre el peligro de diluir la importancia que reviste este tema.

d. A trece años de la promulgación de la Ley N°8422 resulta necesario efectuar una revisión y dimensionamiento de la misma, concretar la relación de la falta al deber de probidad con conductas claras que constituyen actos de corrupción para dejar en esta esfera, las conductas más reprochables a los funcionarios públicos.

e. Es urgente una revisión de la Ley General de la Administración Pública que también debe ser ajustada a las nuevas corrientes, considerando que es fuente normativa primaria en la gestión pública.

f. Es necesario fortalecer capacidades institucionales para prevenir actos de corrupción, diseñar alianzas estratégicas de acción transversal a toda la Administración y a otras instancias, que incluso permeen en la ética privada, dado el rol del sector privado en la estructura de corrupción.

g. En un nivel preventivo el uso de la información es una herramienta valiosa para generar transparencia y por ende erradicar la corrupción, por lo que deben sumarse esfuerzos para incentivar administraciones transparentes y para instaurar el derecho a la información como un derecho en todo su desarrollo que permita visualizar adecuadamente los datos.

h. Ante tantas normas disgregadas sobre deberes del funcionario, conviene pensar en la emisión de un Código de Ética Pública de aplicación general para todo servidor del órgano estatal.

30 "Así encontramos excepciones confesadas bajo la figura de "límites" en el art. 14 LTAIPBG, pero también en el art. 15 LTAIPBG, que contiene más límites, en este caso relacionados con la protección de datos personales. De una manera un tanto más disimulada seguimos encontrando más restricciones en las llamadas causas de inadmisión del art. 18 LTAIPBG que se acaban traduciendo en definitiva, en posibilidades de denegación del acceso" Miguel Ángel S. (2014). El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Revista Jurídica de Castilla y LeóNº Nº 33. Página 4.

5. Referencias bibliográficas

Aranda A. (2013). Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno. Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad.

Astorquiza G. (2006). Legislación, control y cultura de probidad. Revista Española de Control Externo. Volumen 8.

Brenes R. (2012). La relación estatutaria como límite al ejercicio del derecho de negociación colectiva. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Esteban V. (2017). Responsabilidades derivadas de la vulneración del principio de buena administración. Revista de la Hacienda Pública. Contraloría General de la República. Vol. VIII.

Javier G. (2005). Ejemplaridad Pública. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Contraloría General de la República. Vol. 4. San José, Costa Rica.

Jennifer Isabel A. (2011). El deber de probidad como instrumento en la lucha contra la corrupción. Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública.

Jennifer A. (2010). Ética Pública y Control Interno. Revista digital de expertos en Gestión Pública.

Juan Pablo P. (2010). Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica. Revista Nuevo Derecho. Vol. 5. Nº 6.

Miguel Ángel S. (2014). El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 33.
Orellana V. (2003-2004). Participación, Transparencia y Probidad. Revista Chilena de Administración Pública.

Peces –Barba (2009). Las bases éticas, políticas y jurídicas del orden mundial futuro. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Peces- Barba G. 1996-1997. Ética Pública, Ética privada. Anuario de filosofía del Derecho.

Pinto X. (2015). Ética y Contratación Pública. Cuadernos Críticos del Derecho. (N°2)

Rastrollo S. (2016). Notas sobre la función pública costarricense: aporte para su fortalecimiento y mejora. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. VII (7)

Reyes R. (1995) Probidad y Corrupción. Revista de Derecho. Chile. VI

Zulima S. (2016). La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de derecho. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol 6.

Normativa

Ley N°7557, Ley General de Aduanas del 20 de octubre de 1995, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 212 del 8 de noviembre de 1995.

Ley N°8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública del 6 de octubre de 2004, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 212 del 29 de octubre de 2004.

Ley N°8131, Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos del 18 setiembre de 2001, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 198 del 16 de octubre de 2001.

Decreto Ejecutivo N°32333, Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, del 12 de abril de 2005, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 82 del 29 de abril de 2005.

Jurisprudencia

Resolución Nº 18564-2008 de las 14:45 horas del 17 de diciembre de 2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

Resolución Nº 2001-09685 de las 11:34 horas del 26 de setiembre de 2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

Resolución Nº 11176-2011 de las 12:38 horas del 19 de agosto del 2011 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

Responsabilidad **patrimonial** subjetiva del funcionario público por daños

Ramón Gómez Figueroa[1]

Sumario:

1. Introducción.
2. Consideraciones sobre el daño. 2.1. El principio constitucional del daño. 2.2. Tipos de daño. 2.2.1. Daño patrimonial y daño moral. 2.2.2. Daño emergente y lucro cesante. 2.3. Características del daño. 2.4. Nexo de causalidad.
3. Consideraciones sobre responsabilidad patrimonial subjetiva del funcionario público por daños. 3.1. Responsabilidad patrimonial en general. 3.2. Responsabilidad patrimonial subjetiva del funcionario público. 3.3. De la distribución interna de responsabilidades. 3.4. Prescripción de la potestad cobratoria administrativa.
4. Procedimiento para el resarcimiento de la responsabilidad patrimonial subjetiva por daños. 4.1. Competencia de la Administración. 4.2. De la legitimación en general. 4.3. Legitimación activa de la Administración. 4.4. Títulos ejecutivos. 4.4.1. Concepto y características. 4.4.2. Requisitos previos a la presentación del título ejecutivo en sede judicial. 4.4.3. Trámite del proceso monitorio de cobro.
5. Conclusiones.
6. Referencias bibliográficas.

1 Licenciado en Derecho, Especialista en Derecho Notarial y Registral, Ingeniero Civil y Master of Business Administration (MBA). Tiene más de 27 años de laborar para la Contraloría General de la República de Costa Rica, en las Divisiones de Fiscalización Operativa y Evaluativa, de Contratación Administrativa y en la División Jurídica.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Daño patrimonial, daño moral, perjuicios, responsabilidad civil subjetiva, daño emergente, lucro cesante, nexo de causalidad, responsabilidad objetiva del Estado, responsabilidad solidaria, distribución interna de responsabilidades, competencia, legitimación.

Resumen: El artículo 41 de la Constitución Política, contiene el principio fundamental referido al daño, pues dispone su reparación y presenta el esquema de responsabilidad para toda persona que lo realice. En el mismo sentido, el numeral 1045 del Código Civil preceptúa un principio vital y aplicable al caso de la responsabilidad subjetiva, señalando que cualquier persona que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause un daño a otra, está obligado a repararlo junto con los perjuicios. Finalmente, también los ordinales 199 y 210 en sus incisos 1° de la Ley General de la Administración Pública, establecen la responsabilidad subjetiva del funcionario público, ya que éste responde personalmente, frente a terceros o ante la propia Administración, cuando haya actuado con dolo o culpa grave.

Por lo cual el presente estudio está enfocado sobre la responsabilidad subjetiva del funcionario público por daños que produjera a la Administración Pública, su determinación efectiva, valoración y recuperación, incluyendo el concepto, los tipos, características y la relación de causalidad entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa que lo produjo.

Dicha responsabilidad patrimonial subjetiva se analiza a la luz de la normativa vigente en Costa Rica, de la jurisprudencia y de la doctrina interna y externa, referida también a la distribución interna de responsabilidades y a la prescripción de la responsabilidad, integrando los parámetros jurídicos dichos en el párrafo anterior.

Por último, se menciona el tema de la competencia y la legitimación activa de la Administración en cuanto al esquema general de la responsabilidad que se deriva del análisis para el cobro de los daños y perjuicios que le fueren irrogados por sus funcionarios, y los títulos ejecutivos como instrumentos asociados con la recuperación efectiva de los daños que se le ocasionen. Todo con el objeto que se adquiera un mayor conocimiento sobre la recuperación de los montos por daños y sea más ágil y oportuno su recuperación.

1. Introducción

El crecimiento de las instituciones públicas, su complejidad, diversidad y las grandes inversiones y proyectos que ejecutan, nos obligan a asumir nuevos retos y enfoques para resolver los problemas que plantea el efectivo y eficiente resguardo de los fondos públicos, lo cual también se refleja en el pago y cobro de daños producto de sus propios funcionarios, así como la agilidad y oportunidad de los procedimientos internos y externos para realizar la recuperación de los referidos montos.

La vigilancia que ejerce la Contraloría General de la República desde su posición de órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública, abarca diversos ámbitos entre los que destaca, al igual que la Administración Pública, para efectos del presente análisis la responsabilidad por daños.

En razón de lo anterior, se realizó una investigación relacionada con la responsabilidad por daños, su determinación efectiva, valoración y recuperación. Asimismo, describir los procedimientos para determinar la responsabilidad por daños en sede administrativa y/o judicial, con base, para la primera, en el procedimiento ordinario que lleva a cabo tanto la Administración activa como la propia Contraloría y para la segunda con el proceso monitorio de cobro.

También, fue necesario buscar y describir las formas de ejecución actuales en la recuperación del daño con la participación tanto de la Administración activa como de la CGR (títulos ejecutivos, demandas en procesos judiciales) y los mecanismos para hacer efectivos los títulos ejecutivos.

La presente investigación se enfoca en el análisis del bloque de legalidad vigente y aplicable, para la persecución de daños, su ejecución, su restitución, así como la responsabilidad en esta materia de los

servidores del Estado, incluyendo, en algunos casos, a los miembros de cargos relevantes en la Administración Pública.

2. Consideraciones sobre el daño

2.1 El principio constitucional sobre el daño

El artículo 41 de la Constitución Política, contiene el principio fundamental referido a esta materia, pues dispone la reparación de todo daño, adicionalmente presenta el esquema de responsabilidad para toda persona que lo realice.

En el mismo sentido, el numeral 1045 del Código Civil preceptúa un principio vital y aplicable al caso de la responsabilidad subjetiva, señalando que cualquier persona que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause un daño a otra, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

De conformidad con lo anterior, los ordinales 199 y 210 en sus incisos 1° de la Ley General de la Administración Pública -en adelante LGAP-, establecen la responsabilidad subjetiva del funcionario público, ya que éste responde personalmente, frente a terceros o ante la propia Administración, cuando haya actuado con dolo o culpa grave.

Por esta parte, el autor costarricense Víctor Pérez Vargas, compara el concepto de daño con detrimento patrimonial, lo cual implica la pérdida sufrida, la destrucción de un bien patrimonial, con la consiguiente pérdida de ganancias o de lucro, o la necesidad sobrevenida de realizar ciertos gastos, con respecto a un daño "no patrimonial", conocido como daño moral y que tiene relación con el dinero por el dolor, como lo llaman los alemanes y que persigue al menos una forma de compensación por el sufrimiento o la humillación padecida[2].

Por otro lado, el tratadista argentino Eduardo A. Zannoni[3], aborda el tema del daño desde una perspectiva objetiva definiéndolo como el menoscabo debido a un evento determinado, que sufre la persona tanto en sus bienes vitales naturales, como en su propiedad o en su patrimonio.

De igual forma la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sobre el principio de esta materia, ha indicado[4] que el referido numeral 41, establece el principio rector de la responsabilidad extracontractual, señalando que toda persona, ya sea física o jurídica, pública o privada, recibirá la debida reparación del daño, buscándose la restitución de las cosas a su estado natural u original antes del daño, con el fin de que su patrimonio retorne a la situación anterior a la producción de éste.

También ha indicado la referida Sala Primera[5], que el deber de resarcir se presenta únicamente si ha acaecido un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante, susceptible de ser amparado por el ordenamiento jurídico. Que el daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del que era objetivamente esperable su conservación de no haber ocurrido el hecho dañoso. Por lo cual infiere que no existe responsabilidad civil si no media daño, así como no hay daño si no existe damnificado; y en este sentido, únicamente es daño indemnizable el que llega a probarse (realidad o existencia). Que también se utilizan sin diferenciar las expresiones "daños" y "perjuicios", pero es necesario hacerlo; pues el primero constituye la pérdida irrogada al damnificado (daño emergente), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesante), la que era esperable si no hubiera ocurrido el hecho ilícito.

Si bien, en principio se trata de que la restitución sea al estado en que las cosas se encontraban antes de que

2 PÉREZ VARGAS, Víctor, Derecho Privado, Litografía e Imprenta LIL, segunda edición, San José, Costa Rica, 1991, páginas 419 y 423.

3 ZANNONI, Eduardo A., El daño en la responsabilidad civil, Editorial Astrea, segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1993, página 1.

4 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 606-02 de las 16:10 horas del 7 de agosto del 2002.

5 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992.

acaeciera el evento dañoso, pero de resultar imposible, pues las alteraciones podrían devenir en inmodificables, por lo cual la reparación o indemnización ha de consistir en la entrega de una suma de dinero. Así la obligación de pagar daños y perjuicios resultantes de un ilícito, tiene en algunos casos la naturaleza de una deuda de valor y no de una obligación dineraria, tal y como lo ha dicho la referida Sala Primera[6], pues aunque el reclamo se realice como un cobro dinerario, aparentando ser tal obligación, constituye en el fondo una deuda de valor. De esta forma, el obligado tiene que entregar una suma de dinero, la cual no significa exactamente que deba cantidad pecuniaria alguna, sino un valor que es menester medirlo en numerario.

En resumen, el daño corresponde a todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), y provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber ocurrido el hecho dañoso.

2.2 Tipos de daño

2.2.1 Daño patrimonial y daño moral

La primera y más simple clasificación que se puede anotar corresponde al daño patrimonial y al daño moral. Es necesario tomar en consideración que el daño es patrimonial cuando corresponde a la lesión o menoscabo que impacta un interés relacionado con los bienes del damnificado[7] y que es valorable en dinero[8]. Por su parte, el daño moral corresponde al daño no patrimonial y es indemnizable especialmente cuando contiene perjuicios materiales o económicos[9].

De lo expuesto se puede reconocer el daño como un menoscabo que puede afectar bienes materiales, patrimoniales o corporales y/o bienes de carácter extrapatrimonial o moral, el primero incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona y se caracteriza fundamentalmente por su materialidad o sustancialidad física y/o su incidencia en la integridad física o el patrimonio de una persona; el segundo se caracteriza por afectar bienes no patrimoniales e intangibles[10].

En relación con el reconocimiento del daño moral, existen diferentes teorías, algunas lo niegan, mientras que otras han abogado por este. En Costa Rica la normativa se ha inclinado a favor del reconocimiento del daño moral. En este sentido, el numeral 197 de la LGAP dispone la responsabilidad por el daño de bienes morales, así como por el padecimiento moral, por la muerte y el dolor físico causados por la lesión inferida. De la misma forma, la jurisprudencia ha expresado que la LGAP en su ordinal 197, permite la indemnización por el daño de bienes puramente morales, por lo que toda la discusión sobre este tema está zanjada y en la actualidad no existe duda sobre la responsabilidad de la Administración por aquéllos.[11]

La doctrina[12] también ha expresado en sentido afirmativo el reconocimiento del daño moral, como un rubro indemnizable al hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado en la esfera del derecho público y especialmente cuando el agravio moral conlleva perjuicios materiales o económicos.

2.2.2 Daño emergente y lucro cesante

El autor Vázquez Ferreyra[13] distingue entre el daño emergente y lucro cesante, de igual forma lo hace el autor Eduardo A. Zannoni[14]. En este sentido, para ambos tratadistas, el daño emergente consiste en la destrucción, deterioro, privación del uso y goce de los bienes, así como los gastos que ha tenido que realizar por servicios de enfermería, transporte, entre otros; y que se traducen en un empobrecimiento del contenido

6 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia Nº 793-02 de las 15:50 horas del 16 de octubre del 2002.
7 ZANNONI, Eduardo A., Op. Cit., página 60.
8 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 49 de las 15:30 horas del 22 de mayo de 1987.
9 MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, página 568.
10 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992.
11 Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, Nº 293-92 de las 10:05 del 08 de abril de 1992, Juzgado Tercero, N° 188 de las 9:35 del 21 de febrero de 1992 y N° 631-92 9:35 del 15 julio 1992 y Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 606-02 de las 16:10 horas del 7 de agosto del año 2002.
12 MARIENHOFF, Miguel S., Op. Cit., página 568.
13 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Responsabilidad por daños. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, página 178.
14 ZANNONI, Eduardo A., Op. Cit., páginas 60 a 62.

económico actual del damnificado y que en todo caso son parte del menoscabo efectivamente sufrido.

Por otro lado, el lucro cesante comprende los ingresos que debían de ingresar en circunstancias normales al patrimonio de una persona, pero que no ingresaron, ni ingresarán como consecuencia del hecho lesivo, lo que da lugar a una privación de un enriquecimiento patrimonial producto del daño[15].

El lucro cesante también es conocido como perjuicio, y corresponde a la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir, así en la cuantificación del daño se deben considerar también los perjuicios. Lo anterior tiene sustento en lo dispuesto en los artículos 114 y 203 de la Ley de la Administración Pública y Presupuestos Públicos -en adelante LAFPP- y de la LGAP, respectivamente, insertos en un esquema de reparación integral de daños.

2.3 Características del daño

El artículo 196 de la LGAP, Ley No. 6227, establece algunas de las características del daño, dentro de las cuales se tiene que debe ser efectivo, evaluable e individualizable en relación a una persona o grupo.

En esta misma línea, la doctrina presenta también requisitos que debe cumplir el daño para que sea indemnizable, algunos de los cuales son consonantes con los que contiene el numeral de la ley de cita, pero también los amplía.

Así, los juristas Rafael Entrena Cuesta[16] y Miguel Sánchez Morón[17] mencionan que el daño alegado debe ser: 1) efectivo, 2) evaluable económicamente, e 3) individualizado con relación a una o grupo de personas. En este mismo sentido, el jurista José Díaz Delgado[18] amplía el alcance de los citados requisitos refiriéndose al hecho, de que el daño sea efectivo, excluye a los daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales; la individualización del daño conlleva que éste sea concreto, residenciable directamente en el patrimonio.

En igual sentido, los juristas españoles García de Enterría y Ramón Fernández[19] han manifestado, con respecto al daño en la responsabilidad objetiva, que *"basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño..."*

Además, la doctrina argentina[20] considera que para que el daño sea reparable, debe tener ciertas características, y así poder alegar su existencia, y exigir su indemnización; por lo que debe ser cierto y, además, personal -características de existencia-, y por otro lado debe ser resarcible -característica de reparabilidad y antijuridicidad-.

En el régimen de responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos el carácter cierto del daño es una condición esencial, pues de no ser así se fomentaría el enriquecimiento sin causa del Estado, en este sentido, se puede afirmar que el daño cierto puede ser tanto actual como futuro, pero excluyendo el daño eventual. El carácter personal del daño significa, en primera instancia, que el demandante debe, para ejercer la acción, haber sufrido el daño, y en segundo lugar, tiene por objeto situar las relaciones entre el daño sufrido en la persona del demandante y la infracción y la falta; es decir, es una manera de expresar el nexo de causalidad. En fin, dicha característica sirve para delimitar el campo de las personas que pueden tener derecho a ser resarcidas y para definir al agente que ha cometido el daño.

Por esta parte, el tratadista Miguel S. Marienhoff[21] hace referencia a que el daño es un elemento esencial

15 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 606 de las 16:10 horas del 7 de agosto del año 2002.
16 ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, decimotercera edición, Editorial Tecnos S. A., España, 1995, página 372.
17 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Derecho de la Función Pública, segunda edición, editorial Tecnos, 1997, España, página 303.
18 DÍAZ DELGADO, José, La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Dilaciones Indebidas en el Funcionamiento de la Administración de Justicia, España, páginas 14 y 15.
19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo II, octava edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003, página 377.
20 HUTCHINSON, Tomás A., Responsabilidad de los funcionarios públicos, primera edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 2003. página 189 - 193.
21 MARIENHOFF, Miguel S., Op. Cit., páginas 566 y 567.

de la responsabilidad, y para su indemnización debe acreditarse su existencia efectiva; así, un sector de la doctrina exige que este menoscabo sea actual y cierto, no futuro y eventual, pero la generalidad de ésta, si bien excluye el daño eventual -es decir, el daño contingente que puede o no producirse-, sí acepta el resarcimiento del daño futuro pero de producción inevitable, lo cual algunos llaman daño futuro necesario. Además, entre el daño alegado y la conducta desplegada debe existir una relación directa e inmediata de causa a efecto, lo que se denomina en doctrina relación de causalidad, causación o causalidad adecuada, que será objeto de análisis en la sección siguiente.

En igual sentido, los juristas Eduardo A Zannoni[22] y Roberto Vázquez Ferreyra[23], definen algunos de los requisitos que debe cumplir el daño dentro de los que citan el interés propio, entendido como la lesión o sufrimiento que debe haber afectado un interés propio. La certeza o certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto; en doctrina se habla de efectividad del daño, así el daño debe ser real y efectivo. Por último, el daño debe subsistir al tiempo del resarcimiento. Si el daño fue reparado por el responsable, el daño es insubsistente, pero si fue reparado por la víctima, el daño subsiste por el *"quantum"* de la reparación.

A mayor abundamiento la doctrina colombiana[24] ha manifestado que para la estimación del daño debe considerarse, entre otros factores, que éste debe ser cierto, especial, anormal y cuantificable acorde con su real magnitud; de esta forma, una de las características esenciales del daño y que le otorgan trascendencia jurídica es su certeza. Así, el daño cierto implica la certidumbre sobre su existencia, independientemente de su actualidad o monto.

Dicha característica se contrapone al daño eventual o hipotético, en el cual no es factible determinar si se producirá el evento que originará la obligación de reparar. Además, la referencia al daño debe realizarse en el sentido de su actualidad, el daño actual corresponde al menoscabo o perjuicio ya operado o subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia.

En cuanto a los daños futuros, esa misma doctrina, señala que es necesario precisar su condición de certeza y no de un daño eventual o hipotético, por lo que el daño futuro corresponde a aquél que aún no se materializa pero que necesariamente habrá de producirse, por lo que para que el perjuicio futuro sea evaluable es requisito que sea una prolongación cierta y directa de un estado de cosas actualmente susceptible de estimación inmediata.

De igual forma, las características analizadas de la doctrina española, argentina y colombiana, han encontrado cabida en la determinación del daño en el esquema de responsabilidad en Costa Rica, con algunas precisiones conceptuales que de seguido se analizan.

El tratadista nacional Ernesto Jinesta Lobo[25] ha hecho referencia al daño resarcible como la lesión antijurídica infringida, que debe cumplir con ciertas características aplicadas al medio costarricense. En primer lugar, debe ser efectivo o cierto, esto significa que no puede ser meramente eventual, posible, hipotético o condicionado. En segundo, tiene la característica de ser evaluable económicamente, esto es traducible o cuantificable en numerario -aún de modo incierto-. Finalmente, se dice que es individualizable con respecto a una persona o grupo de personas, debe tratarse de un daño residenciable en la esfera del reclamante y que exceda las cargas comunes o generales de la vida en sociedad.

La jurisprudencia de la Sala I ha sido reiterativa[26] manteniendo una línea jurisprudencial unívoca en cuanto a que no hay responsabilidad civil si no media daño, así como, no existe daño si no hay damnificado. En igual sentido, sólo es daño indemnizable el que

22 ZANNONI, Eduardo A., Op. Cit., página 44.
23 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Op. Cit., página 180.
24 AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, primera edición, impreso por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002, páginas 192, 193, 194 y 195.
25 JINESTA LOBO (Ernesto). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, San José, Costa Rica, 2005, páginas 101 y 102.
26 Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: 000622-F-2002, de las 15:40 horas del 14 de agosto del año 2002; 000606-F-2002, de las 16:10 horas del 7 de agosto del año 2002; 000714-F-2002, de las 16:20 horas del 18 de setiembre del año 2002; 112-92, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992; 622-02, de las 15:40 horas del 14 de agosto del 2002; 714-02, de las 16:20 horas del 18 de setiembre del 2002, 389-04, de las 15:20 horas del 2 de junio del 2004.

se llega a probar su realidad o existencia, lo cual es una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. Además, cualquier daño no impone la obligación de resarcir. Para que éste sea indemnizable tienen que confluir, básicamente, las siguientes características: a) debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. El daño no pierde ese carácter si su cuantificación resulta incierta, indeterminada, o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, éste constituye un extremo de incumbencia subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. b) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de indemnización. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso y el segundo serán los sucesores de la víctima. c) Debe ser causado por un tercero y subsistente; esto es, que no haya sido reparado. d) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño; lo cual, como ya se mencionó, será tema de la siguiente sección.

Por su parte, la Procuraduría General de la República (PGR), ha manifestado que la responsabilidad por daños, imputable a funcionarios o exfuncionarios, procederá cuando la Administración logre determinar, mediante los respectivos procedimientos administrativos, si ha existido contra ésta algún tipo de daño efectivo, susceptible de ser evaluable e individualizable y, sobre todo imputable a la persona contra la que se incoaría la acción de responsabilidad en materia civil.[27] Una vez finiquitado el procedimiento y establecida la responsabilidad se procederá al cobro de la suma correspondiente, según lo dispuesto por los artículos 146 y siguientes de la LGAP, para lo cual servirá como título ejecutivo la certificación expedida por el jerarca de la respectiva institución, lo que será tema de otro capítulo. Además ha dicho que se requiere de la relación de causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo de la licitud o ilicitud del acto originador del daño. Además, ese daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable. Que por efectivo, se entiende que sea cierto, que puede ser actual o futuro (si ello es constatable a través de las reglas de la ciencia o de la técnica, o de los principios elementales de la justicia, lógica o conveniencia -artículo 16 de la LGAP- y no uno que sea eventual o simplemente posible; debe permitir fijar con la mayor equidad el monto a que se sujeta el resarcimiento. En lo que se refiere al concepto de individualizable, se trata de un daño concreto, que tenga relación directa con el patrimonio del reclamante y que exceda, además, las cargas comunes de la vida social[28].

Como conclusión y en resumen de lo expuesto se puede señalar además que la doctrina internacional ha sido clara en cuanto a la definición de las características del daño manifestando, la primera, que el daño alegado debe ser: 1) efectivo (real y cierto), 2) evaluable económicamente o cuantificable, e 3) individualizado con relación a una o grupo de personas para que surja la obligación de indemnizar. Además, agrega que el 4) daño debe subsistir al momento del resarcimiento y no haber sido reparado por el responsable, y que debe 5) consistir en una turbación o molestia anormal que exceda las cargas comunes de la vida social; además, 6) debe provenir de la lesión a una situación lícita. Finalmente, menciona que 7) entre el daño producido y la conducta desplegada debe existir una relación directa e inmediata de causa a efecto, lo que se denomina en doctrina relación de causalidad y como se ha dicho en forma reiterada será tema de desarrollo de la sección siguiente.

Por otro lado, la doctrina nacional de igual forma hace referencia a las características mencionas en el numeral 196 de la LGAP, en cuanto a que el daño debe ser a) efectivo, b)evaluable y c)individualizable en relación con una persona o grupo. Dichas características señaladas

27 Procuraduría General de la República, Manual de Procedimiento Administrativo, San José, Costa Rica, 2006, página 215.

28 Dictamen C-175-97 del 18/09/1997, de igual forma los dictámenes C-052-99 del 16/03/1999 y C-025-04 del 22/01/04.

por la doctrina, las amplía la jurisprudencia indicando que: d) el daño debe tener cierta magnitud o monto, no puede ser insignificante, ni derivado de una excesiva susceptibilidad, e) debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de indemnización, f) debe ser causado por un tercero y subsistente; esto es, que no haya sido reparado y, g) debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño causado, en este sentido las referidas características son consistentes con las externadas por la jurisprudencia en sus resoluciones y dictámenes.

2.4 Nexo de Causalidad

El tema de la causalidad es uno de los más áridos, lo que explica las razones por las cuales no ha tenido todo el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se merece. Algunos autores son del criterio que el fenómeno causal es de suma importancia como causa del daño, para medir la extensión de la reparación, y también como eximente de responsabilidad[29]. Otros afirman que los que examinan el problema lo realizan en forma empírica y sin penetración crítica, confundiendo la causalidad con la culpabilidad, o recurriendo a criterios diferentes para resolver los distintos supuestos de responsabilidad.[30]

El concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad por daños con el objeto de dar respuesta a dos problemas: primero encontrar alguna razón por la que el daño se puede ligar a una determinada persona y, segundo, relacionar el daño causado con la persona para que lo indemnice.[31]

Se puede describir la relación de causalidad como el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, dicho resultado no es otro que el daño, así la determinación del hecho antecedente permite definir la autoría material del daño.

En este sentido, la relación de causalidad busca encontrar una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se les atribuye su producción, lo que obedece a que no se puede atribuir la responsabilidad sin la previa determinación de la autoría del daño, lo cual se conoce como la atribuibilidad material[32].

Según el autor Carlos Echevesti, para imponer a una persona la obligación de reparar un daño es necesario realizar un juicio de imputabilidad, e implica la coexistencia de dos elementos: la relación de causalidad y los criterios normativos de imputación. La primera permite establecer la relación entre la lesión y la actividad de la persona responsable, para poder atribuirle las consecuencias del evento dañoso, por ser su autor. Mientras que los criterios normativos de imputación, corresponden a la circunstancia que justifica atribuir la lesión a su autor, es decir, trasladar el daño del patrimonio del damnificado a su autor o al sujeto imputado. Por lo tanto, para la imputación del daño se requiere tanto de la *imputatio facti* -causalidad material-, como también la *imputatio iuris* -criterio normativo de imputación-.[33]

De esta forma la relación causal cumple con dos funciones: a) permite determinar cuándo un resultado dañoso es material u objetivamente atribuible a la acción de una persona o cosa, b) determinada esa autoría se delimitan las consecuencias por las cuales se debe responder, lo que se conoce como extensión del resarcimiento; es decir, los daños desencadenados por ese antecedente y que deben ser indemnizados.

Por esta parte, los autores españoles García de Enterría y Ramón Fernández, han manifestado que la existencia de la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño producido es una condición indispensable para que pueda atribuirse el deber de resarcir el referido daño; lo anterior amerita precisar los criterios basados en los que puede afirmarse que una actividad es la causa del daño patrimonial. En este sentido, para que un hecho deba ser considerado como causa del daño es necesario que sea idóneo para producirlo; es decir, que tenga una especial aptitud para provocarlo. Dado, que sólo en estos casos (causalidad adecuada) puede decirse

29 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Op. Cit, página 219.
30 ORGAZ, Alfredo, citado por GOLDENBERG, Isidro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, páginas 17 y 18.
31 DÍEZ PICAZO, Luis, Derecho de daños, Editorial Civitas, Madrid, España, página 331.
32 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Op. Cit., página 220.
33 ECHEVESTI, Carlos A., Responsabilidad de los funcionarios públicos, primera edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2003, páginas 193 y 194.

indubitablemente, que la actividad señalada constituye la causa eficiente, la causa próxima del daño, la causa verdadera de éste[34].

También es importante considerar, que en la producción de un resultado lesivo podrían estar involucradas varias causas, relativas a personas, empresas o distintas actividades. En estos supuestos (coautoría, concurrencia de culpa, v.gr.) se le presenta al Juez un problema difícil de resolver, puesto que dividir el poder causal de cada hecho y asignar a cada causa una parte del daño y a cada agente una parte de la indemnización correspondiente podría ser muy complicado, y en algunos casos prácticamente imposible.

Por esto, dado que sobre la noción de nexo causal existen problemas diferentes al de la causalidad misma del daño, la jurisprudencia española[35], ha renunciado a intentar categorizar los casos resolviéndolos de forma casuística, en relación con las situaciones concretas de cada uno de estos y usando expresiones que no sean muy precisas y con suficiente flexibilidad.

Además, la doctrina y jurisprudencia española ha optado por la imputación a la Administración basada en el criterio de la causalidad adecuada, "(...)precisando que es necesario, además de que resulte normalmente idónea..., teniendo en consideración todas las circunstancias del caso... quedando excluidos tanto los indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor."[36]

Por esta parte, la doctrina internacional ha sido uniforme en señalar que existe una relación de causalidad cuando el hecho doloso o culposo es la causa directa y necesaria del daño; sin embargo, desde tiempo atrás se ha planteado y superado diversas teorías, insuficientes para fundamentar el fenómeno, tales como la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causa próxima y la teoría de la causa eficiente, hasta decantarse por la teoría de la causa adecuada, que corresponde a aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, las demás condiciones que no provocan ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes[37].

Ahora bien, la jurisprudencia nacional ha sido reiterativa manifestando que para la existencia del fenómeno de responsabilidad civil se requiere de una conducta y de un daño, entre los que debe existir una relación de causalidad. Muchas veces la conducta y el daño surgen simultáneamente, pero otras, suele ocurrir que el daño se produce o evidencie tiempo después de realizada la conducta.[38] En otra sentencia la referida Sala Primera externó que es requisito comprobar la existencia del nexo causal, en su relación causa-efecto. Pero se debe recordar que al materializarse el daño, pueden presentarse múltiples factores, por lo que es necesario definir aquellos que directa o indirectamente son causa eficiente y adecuada del daño ocasionado. Con base en los elementos fácticos o jurídicos que rodean la situación dañosa, es necesario determinar la acción u omisión apta que produjo la consecuencia; eliminado las que no influyeron en el resultado (causas extrañas), de las que, de no haber participado en el hecho, hubiesen evitado el menoscabo. Se trata de una especie de prognosis objetiva, que permita poder afirmar que con tal acción u omisión es lógico o probable que se produzca el daño específico. Así, se considera que la acción es la causa del daño, en la medida que el hecho concreto haya colaborado en la concreción del menoscabo que se reclama, de modo que tal daño resulta una consecuencia inmediata y directa de aquella.[39]

En relación con lo anterior, se puede inferir, que la doctrina internacional ha definido la relación de causalidad como el enlace material entre el hecho antecedente y un resultado consecuente -daño-; conocido como "imputabilidad o atribuibilidad objetiva", "imputatio facti" o vínculo material[40]; además, la existencia de esta relación es una condición indispensable para que pueda atribuirse el deber de resarcir el referido daño; de esta forma, la relación causal cumple con dos funciones a

34 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Op. Cit., páginas 403, 404 y 405.
35 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Op. Cit., página 405.
36 Sentencia de 5 de junio de 1998, citada por García de Enterría y Fernández Ramón, ibidem, página 406.
37 ALSINA BUSTAMANTE, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, página 263. Citado por AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, Op. Cit., página 204.
38 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 606-02 de las 16:10 horas del 7 de agosto de 2002.
39 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia Nº 211-05 de las 9:40 horas del 7 de abril de 2005.
40 GOLDENBERG, Isidoro H., Op. Cit., página 2.

saber: permite determinar cuándo un resultado dañoso es material u objetivamente atribuible a la acción de un sujeto o cosa y, determinada esa autoría se delimitan las consecuencias por las cuales se debe responder, lo que se conoce como extensión del resarcimiento.

Finalmente, la jurisprudencia analizada, ha sido conteste tanto con la doctrina nacional como internacional, manifestando que para el reconocimiento del daño el requisito fundamental es la relación causal, es decir, el nexo o ligamen inmediato, sin intervenciones de terceros -causales de eximentes de responsabilidad-, que debe existir entre la falta o conducta que lo provoque y el daño o perjuicio experimentado. Además, para su producción pueden concurrir diversos factores, de los cuales es necesario determinar los que son causa eficiente y adecuada del mal causado y desplazar las causas ajenas o extrañas.

3. Consideraciones sobre responsabilidad patrimonial subjetiva del funcionario público por daños

3.1 Responsabilidad patrimonial en general

El Estado como persona jurídica que es, tiene que realizar todos sus actos relativos a la función pública por medio de los diferentes órganos que lo conforman, en consecuencia responderá por los daños causados por las actuaciones de dichos órganos, los cuales a la vez, funcionan por medio de las gestiones de los funcionarios públicos[41], pero cuando tales funcionarios actúan no es que lo hacen en representación de la Administración sino que debe entenderse que es esta última la que actúa[42] y por ello la responsabilidad del Estado es directa. En este sentido, forma parte de la teoría general del derecho de daños, tanto la responsabilidad del Estado debida al incumplimiento obligacional o del ilícito realizado por sus funcionarios, como también la responsabilidad extracontractual derivada de la actividad lícita lesiva de los órganos estatales[43]. Esta última implica la responsabilidad patrimonial por daños causados a terceros fuera de toda relación contractual.

En Costa Rica se acepta el sistema de responsabilidad objetiva por parte de la Administración Pública, que comporta la obligación del Estado de responsabilizarse por los daños ocasionados por los administrados, sin importar que correspondan a una falta de servicio o personal del funcionario, ni que se acredite la negligencia, culpa o dolo de sus agentes[44]. De esta forma, este régimen de responsabilidad basado en el daño, encuentra fundamento en los ordinales 9, 11, 33, 41, 45, 148, 149 y 188 de la Constitución Política. Además el tema está regulado en la LGAP, según lo preceptuado en su numeral 190.

A pesar de que el tema central de la presente investigación no corresponde a la responsabilidad objetiva del Estado, que se encuentra regulado a partir de los ordinales 190 y siguientes de la LGAP, es necesario mencionar que dentro de este esquema la Administración puede ser responsable por su funcionamiento lícito, ilícito, normal o anormal, en la medida en que exista un daño, el nexo de causalidad, tal y como se refirió en el capítulo anterior, y no se den las eximentes que señala la misma Ley a saber: culpa de la víctima, fuerza mayor o hecho de un tercero. Sin embargo, resulta necesario hacer referencia a la misma, pues la acreditación de este tipo de responsabilidad podría conllevar conductas que podrían ligarse con la recuperación de daños a la Administración Pública, específicamente al ser factible aplicar la "distribución interna de responsabilidades", en razón del pago de indemnizaciones a los administrados o particulares por daños que les fueron ocasionados por funcionarios públicos[45], pues estos últimos son también responsables civilmente por los daños ocasionados en el ejercicio de la función[46].

41 DROMI, Roberto, Derecho Administrativo I, doceava edición, Editorial Ciudad Argentina – Hispania Libros, Buenos Aires, Argentina, 2009, página 1033.
42 MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, Principios de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, capítulo I, página 44, Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.
43 ITURRASPE, Mosset, Introducción a la responsabilidad civil, página 37 y siguientes, citado por ECHEVESTI. Carlos A., Responsabilidad de los funcionarios públicos, primera edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 2003, página 23.
44 Idem, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, página 45.
45 MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, Op. Cit., página 44.
46 DROMI, Roberto, Op. Cit., página 1036.

Al respecto, es necesario referirse, en cuanto a este extremo, a lo externado por la Sala Constitucional[47], la cual dice que el principio de responsabilidad administrativa de los entes públicos y sus funcionarios se complementa con el de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas -numerales 18 y 33 de la CP-, que no permite imponer una carga o sacrificio a los administrados que no tienen el deber de soportarlo, conjuntamente con el principio de la solidaridad social (artículo 74), que refiere que al ser la función administrativa ejercida y desplegada en beneficio de la colectividad, debe ésta soportar las lesiones antijurídicas causadas a los administrados e injustamente soportadas por éstos. Además, la CP recoge un derecho fundamental innominado o atípico para los administrados, relativo al buen funcionamiento de los servicios públicos, inferido de la relación de los numerales 140, inciso 8°, 139, inciso 4° y 191 de la CP, pero interpretados en sentido contrario, en cuanto recogen parámetros de la función administrativa, como el "buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", "buena marcha del Gobierno" y "eficiencia de la administración". Tal derecho fundamental referente al buen funcionamiento de los servicios públicos le impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnere esa garantía constitucional, lo cual además se encuentra respaldado en el principio de "rendición de cuentas" contenido en los artículos 11 constitucional y 11 de la LGAP.

Como corolario de lo expuesto se infiere la responsabilidad objetiva del Estado de responder por los daños causados al particular en el uso de sus competencias, y que conlleva la reparación del daño bajo los principios de justicia y equidad, por medio de una indemnización que restaure íntegramente el patrimonio del administrado sin que esta genere su enriquecimiento o empobrecimiento, en razón de las posibles lesiones antijurídicas que se le ha producido y que no está obligado a soportar[48].

47 Sentencia N° 5207-2004, de las 14:55 horas del 18 de mayo del 2004

48 MATA SIERRA, María Teresa y BLASCO DELGADO, Carolina, Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el Ámbito Tributario", Capítulo XIV, página 738, Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

En este sentido, tal y como se hizo referencia en un inicio en este capítulo, el Estado, por su condición de persona jurídica, actúa mediante una serie de agentes individuales, también llamados "funcionario público", "servidor público," "empleado público," "encargado de servicio público", entre otros términos similares, que son tratados en la LGAP en su ordinal 111 como sinónimos. El funcionario o servidor público, en un esquema de rendición de cuentas, es sujeto de responsabilidad personal por los servicios que presta a la Administración Pública a nombre y por cuenta de esta y como parte de la organización según lo refieren los numerales 11 constitucional y 11 de la LGAP.

En razón de los principios citados en cuanto a reparación de daños, entendidos estos como las consecuencias negativas injustificadas que se producen en la esfera jurídica del administrado[49], pero que se deben diferenciar en dos sentidos, el primero corresponde a su reconocimiento (responsabilidad objetiva del Estado), mientras que el otro es la persecución del agente responsable, cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (responsabilidad subjetiva del funcionario). En el mismo sentido se pueden ver los numerales 20 del Reglamento a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante RLPC- y el numeral 145 de la referida Ley -LPC- en España[50]. Sin embargo, es interesante precisar que el artículo 145 inciso 2 tenía un evidente carácter discrecional con el uso del verbo podrá, además de la ponderación de una serie de criterios adicionales al resultado dañoso que redundaban en que los funcionarios fueran irresponsables, pero dicho planteamiento fue rectificado con la reforma a la LPC de 1999 que obliga de oficio a exigir la responsabilidad del funcionario por dolo, culpa o negligencia graves, lo cual es consonante con nuestra normativa[51].

De esta forma, tanto la responsabilidad objetiva del Estado como la responsabilidad subjetiva del funcionario

49 MEDINA ALCOZ, Luis, La responsabilidad patrimonial por acto administrativo, primera edición, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, España, 2005, página 132.

50 COBO OLVERA, Tomás, El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, España, 2003, páginas 149 y 417, respectivamente.

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, Op. Cit., p. 416.

público, pertenecen a un esquema general de responsabilidad que está contenido dentro los artículos 190 al 210 de la LGAP. Así, la responsabilidad objetiva del Estado en algunos casos es la antesala de la existencia de una responsabilidad de tipo personal del funcionario público[52], pero sin olvidar que los particulares tienen el derecho de ser indemnizados sin necesidad de reclamar ni identificar de forma previa al agente o funcionario público cuya conducta culpable haya sido la causante del daño, por lo que cubre tanto los daños producidos por el agente o funcionario público como también los provocados por el funcionamiento impersonal o anónimo de la organización o sus servicios[53]. Este esquema de responsabilidad es ampliado y concretado por otras leyes especiales que definen los aspectos aplicables para cada materia en particular.

Con base al esquema general de responsabilidad definido en los numerales 190 al 210 de la LGAP, ya citados, y otra normativa se pueden diferenciar cinco situaciones o casos, en el primero (i.-), la Administración causa el daño, el afectado es el particular, el criterio de imputación es objetivo y corresponde al accionar lícito, ilícito, normal, anormal, legítimo o ilegítimo de la Administración y la normativa aplicable son los numerales 190 al 198 de la LGAP. De esta forma, se establece un reclamo o demanda por parte del afectado únicamente en contra del Estado, y este debe hacerse responsable por la indemnización de los daños ocasionados. Pero a lo interno de la Administración, se presume la existencia de un funcionario responsable sobre quien ésta deberá ejercer la acción de regreso conforme lo dicen los ordinales 203 y siguientes de la LGAP.

En igual sentido, el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas Español[54], dice que para la persona que por acción u omisión, contraria a la Ley, origine un menoscabo de los caudales o efectos públicos, quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

En el segundo (ii.-), el funcionario y la Administración actuando en forma solidaria provocan un daño al particular (afectado), el criterio de imputación es el mismo del caso i.- anterior y la normativa aplicable son los numerales 190 al 199.4 y 201 de la LGAP. En forma similar, se incoa una demanda contra el funcionario en forma solidaria con la Administración, por la comisión de un daño por acción u omisión de un funcionario responsable. En este caso, la Administración responde con su patrimonio frente al tercero, para posteriormente recuperar frente al funcionario las sumas que debieron ser pagadas al particular en ejercicio del derecho contenido en los artículos 203 y siguientes de la LGAP. Al respecto, la doctrina argentina hace referencia a la responsabilidad concurrente entre el funcionario y el Estado, pero no a la solidaria, por lo que considera que no existen acciones de regreso parciales -normalmente- pues quien pagó la deuda fue responsable de su nacimiento -el funcionario-, por lo que deberá soportarla íntegramente, si no lo fue deberá procurar su reintegro, de lo que se infiere que no se aplican a las obligaciones concurrentes los efectos expansivos de las solidarias[55].

En razón de lo expuesto, resulta necesario mencionar el tema de la responsabilidad solidaria que también está regulado en forma expresa en la LAFPP -artículo 116-, diciendo que la solidaridad permite que ante una pluralidad de sujetos obligados, cualquiera de ellos se encuentre obligado a pagar la totalidad del adeudo, lo cual implica que el acreedor pueda reclamar la deuda simultáneamente contra todos los deudores solidarios o contra uno solo de ellos (esta responsabilidad solidaria incluye al Estado en un régimen de responsabilidad objetiva). De lo dicho también resulta necesario diferenciar la responsabilidad solidaria de la directa y la subsidiaria.

La responsabilidad directa, es la que es exigible de forma principal a una persona, sea la causante del daño, o por existir una norma legal que habilite a otra persona a exigirle responsabilidad con independencia de que haya o no causado el daño. Conllevaría la responsabilidad de la Administración por los hechos de sus agentes[56], sea la Administración responde de forma directa por los perjuicios causados[57].

52 Artículos 194 y 195 de la LGAP.
53 MATA SIERRA, María Teresa y BLASCO DELGADO, Carolina, Op. Cit., páginas 725 y 726.
54 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España, N° 2/1982, de 12 de mayo de 1982.
55 DROMI, Roberto, Op. Cit., página 1036.
56 DROMI, Roberto, Op. Cit., página 1033.
57 MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, Op. Cit., página 44.

En el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas Español[58] se regulan los supuestos de la responsabilidad directa señalándose que serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución. De igual modo, toda persona sujeta a la obligación de rendir, justificar, intervenir o aprobar cuentas que no lo hiciera en el plazo indicado o lo realizara con graves defectos o no solventara los respectivos reparos, será compelida a ello mediante requerimiento conminatorio del Tribunal.

Por otro lado, la responsabilidad es subsidiaria, cuando una persona que no es la obligada a responder, tiene que asumir la responsabilidad en defecto del obligado principal.

La Ley de referencia muestra un ejemplo de este tipo de responsabilidad, en su artículo 43, que refiérese a los sujetos de responsabilidad subsidiaria, quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas. La exigencia de responsabilidades subsidiarias sólo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas.

A diferencia de lo que se regula en España, el artículo 116 de la LAFPP, además de lo precitado, dispone que la responsabilidad será solidaria cuando los responsables por un mismo acto sean varios y su grado de participación en los hechos que produjeron el daño o perjuicio sea equivalente o se trate de miembros de un órgano colegiado, si el daño se deriva de un acuerdo adoptado por ellos, salvo que conste, de manera expresa, su voto negativo.

En el tercero (iii.-), el funcionario causa un daño a la Administración por afectación o no a un tercero, el criterio de imputación es subjetivo y corresponde al dolo o la culpa grave y la normativa aplicable son los numerales 203 al 210 de la LGAP, 74 - 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -en adelante LOCGR-, el Título X de la LAFRPP, 94 de la Ley de Contratación Administrativa -en adelante LCA-, 7 al 11 y 39 de la Ley General de Control Interno -en adelante LGCI-. En este caso, se pueden presentar cuatro eventuales supuestos de responsabilidad:

a. Una vez saldada la suma reconocida por el daño al tercero por parte de la Administración, procede la apertura de un procedimiento administrativo contra el funcionario[59] eventualmente responsable con base en lo establecido en el artículo 203 de la LGAP, con el objeto de constatar la existencia de dolo o culpa grave en la comisión del daño, hecho que de acreditarse será consignado formalmente en la resolución del procedimiento administrativo llevado al efecto, la cual una vez firme, tendrá el carácter de título ejecutivo en la vía jurisdiccional conforme lo establecen los artículos 204 de la LGAP, 76 de la LOCGR y 118 de la LAFRPP. Es importante precisar que este supuesto de responsabilidad procede posteriormente al reconocimiento al particular del daño por parte de la Administración, sea de forma voluntaria o en cumplimiento de una sentencia judicial, como se verá posteriormente, según el numeral 204 de la LGAP. En igual sentido, la doctrina Argentina ha sido conteste con esta posición, pues manifiesta que cuando el Estado haya indemnizado de forma directa al damnificado, debe exigir al agente la responsabilidad en que hubiere incurrido por dolo, culpa o negligencia, previa instrucción del procedimiento establecido[60].

b. Que el daño hubiera sido producido de forma directa por parte del funcionario a la Administración, sin necesidad de haber dañado previamente a un tercero, supuesto que se describe en el inciso 3 del artículo 210 de la LGAP, en cuyo caso la acción de recuperación será ejecutiva y el título corresponderá a la certificación emitida por el jerarca del ente respectivo sobre el monto del daño.

c. Responsabilidad del Ministro por el no ejercicio del deber que determinan los artículos referentes a la "distribución interna de responsabilidades"

58 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España, N° 2/1982, de 12 de mayo de 1982.

59 Artículos 308 y siguientes de la LGAP.
60 ECHEVESTI, Carlos A., Op. Cit., páginas 209 y 210.

(especialmente el artículo 209 párrafo primero de la LGAP); el cual le impone la obligación de que se cumplan las disposiciones referentes a la distribución interna de responsabilidades. Lo anterior significa que el Ministro debe velar porque la Administración a su cargo, recupere lo pagado por los daños causados por el agente a un tercero, cuando haya actuado con dolo o culpa grave.

d. Responsabilidad civil del Presidente de la República y del Ministro por la comisión directa del daño, de forma similar se establece una responsabilidad directa de los titulares de la Contraloría General de la República, por la recuperación de este daño (artículo 209 párrafo segundo LGAP). De acuerdo con este numeral, la Contraloría General, puede ser responsabilizada por no actuar, al no recuperar lo pagado por la Administración como consecuencia de los daños causados por el Presidente y/o el Ministro a un tercero o a la Administración en forma directa, con dolo o culpa grave.

En el cuarto caso (iv.-), el funcionario provoca un daño al particular (afectado), el criterio de imputación es subjetivo y corresponde al dolo o la culpa grave y la normativa aplicable es el numeral 199 de la LGAP; sin embargo, este caso tiene la particularidad que excluye la posibilidad de que la administración llegue a sufrir un perjuicio, ya que el particular persigue directamente la responsabilidad del funcionario sin menoscabo de los intereses de la Administración y por consiguiente no se ve afectada la entidad, de esta forma el particular recupera los montos, cobrándolos de manera directa al funcionario, para lo cual debe probar el dolo o la culpa de éste en la comisión del daño. Al respecto, se considera que es poco probable que se presenten este tipo de casos, pues el esquema de responsabilidad objetiva del Estado asegura un mayor éxito al particular en su gestión de recuperación por la solvencia de éste y porque tampoco es necesario al particular demostrar el dolo o la culpa del funcionario. En este sentido, la antijuridicidad, como elemento determinante del daño resarcible, se desplaza de la conducta subjetiva del autor material hacia el daño objetivo causado al patrimonio[61]

En el quinto (v.-), el particular causa un daño a la Administración (afectada), el criterio de imputación al igual que el del funcionario público es de tipo subjetivo y corresponde al dolo o la culpa grave, pero el tratamiento de este tema no es desarrollado por parte de la LGAP, no obstante de otra normativa se puede derivar esta responsabilidad; v. gr., la LOCGR que establece el ámbito de acción frente al particular por parte de la CGR en los artículos del 4 al 7 y 74 al 77, la LAFPP en los artículos 110 y 111 en concordancia con el 117. Para finalizar la LCA refiere a la responsabilidad de los particulares entre otros en su artículo 94 y el Código Civil en sus numerales 1045 al 1048. De igual forma que el punto anterior -iv.-, este caso también carece de interés en la presente investigación.

En razón de lo expuesto, los aspectos relacionados con los puntos iv.- y v.-, no serán objeto de posterior análisis en este documento, por su parte los aspectos contenidos en el punto i.-, ii.- y iii.-, serán ampliados en los siguientes puntos.

3.2 Responsabilidad patrimonial subjetiva del funcionario público

El tratadista nacional, Ernesto Jinesta Lobo[62], dice que cuando el funcionario público comete una falta que no resulta posible separar de su competencia o funciones, ésta se configura como una falta de servicio, pero el funcionario no es personalmente responsable por ella. Sin embargo, el funcionario puede incurrir en faltas de tipo personal, dentro o fuera del servicio público, sea faltas que pueden separarse del ejercicio de su función, y que le podrían generar responsabilidad y la obligación de resarcir los daños y perjuicios, eventualmente, de forma solidaria con el ente público correspondiente.

En estos casos, la Administración Pública suele responder por los daños causados a los administrados, producto de las faltas personales de sus funcionarios. Como la responsabilidad es solidaria entre el Estado y los funcionarios, los administrados afectados prefieren dirigirse en contra del primero en razón de su mayor capacidad patrimonial para responder ante las

61 DROMI, Roberto, Op. Cit., página 1044.

62 JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Bogotá, Colombia, 2005, página 237 y siguientes.

indemnizaciones y por no tener que demostrar la culpa grave ni el dolo del funcionario infractor.

De igual forma la doctrina española también ha sido conteste con lo manifestado y ha externado que la responsabilidad patrimonial de la Administración cobija todos sus daños producto de sus servicios y también en el caso de que el daño sea atribuible a uno o varios de sus funcionarios, a título de dolo o culpa, a excepción de los actos puramente personales del funcionario y que sean realizados en forma independiente del servicio, pues según la normativa española el agente responde personalmente por los daños que ocasione siempre que medie dolo o culpa grave. Sin embargo, el particular también puede optar libremente por dirigirse contra la Administración del servicio o contra el propio funcionario, pues ambas responsabilidades se articulan como solidarias para mayor garantía de la víctima, por lo que tal responsabilidad se puede exigir de esta forma. Entonces, lo normal es que la víctima se dirigiera contra la Administración, pues es lo más fácil y seguro, pues no requería probar la existencia de culpa, así como también evitaba el riesgo inherente de la probable insolvencia del autor material del daño, luego de algunas modificaciones a las leyes que no fueron las más atinadas pero que con la reforma acaecida en el año 1999 se subsanaron, autorizándose nuevamente a repetir contra el funcionario responsable o a actuar en vía de regreso y a exigir de oficio la responsabilidad en que hubieran incurrido sus agentes previa instrucción del correspondiente procedimiento administrativo[63].

A raíz de lo anterior, se establece el Régimen de Distribución Interna de Responsabilidades, con el objeto de que la Administración recupere la totalidad del monto de dinero pagado por concepto de indemnización al administrado que resultó lesionado por el actuar indebido (dolo o culpa grave) de los funcionarios públicos, esto a través de una acción de recuperación en contra de los funcionarios responsables. Al respecto, la Procuraduría General de la República -en adelante PGR-, ha dicho que la distribución interna de responsabilidades persigue establecer la responsabilidad del servidor por los daños causados a la administración al lesionar a un tercero y éste obtener una indemnización de la primera[64].

3.3 De la distribución interna de responsabilidades

La distribución interna de responsabilidades corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva del funcionario público de frente a la Administración.[65]

La doctrina ha indicado que a la responsabilidad estatal se suma la del funcionario cuando concurren los factores de atribución subjetivos de responsabilidad de este último, sea el dolo o la culpa grave[66]. De igual forma, la PGR ha reiterado, que a diferencia de la responsabilidad de la Administración, la responsabilidad del funcionario es subjetiva, conforme con la regulación contenida en la LGAP. En razón de que el funcionario público responde personalmente, frente a terceros o ante la propia Administración, cuando haya actuado con culpa grave o dolo[67].

En este sentido, el ordinal 199 de la LGAP, establece que el servidor público deberá responder personalmente ante terceros cuando haya actuado con dolo o culpa grave y cause un daño; y el numeral 201 de dicha ley refiere que la Administración es solidariamente responsable, es decir, que también responde por el daño causado a tercero en forma solidaria con el funcionario, como ya se citó en los puntos anteriores.

Tales numerales permiten al damnificado poder decidir contra quien dirigen su acción, contra la Administración o contra el propio funcionario, pues la responsabilidad de ambos se articula técnicamente como solidaria, para una mayor garantía de la víctima, pues así se evita el riesgo inherente de insolvencia del autor material del daño[68] en perjuicio del afectado y la no necesidad de demostrar la culpa grave o el dolo del funcionario infractor.

63 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón), Op. Cit., pp. 415 y 416.
64 Dictámenes C-262-81 del 11 de noviembre de 1981 y C-230-1997 del 3 de diciembre de 1997, ambos de la PGR.
65 Opiniones jurídicas OJ-005-2002 del 29 de enero del 2002 y 118-2003 del 22 de julio del 2003 de la PGR.
66 ECHEVESTI, Carlos A., Op. Cit., página 209.
67 Dictámenes C-127-98 de 30 de junio de 1998 y C-052-99 de 6 de marzo de 1999, C-276-2000 de 13 de noviembre del 2000, C-055-2001 de 27 de febrero del 2001; opiniones jurídicas OJ-112-99 de 20 de setiembre de 1999, OJ-135-2000 de 5 de diciembre del 2000, OJ-081-2001 de 25 de junio del 2001, OJ-005-2002 del 29 de enero del 2002 y OJ-118-2003 del 22 de julio del 2003, todos de la Procuraduría General de la República.
68 Opiniones jurídicas OJ-005-2002 del 29 de enero del 2002 y 118-2003 del 22 de julio del 2003 de la PGR.

Es por esta razón que el artículo 203 de la LGAP, obliga a la Administración a recobrar de manera plenaria sus erogaciones, conforme con su participación en la producción del daño, para el caso de que respondiera por los daños causados por su servidor mediando en sus actuaciones dolo o culpa grave.

Es necesario precisar que en el mismo artículo 203, se dice de montos que ha pagado el Estado por daños y perjuicios a terceros, ocasionadas por sus servidores; pero el numeral 210 LGAP, se dirige al cobro contra el servidor por daños y perjuicios que ha producido sólo a la Administración, pues es responsable civilmente ante ésta.

De esta forma, si la Administración pagó al tercero la totalidad de los daños causados, de acuerdo con el artículo 204 LGAP, se presentan dos situaciones: i.- pago voluntario a la víctima o ii.- por ejecución de un fallo; para la primera la Administración debe iniciar el procedimiento administrativo a fin de determinar la existencia del dolo o de la culpa grave del servidor, para fijar la responsabilidad del funcionario y poder cobrarle, si procediere, las sumas canceladas.

En el caso ii.-, relativo a que en sentencia judicial se declare solidariamente responsables del daño al servidor y a la Administración, y que esta última, en ejecución de sentencia, hubiera cancelado la obligación, de igual forma que la situación i.-, se debe realizar un procedimiento administrativo, sin perjuicio de normativa especial para el caso, con el objeto de determinar si el servidor es personalmente responsable de los daños.

El último supuesto referido en el artículo 210, corresponde al caso iii.-, en que el funcionario directamente causa el daño a la Administración, en éste se determina la cuantía del daño y se lleva a la vía cobratoria para su reconocimiento.

Si se llega a esta conclusión, en los tres casos, la Administración deberá expedir la certificación que servirá de título ejecutivo y presentar la demanda correspondiente en el Proceso Monitorio de Cobro.

De acuerdo con el artículo 204.2 de la LGAP y para el caso ii.-, la suma líquida de la certificación deberá coincidir con la suma líquida de la sentencia, si ésta la estipulara, so pena de perder la ejecutividad el título. Al presentar la demanda, la Administración debe acompañar tanto la certificación como la sentencia certificada, para demostrar que ambos montos coinciden.

En el caso de que exista sentencia condenatoria en vía penal, que declare la responsabilidad solidaria de la Administración y del servidor, la Administración puede cancelar al tercero la suma adeudada, antes de que éste presente la ejecución de la sentencia, reservándose las mismas acciones que se explicaron para recuperar del servidor la referida suma, si se acreditara que es responsable personalmente.

El procedimiento que se debe seguir es el ordinario, regulado en el artículo 308 y siguientes[69] de la LGAP, sin perjuicio de otra normativa especial para el caso, en aras de respetar el debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa del funcionario. El objeto del proceso es averiguar la verdad real de los hechos -numeral 214 de la LGAP-, para determinar si el funcionario efectivamente actuó con dolo o culpa grave en la comisión del daño.

Una vez finalizado el procedimiento se debe dictar acto final debidamente motivado y fundamentado, que contenga los hechos probados y no probados, si los hubiere y de los motivos por los cuales se llega a la conclusión de que el servidor actuó con dolo o culpa grave en su gestión, así como el monto que estaría adeudando.

Firme el acto final, se le previene al servidor culpable con dos intimaciones de pago, según lo prescrito en el numeral 150 de la LGAP, si no paga el monto del daño que produjo, procede incoar la demanda en el Proceso Monitorio de Cobro, para lo cual es necesario presentar como prueba el crédito líquido, que deberá ser certificado por la Administración y servirá como título ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la LGAP.

Asimismo, cuando hayan sido varios los funcionarios causantes del daño, debe realizarse una distribución de responsabilidades, con base en la participación de

69 Dictamen C-086-1999 del 4 de mayo de 1999 de la Procuraduría General de la República.

cada uno de ellos en la producción de este, conforme lo indica el cardinal 205 de la LGAP.

Es interesante manifestar que también la normativa y doctrina española son consonantes con nuestra legislación, puesto que la responsabilidad patrimonial de la Administración ampara, de forma solidaria, los daños producto de sus servicios y los realizados por el personal a su servicio, pues el agente responde personalmente por los daños que ocasione siempre que medie dolo, culpa o negligencia graves. En igual sentido, la reforma acaecida a la LPC[70] en el año 1999 ha obligado a la Administración, que hubiera tenido que indemnizar a algún damnificado, producto de un daño de sus agentes, a exigir de oficio en vía de regreso, la responsabilidad en que ellos hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, con la consiguiente distribución de responsabilidades y la correspondiente instrucción del procedimiento administrativo[71].

Esta recuperación administrativa, tal y como se observó en el capítulo anterior, deberá tomar en consideración tanto los daños, entendidos como las pérdidas irrogadas al damnificado o daño emergente, como los perjuicios, que corresponden a la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir o lucro cesante.

Es necesario acotar que la responsabilidad por daños puede imputarse tanto a los funcionarios como a los ex funcionarios, pero sólo procederá en el tanto la Administración logre demostrar, mediante los respectivos procedimientos administrativos, si ha mediado contra ella algún tipo de daño que sea efectivo, evaluable e individualizable y, sobre todo imputable a la persona (cometido con dolo o culpa grave) contra la que se enderezaría la acción de responsabilidad con la consecuente relación de causalidad, tal y como se observó ampliamente en el capítulo anterior.

Según la LGAP, concluido el procedimiento administrativo, definida su responsabilidad frente a la Administración y firme la resolución final de dicho procedimiento, podrá procederse al cobro de la respectiva suma, para lo cual servirá como título ejecutivo la certificación expedida por el jerarca del ente respectivo.

De esta forma, la certificación o constancia del adeudo expedida por la Administración tendrá carácter de título ejecutivo contra el funcionario, según lo preceptuado por los ordinales 204 y 210 de la LGAP a los cuales se les integran lo dispuesto en los numerales 76 de la LOCGR y el 118 de la LAFPP.

La doctrina también dice que cuando el Estado ha indemnizado directamente a las víctimas debe exigir al agente la responsabilidad en que hubiere incurrido por dolo, culpa o negligencia, previa instrucción del procedimiento establecido, es decir la promoción de la acción de repetición contra los responsables. Para que la Administración pueda realizar la acción de regreso al agente, debe previamente haber indemnizado al particular por la conducta culposa, dolosa o negligente del primero. No se puede financiar la indemnización con el monto recuperado y pagado por el agente.[72]

Dicha posición es consecuente con lo externado por Parada Vásquez[73], quien considera que para aplicar la acción de regreso se debe estar en presencia de una responsabilidad subjetiva, con la concurrencia de dolo, culpa o negligencia, pero es necesario que el particular haya recibido la indemnización por parte de la Administración, y esta última tampoco puede financiar la indemnización que va a pagar a terceros con la indemnización que pudiera requerir previamente del funcionario responsable.

3.4 Prescripción de la potestad cobratoria administrativa

En relación con este tema, es necesario tener presentes los plazos de prescripción establecidos en los ordinales 198, 207 y 208 de la LGAP[74].

El artículo 198 dispone que el derecho para reclamar la indemnización prescribirá en cuatro años, tanto

70 LPC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
71 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Op. Cit., pp. 415 y 416.
72 ECHEVESTI, Carlos A., Op. Cit., páginas 209 y 210.
73 Citado por Tomás Cobo Olvera, "El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas", Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2003, páginas 146 y 147.
74 Dictamen C-340-2002 del 16 de diciembre del 2002 de la Procuraduría General de la República.

para la Administración como para el servidor público. Conforme a la jurisprudencia administrativa de la PGR y lo resuelto en sede judicial, el plazo aludido comienza a correr una vez dictado el acto final del procedimiento administrativo realizado por parte de la Administración activa, por cuanto es dicho procedimiento el que ha de determinar al responsable del hecho dañoso[75].

El ordinal 207 señala que vencidos los plazos de prescripción del artículo 198 de la LGAP, el Estado no hará reclamaciones a sus agentes por daños y perjuicios, confirmando lo citado.

Se realiza la precisión que cuando existe condena en la vía jurisdiccional y el Estado resulta condenado a reconocer alguna suma por concepto de indemnización a favor de terceros, por las actuaciones de sus agentes, acorde con el numeral 208 de la LGAP, el término de prescripción para incoar el procedimiento administrativo en contra de sus servidores será de un año, plazo que regirá a partir de la firmeza de la sentencia que determinó el monto por pagar.

De esta forma, existen dos situaciones, en la primera los plazos se computarán a partir del acto final del procedimiento administrativo que determina la responsabilidad por daños, mientras que en la segunda, relacionada con la condenatoria judicial, a partir de la firmeza de la sentencia.

En el caso de España el plazo para ejercer la acción y presentar ante la Administración el reclamo correspondiente, es de un año a partir del hecho que lo motivó[76], sea la fecha en que se produjo el hecho o el acto que motivó la indemnización o la manifestación de su efecto lesivo[77], o se manifestó o cesó la lesión o se notificó la sentencia firme que anuló el acto o el reglamento ilegal. Además el año finaliza, sea el último día para pedir la indemnización, el día equivalente al de la producción del hecho lesivo, o el apropiado en cada caso, del año siguiente, día que debe ser idóneo para reclamar. Además, por tratarse de un plazo de prescripción que es por naturaleza interrumpible, por lo que es necesario precisar que las causas que interrumpen el plazo anual consisten en el cese de la inactividad por parte del damnificado o por parte de la Administración, sea por su reclamación de responsabilidad patrimonial en vía judicial, por reclamo extrajudicial, y por reconocimiento de ésta por parte de la Administración, por último, la que tiene el deber de acreditar su existencia, que como excepción que es debe ser probada, le corresponde a la parte que demanda[78].

En el caso argentino la acción para demandar la responsabilidad civil por responsabilidad extracontractual del Estado por actos de la Administración es prescriptible y el Derecho Público puede fijar plazos legales específicos, pero en ausencia de términos se aplica, tanto en el ámbito nacional como en el provincial, las normas de derecho civil, sea la acción por responsabilidad civil extracontractual prescribe en dos años[79]; así lo establece el Código Civil en su numeral 4037 -reformado por la ley 17.711-[80].

4. Procedimiento para el resarcimiento de la responsabilidad patrimonial subjetiva por daños

4.1 Competencia de la Administración

La competencia es un elemento esencial que otorga validez a la actuación de los entes y órganos estatales. En este sentido, corresponde al conjunto de atribuciones de los entes y órganos, definidas por el ordenamiento jurídico positivo, o lo que es lo mismo, al conjunto de facultades y obligaciones que tales instancias administrativas pueden y deben ejercer legítimamente. Debe emanar de la Constitución Nacional, los tratados, leyes o reglamentos, es irrenunciable y debe ejercerla

75 Opinión Jurídica OJ-079-96 de 20 de diciembre de 1996 de la Procuraduría General de la República y sentencias 1330-89 de las 10:30 horas del 19 de setiembre de 1989, 191-90 de 5 de abril de 1990 y 159-95 de las 10:00 horas del 5 de abril de 1995, todas del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.
76 En el mismo sentido se pueden ver los numerales 4.4 del Reglamento a la LPC y el numeral 142.5 de la referida Ley en COBO OLVERA, Tomás, El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2003, páginas 172 y 173.
77 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón), Op. Cit., pp. 429 a 431.
78 ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, Plazo para exigir la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, capítulo III, páginas 155-157 y 173-190. Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.
79 DROMI, Roberto, Op. Cit., páginas 1082 1083.
80 MARIENHOFF, Miguel S., Op. Cit., páginas 655 y 656.

el órgano que se le atribuyó como propia, salvo por los casos de delegación, avocación, sustitución, subrogación o suplencia previstos en la normativa aplicable[81].

En la misma línea, el tratadista nacional Eduardo Ortiz Ortiz ha manifestado que la competencia constituye fundamentalmente una dotación de facultades que otorga la posibilidad de realizar actos jurídicos[82].

De igual forma, la doctrina ha dicho que la competencia es "*la aptitud legal para el cumplimiento de la actividad teológica de los órganos públicos. O, aún mejor, la aptitud legal para que con unos medios y unas formas predeterminadas realicen sus fines los órganos públicos"*[83]. El numeral 12.1 de la LPC determina que la competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, excepto por los casos de delegación o avocación, cuando se realice en los términos previstos en esta misma ley o en otra.

En este sentido y según la doctrina administrativista, la Administración como centro de acción e imputación de potestades y obligaciones debe cumplir con dos requisitos: primero, la competencia como la suma de atribuciones, facultades y deberes de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo; y segundo, la legitimación para el ejercicio de esa competencia (tema que será desarrollado en el punto 3.2 siguiente), es decir, la posibilidad genérica de ejercer la competencia propia para todos los casos que ésta abarca, definida en dos ámbitos, la titularidad de la potestad (investidura para actuar) y las funciones o potestades que integran esa titularidad (actividades administrativas derivadas de dicha investidura).

Así las cosas, debe señalarse que para que el acto administrativo nazca a la vida jurídica o una conducta de la Administración produzca un efecto y alcance su finalidad, debe contener cuatro elementos sustantivos: competencia, objeto, voluntad y forma; so pena de invalidez del acto.

La legislación costarricense por medio de la LGAP, en sus numerales 59, 66 párrafo 1°, 70, 129, entre otros, regulan la competencia como un elemento esencial de los actos administrativos, así como su alcance y características. De esta forma el artículo 59 refiere a la regulación de ésta por medio de la ley y que además corresponde a una potestad de imperio, el 66 refuerza lo anterior indicando que tal potestad y su ejercicio, los deberes públicos y su cumplimiento, son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, el 70 refiere a los tres caracteres indicados en el ordinal anterior disponiendo que la competencia debe ser ejercida por el titular del órgano salvo en los casos de delegación, avocación, sustitución o subrogación y según lo indicado en esa Ley, y el 129 refiere a que la competencia del ente u órgano administrativo determina la validez de su conducta externa.

De igual forma, la PGR[84] ha señalado que la competencia comprende el conjunto de poderes y deberes otorgados por el ordenamiento jurídico a una autoridad administrativa, señalándole los límites de su accionar, por lo cual debe ser atribuida por ley, en especial cuando se refiera a potestades de imperio, de ahí que al constituir un poder-deber no es disponible ni renunciable[85]. En este sentido, la competencia solo puede ser ejercida por el órgano que le haya sido legalmente atribuida (*imperatividad de la competencia*), entonces está vedado transferirla, salvo que exista una ley expresa que lo posibilite.

En síntesis, se puede decir que la creación de una competencia pública se refiere al mecanismo empleado por el Estado, para distribuir en los órganos que integran la Administración Pública, las distintas atribuciones o funciones, que deberán ser ejecutadas mediante un acto jurídico, una actuación, para el logro y satisfacción de los fines públicos[86].

81 DROMI, Roberto, Op. Cit., páginas 344 y 345.

82 ORTIZ ORTIZ, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Tesis XI, San José, Costa Rica, Editorial Stradtmann, 2002, páginas 50 y 51. Ha manifestado que: "...la medida normativa de la cantidad de medios materiales y jurídicos puestos por el ordenamiento a disposición del Estado para cumplimiento de un fin público determinado, a través de un centro parcial de acción (componente). Los medios en cuestión son comportamientos materiales o actos jurídicos. La norma que crea la competencia autoriza la ejecución de comportamientos materiales (ejecución de obras, prestación de servicios técnicos, etc.) o la realización de actos jurídicos, de manifestaciones de voluntad con efectos de derecho. De modo que la competencia es fundamentalmente un conferimiento de facultades (posibilidad de realizar actos jurídicos)."

83 ARNANZ, Rafael. De la competencia administrativa, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1967, páginas 26 y 27. Citado por JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, San José, Costa Rica, 2005, página 312.

84 Dictámenes No. C-041-99 de 14 de febrero de 1999 y C-140-2003 del 21 de mayo del 2003.

85 Artículo 66 de la LGAP, ya citado.

86 JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo,

De todo lo expuesto, se infiere que la Administración Pública está legitimada -como se verá en el punto siguiente 3.2-y es competente, en calidad de deber para ejercer todas aquellas acciones tendientes a la protección de su patrimonio. Tal inferencia se basa en los numerales 7, 8 inciso a) y 10 de la Ley General de Control Interno -LGCI-, lo cual refiere a la obligación de la Administración de disponer de un sistema de control interno que proporcione seguridad para el cumplimiento de sus competencias y atribuciones y que protega y conserve el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, cuya implementación recaerá sobre el jerarca y el titular subordinado.

Adicionalmente, a partir de la integración de una serie de principios constitucionales dispuestos en los artículos 9, 11, 33, 41, 45, 148, 149 y 188 y otros de rango legal[87], es que se determina la responsabilidad por parte de la Administración Pública en un sentido amplio[88] para el cobro de los daños y perjuicios que le sean causados a aquella proporción de bienes sobre los que ostenta una titularidad inmediata y que le han sido otorgados para el cumplimiento de sus fines.

Como resultado de lo anterior, resulta procedente indicar que para la protección y conservación del patrimonio público, la administración se encuentra en el deber[89] de ejercer todas aquellas medidas, de carácter administrativo y/o judicial que la Ley establezca, ya sea en cuanto al desarrollo de un procedimiento regulado en los artículos 308 y siguientes de la LGAP o por la vía judicial en un proceso monitorio de cobro según el nuevo Código Procesal Civil o en la vía ordinaria en la sede Contencioso Administrativa.

4.2 Legitimación en general

Señala el jurista nacional Eduardo Ortiz Ortiz que la legitimación corresponde a la titularidad de la potestad, para ejercer las atribuciones que otorga la competencia, con base en requisitos que garantizan la adecuación de dicho ejercicio al interés público y al interés de los administrados. Su ausencia produce la imposibilidad genérica para actuar en todos los casos del cargo[90]. También atañe a un requisito procesal que permite interponer o incoar un proceso, por existir algún grado de conexión entre la esfera jurídica de la persona y el objeto del proceso y, cuya falta puede dar lugar a la declaración de inadmisibilidad del mismo[91].

También la doctrina nacional, define la legitimación como una aptitud especial o una capacidad cualificada para ser parte en algún procedimiento administrativo o proceso. Esta capacidad procesal se deriva de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de un sujeto determinado con la conducta realizada por otro sujeto que ilegítimamente invalidó su esfera de intereses y derechos. Así, sería sujeto legitimado todo aquel que se encuentra en esta situación, confirmándose la legitimación procesal cuando existe relación directa o indirecta con el objeto presente en algún proceso o procedimiento específicos.[92]

De esta forma, se considera la legitimación como la posibilidad de ejercer la competencia para los casos que la misma abarca, en razón de haber cumplido determinados requerimientos jurídicos que corresponden a la condición necesaria al efecto.

En igual sentido, la legitimación también corresponde a la situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto, o una pluralidad de sujetos, en relación con el objeto litigioso de un determinado proceso, por lo que permite señalar, quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso; o mejor dicho, quiénes son los sujetos cuya participación procesal es necesaria para que la sentencia resulte eficaz. Pero, si las partes carecen de legitimación, el desarrollo del proceso no tendrá efectos dado que no existirá relación jurídica entre las partes.

Así las cosas, la legitimación es un presupuesto material

Tomo I, primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, San José, Costa Rica, 2005, páginas 312, 313 y 314.
87 Entre otras: LGAP, LCI, LAFPP, Ley de Contratación Administrativa, LOCGR, CPCA.
88 Se refiere al Estado y demás entes públicos o privados que administren, manejen, custodien, o reciban transferencias de los presupuestos públicos.
89 Ver los artículos 149 y 188 constitucionales.

90 ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Tesis XVIII, Editorial Stradtmann, San José, Costa Rica, 2002, páginas 346 y 347.
91 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, segunda edición, Editorial IUSTEL, Madrid, España, 2009, páginas 695 y 696.
92 JIMÉNEZ MEZA, Manrique, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, Poder Judicial, 2006, San José, Costa Rica, página 79.

de la acción procesal o procedimental y la ostenta el titular de la relación jurídica administrativa.

Para los efectos, existen dos tipos de legitimación: la activa y la pasiva. La activa, corresponde a las personas que ocupan la posición procesal de actores o demandantes como consecuencia de haber ejercitado el derecho de acción, o también se refiere a la afectación en la propia esfera jurídica necesaria para incoar un proceso como demandante. La pasiva es la situación jurídica en la que se encuentra un sujeto o pluralidad de sujetos respecto de la pretensión esgrimida por un tercero contra ellos en el proceso, ocupando la posición procesal de demandado o codemandado[93].

4.3 Legitimación activa de la Administración

El numeral 10 inciso 1, aparte e), del Código Procesal Contencioso Administrativo -en adelante CPCA-, establece que estarán legitimados para demandar: la Administración y los casos comprendidos en el párrafo quinto del presente artículo, cuando se haya causado un daño o perjuicio a los intereses públicos, a la Hacienda Pública, y para exigir responsabilidad contractual y extracontractual.

De donde se infiere que la primera instancia obligada a la recuperación de los daños y perjuicios será cada ente de la administración pública a la que le sean irrogados. En este sentido, la "administración pública"[94] comprende aquellos sujetos de derecho público definidos en el artículo 1 inciso 3) del CPCA, sea la Administración central, los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas, la Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público.

De estas normas se deriva la legitimación de la administración para recuperar los montos por los daños y perjuicios que le sean ocasionados, así como también a la CGR en el campo de la Hacienda Pública, función que le es encomendada por Ley con el fin de cumplir con sus cometidos en el campo del cuido y vigilancia de los recursos públicos.

De igual forma, la LJCA[95] en algunos incisos de sus numerales 19 y 20 regula la legitimación de las administraciones públicas como demandantes y determina algunas reglas: numerales 19.1.a, dice que las personas físicas o jurídicas están legitimadas para para incoar un proceso cuando ostenten un derecho o un interés legítimo; 19.1.c, que establece para la Administración del Estado la legitimación para impugnar los actos y disposiciones de cualesquiera otras administraciones públicas; numerales 19.1.d y e, relativo a la legitimación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales únicamente cuando la actividad impugnada afecte a su ámbito de autonomía; 19.1.g sobre las entidades instrumentales que están legitimadas para impugnar los actos de las restantes administraciones públicas que afecten el ámbito de sus fines, pero tienen prohibido impugnar la actividad de la Administración de la que dependen, excepto cuando sean Administraciones independientes -artículo 20.c-; 19.2 corresponde a la interposición del recurso de lesividad para anular actos propios; 20.a prohíbe interponer recurso a los órganos y a los miembros de los órganos colegiados contra los actos de una Administración, salvo autorización expresa por Ley[96]. De donde se colige que la referida Ley contiene un proceso debidamente reglado para ejercer la legitimación de parte de las administraciones públicas, de forma similar a como lo ostentan éstas en Costa Rica.

4.4 Títulos ejecutivos

4.4.1 Concepto y características

Tal y como se citó en el capítulo 2 anterior, una vez desarrollado el procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad por daños, se culmina con la emisión de un documento al que la ley le concede fuerza ejecutiva, es decir la posibilidad de hacerlo efectivo directamente o en sede judicial.
El título ejecutivo es un "acto-documento", que constituye

93 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Op. Cit., página 696.
94 Ver artículo 1 de la LGAP.

95 Ley 29/1998, de 13 de julio, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
96 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Op. Cit., páginas 697, 698 y 699.

la prueba documental que se le presenta al juez, para demostrar la existencia de una deuda establecida con anticipación[97]. También corresponde al que contiene de manera eficaz un derecho de crédito exigible a favor de determinada persona o de su poseedor y contra otra, claramente determinada[98]. El artículo 111.2 en su inciso 7, del nuevo Código Procesal Civil, Ley N° 9342 -en adelante CPC-, presenta la posibilidad de la existencia de títulos conforme lo señalen las diferentes leyes especiales, aquí es importante resaltar que en esta materia opera el principio de reserva de ley, que será la única capaz de otorgar ejecutividad a un determinado documento de crédito.

De acuerdo con el numeral antes citado, los títulos ejecutivos se agrupan en judiciales y extrajudiciales, dentro de los primeros se encuentran la certificación de resoluciones a que alude el inciso 5., del referido numeral, conjuntamente con los documentos privados y la confesión judicial a los que se refieren los incisos 3. y 4., respectivamente. Por su parte, como extrajudiciales se tienen los referentes a escrituras públicas y demás documentos incluidos en los incisos 1., 2., 6. y la lista abierta a leyes especiales que permite el inciso 7., del citado artículo, que en el ámbito administrativo se encuentran desarrollados en los artículos 204, 210 de la LGAP, 118 de la LAFPP y el artículo 76 de la LOCGR.

Por limitaciones de espacio no nos ocuparemos de la extensa lista de títulos ejecutivos del referido numeral 111.2 del CPC, sino únicamente de los del inciso 7., que corresponden a la lista abierta de documentos que leyes especiales permiten, pues es donde se encuentran los extrajudiciales administrativos, que se forman y perfeccionan en el seno de un ente u órgano de carácter público, el que ejerciendo sus potestades, certifica la existencia del adeudo, el monto del crédito, fecha de vencimiento, identificación del deudor, y demás elementos necesarios, a fin de acudir al Proceso Monitorio de Cobro.

Es decir, son los documentos emitidos por la Administración Pública en ejercicio de sus potestades de imperio, que hacen constar la existencia de un crédito líquido y exigible a su favor, y en virtud de tales potestades, gozan de fuerza ejecutiva, con el fin de compeler al deudor (privado o público), al pago de la suma indicada en el documento emitido por el propio órgano o ente. Dentro de éstos se encuentran: documentos para el cobro de tributos del Ministerio de Hacienda, certificaciones de deudas al IDA, documentos de cobro de accidentes de trabajo y saldos de pólizas a favor del INS, certificaciones de tributos municipales, certificaciones de deudas de la C.C.S.S., certificaciones de adeudos al INA, certificaciones de deudas al ICE, certificaciones de deudas al IMAS, certificaciones de adeudos al ICT, certificaciones de adeudos al A y A y resoluciones de la CGR, entre otros.

De lo supracitado se infiere que las administraciones públicas pueden por ley emitir títulos ejecutivos y hacerlos efectivos en el Proceso Monitorio de Cobro. Dentro de este grupo se hará mención sucinta de las resoluciones de la CGR, la cual en materia de su competencia de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública, puede fijar créditos a favor del Estado o de los sujetos pasivos, y estos poseen ejecutividad, según lo disponen los numerales 7 y 76 de su Ley Orgánica. El último numeral otorga ejecutividad "*a la resolución razonada que declare la responsabilidad y su monto pecuniario"*, previo cumplimiento del debido proceso.

De esta forma, lo dispuesto y consignado en la certificación es lo que se convierte en el título ejecutivo base del proceso. Además el referido artículo limita la causa de la lesión patrimonial del sujeto pasivo a una ilegalidad, la que además debe ser flagrante y manifiesta.

Así las cosas, de acuerdo con el artículo 76 de su Ley Orgánica, la CGR podrá certificar sus resoluciones definitivas con carácter ejecutivo, siempre y cuando establezcan una suma líquida y exigible en contra del servidor o servidores del sujeto pasivo (público y privado), y haya podido determinar como causa u origen del daño patrimonial una ilegalidad del servidor flagrante y manifiesta, según lo determine la propia Contraloría, la cual puede ser objeto del control jurisdiccional por medio del proceso ordinario correspondiente o por el

97 GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar, Consideraciones Prácticas en torno al Proceso Ejecutivo, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1996, página 31.
98 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., undécima edición, Buenos Aires, Argentina, 1993, página 386.

constitucional ante la respectiva Sala. Lo anterior es congruente con lo dispuesto el artículo 118 de la LAFPP.

Ahora bien, el artículo 210 de la LGAP establece la posibilidad tanto para la Administración como para la CGR de certificar con carácter de título ejecutivo una suma por daños directos que el agente o funcionario público hubiese causado sin necesidad de que la cantidad tenga que ser líquida y exigible, y dicho numeral aunado a los artículos 204 de la LGAP y 118 de la LAFPP, estipulan la competencia para la emisión de títulos ejecutivos y su posterior acceso a la vía de cobro judicial.

4.4.2 Requisitos previos a la presentación del título ejecutivo en sede judicial

Como se ha señalado en los dos capítulos anteriores, para la determinación de la responsabilidad por daños, previo a la creación del título ejecutivo, se debe seguir un procedimiento que garantice el debido proceso y derecho de defensa en sede administrativa, mediante el cual se le permita al investigado la suficiente oportunidad de audiencia y defensa en su favor. Este procedimiento corresponde a lo dispuesto en el artículo 308 y siguientes de la LGAP, no obstante se aclara que en el caso de ser desarrollado por parte de la CGR aplicaría el procedimiento especial establecido por su Reglamento de organización y servicio de las potestades disciplinaria y anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República, acorde con las normas de la LOCGR, en el artículo 76, en concordancia con lo establecido en los ordinales 367 de la LGAP y el 77 de la LOCGR.

Otro de los requisitos, ya citado, corresponde a la obligación de realizar dos intimaciones al responsable -artículo 150 de la LGAP-, las cuales deben contener un requerimiento de cumplir. Es importante señalar que el funcionario que certifica debe tener las facultades suficientes para expedir la certificación del título ejecutivo, que en el caso de las administraciones públicas corresponde al jerarca, salvo disposición legal contraria que autorice a otro funcionario, en el caso de la CGR le corresponde a la Contralora General de la República.

Según lo dispuesto en los ordinales 76 de la LOCGR, 118 de la LAFPP y los artículos 204 y 210 LGAP, la simple certificación de la resolución final firme del procedimiento o la copia certificada será el título ejecutivo. Lo cual significa que con la certificación por parte del jerarca, de la referida resolución, ésta corresponde al título ejecutivo. No obstante, para un adecuado trámite judicial, es recomendable que sea el jerarca el que emita la certificación del adeudo, del que se desprenda con claridad la parte o partes deudoras, el monto del daño y los intereses a esa fecha.

4.4.3 Trámite del proceso monitorio de cobro

El nuevo Código Procesal Civil (CPC), Ley N° 9342, se publicó en la Gaceta No. 68, Alcance No. 54 el 8 de abril de 2006 y entró en vigencia el 8 de octubre de 2018[99]. Dicha ley establece en el capítulo tercero -numerales 110 al 111-, un proceso monitorio para cobrar las deudas amparadas en documento público o privado, pero en esta investigación nos interesan los títulos ejecutivos, con fuerza ejecutiva y con obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, sin importar la cuantía.

El proceso de ejecución comprende el conjunto de actividades procesales, tendientes a la realización de un derecho reconocido y plasmado en un título ejecutivo y conlleva como requisito primordial la existencia del referido título, caso contrario no se puede requerir su apertura[100]. Tal y como se indicó supra, los títulos son documentos en los que se reconoce la existencia de un derecho y la obligación correlativa por parte del deudor de dar, hacer o no alguna cosa.

Su conocimiento corresponde a los juzgados civiles especializados en el cobro de obligaciones dinerarias basadas en un documento -título ejecutivo-, que debe cumplir con requisitos mínimos de admisibilidad.

99 Derogando la Ley de Cobro Judicial, Ley N° 8624, de 1 de noviembre de 2007.

100 En este sentido, el Tribunal Primero Civil recalcó mediante Sentencia N° 34-F de las 7:45 horas del 2 de febrero de 2006 que: "El proceso ejecutivo requiere para su interposición, de la necesaria existencia de un título de características especiales y al cual el ordenamiento le da un estatus especial. Este documento (título ejecutivo) se convierte en la llave indispensable para abrir el umbral de la ejecución, y de ahí que su aportación al presentar la demanda se convierta en un requisito sin el cual no es posible iniciar el proceso."

El artículo 111.2, inciso 7., de la ley en cuestión, que se refiere a los títulos ejecutivos, señala a *"toda clase de documentos que, por leyes especiales, tengan fuerza ejecutiva"*, dentro de los cuales se ubican los emitidos por la Administración Pública y por ende por la Contraloría General de la República.

Luego prosigue la presentación de la demanda y su admisión, la cual debe cumplir con los requisitos legales, incluyendo la solicitud del pago de los extremos reclamados en el emplazamiento y el embargo simple sobre el patrimonio del demandado con la presentación del título ejecutivo. Si la demanda no cumple con los requisitos exigidos, se prevendrá para que se subsanen dentro de un plazo improrrogable de 5 días, caso contrario se declarará inadmisible y se ordena su archivo.

La ejecución no podrá despacharse sino por deuda cuya cantidad sea líquida, o que pueda liquidarse con vista del documento presentado, y que sea exigible, pero si el documento carece de ejecutividad para decretar la medida cautelar se debe realizar el depósito de garantía del embargo preventivo. Se admite la demanda, se dicta la resolución intimatoria y se ordena el pago de los extremos reclamados, pero se le previene al demandado que, puede oponerse o mostrar su conformidad dentro de un plazo de cinco días. Si la parte demandada se allana, sea no se opone dentro del plazo o la oposición es infundada, se ejecutará la resolución intimatoria, sin más trámite. Pero si la oposición es fundada se suspenden los efectos de la resolución intimatoria, salvo lo relativo a los embargos.

Si la oposición es fundada se señala una audiencia oral regida por las disposiciones del proceso sumario, en la cual se anima a la conciliación, se ratifican, ajustan o aclaran las pretensiones, se hace referencia a la contestación del actor de las excepciones opuestas, se admite o rechaza la prueba sobre actividad procesal defectuosa, vicios del procedimiento invocados, excepciones procesales y saneamiento, se fija el objeto del debate, la admisión y práctica de pruebas, conclusiones de las partes y dictado de la sentencia.
Solo se admite la oposición que se fundamente en falsedad del documento, falta de exigibilidad de la obligación, pago o prescripción.

En la sentencia se determina si se confirma o se revoca la resolución intimatoria, si se desestima se revocará cualquier acto de ejecución o medida cautelar que se haya acordado. Pero el actor puede ordinariar el proceso, en el plazo de diez días a partir de la firmeza de la sentencia desestimatoria, si se admite la conversión, se conservan las medidas cautelares obtenidas mediante caución, así como la anotación de la demanda, y toda la prueba practicada con anterioridad.

Finalmente, se puede destacar como un valor agregado del proceso monitorio de cobro del CPC, la reducción de plazos a diferencia de los procesos anteriores, y que si el deudor no contesta la demanda con la prueba útil y en el plazo conferido y tampoco paga lo adeudado, el juez despachará la ejecución en forma definitiva, lo que corresponde a una ejecución coactiva o de apremio, en forma rápida y sin posibilidades de afrontar atrasos injustificados por parte del deudor.

En el derecho comparado y para el caso de España, existe un Reglamento[101], el cual dispone en su artículo 1 que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la de sus autoridades y personal a su servicio se hará efectiva conforme a las previsiones de la LPC y con los procedimientos establecidos en dicho Reglamento, disponiéndose que se seguirán los procedimientos descritos en los capítulos II y III, sea el procedimiento general y el abreviado, el primero corresponde a un procedimiento ordinario -regulado en los ordinales 142 y 143 de la LPC y 4 al 13 del citado Reglamento-, está compuesto por tres fases: i.- fase de inicio que corresponde al reclamo del interesado -ordinal 6.1 del Reglamento-, ii.- fase de instrucción consta de la acreditación de la prueba, informes de órganos administrativos como el del servicio que ocasionó el daño, audiencia a las partes, propuesta de resolución y el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico -ordinales 7 al 12 del Reglamento- y iii.- finalización por resolución expresa o en su defecto, desestimación presunta -ordinales 8 y 13 del Reglamento-. Tal procedimiento posee variantes una de las cuales corresponde al procedimiento abreviado[102], el cual está regulado en

101 Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.
102 TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel, Derecho Administrativo Parte General, Segunda Edición, Editorial Atelier, Barcelona, España, 2015, página 517.

los numerales 143 de la LPC y 14 al 17 del Reglamento supracitado, debe ser utilizado para los casos en que procede estimar la petición, pero a pesar de que se le considera un atajo, pues conlleva una reducción de los plazos de tramitación previstos en el procedimiento general[103] puede conducir al mismo punto de partida y hasta demorar la resolución, pues luego de recorrer casi en forma completa esta supuesta vía abreviada pueda que se acuerde regresar al procedimiento general[104].

Además, dentro de la LPC se encontró otro procedimiento que pareciera puede ser aplicado a los agentes públicos, de esta forma y según lo prescribe el numeral 95 de la referida Ley, la Administración puede realizar, a través de sus órganos competentes, previo apercibimiento, la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando se suspenda la ejecución acorde con la ley o cuando la Constitución o la ley requieran la intervención de los Tribunales.

En este sentido, se cuenta con medios de ejecución forzosa, según lo dispuesto en el ordinal 96 de dicha Ley, que presenta cuatro instrumentos, pero con la precisión de que si fueran dos o más los medios que pudieran ser utilizados, deberá seleccionarse el menos restrictivo de la libertad individual, según el inciso 2 de dicho artículo.

El primer medio está reservado a los supuestos en que el acto administrativo conlleva la obligación de satisfacer una cantidad líquida -ordinal 97.1-, sea medible en unidades monetarias. Tal medio pareciera ser uno de los más idóneos para que la Administración pueda resarcirse de los daños que le fueron irrogados por el funcionario[105].

El procedimiento para realizar el apremio no se establece en la LPC, pues el referido ordinal 97.1, remite a "las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva", las cuales están contenidas dentro de los artículos 163 a 173 de la LGT[106] y en el Reglamento General de Recaudación[107]. El procedimiento es simple y comprende la emisión de una certificación de descubierto por parte del órgano gestor directo de la deuda, la cual contiene la cuantía de ésta y su no pago por parte del deudor, y sobre la base de la certificación se emite la providencia de apremio, acto que origina el procedimiento ejecutivo, y el embargo de bienes del deudor en cuantía suficiente para cubrir el monto de la deuda y la subasta pública de los bienes, cuya venta debe satisfacer el débito, si hubiere sobrante quedará a disposición del deudor[108].

En el caso argentino rige el decreto 1154/97[109] que establece el procedimiento a seguir para el caso de responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, pero en las provincias el procedimiento corresponde al juicio de responsabilidad. El decreto dispone que para determinar la responsabilidad es necesario realizar una investigación previa, que se sustanciará como información sumaria o sumario, conforme al reglamento de investigaciones administrativas aprobado por el decreto 1798/80 o el que lo sustituya -numeral 21-. Definida la responsabilidad, el monto del daño y el perjuicio, el jefe del servicio jurídico correspondiente intimará al responsable al pago de la deuda en el término de diez días hábiles. Si la gestión fracasa se promueve la acción judicial salvo que resulte antieconómico, lo cual no obsta para ejecutar las sanciones disciplinarias y acciones penales que correspondan. En el caso de las provincias los juicios de responsabilidad se tramitan en su primera fase por medio de un sumario, pero si se decide, normalmente por el Tribunal de Cuentas, la existencia de motivos suficientes, se inicia el juicio de responsabilidad para juzgar la conducta del funcionario inculpado[110].

De esta forma, se puede constatar que las legislaciones referidas -española, argentina y la costarricense-, contienen similitudes como el procedimiento ordinario para buscar la verdad real de los hechos, los montos de los daños y perjuicios, para que en los casos que proceda, elaborar la certificación del adeudo o título ejecutivo, los cuales deben cumplir con ciertos requisitos, los requerimientos para el impulso del procedimiento de cobro sea en sede administrativa o

103 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Op. Cit., página 521.
104 REBOLLO PUIG, Manuel, La Reclamación de la indemnización, capítulo II, página 118 a 121, Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.
105 COBO OLVERA, Tomás, Op. Cit., páginas 397 a 399.
106 Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre de 2003.
107 Aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio 2005.
108 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alonso, Op. Cit., páginas 157 a 160.
109 De fecha 5 de noviembre de 1997, publicado el 11 del mismo mes y año.
110 ECHEVESTI, Carlos A., Op. Cit., páginas 200 a 202.

judicial, el embargo y el remate de los bienes, con lo cual verificamos que existen las herramientas requeridas para proceder al cobro de los daños y perjuicios que le fueran irrogados a la Administración, y que ésta debe ser la más interesada y diligente en recuperar los montos que tuvo que liquidar por el accionar de sus funcionarios que le produjeron un daño, con lo cual se evidencia que tiene la obligación de aplicar la acción de regreso correspondiente, una vez cumplido el debido proceso y el derecho de defensa de los responsables, para activar en las sedes administrativas y/o judiciales el procedimiento correspondiente para los cobros respectivos de los montos que tuvo que cancelar y poder recuperar los recursos públicos destinados a cumplir los fines para los que fueron presupuestados.

5. Conclusiones

a. Con la presente investigación se obtuvo una sistematización del esquema del daño a la Administración Pública, pues se considera que se pudieron definir y construir los conceptos, con su aplicación e integración dentro del ordenamiento jurídico, lo que hace posible su recuperación, con un efectivo ejercicio de las competencias de la Administración Pública y también de la CGR.

b. La doctrina y los ordenamientos muestran preocupación en este campo y se denota que han avanzado, pues han dirigido esfuerzos a sistematizar los esquemas de responsabilidad, promulgando Leyes y Reglamentos, relativos al género de "responsabilidad civil", con normativa cada vez más clara y coherente. El ordenamiento jurídico costarricense, estructura un régimen propio, de responsabilidad por daño a la Administración Pública, que se esperaría que mejore en vista del actual Proceso Contencioso Administrativo, el nuevo Código Procesal Civil, que en principio acelerará los procesos de cobro por daños y la competencia y legitimación que ostenta tanto la Administración activa como la CGR, para participar en este tipo de procesos en los que estén inmersos fondos públicos relativos a la Hacienda Pública y máxime cuando conciernan a aspectos que se relacionen con actos de corrupción.

c. En el campo del derecho de daños, el concepto de "responsabilidad por daños" es más amplio que el de "responsabilidad civil", puesto que el primero comprende todas las posibles situaciones que se pudieran presentar, por lo que pareciera más atinado referirse al primero.

d. El daño constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial del damnificado, el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del que era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Se constituye como la brecha perjudicial que se produce entre la situación inicial, anterior al acaecimiento del hecho dañoso, y la condición final, posterior al hecho dañoso, por lo que para cumplir con el resarcimiento se debe procurar regresar a esa situación original.

e. Para que jurídicamente un daño pueda ser restituido, éste debe ser efectivo (real y cierto); evaluable económicamente o cuantificable, e individualizado con relación a una persona o grupo para que surja la obligación de indemnizar. Además, el daño debe subsistir al momento del resarcimiento y no haber sido reparado por el responsable; debe consistir en una turbación o molestia anormal que exceda las cargas comunes de la vida social; además, debe provenir de la lesión a una situación lícita. Finalmente, entre el daño producido y la conducta desplegada, debe existir una relación directa e inmediata de causa-efecto, lo que se denomina en doctrina relación de causalidad.

f. El daño moral tiene relevancia en los casos en los que la Administración activa deba ejercer la recuperación plenaria de todo lo pagado a un tercero por un daño cometido con dolo o culpa grave por sus funcionarios, en un esquema de responsabilidad objetiva y considerando un ejercicio posterior de distribución interna de responsabilidades, contenida en los artículos 203 al 210 de la LGAP, que garantice tal recuperación.

g. La aplicación de la acción de regreso, cuando la Administración haya cancelado el monto del

daño producto de sus funcionarios, se ha estado fortaleciendo, pues la doctrina y la legislación están promocionando y obligando, respectivamente, a la referida Administración a la recuperación plena de lo pagado con la promulgación de nuevas leyes y reglamentos, así como también con la introducción de mejoras a los vigentes. En este sentido y entratándose de fondos públicos, resulta necesario reforzar el control sobre la recuperación de los montos por daños y fiscalizarlo, por parte de las Administraciones Públicas y de la CGR, respectivamente, máxime por la situación fiscal que atraviesa el país.

h. La Administración activa ostenta la competencia relativa al resarcimiento por daños, en razón del cuido y preservación del Patrimonio Público, por lo que tiene el deber inherente de ejercer todas aquellas acciones de carácter administrativo y/o judicial, tendientes a la protección de su patrimonio, entre las cuales se encuentran los procedimientos en sede administrativa o los procesos cobratorios en sede judicial por daños y perjuicios.

i. Tanto la Administración activa como la CGR tienen legitimación activa para demandar el cobro de las responsabilidades por daños que se establezcan una vez cumplido el debido proceso y el derecho de defensa, y puedan emitir resoluciones o certificaciones que constituyen títulos ejecutivos, que su Ley Orgánica y otras leyes, les permiten certificar. La Administración se regirá por las normas específicas que regulan su legitimación para efectos de cobrar en sede judicial y administrativa los títulos ejecutivos.

j. Se observa en el ordenamiento jurídico costarricense la existencia de competencias paralelas entre la Administración y la CGR, para los casos de cobro de los daños y perjuicios tanto en sede administrativa como judicial, por lo que el ejercicio de las referidas competencias debe desarrollarse de manera óptima y eficiente, buscando el mejor uso alternativo de los escasos recursos públicos; en primera instancia y obligatoriamente, por parte de la Administración, sin perjuicio de la intervención que pueda tener la Contraloría General de acuerdo con sus competencias.

k. La CGR con base en su competencia constitucional de vigilante de la Hacienda Pública, podría intervenir de forma oficiosa y directa, cuando existan condiciones especiales dentro de la Administración Pública, tales como el posible conflicto de intereses o intereses contrapuestos entre las dependencias administrativas y las autoridades internas de la Administración, que se evidencien en las diferentes posiciones en cuanto a la obligación de recuperación del daño; en el supuesto contemplado en el párrafo segundo del artículo 209 de la LGAP; o bien que las personas involucradas correspondan a las autoridades superiores, o bien sean funcionarios de elección popular; casos de alto riesgo en cuanto a los impactos y efectos gravosos en razón de la magnitud del daño o que sean de cuantía considerable; la eventual conexión del daño con hechos de corrupción, y otros casos de interés público y circunstancias especiales.

l. Resulta imperativo realizar una coordinación estrecha tanto interna como externamente por parte de los órganos judiciales, de control y fiscalización, y de la Administración Pública; de forma que todos se encuentren sintonizados para poder prevenir, atacar y recuperar los montos de los daños que se le irroguen al Estado por parte de sus propios funcionarios, poniendo especial cuidado en el área de la contratación administrativa, dada la sensibilidad de ésta en la propagación de daños, algunos de los cuales podrían conllevar presuntos hechos de corrupción, de esta forma ante las ampliaciones, modificaciones, rescisiones y resoluciones contractuales es necesario investigar si podría existir algún hallazgo que confiera algún tipo de responsabilidad por daños, los cuales una vez acreditados se proceda con los procedimientos correspondientes tanto en la vía administrativa como judicial que conlleven la recuperación de los montos pagados por los daños causados por sus funcionarios.

m. Con relación a la coordinación externa es necesario puntualizar lo dispuesto en el numeral 209 de la LGAP con relación a una eventual falta personal del Presidente o del Ministro ligada con un daño, con el objeto de poder iniciar de forma expedita el proceso de recuperación.

6. Referencias bibliográficas

Alarcón Sotomayor, Lucía, Plazo para exigir la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, capítulo III, Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.

Alsina Bustamante, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Amaya Olaya, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, primera edición, impreso por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002.

Arnanz, Rafael. De la competencia administrativa, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1967. Citado por JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, San José, Costa Rica, 2005.

Cabanellas De Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, undécima edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993.

Cobo Olvera, Tomás, El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, España, 2003.

Díaz Delgado, José, La Responsabilidad Patrimonial Del Estado por Dilaciones Indebidas en el Funcionamiento de la Administración de Justicia, España.

Dromi, Roberto, Derecho Administrativo I, doceava edición, Editorial Ciudad Argentina – Hispania Libros, Buenos Aires, Argentina, 2009.

Echevesti. Carlos A., Responsabilidad de los funcionarios públicos, primera edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, decimotercera edición, Editorial Tecnos S. A., España, 1995.

García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo II, octava edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003.

Goldenberg, Isidro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.

González Camacho, Oscar, Consideraciones Prácticas en torno al Proceso Ejecutivo, Escuela Judicial, San José, Costa Rica,1996.

Hutchinson, Tomás A., Responsabilidad de los funcionarios públicos, primera edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Iturraspe, Mosset, Introducción a la responsabilidad civil, citado por Echevesti. Carlos A., Responsabilidad de los funcionarios públicos, primera edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Jiménez Meza, Manrique, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, Poder Judicial, San José, Costa Rica, 2006.

Jinesta Lobo, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Bogotá, Colombia, 2005.

Jinesta Lobo, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo, Tomos I y II, primera edición, Biblioteca Jurídica Diké, San José, Costa Rica, 2005.

Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011.

Mata Sierra, María Teresa y Blasco Delgado, Carolina, Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el Ámbito Tributario", Capítulo XIV, Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.

Medina Alcoz, Luis, La responsabilidad patrimonial por acto administrativo, primera edición, Editorial Aranzadi, SA, Navarra, España, 2005.

Menéndez Sebastián, Eva María, Principios de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, capítulo I, Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.

Orgaz, Alfredo, citado por Goldenberg, Isidro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.

Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Stradtmann, San José, Costa Rica, 2002.

Pérez Vargas, Víctor, Derecho Privado, Litografía e Imprenta LIL, segunda edición, San José, Costa Rica, 1991.

Rebollo Puig, Manuel, La Reclamación de la indemnización, capítulo II, Tomo I, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.

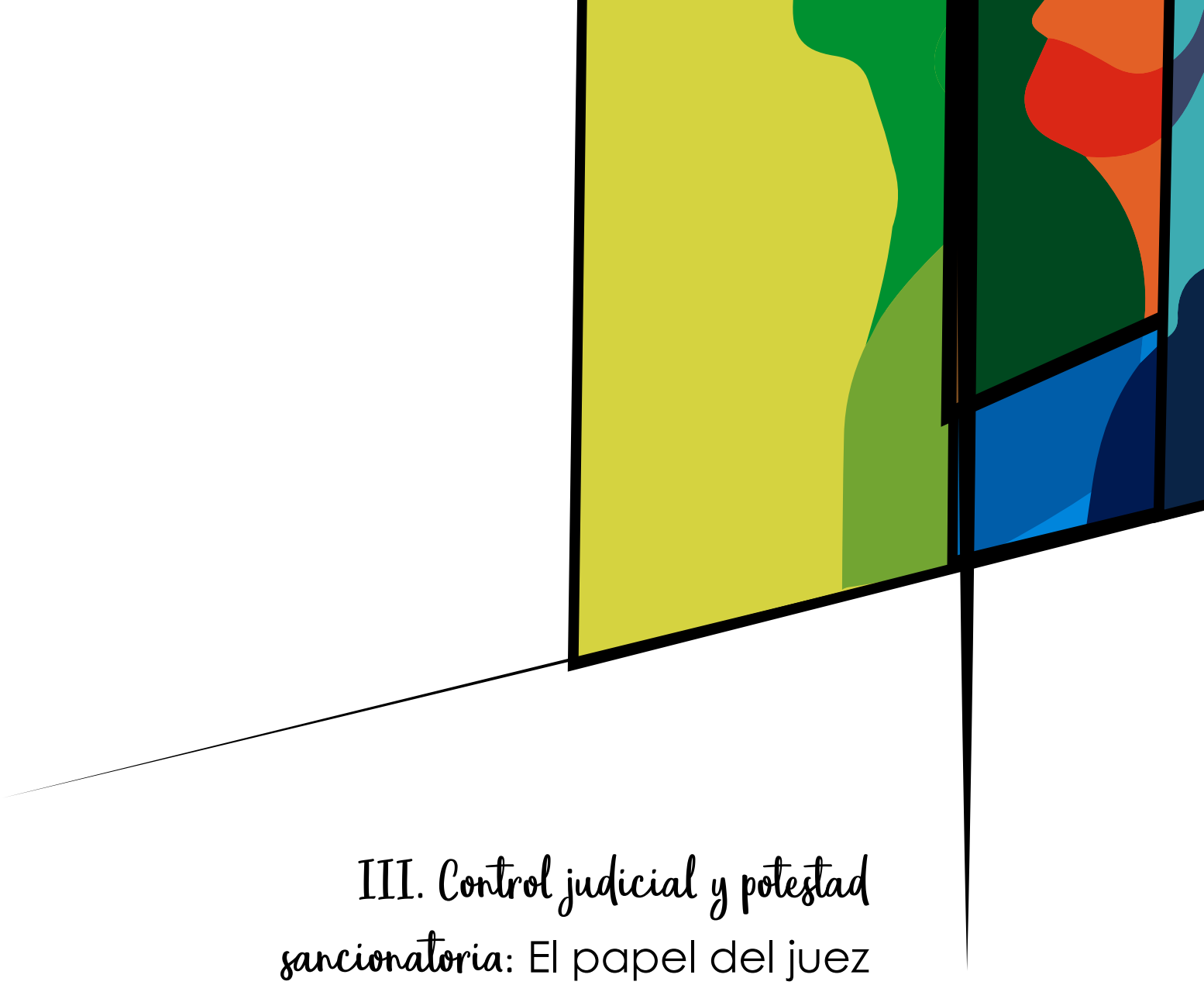
Sánchez Morón, Miguel, Derecho de la Función Pública, segunda edición, editorial Tecnos, España, 1997.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Iustel, Madrid, España, 2009.

Trayter Jiménez, Joan Manuel, Derecho Administrativo Parte General, Segunda Edición, Editorial Atelier, Barcelona, España, 2015.

Vázquez Ferreira, Roberto. Responsabilidad por daños. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1993.

Zannoni, Eduardo A., El daño en la responsabilidad civil, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.



III. Control judicial y potestad sancionatoria: El papel del juez

Revista de Derecho de la Hacienda Pública Vol. XII.
Enero-Junio, 2019. ISSN-221-3624

El control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de la Administración Pública

Juan Gabriel Monge Obando[1]
juan.gabriel.monge@cgr.go.cr

Sumario:

1. Introducción.
2. Potestad disciplinaria de la Administración Pública. 2.1. Origen. 2.2. Principios que la rigen. 2.3. Formas de ejercerla.
3. Jurisdicción Contenciosa Administrativa. 3.1. Origen, antecedentes y marco regulatorio. 3.2. Principios del proceso jurisdiccional contencioso administrativo. 3.3. Potestades del Juez Contencioso. 3.4. Formas para ejercer el control de la potestad disciplinaria de la Administración Pública. 3.5. Alcances y límites del ejercicio de control. 3.6. Límites sobre las faltas de los servidores públicos al deber de probidad.
4. Conclusiones.
5. Referencias Bibliográficas.

1 Fiscalizador de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Potestad sancionatoria. Fiscalización judicial. Actos administrativos. Juez Contencioso. Procedimientos administrativos. Administración Pública. Imposición de sanciones.

Resumen: El Derecho Administrativo Sancionador está inmerso en el poder punitivo del Estado, el cual permite penar o reprochar todas aquellas conductas de los administrados que se puedan considerar contrarias a derecho y en perjuicio de los intereses de la administración pública. Esta potestad sancionatoria debe utilizarse para vigilar las violaciones al ordenamiento jurídico, con la finalidad de procurar que en menor proporción se promueva la impunidad de los actos construidos o ejecutados de manera contraria al ordenamiento jurídico administrativo. Es por ello que, resulta de gran relevancia la eficiente aplicación que de ese derecho lleve a cabo la Administración Pública, procurando una reacción oportuna contra tales efectos nocivos. Mediante la creación de la jurisdicción contencioso administrativo, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de fiscalización judicial de los actos administrativos, así como, también, la fiscalización del uso de las facultades regladas, dotando a los administrados de un nuevo y verdadero derecho subjetivo que garantizara su defensa en caso de violaciones por parte de los gobernantes, ese sometimiento de la Administración Pública y su accionar se desprende de la relación de los artículos 11, 28, 41, 49 de la Constitución Política, junto a las contempladas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, las cuales, brindan diversas potestades al Juez Contencioso Administrativo, para ejercer control de legalidad sobre los procedimientos administrativos llevados a cargo por la Administración Pública, para la imposición de sanciones.

1. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la potestad sancionatoria bajo análisis y sus correspondientes sanciones u obligaciones, debe ser llevado a cabo a la luz de un procedimiento administrativo que le garantice al administrado o al servidor público, como parte del debido proceso, su derecho de defensa, así como formular todos los alegatos que permitan hacer valer sus derechos como parte del procedimiento en el que participa. Es importante referir que la potestad sancionatoria que ostenta la administración pública tiene inmersa la potestad disciplinaria, resultando procedente indicar que la segunda es una manifestación del ejercicio de la primera pero no el único. Ahora bien, en caso de que la potestad sancionatoria se lleve a cabo en franca violación a los derechos del administrado, se abre plenamente la posibilidad para que dicha actuación sea sometida a la tutela de legalidad bajo la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, se rompe con el paradigma de contar con un juez pasivo y lejano a las partes, en donde no tenía mayor injerencia que la función de atender las gestiones procesales que se presenten a la luz de las fases que el proceso, pasando a tener una injerencia directa en la celeridad de la acción, teniendo una participación más activa y cercana a las partes producto de las fases orales que permiten una interacción más humana entre todos los participantes del proceso. Ese control de la jurisdicción sobre la administración pública representa uno de los rasgos esenciales de todo Estado social de derecho y faculta la supervisión de la existencia de otros caracteres inherentes a esta figura de gobierno, los cuales, en caso de ser sometidos a un control efectivo, posibilitaran el gobierno del principio de legalidad, que no es otra cosa más, que el sometimiento de la Administración Pública al Ordenamiento Jurídico con respeto a una adecuada separación de funciones que garanticen el pleno goce de los derechos y garantías de los administrados.

2. Potestad Disciplinaria de la Administración Pública

2.1 Origen

El Derecho Administrativo Sancionador está inmerso en el poder punitivo del Estado, el cual permite penar o reprochar todas aquellas conductas de los administrados que se puedan considerar contrarias a derecho y en perjuicio de los intereses de la administración pública.

Esta potestad sancionatoria debe utilizarse para vigilar las violaciones al ordenamiento jurídico, con la finalidad de procurar que en menor proporción se promueva la impunidad de los actos construidos o ejecutados de manera contraria al ordenamiento jurídico administrativo. Es por ello que, resulta de gran relevancia la eficiente aplicación que de ese derecho lleve a cabo la Administración Pública, procurando una reacción oportuna contra tales efectos nocivos.

La existencia de un Derecho Administrativo Sancionador obedece a varias razones de orden práctico, vinculadas al cumplimiento de las normas. Para lograr la efectividad de los mandatos jurídicos, es preciso vigilar y prevenir las contravenciones, pero también reaccionar cuando se producen, de forma que no resulten impunes. Y esto no puede ni debe hacerse sólo con el Ius puniendi penal.[2]

La potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, forma parte de un genérico ius puniendi del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones.[3]

Para el caso de Costa Rica, si bien se podría pensar que la potestad sancionatoria se consagra en el cardinal 140 de la Constitución Política[4] y le fue otorgada al Poder Ejecutivo, -incisos 3, 5 y 6- puesto que refiere como un deber y como una atribución de este el sancionar y promulgar las leyes, así como reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su cumplimiento, lo cierto del caso es que tanto los entes públicos así como los órganos que forman parte de la Administración Pública, también ostentan la referida potestad sancionatoria, ya que al igual que el Poder Ejecutivo tienen la plena capacidad de perseguir en la rama de su competencia las actuaciones de los administrados que riñan contra el ordenamiento jurídico.

Como sustento de lo anterior, a modo de ejemplo se encuentra el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el cual entre otros puntos indica que cuando en el ejercicio de sus potestades determine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento jurídico de control y fiscalización o ha provocado lesión a la Hacienda Pública, recomendará al órgano o autoridad administrativa mediante un criterio técnico vinculante, la aplicación de la sanción correspondiente de acuerdo al mérito del caso.[5]

Ahora bien, es más que claro que el ejercicio de la potestad bajo análisis y sus correspondientes sanciones u obligaciones, debe ser llevado a cabo a la luz de un correspondiente procedimiento administrativo que le garantice al administrado, como parte del debido proceso, su derecho de defensa, así como formular todos los alegatos que permitan hacer valer sus derechos como parte del procedimiento en el que participa.

En caso de que la potestad sancionatoria se lleve a cabo en franca violación a los derechos del administrado, se abre plenamente la posibilidad para que dicha actuación sea sometida a la tutela de legalidad bajo la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.[6]

2.2 Principios que la rigen

La Ley General de la Administración Pública de este país, a partir del cardinal 214 contempla los principios rectores que tutelan la potestad sancionatoria de la administración pública. No obstante, el artículo 229 del mismo cuerpo legal establece la línea que permite aplicar de forma supletoria otros principios que no estén expresamente establecidos en la normativa administrativa especial, como lo son el Código Procesal Contencioso Administrativo, Código Procesal Civil, Ley Orgánica del Poder Judicial y el resto del Derecho Común.

En la actualidad el Ordenamiento Jurídico está conformado ya no tanto por normas concretas como por una red de principios generales que actúan como un deus ex machina que simplifica la aplicación de las leyes[7]

2 MILANO SÁNCHEZ, Aldo, ORTÍZ ZAMORA Luis A., RIVERO ORTEGA Ricardo. Manual de Derecho Administrativo, 1°ed. San José, C.R. Editorial Jurídica Continental, 2016. Página 237.
3 NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5da edición, Editorial Tecnos S.A 1993, página 80.
4 Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949. Artículo 140 incisos 3), 5) y 6).
5 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 1994. Artículo 68.
6 Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949. Artículo 49.
7 NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5da

En el Derecho Administrativo Sancionador, donde se aplican normas elaboradas en tiempos distintos y que obedecen a mentalidades diferentes, en las que junto a intereses generales se han defendido intereses sectoriales, el único medio de dar cohesión al ordenamiento es la aplicación de principios permanente, cuya vigencia se fuerza al ser incardinados en los preceptos constitucionales.[8]

Es por ello que para el correcto desarrollo de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, en la actualidad resulta de gran relevancia la aplicación de los principios rectores en la materia, los cuales a su vez puedan garantizar al administrado investigado la certeza de que en la eventualidad de una sanción, está se lleve a cabo a la luz de un correcto procedimiento que le garantice entre otros aspectos medulares su derecho de defensa, el debido proceso, el principio legalidad, de imparcialidad, de culpabilidad, así como el de non bis in idem, entre otros.

Sin embargo, debido a que el proceso administrativo también está permeado por el principio de celeridad, ésta facultad sancionatoria cuenta con particularidades propias existentes en razón de su naturaleza ágil, por lo que no se trata de un proceso ultra garantista, como ocurre dentro del proceso sancionatorio penal.

Por ello, para un mejor desarrollo de la exposición resulta de relevancia referir el contenido de los principios supra indicados de la siguiente forma:

Debido Proceso: La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado este principio indicando lo siguiente:

> "*(...) el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." "...el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa. (...)"*[9]

Principio de legalidad: establece que será reserva de ley lo concerniente a las sanciones administrativas, lo que implica que solamente mediante la ley o reglamento será posible alterar la esfera jurídica de los administrados con la creación de nuevas infracciones y sus correspondientes sanciones.

El principio de tipicidad: se refiere a una derivación o acepción más del principio de legalidad, implica que las acciones o conductas reprochables como infracciones administrativas y su correspondiente sanción, deberán estar clara y expresamente determinadas por la ley o en un reglamento.

El principio de culpabilidad: al igual que en la materia penal, involucra conceptos como el dolo, la culpa o negligencia en la acción sancionable.

El principio de proporcionalidad de las sanciones: se puede indicar que emana de principios preexistentes, en este caso, del "principio de proporcionalidad de las penas" formulado en el Derecho Penal. Este principio corresponde al derecho de que la sanción que se aplica deberá ser proporcional a la infracción que se cometa.

edición, Editorial Tecnos S.A 1993, página 40.

8 NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5da edición, Editorial Tecnos S.A 1993, página 41.

9 Sala Constitucional sentencia N°15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990

Principio de imparcialidad: también es conocido como de 'Juez imparcial', especialmente en el ámbito administrativo, por desempeñar la Administración en este ámbito un doble papel como Juez y parte, lo que la obliga a instar el procedimiento, verificar la verdad real de los hechos, y resolver el caso y ha observado que quienes integren los órganos directores y decisorios están obligados a actuar con la mayor objetividad e imparcialidad y que, en caso de que existan motivos que permitan anticipar algún grado de parcialidad en el asunto, las partes pueden hacer uso de la facultad que les otorga la Ley para abstenerse o para recusar. En este sentido, este Tribunal ha señalado que la participación de la Administración como parte y Juez en los procedimientos administrativos no viola, 'per se', ese principio de imparcialidad. La Administración tiene un verdadero 'interés institucional' en este tipo de procedimientos, en tanto lo que se discute en ellos concierne al interés general, sea porque en ellos se discuta la correcta utilización y control en el manejo de los fondos públicos, o el adecuado desempeño de funciones públicas por parte de un funcionario público. Por otra parte, resulta oportuno recordar que estamos en el ámbito de la Administración Pública, de manera que lo que se resuelva en esa vía, es revisable posteriormente en la vía jurisdiccional. [10]

Principio de "non bis in idem": se puede decir que dicho principio se conoce como la prohibición de doble incriminación y ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina jurídica, y resulta además aplicable al derecho sancionador administrativo. Conforme a ese principio la persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia o acto administrativo firme, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos.

Sobre el particular, nuestra Jurisprudencia ha indicado lo siguiente:

> *"...El principio "non bis in idem", que en su acepción general constituye una prohibición a la doble persecución judicial por un mismo hecho a una misma persona, es tutelado en el artículo 42 de la Constitución Política, y la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha aceptado que es también de aplicación en sede administrativa, lo que implica la imposibilidad de sancionar doblemente, aún en sede disciplinaria, una misma infracción o hecho cometido por la misma persona..."* [11]

Principio de proporcionalidad y razonabilidad: A nivel nacional, nuevamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha realizado diferentes pronunciamientos sobre el tema y lo ha definido que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión.[12]

Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.[13]

Como puede verse, la aplicación de la potestad sancionatoria de la administración pública está ligada a

10 Sala Constitucional sentencia N° 2007-015001 de las 15:08 horas del 17 de octubre de 2007

11 Sala Constitucional sentencia N° 2005-06235 de las 14:37 horas del 31 de mayo de 2005.

12 Sala Constitucional sentencia N° 8858 de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998.

13 Sala Constitucional sentencia N° 8858 de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998.

diversos principios, los cuales tienen una gran relevancia en la esfera jurídica de los administrados sometidos al régimen sancionatorio de la administración, esto debido a que tanto su incorrecta aplicación como la omisión en ello, puede generar vicios graves en la tramitación de los procesos que puede culminar con una arbitrariedad administrativa, la cual claramente puede ser sometida al control de legalidad del Juez Contencioso Administrativo.

2.3 Formas de ejercerla

Un aspecto importante que se debe resaltar al momento de hablar sobre las formas de ejercer la potestad sancionatoria de la administración pública, justamente en la prescripción de la misma, la cual claramente está vinculada a la inacción por el paso de tiempo que impide perseguir un ilícito administrativo en perjuicio del interés público, y podría decirse que en beneficio del posible investigado, quién en el correcto ejercicio de dicha potestad, no deberá ser sometido a determinado procedimiento y en caso de serlo, tendrá la facultad de alegar en su defensa la prescripción, para que por esa vía sea resuelta la causa.

Sobre este punto, interesa señalar que en nuestro medio no existe un solo régimen disciplinario en el ámbito de la función pública, pues las exigencias de protección de los bienes jurídicos relativos a la correcta prestación del servicio son distintos en cada caso y así, de forma dispersa, se ha regulado. Dicho lo cual hay que añadir que dependiendo del régimen disciplinario en el que nos encontremos -según la falta cometida e incriminada-, así podría ser diversa la regulación del plazo de prescripción de la potestad sancionadora administrativa.

Según se ha reiterado, el poder sancionatorio-disciplinario de la Administración debe ejercerse en forma oportuna; es decir, que la sanción impuesta en un determinado momento, debe ser correlativa más que al tiempo de la comisión de la falta, al conocimiento efectivo y calificado de la infracción administrativa por parte de la autoridad competente para sancionar; con lo cual se procura, por un lado, dar seguridad jurídica al servidor, en el sentido de que tenga conocimiento de que su infracción ha de ser sancionada en un período determinado, impidiendo que se perpetúe la pendencia de una eventual sanción disciplinaria, y por el otro, se garantiza a la entidad patronal el legítimo ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.[14]

Adicionalmente, se ha señalado que en punto a la responsabilidad del funcionario público por falta personal, por infracción de los sistemas de fiscalización superior, de administración financiera (Ley Nº 8131), de control interno (Ley Nº 8292) e incluso para evitar la corrupción y el enriquecimiento ilícito (Ley Nº 8422), todas estas disposiciones legales remiten expresa y directamente al régimen especial de prescripción previsto por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República –Ley Nº 7428 de 7 de setiembre de 1994-, que establece que la responsabilidad administrativa y civil de los funcionarios públicos sujetos al régimen de la Hacienda Pública será de 5 años (arts. 71 y 75 Ibídem con reforma introducida por el artículo 45, inciso a), de la Ley Nº 8292 de 27 de agosto del 2002 -publicado en La Gaceta Nº 169 de 4 de setiembre del 2002); régimen de prescripción que tiene sus particularidades.[15]

Ahora bien, una vez referida la posibilidad de la prescripción de la potestad sancionatoria, es necesario citar lo tocante a las facultades que ostenta la administración pública para ejercer la potestad tantas veces citada a lo largo de este documento.

Al respecto, indica el profesor Alejandro Nieto que toda potestad está integrada por un haz de facultades, entendiendo que el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública comprende tres facultades básicas, la de establecimiento, la de imposición y la de ejecución, que concurren conjunta o separadamente en cada Administración titular de la potestad, según los casos, y con un contenido o alcance muy variable.[16]

Como puede verse, la materialización de la potestad sancionadora, puede variar dependiendo dl cada Administración titular de la potestad, puesto que dependiendo de la naturaleza jurídica de cada una

14 Procuraduría General de la República dictámenes C-178-2008 de 29 de mayo de 2008 y C-205-2010 de 4 de octubre de 2010.
15 Procuraduría General de la República dictamen C-392-2006 de 6 de octubre de 2006.
16 NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5da edición, Editorial Tecnos S.A 1993, página 140.

ellas, así podrá ser la gama normativa que posean para regular un determinado campo o competencia, esto debido a que no podría pensarse que las potestades sancionatorias de un ente público territorial como lo es un nuestro país una Municipalidad son las mismas que las determinadas a un órgano desconcentrado como por ejemplo podría ser el Consejo Nacional de Vialidad.

Lo anterior en virtud de que, cada uno de ellos tiene asignadas una serie de competencias específicas que a su vez traen intrínsecas las posibilidades de sancionar determinadas conductas que podrían reñir contra los intereses públicos que cada uno protege de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales.

En este particular, a modo de ejemplo, la potestad punitiva del Poder Judicial está encomendada a unos órganos perfectamente diferenciados y con funcionalidad exclusiva y excluyente, de tal manera que han sido creados a tal objeto y sólo para ello. Por su parte, los órganos sancionadores de la administración, en cambio, son indiferenciados en cuanto que el sancionador es una función más, que eventualmente se acumula a las otras muchas que tienen atribuidas.[17]

Ahora bien, con el fin de repeler la corrupción y un posible enriquecimiento ilícito, es nuestro país se promulgó la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública no. 8422, la cual tiene como fin el prevenir, detectar, sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública.

Para aclarar quienes estaban sujetos a la normativa, el artículo 2 de dicho cuerpo legal realiza una amplia y detallada definición del concepto de servidor público, ampliando como sujeto pasivo a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos públicos o servicios de la Administración Pública por cualquier título.[18]

Asimismo, introduce la figura del deber de probidad, que pretende orientar a los sujetos pasivos –definición del artículo 2- para que las decisiones que tomen en el ejercicio de sus cargos, sea en procura del interés general, pero realizando como mínimo labores de planificación y eficiencia así como demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades conferidas.

El deber de probidad citado se encuentra regulado en el numeral 3 de la Ley 8422. Dicha norma señala:

> *"**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; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente."*

En igual sentido, le otorga una serie de potestades a la Contraloría General de la República para el cumplimiento de su fin, que le permiten un mejor resguardo de la Hacienda Pública, regulando la prohibiciones para el ejercicio de profesiones liberales, compensaciones salariales, desempeño simultáneo de cargos públicos, incompatibilidades, la obligatoriedad de rendir declaraciones juradas sobre las situaciones patrimoniales de los funcionarios obligados a cumplir esa gestión -artículos 14,15,16,17,18-.

También desarrolló un capítulo referido a la posible responsabilidad administrativa y civil, exponiendo ampliamente en su cardinal 38 una serie de acciones que los funcionarios públicos que en caso de llevarlas a cabo les merecerá sanciones administrativas tales como amonestación escrita publicada, suspensión sin goce de salario, separación del cargo público entre otras.

A la luz de la legislación bajo análisis, es claro que el legislador busca fomentar la erradicación de las malas prácticas de los funcionarios públicos en su ejercicio de

17 NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5da edición, Editorial Tecnos S.A 1993, página 141.
18 Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, 2005. Artículo 2.

funciones, absteniéndolos de cometer favorecimientos o errores que les brinden beneficios económicos o simplemente poniendo en riesgo el fin público, ya que con entrada en vigencia de la Ley 8422, se castiga ese actuar que en algún momento histórico no era tan severamente penado.

A su vez, en el cardinal 40 de dicha norma se ejemplifica la potestad sancionatoria de la Administración Pública, puesto que en ese precepto legal se ratifica expresamente la competencia que ostentan los órganos con potestad disciplinaria para imponer las respectivas sanciones así como a la Contraloría General de la República cuando se trate del menoscabo de la Hacienda Pública.

La norma expone: *"Competencia para declarar responsabilidades. Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables. La Contraloría General de la República también será competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la entidad respectiva, en forma vinculante, la aplicación de la sanción que determine, cuando el caso verse sobre actuaciones regidas por el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 43 de esta Ley, en cuyo caso la Contraloría General de la República procederá conforme se indica.*

Toda responsabilidad será declarada según los principios y procedimientos aplicables, con arreglo a los principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública y se les asegurarán a las partes las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, sin perjuicio de las medidas cautelares necesarias.

En todo caso, la Contraloría General de la República deberá denunciar ante las autoridades judiciales competentes, los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan considerarse constitutivos de delitos".[19]

Adicionalmente, de manera novedosa la Ley 8422 también va más profundo y tipifica una serie de delitos de tipo penal que tienen sanciones privativas de libertad, todo lo que permite concluir que en el correcto ejercicio de la potestad sancionatoria la Administración Pública cuenta con más elementos objetivos para combatir la corrupción en el ejercicio público de los servidores.

3. Jurisdicción Contencioso Administrativa

3.1 Origen, antecedentes y marco regulatorio

Como producto de la necesidad de ejercer un control sobre los actos administrativos y más recientemente sobre las conductas administrativas, era necesaria la creación de una jurisdicción especializada que tuviera a cargo la potestad de dirimir entre otros los conflictos que se produjeran entre la administración pública y los administrados.

Por ello, el cardinal 49 de nuestra Constitución Política genera la entrada en escena de la Jurisdicción Contencioso Administrativa así como del proceso contencioso administrativo.

A letra el citado numeral expone:

> *"ARTÍCULO 49.- Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.*
>
> *La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.*
>
> *La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados."*[20]

Es así como la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene su arraigo constitucional y le brinda a los administrados la posibilidad de cuestionar entre otros esos actos que consideren violatorios de derechos y contrarios a la normativa que se analiza para atender la solución de determinado asunto.

19 Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, 2005. Artículo 40.

20 Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949. Artículo 49.

No obstante, el numeral 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo, ratifica lo expuesto en el citado ordinal y como complemento del mismo indica:

> *"ARTÍCULO 1.- 1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.*
> *2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*
> *3) Para los fines de la presente Ley, se entenderá por Administración Pública:*
> *a) La Administración central.*
> *b) Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas.*
> *c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público"*[21]

Así entonces, el artículo 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo no solo retoma expresamente parte del artículo 49 constitucional, sino que lo desarrolla y purifica sin contradecirlo para introducir ciertas categorías que permiten la actualización y desarrollo complementario.[22]

Mediante las normas de cita, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de fiscalización judicial de los actos administrativos, así como, también, la fiscalización del uso de las facultadas regladas, siendo la intención de aquella incorporación dotar a los administrados de un nuevo y verdadero derecho subjetivo que garantizara su defensa en caso de violaciones por parte de los gobernantes, ese sometimiento de la Administración Pública y su accionar se desprende de la relación de los artículos 11, 28, 41, 49 de la Constitución Política, junto a las contempladas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, las cuales, brindan diversas potestades al Juez Contencioso Administrativo, para ejercer control de legalidad sobre los procedimientos administrativos llevados a cargo por la Administración Pública, para la imposición de sanciones.

3.2 Principios del Proceso Jurisdiccional Contencioso Administrativo

El nuevo proceso contencioso administrativo retoma principios procesales que en la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo se habían dejado de lado, producto de una estructura rígida y lenta que giraba a lo largo de ese anterior proceso. Ahora bien, para poder darle una connotación más eficiente al trámite procesal así como al dictado de la sentencia, el Código Procesal Contencioso Administrativo rompe el anterior esquema.

Entre los principales podemos indicar los siguientes:

Principio de oralidad: La oralidad es un principio general del derecho, y es también un instrumento facilitador del proceso -cuando se habla de oralidad nos referimos a procesos por audiencias- además la oralidad es reconocida como un principio del procedimiento, ya que una vez implantada rige la forma como el proceso debe desarrollarse establece deberes y derechos de las partes, regula la relación entre estas y el órgano jurisdiccional. [23]

Principio de celeridad: Principio que emana del artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica. La celeridad deberá imperar en todos los procesos para que sean resueltos dentro de un plazo razonable eludiendo retrasos injustificados. Podemos ubicarlo en el Código Procesal Contencioso Administrativo, en los artículos 44, 60, 98 y 111 inciso 1.

Principio de Inmediación: El proceso Contencioso Administrativo, la evacuación de la prueba se da

21 Código Procesal Contencioso Administrativo, 2008. Artículo 1.
22 JIMÉNEZ MEZA Manrique, JINESTA LOBO Ernesto, MILANO SÁNCHEZ Aldo, GONZÁLEZ CAMACHO OSCAR Oscar. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, 1°ed. San José, C.R Poder Judicial, Depto de Artes Gráficas, 2006. Páginas 31-32.

23 LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Arturo. Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil, Grafica Caval S.A. San José C.R., 2001. Página 31.

justo antes de la emisión de las conclusiones, las que se emiten como acto procesal previo al dictado de la sentencia, debiendo dictar sentencia los jueces que por obligación legal estuvieron presentes en el debate, bajo pena de nulidad. La inmediación es un principio consustancial a la oralidad y expresa que el juez que dicta la sentencia en una controversia jurídica, debe haber estado presente antes, durante el juicio oral y la recepción de prueba. [24]

Principio de concentración: La concentración de un proceso se cumple con la ayuda de la oralidad, ya que en una o varias audiencias se pueden llevar a cabo los actos procesales -recepción de prueba testimonial, pericial, alegatos de nulidad, de conclusiones entre otros- necesarios para que se cuente con los elementos suficientes para el dictado de la sentencia.

3.3 Potestades del Juez Contencioso

Con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo, se rompe con el paradigma de contar con un juez pasivo y lejano a las partes, en donde no tenía mayor injerencia que la función de atender las gestiones procesales que se presenten a la luz de las fases que el proceso, pasando a tener una injerencia directa en la celeridad de la acción, teniendo una participación más activa y cercana a las partes producto de las fases orales que permiten una interacción más humana entre todos los participantes del proceso.

Si bien, no existe un manual de cómo se debe desempeñar un juez en cada proceso, es lo cierto que dependerá de cada caso concreto el desarrollo de cada una de las facultades que ostentan los nuevos jueces contenciosos, ya que no en todos los asuntos sometidos a su jurisdicción se le exigirá una participación claramente activa, sin embargo sin lugar a dudas existen y sirven como refuerzo de la función jurisdiccional tendiente a brindar una justicia pronta y cumplida.

Por ello, a continuación se indican algunos de las potestades más relevantes del juez contencioso.

Potestad de saneamiento: A la luz de los cardinales 58, 61 y 90 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el juez tiene la posibilidad de ordenar, sanear y aclara el proceso en los aspectos que considere oscuros, tanto desde la interposición de la acción a la luz de los requisitos expuestos en el cardinal 58 del cuerpo legal de cita. Sin embargo, es en la fase de la audiencia preliminar que el Juez contencioso más ampliamente ejerce esa potestad saneadora, ya que el cardinal 90 de referencia, le otorga la posibilidad de revisar y analizar aspectos de saneamiento ya sea de oficio o a petición de parte, tendientes a aclarar nulidades procesales, problemas de representación, las pretensiones del proceso, las defensas interpuestas y hasta la prueba que se ofrece, sin olvidar las mismas posibilidades referidas a los memoriales de contestación de la demanda, los cuales pueden tener aspectos que aclarar en los términos planteados. En la fase de juicio oral, igualmente los jueces del Tribunal tienen las potestades de pedir aclaraciones y ajustes al proceso, para evitar nulidades procesales y así garantizar el acceso a una proceso célere y eficiente, en donde al detectarse una omisión o situación procesal contraria a derecho la misma puede ser resuelta, sin que vicie una fase posterior.

Potestad de celeridad: Tanto el cuerpo de jueces tramitadores como los jueces decisores tienen la posibilidad de instar la celeridad del proceso contencioso, ya que ostentan la posibilidad de solicitarle a las partes omisas el reiterado cumplimiento de prevenciones no sancionadas con el archivo del asunto, reiteraciones que resguardan la responsabilidad del Tribunal en la tramitación del asunto y que pueden poner en evidencia el retardo sufrido en la acción debido a la displicencia del profesional en derecho que representa a una de las partes, quien no ha atendido el llamado a cumplir con algún aspecto necesario.

Por otra parte, una vez realizado el estudio del caso, los jueces pueden de oficio determinar la urgencia que ese asunto bajo su conocimiento tiene para el interés público y por consiguiente, ostentan la posibilidad de declararlo de trámite preferente con disminución de plazos y concentración de fases.[25]

24 SANCHO GONZÁLEZ, Eduardo. Aspectos Generales de la Actividad Procesal. Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado. 2008. Página 282.

25 Código Procesal Contencioso Administrativo, 2006, Artículo 60.

Potestad de dirección y control: Nuevamente a la luz del cardinal 99 del Código Procesal Contencioso Administrativo, los jueces en las audiencias orales tienen el poder disciplina, de moderar la discusión, pudiendo impedir las intervenciones innecesarias o prolongadas, también podrá rechazar las gestiones notoriamente improcedentes e innecesarias, siempre y cuando se respete el derecho de defensa de las partes.[26]

Oficiosidad: A la luz de los cardinales 122 inciso k y 127 del Código Procesal Contencioso Administrativo, los jueces decisores tienen la potestad de suprimir -aun de oficio- indica la norma, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida al proceso. En igual sentido, se indica que cuando la conducta declarada ilegítima sea reglada o cuando la discrecionalidad de alguno de los elementos desaparezca durante el transcurso del proceso, la sentencia impondrá la conducta debida y prohibirá su reiteración para el caso específico.

Como puede verse, de gran manera se modifica el papel del juez, puesto que activamente debe imponer a la administración la conducta debida y por ende ejerce de con mayor amplitud la revisión -en el caso de sanciones a funcionarios públicos- de los actos formales emitidos a la luz del respectivo procedimiento administrativo sancionatorio, pudiendo incluso imponer a la administración la necesidad de actuar conforme al criterio que el juez vierta en la resolución de fondo del coso bajo su competencia.

3.4 Formas para ejercer el control de la potestad disciplinaria de la Administración Pública

Toda potestad trae consigo la posibilidad de que si es utilizada sin un determinado control, puede generar arbitrariedades, y en caso de estudio, la posibilidad de ejercer ese control fue delega tal y como se indicó anteriormente a la jurisdicción contencioso administrativo, debiendo ésta analizar el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, siempre y cuando se abra la posibilidad de plantear el correspondiente proceso judicial que tenga como fin anular o modificar lo resuelto en la sede administrativa, refiriéndonos en la especie a sanciones disciplinarias.

Cuando se hace referencia a que siempre y cuando se abra la posibilidad de plantear el proceso, nos referimos a que la competencia otorgada por el legislador al juez contencioso sea puesta en marcha a la luz de la normativa que permite esa posibilidad.[27]

En todo este proceso, se discute hasta qué punto pueden los jueces contenciosos controlar las decisiones de la Administración, si juzgar a la administración es también administrar, o contribuye a administrar mejor. A su vez el desarrollo del Derecho administrativo se ha descrito como una paulatina reducción de los espacios de impunidad del poder, de forma que el control judicial es una conquista irrenunciable del Estado de Derecho.[28]

Resulta de gran relevancia indicar que si bien es cierto la titularidad del control judicial bajo estudio recae en la jurisdicción contencioso administrativa, es lo cierto que también la Administración puede ser sometida a otras jurisdicciones como la laboral, la civil y la penal, claramente desde la base de cada una de ellas, siendo una tendencia creciente, el llamado de esas jurisdicciones para que la administración rinda determinadas cuentas.

No obstante, a la luz de la doctrina del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, pese a la incorporación avanzada de las doctrinas de las formas de manifestación de la función o conducta administrativa y de la relación jurídico administrativa, bajo ningún concepto, se desdeñan los actos administrativos, o sea la actividad formal de las administraciones públicas.[29]

Propiamente la potestad disciplinaria ejercida por parte de la Administración Pública, se materializa en la emisión de los actos administrativos formales, los que surgen producto del respectivo procedimiento administrativo sancionador.

26 Código Procesal Contencioso Administrativo, 2006, Artículo 99.

27 Código Procesal Contencioso Administrativo, 2006, Artículo 2.

28 MILANO SANCHEZ Aldo, ORTÍZ ZAMORA Luis A., RIVERO ORTEGA Ricardo. Manual de Derecho Administrativo, 1°ed. San José, C.R. Editorial Jurídica Continental, 2016. Página 202.

29 JIMENEZ MEZA Manrique, JINESTA LOBO Ernesto, MILANO SANCHEZ Aldo, GONZÁLEZ CAMACHO OSCAR Oscar. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, 1°ed. San José, C.R Poder Judicial, Depto de Artes Gráficas, 2006. Página 206.

Por ello en el numeral 36 del Código Procesal Contencioso Administrativo en su inciso 2) refiere que como parte de la conducta administrativa objeto del proceso se tiene el control del ejercicio de la potestad administrativa.

Como se evidencia, el principal llamado a ejercer control jurisdiccional de la potestad sancionatoria del aparato administrativo es el juez contencioso, por ello la potencialidad transformadora del texto legal y su carácter de aplicación de norma directa e inmediata, imponen un control pleno y efectivo de la Administración Pública.[30]

3.5 Alcances y límites del ejercicio de control

En el Código Procesal Contencioso Administrativo, se deja de lado la rutinaria revisión de legalidad de los actos administrativos y se da inicio a un análisis más extenso y profundo de las conductas administrativas, lo que permite que la sentencia estimatoria tenga una gran cantidad de posibilidades para materializar una pretensión que sea acogida.

Lo anterior se ejemplifica en el numeral 122 del cuerpo legal que rige la materia, el cual a la letra indica:

a. "Declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexos.

b. Anular, total o parcialmente, la conducta administrativa.

c. Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso.

d. Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

e. Declarar la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.

f. Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública.

g. Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

h. En los casos excepcionales en los que la Administración sea parte actora, se podrá imponer a un sujeto de Derecho privado, público o mixto, una condena de hacer, de no hacer o de dar.

i. Declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d) de este artículo.

j. Ordenar a la Administración Pública que se abstenga de adoptar o ejecutar cualquier conducta administrativa, que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

k. Suprimir, aun de oficio, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida a proceso, cuando sea disconforme con el ordenamiento jurídico.

l. Hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima.

m. Condenar al pago de los daños y perjuicios, en los siguientes términos:

n. Pronunciamiento sobre su existencia y cuantía, siempre que consten probados en autos al dictarse la sentencia.

o. Pronunciamiento en abstracto, cuando conste su existencia, pero no su cuantía.

30 JIMENEZ MEZA Manrique, JINESTA LOBO Ernesto, MILANO SANCHEZ Aldo, GONZÁLEZ CAMACHO Oscar. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, 1°ed. San José, C.R Poder Judicial, Depto de Artes Gráficas, 2006. Página 227.

p. Pronunciamiento en abstracto, cuando no conste su existencia y cuantía, siempre que sean consecuencia de la conducta administrativa o relación jurídico-administrativa objeto de la demanda".

Al superarse el carácter revisor u objetivo de la jurisdicción contencioso administrativa, la tipología de las sentencias resulta congruente con un control plenario y universal de la función administrativa y con el carácter numerus apertus de las pretensiones.[31]

Ahora bien, teniendo mediana claridad sobre la amplitud de las formas que puede analizar en sentencia un juez contencioso un asunto sometido a su conocimiento, es importante revisar la base de ese control judicial sobre la administración pública.

Es por ello que la relación que se logra establecer entre los artículos 11, 28, 41, 49 de la Constitución Política, se desprende el sometimiento de la Administración Pública y su accionar al ordenamiento jurídico.

Ese control de la jurisdicción sobre la administración pública representa uno de los rasgos esenciales de todo Estado social de derecho y faculta la supervisión de la existencia de otros caracteres inherentes a esta figura de gobierno, los cuales, en caso de ser sometidos a un control efectivo, posibilitará el gobierno del principio de legalidad, que no es otra cosa más, que el sometimiento de la Administración Pública al Ordenamiento Jurídico con respeto a una adecuada separación de funciones que garanticen el pleno goce de los derechos y garantías de los administrados.

Esta obligatoriedad de corte constitucional, que impone la supervisión y revisión del accionar de la Administración Pública, representa un avance en favor del perfeccionamiento del Derecho Administrativo, un Derecho Administrativo que luche en contra de las arbitrariedades, inmunidades y el intervencionismo exacerbado de la Administración.[32]

El control de legalidad de las actuaciones de la Administración Pública recae sobre la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de esto, el Juez Contencioso Administrativo se convierte en contralor de legalidad para lo cual asume un poder y rol trascendente para regular las relaciones entre Administración y administrados. El principio de legalidad permite que todo acto o conducta, de acción u omisión, de la Administración Pública sea sometida al enjuiciamiento judicial por parte de cualquiera de los interesados siempre que esos actos o conductas lesionen sus intereses. Es así como se establece al principio de legalidad como el instrumento idóneo para procurar que todas las actuaciones de la administración se encuentren sometidas al ordenamiento jurídico, configurando una materialización de éste.[33]

El control jurisdiccional de la función administrativa implica que la administración se sujete al bloque de legalidad y al derecho en general, siendo irregular su actuación desarrollada fuera de los parámetros delimitados por el Derecho, que impiden la existencia de conductas exentas del escrutinio de legalidad por parte del Juez Contencioso.

3.6 Límites sobre las faltas de los servidores públicos al deber de probidad

El deber de probidad se encuentra regulado en el numeral 3 de la Ley no. 8422. Dicha norma señala: *"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; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los*

31 JINESTA LOBO Ernesto. Proceso contencioso-administrativo en Costa Rica. www.ernestojinesta.com PDF. Página 18.
32 JINESTA LOBO, Ernesto. El Control Jurisdiccional de la Administración Pública. Revista Judicial. C.R. Año XX, N° 63, setiembre 1997, página 98.
33 JINESTA LOBO, Ernesto. El Control Jurisdiccional de la Administración Pública. Revista Judicial. C.R. Año XX, N° 63, setiembre 1997, página 101.

principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente."

El deber de probidad pretende aportar aspectos de mayor concreción, que de alguna manera, orientan las acciones del funcionario público, a fin de que su conducta responda a esa dimensión teleológica, ya no solo a nivel de resultado, sino mediante la incorporación de deberes morales y éticos que garantizan transparencia y objetividad en su proceder. Es decir, esa moral pública exige que en caso de conflictos de intereses, deba separarse del conocimiento del asunto, a efecto de no "polucionar" o poner en riesgo la objetividad que ha de ser propia de la conducta, pero además, en sus acciones, ha de propender a la satisfacción de aquel interés mayor. [34]

El deber de probidad regulado en el artículo tercero de la Ley No.8422 obliga a todo servidor público a ejercer su cargo con apego al principio de imparcialidad frente a intereses personales o familiares, económicos, y de otra naturaleza, por lo que en su desempeño debe demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley.

El precepto 4 de la mencionada Ley No. 8422 establece: *"Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal."*

Sin embargo, tal y como se indicará más adelante, no toda falta de un funcionario público a los deberes éticos o deontológicos propios de su cargo, puede conllevar a la aplicación de la potestad disciplinaria bajo el plazo de 5 años regulado en el cardinal 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, lo cual desde la óptica de la Administración Pública es conveniente, ya que puede contar con un plazo amplio para el ejercicio de la potestad disciplinaria, todo el perjuicio del servidor público, sacrificando el debido proceso y el derecho de defensa por el interés público.

Al respecto, una manifestación del límite a la potestad sancionatoria de la administración pública se materializa en la sentencia Tribunal Contencioso Administrativo, sentencia 75-2018 a las 14 horas 05 minutos del 22 de junio de 2018, en la cual al analizar un procedimiento disciplinario de una servidora pública, refiere la necesidad de que para poder aplicar el plazo prescriptivo de 5 años regulado en el numeral 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, tiene que tenerse plena certeza de que se está en una franca violación a deber de probidad tutelado en la Ley 8422 y no tipificar faltas a la ética o a los deberes de un funcionario público bajo la óptica de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito para contar con un plazo mayor de potestad sancionatoria.

En ese sentido la sentencia de cita indica:

> "*...De otro modo, si se entendiera infringido el deber de probidad por cualquier acción u omisión del agente público que suponga una desatención o incumplimiento a reglas deontológicas de comportamiento, que le son propias o inherentes a su ejercicio competencial, y en general a su investidura, en sentido amplio y extremo, sin realizar ese juicio de asociación a los fines de la citada ley, toda falta funcionarial cabría dentro del ámbito de lesión al deber de probidad. Lo anterior llevaría a imponer un régimen general de prescriptibilidad de las faltas de cinco años, en todos los casos, lo que a juicio de esta Cámara Sentenciadora, no es la finalidad o ratio de la ley de referencia. Por ende, es necesario que en cada procedimiento de corte disciplinario, se analice el contenido de las conductas intimadas, de cara a establecer si el régimen jurídico que precisa el plazo para el ejercicio de la prescripción de la potestad correctiva interna...*" [35]

Como se observa de lo citado, es claro que una de la función fundamental de los jueces de lo contencioso, corresponde la necesidad de realizar el análisis jurídico de la normativa bajo la cual determinada administración pública busca sustentar un procedimiento administrativo sancionatorio, esto con el fin de limitar ese ejercicio

34 Tribunal Contencioso Administrativo, sentencia 75-2018 a las 14 horas 05 minutos del 22 de junio de 2018.

35 Tribunal Contencioso Administrativo, sentencia 75-2018 a las 14:05 horas del 22 de junio de 2018.

sancionatorio que puede poner en riesgo el derecho de defensa del investigado, ya que en el caso citado se pretendía ejercer la potestad sancionatoria cuando la misma se ha extinto por no aplicarla en el plazo legal al efecto, realizando -la administración pública- una interpretación contraria a derecho del concepto y alcance del deber de probidad, la cual fue delimitada por los juzgadores en el fallo dictado al efecto dándole la razón al accionante y no a la administración.

Labor de los juzgadores que ejemplifica claramente la puesta en marcha de tanto de las potestades otorgadas a la jurisdicción contencioso administrativo así como del ejercicio de sometimiento de la administración pública a la tutela judicial de los actos administrativos por ella dictada en el ejercicio de su potestad disciplinaria.

4. Conclusiones

a. La potestad sancionatoria que ostenta la Administración Pública para proteger y prevenir la corrupción -entre otros aspectos objeto de la misma- debe utilizarse para vigilar las violaciones al ordenamiento jurídico, con la finalidad de procurar que en menor proporción se promueva la impunidad de los actos construidos o ejecutados de manera contraria al ordenamiento jurídico administrativo.

b. La puesta en marcha de un determinado procedimiento sancionatorio debe sustentarse en el respeto al debido proceso y derecho de defensa del investigado, cualquier arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionatoria faculta al perjudicado para activar la revisión de esas actuaciones ante la competencia del juez contencioso.

c. El control jurisdiccional de la función administrativa implica que la administración se sujete al bloque de legalidad y al derecho en general, siendo irregular su actuación desarrollada fuera de los parámetros delimitados por el Derecho, que impiden la existencia de conductas exentas del escrutinio de legalidad por parte del Juez Contencioso.

d. El juez contencioso tiene la potestad de ratificar, modificar o anular las sanciones impuestas por las autoridades administrativas cuando se violen los principios del procedimiento administrativo sancionatorio.

e. La administración activa que de manera irregular haya ejercido la potestad disciplinaria bajo análisis, y que así fuera declarada por la jurisdicción contencioso administrativa, deberá hacerle frente a las obligaciones que se produzcan como consecuencia de esa irregularidad, teniendo la obligación de instaurar dentro de los plazos legales al efecto, los actos necesarios para responsabilizar a quien corresponda a raíz del abuso en que se incurrió en perjuicio de un sujeto pasivo.

5. Referencias bibliográficas

JINESTA LOBO Ernesto. Proceso contencioso-administrativo en Costa Rica. www.ernestojinesta.com.

JINESTA LOBO, Ernesto. El Control Jurisdiccional de la Administración Pública. Revista Judicial. C.R. Año XX, N° 63, setiembre 1997.

JIMENEZ MEZA Manrique, JINESTA LOBO Ernesto, MILANO SÁNCHEZ Aldo, GONZÁLEZ CAMACHO OSCAR Oscar. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, 1°ed. San José, C.R Poder Judicial, Depto de Artes Gráficas, 2006.

LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Arturo. Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil, Grafica Caval S.A. San José C.R., 2001.

MILANO SÁNCHEZ Aldo, ORTÍZ ZAMORA Luis A., RIVERO ORTEGA Ricardo. Manual de Derecho Administrativo, 1°ed. San José, C.R. Editorial Jurídica Continental, 2016.

NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 5da edición, Editorial Tecnos S.A 1993.
SANCHO GONZÁLEZ, Eduardo. Aspectos Generales de la Actividad Procesal. Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado. 2008.

Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.

Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 1994.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, 2005.

Código Procesal Contencioso Administrativo, 2008.

Sala Constitucional sentencia N°15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990.

Sala Constitucional sentencia N° 2007-015001 de las 15:08 horas del 17 de octubre de 2007.

Sala Constitucional sentencia N° 2005-06235 de las 14:37 horas del 31 de mayo de 2005.

Sala Constitucional sentencia N° 8858 de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998.

Tribunal Contencioso Administrativo, sentencia N° 75-2018 a las 14:05 horas del 22 de junio de 2018.

Procuraduría General de la República, dictamen N° C-178-2008 del 29 de mayo de 2008.

Procuraduría General de la República, dictamen N.° C-205-2010 del 4 de octubre de 2010.

Procuraduría General de la República dictamen C-392-2006 del 6 de octubre de 2006.

Ejercicio de la **potestad de denuncia** de Ilícitos en la función pública por parte del juez contencioso administrativo (control judicial de la Administración Pública)

José Alberto Rosales Obando[1]

Sumario:

1. Introducción.
2. El juez contencioso y su papel en la contribución a la defensa objetiva de la legalidad.
3. El poder judicial y su función de control de las conductas públicas.
4. División de poderes y el control judicial de la función pública.
5. La potestad de denuncia de ilícitos en la función pública por parte del juez contencioso administrativo. 5.1. Facultad del juez de emitir pronunciamientos distintos de las pretensiones de las partes. 5.2. Mención especial del cardinal 122 del CPCA. 5.3. Principios rectores de legalidad, probidad y transparencia en la función pública, como pilares en la lucha contra la corrupción y la impunidad. 5.4. La denuncia en sede administrativa por parte del juez contencioso. 5.5. Marco legal de la potestad analizada. 5.6. Sentencia relacionadas (casos concretos).
6. Denuncia de ilícitos penales. 6.1. Concepción básica sobre el delito. 6.2. Obligación de los jueces (funcionarios) de denunciar posibles ilícitos penales. Marco Legal. 6.3. Sentencias relacionadas (casos concretos).
7. Mecanismos de coacción en caso de incumplimiento.
8. Conclusiones.
9. Referencias Bibliográficas.

1 Abogado, Especialista en Derecho Notarial y Registral, así como Doctorando en Derecho Comercial – Procesal Civil, todos de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Trabajó cinco años como Asesor de la Comisión Nacional del Consumidor. Desde el año 2011 labora como Letrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

El contenido de este artículo está bajo una licencia de Creative Commons.

Palabras clave: Juez contencioso, división de poderes, control judicial, restablecimiento de la legalidad, ilícitos administrativos, ilícitos penales, facultades del juez, probidad, transparencia, corrupción, impunidad, denuncia ante la CGR, obligación de denunciar, ejecución de sentencias, órdenes de hacer.

Resumen: El Juez Contencioso Administrativo tiene el poder-deber de denunciar todos aquellos actos irregulares, ilícitos o ilegales de los funcionarios que, en el ejercicio de sus competencias, configuren faltas administrativas y delitos penales. En este punto, el principio dispositivo cede un poco ante la necesidad de que la actuación administrativa se ajuste al postulado de legalidad. En cumplimiento de esa tutela judicial plena, puede disponer de aquellas relaciones jurídicas públicas; sustituir a las administraciones públicas a través de órdenes de hacer, no hacer o de dar; incluso, denunciar aquellos ilícitos en la función pública ante los órganos competentes (administrativos y penales). Son sentencias con pronunciamientos especiales que se sustraen de las pretensiones de los litigantes, al contener órdenes o medidas dirigidas a las Administraciones. El ordinal 122 del CPCA, es la norma procesal que legitima la actuación judicial analizada (relevantes son los incisos d y g). Ese precepto, habilita al Tribunal para que emita ciertos pronunciamientos oficiosos en aras de informar a la Administración sobre la infracción legal cometida por algún funcionario. Estas denuncias, pueden ser también por el mal uso o administración de los fondos públicos y por la lesión de normativa que regula la Hacienda Pública. En tal caso, la recomendación, deberá ser dirigida a la Contraloría General de la República. De igual modo, si el Juez Contencioso intuye que la conducta descubierta, además de una ilegalidad administrativa, involucra un eventual delito penal, tendría la ineludible obligación de testimoniar piezas al Ministerio Público para lo que corresponda (precepto 281 del Código Procesal Penal). Ambas potestades de las personas Juzgadoras, son reflejo del respeto al deber de probidad que también les abriga; de la obligación de identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias; y, del ejercicio con rectitud y buena fe de las competencias que les confiere la ley.

1. Introducción

En esta pequeña monografía, me permitiré realizar unas breves consideraciones sobre un tema que, a mi forma de entender, resulta de suma relevancia de cara al resguardo de la legalidad en la función pública, la protección de la hacienda pública, y en la lucha contra la impunidad y la corrupción.

Se trata del poder-deber que tiene el Juez Contencioso Administrativo de denunciar todos aquellos actos irregulares, ilícitos o ilegales de los funcionarios en el ejercicio de sus competencias y que configuren faltas administrativas o delitos penales. Esto a fin de que sea la Administración o el Juez Penal -en su caso-, quien determine, mediante un debido proceso, las responsabilidades disciplinarias, civiles y penales que corresponda contra aquellos. Veremos, no solo se trata de una facultad del juzgador, sino que, al mismo tiempo, se encuentra compelido a realizarlo en aquellos casos donde así se justifique. De ahí el término potestad con el que he definido este artículo.

Las competencias a desarrollar, serán limitadas a los Órganos que ejercen la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda; donde cada uno de ellos, tendrá su cuota de participación dentro del sistema. Tales órganos como se sabe, son: a) los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; b) los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; c) el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda; y, d) la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Antes bien, repasaremos brevemente la función judicial que realiza el Juez Contencioso, enfocados principalmente en ese control constitucional de las conductas públicas. En tal cometido, resultará fundamental valorar algunos de los principios que inspiran el proceso contencioso moderno. Así como la influencia que tiene el principio de división de poderes en ese control judicial de la función pública; pues en la mayoría de los casos, evidenciaremos a un Juez Contencioso girando órdenes a la Administración a fin de que se realicen investigaciones internas, se anulen actos o se tramiten procedimientos administrativos.

Posteriormente, se hará referencia a la potestad de denuncia de ilícitos administrativos y penales; aunado al mecanismo de ejecución de tales determinaciones; extremos que de suyo representan el eje central de esta investigación.

Colofón de ese desarrollo, resultará imperioso citar algunos precedentes judiciales, los cuales mostrarán cómo funciona en la práctica esta potestad de denuncia de ilícitos en la función pública por parte de los Jueces Contenciosos.

2. El juez contencioso y su papel en la contribución a la defensa objetiva de la legalidad

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, el Juez es una pieza absolutamente esencial en toda la organización del derecho y esto no es excepción en el derecho público, cuando se trata de la observancia de las normas por la Administración. El Juez "es la boca que pronuncia las palabras de la Ley" en el más tradicional de iurisdictio, de decir el derecho cuando las partes de cualquier relación regida por este discrepan sobre el alcance de su vinculación efectiva. La posición del Juez ante la Administración como sujeto (en cuanto esta última está sometida plenamente a la Ley y al Derecho), es, inicialmente al menos, la misma que ante cualquier otro sujeto, y por las mismas razones: porque la Administración no es "señor del Derecho"; porque la Administración al igual que los demás poderes públicos, está sometida plenamente a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en paridad con los ciudadanos (ninguna diferencia existe en el plano formal, entre el grado de vinculación a la Ley y el derecho, como tampoco en cuanto al sometimiento pleno al control del Juez, pieza inseparable de la efectividad organizadora y práctica de cualquier derecho).[2]

Luego, es la especialización jurídico-administrativa de esos jueces el principal objetivo que debe procurar un Estado, sea la idoneidad de los jueces administrativos como titulares de los órganos de la justicia administrativa. Al fin de cuentas, es el Estado, en el ejercicio de la función jurisdiccional, el que satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra; pues incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo con arreglo al Ordenamiento Jurídico la pretensión ante él deducida.[3]

En lo que aquí nos interesa, debo indicar, desde la reforma del contencioso-administrativo francés de 1990, se acepta que, en las sentencias, el recurrente pueda extraer pronunciamientos y ejecuciones que le favorecen, que el Consejo de Estado pueda imponer "injonctions" o conductas de hacer a la Administración demandada, incluso ejecuciones impuestas con multas coercitivas para forzar su voluntad. Es decir, ya no se enjuicia solamente al acto administrativo (proceso al acto).[4] De este modo, si la tutela ha de ser efectiva, la postura del juez y por ende de la jurisdicción, también debe ser plena (lo cual es un postulado constitucional en nuestro sistema, donde también se habla de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados).

Ante este panorama, el Juez debe valorar que, el acto administrativo no es en sí, el objeto del proceso contencioso-administrativo, pues además de esa anulación, bien podrá emitir una declaración positiva, donde se imponga a la Administración todas las conductas necesarias para que esa declaración (por ejemplo, la sustitutoria del acto anulado) despliegue la plenitud de sus efectos prácticos (pretensión de condena).[5] Se trata de un problema de pura congruencia entre la sentencia y las pretensiones de las partes: la de anulación, y la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (plena jurisdicción).[6]

En nuestro país, ORTIZ ORTIZ, al referirse a la posición del Juez Contencioso, decía, el Juez tiene que hacer valer los actos de la Administración como si fueran normas concretas, siempre y cuando sean válidos. En

2 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), Democracia, Jueces y Control de la Administración, Editorial Civitas, Madrid, España, Tercera Edición Ampliada, 1997, p.p. 128-130.

3 GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), Manual de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, España, Segunda Edición, 1992, pág. 91-93.

4 GARCÍA DE ENTERRIA (Eduardo) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Tomás-Ramón), Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, España, Cuarta Edición, 1993, pág. 567.

5 Op. ult. cit., pág. 571.

6 GARRIDO FALLA (Fernando) y OTROS, El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado (Asociación Argentina de Derecho Administrativo); Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 67.

este tanto, está obligado a confirmar el acto si es válido o anularlo si es inválido. Reconocía el carácter ordenador del acto, que fija la posición del administrado frente a la Administración, y viceversa. De este modo, el Juez debía aplicar o desaplicar el acto, según sea válido o inválido. Aplicarlo es confirmar su efecto en relación con el derecho que se reclama y desaplicarlo es suprimir dicho efecto dentro del límite de caso en discusión.[7] Pero al mismo tiempo, aspiraba que la anulación del acto pudiera conllevar condenas al restablecimiento e imposición de medidas de tutela de la efectividad del interés legítimo, o mejor aún, la posibilidad de dictar condenatorias contra la Administración. A su modo de ver, ir más allá, sería la consagración de la relación jurídico-administrativa compuesta por el interés legítimo y la potestad discrecional, como objeto o materia auténticos del proceso y de la jurisdicción contencioso-administrativos.[8]

Estas ideas iniciales, resultan capitales en aras de destacar y valorar la importancia decisiva de la generalización del proceso contencioso administrativo como expresión propia del principio democrático; y su apertura a la protección de todos los derechos e intereses legítimos que realiza directamente el cardinal 49 de la Carta Magna y el actual Código, donde el Juez yergue como un eslabón fundamental en la contribución a la defensa objetiva de la legalidad.

3. El poder judicial y su función de control de la conductas públicas

Con la reforma del proceso contencioso administrativo o con la introducción del Código Procesal Contencioso Administrativo (en lo sucesivo el CPCA o simplemente el Código), se intentó abogar por una justicia más célere y eficiente, dotando al proceso de etapas y plazos menores al momento de resolverse los asuntos. De igual modo, se otorgó a los jueces mayores insumos para que desarrollaran la función jurisdiccional.

En este tanto, los que nos identificamos con la filosofía propuesta por el legislador y los redactores del Código, reconocemos que el texto se sustenta en cuatro pilares ideológicos -de raigambre constitucional- cuales son: a) La distribución de funciones. Tal vez uno de los más importantes, pues permite al Poder Judicial controlar las conductas públicas (cánones 9, 49, 153 de la Carta Magna). b) El sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico en el cumplimiento de sus funciones o en el ejercicio de sus competencias (principio de legalidad establecido en el cardinal 11 constitucional). c) Control universal de la función pública; pues ahí donde exista ilegalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público, el Poder Judicial a través de la jurisdicción contencioso administrativa garantizará y restablecerá los menoscabos que esas irregularidades originen (artículo 49 ibídem). d) La tutela judicial efectiva, que es la efectividad en la protección judicial. Se habla de acceso a los tribunales, justicia pronta y cumplida. Se trata de un derecho fundamental que sirve de instrumento en la protección de derechos de fondo (instrumental); además, es el legislador el encargado de perfilarlo, por ser un derecho de construcción legal (se extrae de las normas 9, 11, 33, 41, 49 y 153 de la Constitución Política).

En suma, esos postulados se manifiestan en la aspiración de lograr una justicia pronta y cumplida en los procesos contenciosos administrativos, sin olvidar a la vez, que el objeto primordial de esta jurisdicción, siempre será *"...tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa."* (numeral 1 inciso 1. del CPCA).

Tal objetivo, no es otra cosa que el desarrollo del ordinal 49 de la Carta Magna, el cual dispone lo siguiente:

> "Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

7 ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Tesis de Derecho Administrativo, Volumen 1, Editorial Stradtmann, San José, Costa Rica, 1ª Edición, 1998, p.p. 18-19.
8 ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios), Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, Costa Rica, 1ª Edición, 1990, p.p. 260-261.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Se extrae un elemento objetivo cual es garantizar legalidad de la función administrativa y el otro subjetivo consistente en tutelar las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados (derechos subjetivos e intereses legítimos). Atendiendo el párrafo 1 del CPCA antes citado, en criterio de JINESTA LOBO, se enuncia una jurisdicción contencioso-administrativa mixta, que no se limita al análisis de legalidad de la actividad formal como sucedía en el pasado.[9]

Ahora bien, en esta labor de control judicial de la Administración Pública y tutela de las situaciones jurídicas de los administrados, debe resaltarse que el Juez, antes de regirse por el principio dispositivo, lo hará también por el inquisitivo u oficioso, con facultades generales; con el objetivo primordial de restablecer la legalidad de esa conducta de la Administración Pública que se encuentra bajo examen. Por ello se ha dicho y así opera en la práctica, el objeto del proceso comprende, pero no se agota con las pretensiones alegadas.[10]

Debe aclararse, cuando la norma utiliza el término "conductas de la Administración", se refiere a la totalidad de los actos, actuaciones u omisiones (actividad formal expresa o presunta, las actuaciones materiales, la inactividad material y la inactividad formal, etc.). Así, la legislación procesal resulta absolutamente congruente con el artículo 49 constitucional, puesto que, amplía el control o la fiscalización a todas las manifestaciones posibles de la función administrativa, establece un espectro amplio respecto de la legitimación, lo que permite una tutela efectiva de cualquier situación jurídico sustancial, las pretensiones deducibles y, obviamente las cautelares que pueden solicitarse y disponerse.[11]

No debemos olvidar que también son parte de este control, las relaciones jurídico administrativas, a saber: a) las obligaciones del poder público ante las situaciones jurídicas protegidas de las personas (intereses legítimos y derechos subjetivos); así como, b) la relación de obligación que existe entre las Administraciones Públicas, es decir, la relación interadministrativa o interpersonal de las Administraciones. En ambos casos, existirá la función judicial de control de legalidad en sentido estricto, ya sea buscando la tutela de los derechos del habitante en un caso o la satisfacción del interés público en el otro.

Producto de esa oficiosidad, lo más importante aún, es que cuentan con la facultad de emitir pronunciamientos oficiosos sin necesidad de pretensión expresa o audiencia previa. Un avance significativo a fin de cumplir con el restablecimiento de la legalidad comentada.

Pero para aplicar esos poderes, es necesario comentar, el Juez Contencioso cuenta con mayor amplitud en su poder de iniciativa probatoria, inclusive en etapa de casación. Esto debe entenderse, al menos, en cuanto a los hechos en que se basa la pretensión, siempre y cuando, ello contribuya a la determinación de la "verdad real" de los hechos controvertidos y de trascendencia para el proceso (reflejo de lo anterior, se encuentra en las normas 82.1, 93.3; 110.1 y 148.1 del Código).

Este avance en la iniciativa probatoria del Tribunal, radica en la importancia del proceso como mecanismo de bienestar social, con tal de obtener justicia sin detenerse en las tradicionales barreras del procedimiento.[12] Contribuye al más eficaz trabajo judicial, siempre que el Juez esté debidamente informado de cuáles son los hechos cuya existencia se desconoce. Esta facultad probatoria, se utilizaría para esclarecer el caso concreto presentado por las partes, y no para favorecer a priori la versión de una o de otra. En este tanto, esa facultad del Juez, debería basarse en esa alarmante falta de datos necesarios para juzgar.[13]

Por lo demás, también dispone de las herramientas idóneas con tal de que pueda adoptar las medidas

9 JINESTA LOBO (Ernesto), Manual del Proceso Contencioso-Administrativo, Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, San José, Costa Rica, 2009, pág. 30.
10 JIMÉNEZ MEZA (Manrique), El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo; San José, Poder Judicial, 2006, pág. 19.
11 JINESTA LOBO (Ernesto); El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo; op. cit., pp. 150-151.
12 MILANO SÁNCHEZ (Aldo); El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo; op. cit., pág. 315.
13 NIEVA FENOLL (Jordi), La Valoración de la Prueba, Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2010, pp. 184-189.

cautelares e incluso provisionalísimas requeridas para la correcta consecución del proceso o de sus resultados.

Todos estos principios y temas mencionados, son relevantes para entender que, en Costa Rica, la legislación procesal contenciosa dota al órgano jurisdiccional no solo de poderes de anulación, sino de regulación y de sustitución de las conductas administrativas. Se dispone así de un sistema procesal apto, suficiente y eficiente a fin de dar fiel cumplimiento a los postulados constitucionales de justicia pronta y cumplida, legalidad y acceso a la justicia (cardinales 11, 41, 49 y 153 de la Constitución Política).

En cumplimiento de esa tutela judicial plena, puede disponer de aquellas relaciones jurídicas públicas; sustituir a las administraciones públicas a través de órdenes de hacer, no hacer o de dar; y por qué no, denunciar aquellos ilícitos en la función pública ante los órganos competentes. De este modo, procura garantizar el cumplimiento del principio de legalidad (componente objetivo), así como tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, sean las situaciones jurídicas sustanciales de estos últimos (componente subjetivo).

4. División de poderes y el control judicial de la función pública

El artículo 9 de la Constitución Política establece lo siguiente:

> *"El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el Pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.*
>
> *Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.*
>
> *Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigil*ancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes".

En la actualidad, la separación de funciones es concebida como una técnica para debilitar el poder público, evitando su concentración en un solo ente u órgano, pero también es vista como un medio para dividir y racionalizar el ejercicio del poder, haciéndolo más eficiente y sin interferencias que impidan su funcionamiento. Sobre este tema, la Sala Constitucional ha indicado lo siguiente:

> *"De la vigencia del principio de separación de funciones en el Estado moderno pueden deducirse dos consecuencias jurídicas inmediatas y de gran trascendencia: a) La distinción material de las funciones; b) la atribución, normal y permanentemente, de una determinada función a un conjunto determinado de órganos constitucionales, lo que implica como corolario lógico la prohibición impuesta a los órganos estatales para delegar el ejercicio de sus funciones propias, o invadir la esfera de atribuciones que constitucionalmente le corresponde a otros órganos (artículos 9°, párrafo 2°, de la Constitución Política y 86 de la Ley General de la Administración Pública). La división de funciones supone que cada órgano constitucional o Poder del Estado tiene a su cargo una sola función constitucional. Sin embargo, es notorio y evidente que en el ámbito normativo y práctico-institucional no existe una partición perfecta y rígida de funciones, al contrario, la realidad demuestra que un órgano constitucional puede desempeñar varias funciones simultáneamente. Es por lo anterior que se afirma que lo que opera en la práctica es una interdependencia funcional entre los diversos órganos estatales..." (sentencia no. 7965-2006 de las 16 horas 58 minutos del 31 de mayo de 2006).*

Ahora bien, la facultad del Poder Judicial de emitir sentencias, girando órdenes particulares y especiales (en este caso a las Administraciones y demás entes públicos), responde precisamente a las competencias que le fueron otorgadas por la propia Constitución, en las normas 9, 49, 153. En tales tareas, el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley (norma 154 ibídem).

El precepto 153 Constitucional dispone lo siguiente:

> *"Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso - administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.".*

Dicho lo anterior, cuando el Tribunal Contencioso ejerce sus funciones, especialmente en ese marco de control judicial de la Administración Pública, no pueden darse interferencias, invasiones o transferencias a las tareas que se le asignan, pues dispone de la facultad plena de revisión de la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público, aún en los casos de desviación de poder (cánones 49 y 153 de la Constitución Política).

De ese modo, si en ese control universal o pleno de la conducta administrativa, el Judicial anula, ordena y hace ejecutar sus fallos, jamás excede el poder. El Juez es el punto final de un estado de derecho, es el control final del bloque de legalidad y el resguardo de la tutela judicial efectiva.

En respaldo de lo anterior, la Sala Primera ha expuesto, no hay invasión a la división de funciones, cuando de por medio existe una omisión jurídico material, pues se incumple el ordenamiento jurídico superior (la ley) y se infringen, de manera colateral los derechos subjetivos o intereses legítimos del colectivo. Tratándose de este tipo de conductas, se infringe el Estado de derecho, el bloque de legalidad en sentido positivo, y la tutela judicial efectiva que contemplan los artículos 9, 11, 33, 41 y 49 de la Carta Fundamental. De allí que, el Juzgador, no solo puede, sino que además debe corregir la omisión bajo los criterios de un control universal de la conducta administrativa, que incluyen no solo las actuaciones sino también las omisiones (fallo no. 001242-F-S1-2011 de las 13 horas 30 minutos del 26 de setiembre de 2011).

El sometimiento es total, por eso fue que el constituyente, en el artículo 49, pensó en la homogenización del control jurisdiccional sobre cualquier tipo de conducta administrativa. Lo importante es que la conducta sea siempre administrativa, el control se realice dentro del marco jurídico, y aquella se ajuste a los fines que la justifican (control de legalidad).

5. La potestad de denuncia de ilícitos en la función pública por parte del juez contencioso administrativo

5.1 Facultad del Juez de emitir pronunciamientos distintos de las pretensiones de las partes

Como vimos en el apartado tras anterior, bajo el régimen inquisitivo u oficioso que impera en el ordenamiento procesal, donde el juez no es sujeto pasivo del proceso, sino sujeto activo -aunque debe respetar ciertas reglas del dispositivo-, su rol será esencial a fin de buscar la verdad real de los hechos.

Al emplazar al Juez como director activo, ha permito logros por demás beneficiosos tendientes a un activismo responsable, encorsetado tradicionalmente por los principios de contradicción, bilateralidad e igualdad, que, al fin de cuentas, conducían a la frustración efectiva de la defensa o a la privación de la justicia.[14]

El profesor GONZÁLEZ CAMACHO, explica esa dosificación de oficiosidad jurisdiccional incorporada al proceso contencioso, en virtud de la existencia de intereses superiores del colectivo, que hacen del poder público, una organización instrumental al servicio de la comunidad, y que, por ende, tiene su razón de ser y su finalidad, en la satisfacción de las necesidades públicas, mediante la correcta utilización del erario y demás recursos, con eficacia y eficiencia.[15]

Así las cosas, contrario a lo que muchos aún siguen pensando, el Juez puede realizar cuantas acciones

14 M. MORELLO (Augusto), El Proceso Civil Moderno, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 2001, pág. 299.
15 GONZÁLEZ CAMACHO (Óscar Eduardo); El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo; op. cit., pp. 413.

procesales y sustantivas estime pertinentes, sin que medie solicitud expresa de parte, como solicitar pruebas o conceder audiencias no solicitadas. Entre mayor interés público tenga el conflicto ventilado, mayor será este posicionamiento del Juzgador.

Esa oficiosidad, la divide GONZÁLEZ CAMACHO en dos vertientes: a) Pronunciamientos sustanciales imperativos propter lege. Son aquellos extremos o aspectos oficiosos de carácter sustancial, sobre los que el Juez sentenciador tiene habilitación legal directa para pronunciarse, ya sea de manera facultativa, o bien, como suele ocurrir, de modo imperativo. b) Pronunciamientos oficiosos de carácter procesal. Aquí se observan las disposiciones o actuaciones, que de igual forma, pueden ser facultativas u obligatorias, pero todas revisten carácter procesal.[16]

Importantes a los efectos de nuestro análisis, son los pronunciamientos del primer grupo, pues es en ellos, donde radica la posibilidad del Juez de emitir sentencias con pronunciamientos especiales que se sustraen de las pretensiones de los litigantes, como son órdenes o medidas dirigidas a las Administraciones. Nótese, se trata de puntos o aspectos que la Ley cataloga de interés u orden público, más allá de la voluntad de las partes, los cuales deben ser analizados de oficio por el Juez o el Tribunal.

Ese ejercicio debe montarse en el eje de un activismo judicial pero controlable (merced al ejercicio activo de poderes-deberes amplios y una inteligente interpretación creativa y teleológica), lo que permite acordar primacía a los valores que la comunidad privilegia en dimensión social y contextual: la paz, la seguridad jurídica y la justicia.[17]

5.2 Mención especial del cardinal 122 del CPCA

Llegados a este punto, resulta indispensable valorar el contenido del ordinal 122 del Código, al ser la norma procesal -por excelencia- que legitima la actuación judicial analizada. Dice el artículo mencionado en lo que interesa:

"ARTÍCULO 122.- *Cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, entre otros, los siguientes pronunciamientos:*

a. Declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexos.

b. Anular, total o parcialmente, la conducta administrativa.

c. Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso.

d. Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

e. Declarar la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.

f. Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública.

g. Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

h. En los casos excepcionales en los que la Administración sea parte actora, se podrá imponer a un sujeto de Derecho privado, público o mixto, una condena de hacer, de no hacer o de dar.

i. Declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d) de este artículo.

j. Ordenar a la Administración Pública que se

16 Op. ult. cit., pág. 414.
17 M. MORELLO (A.), op. cit., pág. 480.

abstenga de adoptar o ejecutar cualquier conducta administrativa, que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

k. Suprimir, aun de oficio, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida a proceso, cuando sea disconforme con el ordenamiento jurídico.

l. Hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima.

m. Condenar al pago de los daños y perjuicios, en los siguientes términos:...".

En primer lugar, recuérdese, el fallo tiene que adaptarse en lo posible a ese principio dispositivo, sea a lo peticionado; pues su principal objetivo será solucionar la controversia y las pretensiones de la demandante. Luego, en lo que proceda, emitirá aquellos pronunciamientos oficiosos y que antes hemos dicho, revisten interés o son de orden público.

De hecho, esta facultad otorgada a los juzgadores no puede entenderse como una desvinculación absoluta con el objeto del proceso ni la causa sobre la que se construye. Lo que se resuelva de oficio deberá tener conexidad con los mencionados elementos. Al respecto, la Sala Primera de Casación ha dicho: *"Aunque el principio dispositivo haya sido relativizado, esto no puede conducir a su desaplicación, sino que ese pronunciamiento oficioso en todo momento ha de dirigirse a dar respuesta al reclamo de la parte, que no se identifica únicamente con lo pretendido en la demanda, sino además debe relacionarse con las situaciones fácticas base de la disputa..."* (Sentencia no. 00285-F-S1-2014 de las 9 horas 35 minutos del 6 de marzo de 2014).

En esta línea de pensamiento, el ordinal 119 ibídem, dispone que la sentencia deberá resolver sobre todas las pretensiones. Pero ese mismo artículo, permite que el fallo resuelva "todos los extremos permitidos por el Código", infiriéndose que habrá casos donde no es necesaria esa pretensión previa.[18] Aquí es donde entra en escena el numeral 122 ibídem, el cual habilita al Tribunal para que emita ciertos pronunciamientos oficiosos (independientemente de la existencia de audiencia previa o que las partes lo hayan solicitado en la pretensión o la defensa).

El encabezado de la norma establece un deber de la persona juzgadora de realizar esos pronunciamientos. Obviamente, porque primero debe considerar aquellos puntos que resultan directamente de la pretensión declarada con lugar (declarativos, constitutivos y de condena); pero también deja abierta la posibilidad de emitir otros pronunciamientos que sí son reflejo de estos poderes oficiosos del Tribunal. Faculta al Juez contencioso a dimensionar los efectos de su fallo, para lo cual puede, en sentencia, adoptar *"cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas"* a fin de reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable.

No obstante, dicha norma, al preceptuar: *"Cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, entre otros, los siguientes pronunciamientos: [...]"*, supedita tal facultad a la hipótesis de que se declare procedente la pretensión esgrimida por la parte actora o reconventora en forma total o parcial (así lo ha interpretado la Sala Primera en las sentencias no. 900 de las 10 horas 50 minutos del 27 de agosto de 2009 y 1357 de las 14 horas 9 minutos del 4 de noviembre de 2010).

Ese Órgano Jurisdiccional Superior ha estimado, al declararse sin lugar las pretensiones esgrimidas en un proceso, no puede el Tribunal, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia, emitir un pronunciamiento oficioso al amparo del precepto 122 del CPCA. Este proceder configuraría el yerro de incongruencia por "ultra petita", al existir un "exceso de pronunciamiento", lo cual colocaría a la parte demandada en estado de indefensión según la causal del canon 137 inciso b) del CPCA (sentencias no. 001579-F-S1-2013 de las 9 horas 10 minutos del 18 de noviembre de 2013 y no. 000507-F-S1-2010 de las 10 horas del 30 de abril de 2010, entre otras).

18 Como es el extremo de costas (norma 193) y los casos de condena de una obligación dineraria o de valor, donde se deberá incluir pronunciamiento sobre la actualización a valor presente de dichas sumas, sea la indexación (ordinal 123).

Sin embargo, considero, una clara excepción a esa regla se da en la necesidad de emitir pronunciamientos destinados a denunciar e investigar ilícitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus labores o fuera de ellas; más allá si la pretensión fue procedente o no. Caso contrario, todos los mecanismos oficiosos implementados en el Código quedarían en letra muerta. En todo momento, el Juez debe aplicar esas potestades oficiosas cuando de por medio existe un ilícito en la función pública, pues es la única forma de exigirle al funcionario la reparación del bien jurídico afectado. Se insiste, de por medio existe un deber de probidad superior, así como la obligación de tutelar la protección del interés público, lo cual no puede quedar supeditado al hecho de que las pretensiones sean declaradas con lugar.

Luego, este artículo 122 ibídem, no contiene una enumeración cerrada, pues de su letra, se deja claro que esos pronunciamientos serán *"entre otros"*.

Advertido lo anterior, la posibilidad de denunciar ilícitos en la función pública comentada, puede ser encasillada en dos apartados del artículo:

- Inciso d), el cual dispone el deber de reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, **adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello** (en parte, este deber se reitera en el inciso i, en los casos donde se disponga el cese de una actuación material constitutiva de la vía de hecho).

- Inciso g), el cual regula una de las medidas más importantes, cual es **condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.** Informa de una condena prestacional, porque surge generalmente de las omisiones formales o materiales de las Administraciones. En ella, el Tribunal puede condenar al ente a dictar o realizar un acto administrativo debido, en general, a cualquier obligación de hacer o de dar, o a desplegar una conducta activa.[19] En este tipo de condenas, sin dudarlo, debemos abarcar las denuncias objeto de este estudio, como son las órdenes de realizar investigaciones o iniciar procedimientos administrativos. Es la norma base y la más importante a nuestros efectos. Entonces, dentro de estos incisos (forman parte del grupo de pronunciamientos sustanciales imperativos), debemos concebir esa potestad del Juez Contenciosos para informar a la Administración sobre la existencia de los ilícitos en la función pública; para lo cual, el pronunciamiento respectivo podrá adoptar cuantas formas estime conveniente el Tribunal (órdenes, recomendaciones o simplemente denunciar el hecho).

Por último, estos poderes oficiosos regulados en la norma bajo examen, se extienden incluso a la etapa de Casación. Sobre este punto, ha dispuesto la Sala Primera: *"...la norma prescrita constituye un poder-deber, en la medida en que no sólo implica una facultad del juzgador, sino que al mismo tiempo se encuentra compelido a realizarlo, en aquellos casos en que así se justifique... la facultad en comentario es propia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual incluye a este órgano, como vértice último de fiscalización jurisdiccional. Esto se ve complementado con la finalidad propia de la casación, cual es la correcta interpretación y aplicación de la norma y del ordenamiento jurídico..."* (sentencia 954 de las 14 horas 48 minutos del 10 de setiembre de 2009).

5.3 Principios rectores de legalidad, probidad y transparencia en la función pública, como pilares en la lucha contra la corrupción y la impunidad

Entonces, cuando hablamos de ilícitos en la función pública, se trata de englobar todas aquellas faltas o irregularidades cometidas por personas o grupos de personas, que prestan sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, en el desempeño de sus competencias.

En este ejercicio resulta fundamental definir función pública y funcionario. La Convención Interamericana contra la Corrupción,[20] define "Función Pública" como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre

19 JINESTA LOBO (E.), Manual del Proceso Contencioso-Administrativo, op. cit., pág.241.

20 Aprobada por Costa Rica mediante la Ley 7670 del 17 de abril de 1994.

del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Por su parte, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, conceptualiza al "servidor público" como 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. Incluso asimila los términos funcionario, servidor y empleado público (disposición 2).

Otro tema que no puede dejarse de lado en este estudio, es el referido al artículo 11 de la Constitución Política; ya que este precepto constituye el eje central de lo que en este trabajo se ha denominado: la legalidad y eficiencia en el desempeño de las funciones públicas en Costa Rica. Sobre todo, dada su amplitud de cobertura funcional (todas las instituciones públicas) y los mecanismos de control implementados. Todo ello como manifestación del propio principio de transparencia.

Dice el canon 11 constitucional:

> *"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 exigirles 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".*

Desde sus orígenes, el artículo 11 de la Constitución Política ha consagrado el principio de legalidad, el cual significa que los actos y comportamientos de la Administración deben de estar regulados por norma escrita, lo que implica desde luego, el sometimiento a la Constitución, a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico.

Antes de la promulgación de la Reforma de este precepto (mediante Ley 8003), la idea del control de eficiencia sobre la Administración Pública se encontraba sumamente limitada. Es cierto que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República lo había proclamado desde 1994, pero su implementación encontró grandes dificultades.

En palabras de SABORÍO VALVERDE, el salto que esta reforma dispone, se corona con el reconocimiento expreso del postulado que indica que los poderes públicos no solo deben actuar apegados a la ley, sino que tienen la obligación de ser eficientes. Pero esa eficiencia derivada ahora de la Carta Magna y no simplemente de la interpretación de otras disposiciones, se encuentra vinculada con la obligatoriedad de la evaluación de resultados y la implantación de un sistema de rendición de cuentas para la Administración entendida en sentido amplio.[21]

Se indicó en la exposición de motivos del Proyecto de Reforma, se busca un funcionario público que no sólo evite arrogarse facultades impropias, sino que, por sobretodo, cumpla con los deberes que ya tiene. El fin último, es dotar al ciudadano de un medio ideal para que encuentre instrumentos jurídicos efectivos que fiscalicen el cumplimiento real de las metas estatales.

En esta línea de pensamiento, los principios de legalidad, probidad y de transparencia juegan un papel relevante. Van dirigidos básicamente a que todas las actuaciones de las Administraciones públicas -y de sus funcionarios- deban apegarse al marco jurídico, se encuentren orientadas a la satisfacción del interés público y, además, sean de conocimiento de los ciudadanos, porque estos son parte activa en la fiscalización y control de las autoridades que detentan el poder público.

El de legalidad debe suponernos mayor atención, ya que, si la Administración está sometida tanto a las normas escritas como a las no escritas, ello implica que la acción administrativa debe adecuarse a la totalidad

21 SABORÍO VALVERDE (Rodolfo), Rendición de Cuentas en Costa Rica, Editorial Juricentro, 1ª Edición, San José, Costa Rica, 2004, pág. 11.

del sistema normativo (preceptos 11 Carta Magna, 11 y 13 LGAP), o sea, al bloque de legalidad. El Juez contencioso con sus poderes legales y procesales, yergue como un sujeto indispensable en el descubrimiento de aquellas actuaciones que traten de ocultar o atenten contra estos principios. De este modo, toda actuación administrativa que no se ajuste a lo que aquí hemos denominado bloque de legalidad, constituye una infracción sujeta a denuncia, en este caso por parte del Juez.

El de transparencia resulta útil, pues no implica solamente un acto de rendir cuentas a una persona en específico, sino la práctica democrática de colocar la información gubernamental en la vitrina pública, para que la gente pueda revisarla, analizarla y en su caso, usarla como mecanismo de sanción.[22] En este caso, esta información es expuesta -directa o indirectamente- al Tribunal, quien aplicando sus poderes oficiosos denuncia el ilícito.

Finalmente, otros dos conceptos que generalmente convergen alrededor de cualquier irregularidad funcional, son los de corrupción e impunidad. El primero de los términos, es entendido como la inobservancia de la legislación, por parte de aquellos funcionarios públicos que se encuentran en posición de garantes de su aplicación. Se trata de supuestos donde el funcionario se vale de su cargo para obtener beneficios patrimoniales o personales. Inobservancia también por parte de los sectores civiles que lejos de exigir el cumplimiento del derecho, se constituyen en corruptores, instigando por medio de presiones o dádivas, la comisión de ilícitos.[23] Interesará a nuestros efectos de especial sobremanera, la corrupción pública, en su especie administrativa, sea la cometida por los funcionarios de la Administración del Estado (concepción global).

Por el otro lado, tenemos el de impunidad que se constituye como la inexistencia, de hecho, o de derecho, de responsabilidad por parte de los autores de las violaciones legales y de los derechos humanos, que escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento, y en caso de ser reconocido como culpable su condena.[24] Sin embargo, esta impunidad no debe limitarse a cuestiones de índole penal o a casos de corrupción, pues bien puede ser por simples faltas disciplinarias, irregularidades administrativas o violaciones a los códigos de ética institucional, que en la mayoría de las ocasiones, pasan inadvertidas por la propia inercia de las autoridades.

Todo ello, resulta fundamental, pues la denuncia que realice el Juez, trascenderá más allá del respeto de la tutela judicial efectiva, los principios de legalidad, probidad y transparencia; sino que también actuará en la lucha contra los actos de corrupción y la propia impunidad (sentido amplio). Estos últimos conceptos se correlacionan, y la mejor forma de atacarlos es denunciando, investigando y sancionando los ilícitos en la función pública desde sus diversos frentes (tanto a los infractores como a los cómplices e instigadores).

5.4 La denuncia en sede administrativa por parte del Juez Contencioso

Ahora bien, la pregunta que surge es ¿cómo funciona esta potestad de denuncia? Por excelencia, el instrumento mediante el cual el Juez puede ejercer su poder de forma eficiente, es mediante la sentencia judicial, toda vez que sus órdenes pueden ser ejecutadas coercitivamente de ser necesario. La sentencia debe ser vista como aquél acto del órgano jurisdiccional (acto procesal); constituida por un juicio lógico formado por los componentes del órgano jurisdiccional, comparando la pretensión con el derecho objetivo; pero, además, es un mandato que proviene no solo de la ley, sino del órgano jurisdiccional y, por ende, del Estado.[25]

En este entendido, será mediante órdenes, imposición de medidas, o simplemente recomendaciones, que el Tribunal podrá informar a la Administración sobre la infracción cometida por el funcionario.

22 ARROYO CHACÓN (Jennifer Isabel), Logros y Retos de la Contraloría General de la República de Costa Rica en el Ejercicio de su Potestad Sancionatoria por Faltas Cometidas en Concepto de Cargos por Corrupción, Rendición de Cuentas y Transparencia en la Función Pública, San José, Costa Rica, 2012, pág. 12.

23 BARAHONA KRUGER (Pablo), Corrupción e Impunidad: Correlaciones e Implicaciones, Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, San José, Costa Rica, 2004, pág. 65 y 69.

24 Op. ult. cit., pág. 108.

25 GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985, pág.323.

Pero ello no es óbice para que el Juez utilice otros mecanismos como son los oficios y las denuncias personales. Pero su grado de exigibilidad ante la inercia administrativa, se advierte, no tendrá los mismos efectos que los de una sentencia judicial firme.

Se ha dicho ya que esta denuncia, a propósito de irregularidades, puede ser también por el mal uso o administración de los fondos públicos y por la lesión de normativa que regula la Hacienda Pública. En estos casos, la orden o recomendación, deberá ser dirigida a la Contraloría General de la República, toda vez que, al tenor del ordinal 183 de la norma fundamental, 1, 4, 12 y 35 de su Ley Orgánica, a esta institución le compete -como auxiliar de la Asamblea Legislativa- la vigilancia de la Hacienda Pública. Aquí se habla de faltas que involucren la fiscalización, supervisión y control de todos los extremos y aspectos que la comprenden (sobre el tema se puede consultar la sentencia de la Sala Constitucional no. 2199-2004 de las 12 horas 59 minutos del 27 de febrero de 2004).

Bajo los términos expuestos, se convierte así el Juzgador en un denunciante público, quien pone en conocimiento (de forma escrita, verbal o por cualquier otro medio), ante la propia Administración, la Contraloría General de la República, la Procuraduría de la Ética Pública, y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, un hecho para que se investigue. Siempre con el fin de prevenir o determinar la comisión de actos de corrupción, falta de ética y transparencia en la función pública; así como cualquier situación irregular que incida sobre la legalidad administrativa y la Hacienda Pública. Se insiste, todo en aras de que se establezcan las sanciones civiles y administrativas correspondientes sobre los responsables.

Como veremos en los próximos apartados, han sido múltiples los casos donde el Juez Contencioso, en el trámite de alguna causa, se enteró de la existencia de alguna irregularidad cometida por funcionarios, lo cual lo obligó a ejercer acciones de denuncia, más allá si ese hecho fue objeto de las pretensiones de la demanda. Al tratarse de un asunto de interés público, resulta insoslayable mostrar la ilicitud.

Obsérvese, no se trata de asuntos o irregularidades que son objeto de un proceso anulatorio o de jurisdicción plena; pues en esos casos, se supone, el acto ilegal ya fue anulado; el funcionario ya pasó por todo el papeleo del procedimiento administrativo; inclusive fue disciplinado por su actuación ilegal. Por el contrario, son faltas que nunca han sido denunciadas por el desconocimiento o porque se esconden bajo el ropaje de la inercia y la inacción administrativa.

Un punto importante que no puede dejarse de lado, es que, de conformidad con la jurisprudencia reciente de los órganos de casación, de previo a recomendar una sanción vinculante a un funcionario público por la ejecución de conductas ilegales, previamente deberá declararse la nulidad de los actos donde se manifiesten tales irregularidades (sentencias 001330-F-S1-2011 de las 9 horas 40 minutos del 19 de octubre de 2011 y 000137-F-S1-2014 de las 8 horas 40 minutos del 30 de enero de 2014).

Lo anterior resulta fundamental, ya que la orden de investigar a un funcionario y sancionarlo por su actuar, necesariamente deberá redirigirse también, a la anulación del acto administrativo que dio origen a esa irregularidad (salvo la inviabilidad de la medida o que ese acto ilegal haya sido anulado previamente en la misma sentencia que emitió la orden o hizo la denuncia). Por lo demás, en cuanto al temor de que prescriba el ejercicio de esa responsabilidad, cabe resaltar que es a partir de la firmeza de la sentencia judicial que confirma la nulidad, cuando se debe comenzar a computar el plazo para exigirle al servidor su responsabilidad personal (es a partir de ese momento cuando se exterioriza esa certeza, o cuando se sabe con seguridad que la conducta del servidor resultó contraria al ordenamiento jurídico). Esta postura fue adoptada recientemente por parte del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VII, en el fallo no. 017-2016-VII de las 9 horas 49 minutos del 22 de febrero de 2016.

Debo insistir, esta potestad de las personas Juzgadoras, es reflejo del respeto al deber de probidad que también les abriga; de la obligación de identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias; y, del ejercicio con rectitud y buena fe de las competencias que les confiere la ley. Asimismo, se asegura que las decisiones

sean adoptadas en cumplimiento de los objetivos propios de la institución en la que se desempeñan; pero principalmente, velando para que los recursos públicos sean utilizados con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, pues aquellas personas, son garantes y actores primordiales del sistema anticorrupción.

5.5 Marco legal de la potestad analizada

Hasta aquí hemos examinado en qué consiste esta denuncia de ilícitos en la función pública por parte del Juez Contencioso. Pero en este análisis, no puede omitirse el marco normativo que le da sustento a dicha potestad.

A nivel constitucional, resultan fundamentales los ordinales 11, 49 y 153 previamente citados. En la Ley Orgánica del Poder Judicial, la norma 5 párrafo segundo adquiere gran valor, en cuanto dice: *"...Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes..."*.

Luego, el Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Decreto Ejecutivo no. 32333, resulta de vital importancia, toda vez que impone a todos los funcionarios (concepto que también engloba a los Jueces), el deber de denunciar ante las autoridades competentes los actos presuntamente corruptos que se produzcan en la función pública y de los que tengan conocimiento (artículo 9).

Del CPCA, según lo informado, los numerales 119 y 122. Este último artículo, se insiste, puede ser aplicado inclusive en la etapa de casación, sobre todo en los supuestos donde el Tribunal omitió valorar la conducta lesiva de legalidad, la cual ameritaba denunciarla ante las instancias correspondientes.

Si el pronunciamiento es realizado por alguno de los jueces ejecutores, resulta aplicable el ordinal 155 ibídem, el cual dota a ese cuerpo de jueces (encargados de la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes) de todos los poderes, deberes, así como la posibilidad de disponer de las medidas adecuadas y necesarias para la pronta y debida ejecución de los fallos judiciales.

Luego, existe una serie de normativa que obliga indirectamente al Juez a realizar este tipo de denuncias. Por ejemplo, encontramos en la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, los artículos 1, 2 y 3, los cuales, interpretados conjuntamente, obligan a los Jueces como servidores públicos, envestidos de autoridad jurisdiccional, a denunciar actos de corrupción en el ejercicio de la función pública.

5.6 Sentencias relacionadas (casos concretos)

No se podría finalizar esta sección, sin antes citar algunos ejemplos de la potestad de denuncia en sede administrativa aquí desarrollada:

a. Sentencia no. 175-2011-VI del Tribunal Contencioso Administrativo; Sección Sexta de las 11 horas 20 minutos del 18 de agosto de 2011 (en relación a esta misma causa, existen los fallos de la misma Sección, no. 1842-2009 de las 7 horas 30 minutos del 31 de agosto de 2009; 0038-2010 de las 14 horas 45 minutos del 11 de enero de 2010; 2166-2010 de las 10 horas 16 minutos del 7 de junio de 2010; 3609-2010 de las 4 horas del 23 de setiembre de 2010). Todas las sentencias confirmadas por la Sala Primera.

Los miembros de la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Rural (entonces IDA), participaron en la adopción de varios acuerdos de adjudicación de tierras, pero estos fueron anulados por el Tribunal Contencioso Administrativo en esas sentencias, por tratarse de terrenos boscosos que por razón de su naturaleza no podían salir del dominio público. Pero, más importante aún, en la resolución no. 175-2011 citada, el Tribunal, en el Considerando VII, ordenó expresamente al Órgano Contralor,

iniciar de manera inmediata los procedimientos administrativos disciplinarios en contra de los funcionarios responsables de ese Instituto quienes acordaron la adjudicación de esos inmuebles.
El Tribunal Contencioso fue contundente al indicar que el IDA en los procesos de titulación, incumplió con la observancia de requisitos sustanciales; básicamente, con el requisito de certificado de uso de suelo, exigido por el artículo 27 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, normativa conexa y demás normativa ambiental aplicable. Lo anterior, había permitido que se titulara sobre patrimonio forestal del Estado sin vocación agrícola. En cuanto al tema que se analiza, el Tribunal resolvió lo siguiente:

"VII- SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER RESPONSABILIDADES INTERNAS: *... considera este Tribunal que todas las conductas administrativas anuladas en este proceso, se dieron bajo irregularidades tan evidentes, manifiestas y groseras, que ameritan que se ordene el inicio de los procedimientos administrativos ordinarios necesarios para determinar las responsabilidades disciplinarias, civiles e incluso penales cuando correspondan, de todos los funcionarios que se vieron involucrados en la emisión de los actos administrativos que se vienen anulando en esta sentencia... Por ello... se le ordena a la Contraloría General de la República, iniciar de manera inmediata los procedimientos administrativos disciplinarios, civiles y penales de mérito, que deberán finalizar en el plazo de dos meses después de su iniciación, a fin de establecer las distintas responsabilidades de todos los funcionarios que participaron en las conductas administrativas que fueron anuladas en esta resolución. De dichas acciones deberá rendir informe en el plazo de dos meses contados a partir de la firmeza de esta sentencia a la fase de ejecución de este Tribunal, bajo la advertencia de incurrir en los supuestos de responsabilidad por omisión de ese deber de fiscalización...".*

Cabe resaltar que las gestiones administrativas ordenadas, desencadenaron en la inhabilitación de los investigados para el ejercicio de cualquier cargo de la Hacienda Pública. Actualmente, uno de los procesos judiciales de impugnación de esas sanciones (el más importante por tratarse de un reconocido político), fue declarado sin lugar por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sétima, mediante sentencia no. 017-2016-VII de las 9 horas 49 minutos del 22 de febrero de 2016.

b. Sentencia no. 216-2012-VI dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, de las 15 horas 15 minutos del 8 de octubre de 2012. En este asunto, de por medio existía un nombramiento de un profesor no idóneo para el puesto por parte del Ministerio de Educación Pública. Pero en sede contenciosa se anularon las actuaciones administrativas que habían determinado el cese laboral del docente, precisamente por infracción a los principios constitucionales y legales de debido proceso e intangibilidad de los actos propios. En virtud de la anulación de esa conducta administrativa, surgió para el actor una indemnización pecuniaria.

En la parte final de la sentencia, los Jueces endilgaron (a las diferentes autoridades administrativas involucradas), omisión de verificar la condición de inhabilitación para ocupar cargos en el Régimen del Servicio Civil que tenía el profesor (actor) previo a su nombramiento. Esos funcionarios fueron señalados por el Tribunal, como principales responsables de la nulidad declarada en el proceso y todo lo que ello generó. Consecuentemente, en el punto 4 de la parte dispositiva del fallo, dispusieron lo siguiente: *"....4) Se ordena a los jerarcas de la Dirección General del Servicio Civil y del Ministerio de Educación Pública iniciar de manera inmediata los procedimientos internos de mérito a fin de establecer la responsabilidad pecuniaria y/o disciplinaria de los funcionarios que participaron en las acciones u omisiones que llevaron a incurrir en los actos contrarios a legalidad que aquí han sido anulados y que tuvieron como efecto la condena pecuniaria al Estado que se ha ordenado...".*

Los dos recursos de casación interpuestos contra esa sentencia fueron declarados sin lugar por la Sala Primera, mediante voto no. 0001678-F-S1-2013 de las 9 horas 30 minutos del 12 de diciembre de 2013.

c. Sentencia no. 19-2014-IV del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta, de las 13 horas 15 minutos del 27 de febrero de 2014. Se trata de un litigio de empleo público, empero, los Jueces se enteran de una supuesta ilegalidad que sucede con las compras de combustibles en el Patronato Nacional de la Infancia; por lo cual, determinan realizar la denuncia ante la Contraloría General de la República, para lo del seguimiento y competencias propias de la potestad fiscalizadora de dicha entidad. La resolución no fue impugnada en casación.

"...Dada la notoriedad de los hechos que evidencian los autos, en los que sobresale la lentitud patológica de la Administración para accionar de manera oportuna en el resguardo de su patrimonio presupuestario, considera este Tribunal procedente y ajustado al mérito de los hechos que documentan los autos, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo, PONER EN CONOCIMIENTO DEL PRESENTE ASUNTO A LA DIVISIÓN DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE ENTIDADES AUTÓNOMAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, a fin de que esa entidad de un cabal seguimiento de las responsabilidades que deban ser impuestas a quien corresponda, por la falta de control oportuno, y evidentes vulnerabilidades en el sistema implantado que ha demostrado la administración demandada en la custodia del patrimonio presupuestario para compra de combustibles mediante la tarjeta de pago electrónico suministrada a quienes se desempeñen como conductores de equipo móvil de esa institución; remisión que se hace no sin considerar que los hechos reiterados que han sido del conocimiento de este Tribunal alertan la necesidad de actuaciones urgentes que trascienden la faena jurisdiccional de esta autoridad, y que son propias de la administración demandada y de los organismos de control y fiscalización superior con que cuenta el sistema jurídico, y que deben ser activados en aras de erradicar toda acción ilícita que perjudique potencial o efectivamente los fondos públicos de que se nutre el presupuesto patrimonial de PANI, compuesto por fondos públicos con un destino social imponderable, debe ser revertida y erradicada de manera inmediata y eficiente de conformidad con el bloque de legalidad observable...".

d. Sentencia no. 202-2015-VI del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, de las 9 horas 45 minutos del 27 de noviembre de 2015. Es un proceso donde se determinó que en sede administrativa (Ministerio de Obras Públicas y Transportes), operó el plazo de prescripción para el ejercicio inicial de la potestad disciplinaria en contra del actor, quien es Oficial de Tránsito. Por ese motivo, el Tribunal declaró la nulidad del procedimiento y, en consecuencia, del despido ordenado en contra del funcionario. Sin embargo, para los Jueces, era necesario, además, establecer responsabilidades internas y acciones de regreso, en virtud de la supresión de las conductas administrativas que fueron objeto de examen. Esto por cuanto se generaron consecuencias para el Estado no solo por la anulación de la sanción impuesta, sino también, en lo que respecta a la condena patrimonial referida a la devolución del salario que se rebajó al actor, su indexación e intereses, merced de que diferentes funcionarios profesionales (incluso, jerarcas o abogados) omitieron su deber de celeridad, oficiosidad y eficiencia, contribuyendo a que el ejercicio inicial de la potestad disciplinaria prescribiera. Así, las cosas, ordenó al Ministro de Obras Públicas y Transportes *"...inicie los procedimientos administrativos internos que permitan establecer la eventual responsabilidad pecuniaria y/o disciplinaria de los funcionarios que participaron en las acciones u omisiones que llevaron a incurrir en los actos contrarios a legalidad...".*

e. Sentencia no. 000675-F-2004 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de las 11 horas 35 minutos del 18 de agosto de 2004. Resulta importante mencionar que los Jueces, más allá de su rol de administradores de justicia, también son funcionarios sujetos a todas las obligaciones y deberes que el puesto conlleve. Por lo tanto, de igual modo pueden cometer faltas administrativas sujetas a denuncia, ya sea por incumplir sus deberes

legales o cualquier obligación funcional dispuesta en la Ley Orgánica del Poder Judicial, reglamentos y demás directrices institucionales.

Así las cosas, en este asunto, los Jueces de diversas instancias aplicaron indebidamente las reglas de la competencia en grado, al punto que se anuló en Casación todo lo actuado en el proceso. Por tal razón, la Sala Primera estimó: *"...que lo actuado por los juzgadores tanto de primera instancia, cuanto de apelación en este proceso, podría configurar un error grave e injustificado en la administración de justicia (artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), razón por la cual, debe ordenarse testimoniar piezas al Tribunal de la Inspección Judicial, para lo de su cargo, máxime que la representación estatal, en memorial visible a folio 119, alegó la incompetencia por razón de la cuantía, lo cual fue desatendido por los órganos jurisdiccionales involucrados..."*.[26]

f. Sentencia no. 000029-F-TC-2016 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 10 horas del 10 de marzo de 2016. En una contratación administrativa iniciada por el Ministerio de Salud, se giraron montos millonarios al contratista sin la existencia de un "recibido conforme". Pero como en esa sede se dejó de investigar a todos los funcionarios y autoridades responsables, el Tribunal de Casación -avalando la postura del Tribunal Contencioso- dispuso lo siguiente: *"...no es entendible cómo se le ha achacado responsabilidad únicamente a la doctora A. F., cuando la Ley 8403, en el Anexo A, Capítulo VII, apartado 7.03, claramente indica que en el Ministerio de Salud "el Despacho del Viceministro de Salud tendrá la responsabilidad primaria de la ejecución...". Este Tribunal tampoco entiende cómo los demás integrantes del "Cuerpo de Contraparte" y de la Proveeduría del Ministerio, dejaron pasar la anomalía analizada, sin que existiera alguna reacción al respecto. Por ello, no solo se mantiene el llamado a las autoridades actuales del Ministerio de Salud, sino que también se ordena comunicar los fallos de este proceso a la Contraloría General de la República, para que realice las investigaciones correspondientes, dentro del marco de sus potestades legales."*.

6. Denuncia de ilícitos penales

6.1 Concepción básica sobre el delito

Recuérdese, el concepto delito se encuentra estructurado por tres elementos a partir de una acción o comportamiento humano: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. A nivel de tipicidad se requiere que la conducta del sujeto que actúa ilícitamente sea dolosa o al menos culposa. Antijurídica, en el tanto exista lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado. A nivel del elemento "culpabilidad" propiamente dicho, implicaría que no existe delito si el injusto no se le puede reprochar al sujeto, incluido el análisis de imputabilidad o capacidad de culpabilidad (la Sala Tercera, en la sentencia 2012-001005 de las 16 horas 10 minutos del 24 de julio de 2012, hace un recuento más pormenorizado de estos componentes).

En todo caso, para que una conducta constituya delito, necesariamente debe estar tipificada en una ley previa, en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar. Tal planteamiento encuentra soporte en el principio constitucional de culpabilidad, artículo 39 de la Carta Magna.

6.2 Obligación de los Jueces (funcionarios) de denunciar posibles ilícitos penales. Marco legal

Basado en esa concepción básica, si el Juez Contencioso sospecha o al menos intuye que la conducta descubierta podría ser tipificada como un delito penal, tendría la ineludible obligación de testimoniar piezas al Ministerio Público para que este proceda conforme a derecho. Así entonces, será el Juez Contencioso en una primera etapa, quien determine con base en su conocimiento, si la conducta constituye además de una ilegalidad administrativa, un eventual delito que amerite la denuncia correspondiente.

26 En términos similares se ha pronunciado este Órgano Decisor cuando se trata de sentencias emitidas fuera del plazo legal del ordinal 111 del CPCA.

La obligación que aquí se analiza, encuentra eco en la norma 281 del Código Procesal Penal, que establece la obligación de denuncia que pesa en los funcionarios o empleados públicos quienes, en el ejercicio de sus funciones, conozcan la existencia de delitos perseguibles de oficio.

En lo que interesa, el artículo en comentario dispone:

> *"ARTÍCULO 281.- Obligación de denunciar. Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: a) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones...".*

La Sala Constitucional, interpretando el texto del precepto recién transcrito, ha indicado lo siguiente: *"Se trata de una norma que obliga a todo funcionario público a denunciar los delitos que conozca en el ejercicio de su cargo. Esa obligación, de carácter general, encuentra sustento en el artículo 11 de la Constitución Política que dispone que los funcionarios públicos "están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella". La obligación del funcionario público culmina al plantear la denuncia cuando tenga conocimiento de la realización de un hecho que, probablemente, resulte configurador de un ilícito penal..."* (fallo no. 2015-010254 de las 10 horas 15 minutos del 8 de julio de 2015).

El servidor judicial (Juez) entendido como un funcionario, se encuentra inmerso en el supuesto de la norma, siempre y cuando, en virtud de sus atribuciones se haya enterado del supuesto ilícito penal; motivo por el cual, deberá trasladar la denuncia al Ministerio Público, precisamente por recaer sobre su persona, un deber legal en tal sentido, cual ocurre en la norma 281 analizada.

La responsabilidad que tienen los Jueces en este tema es enorme, el decoro y el deber de probidad les obliga a denunciar los delitos penales que tengan conocimiento. Lo contrario, atentaría contra esa rectitud exigida en el cumplimiento de la función pública, conducta reprochable desde el punto de vista objetivo; incluso puede ser sancionado como falta grave por la Inspección Judicial, pues no sólo se infringen deberes jurídicos, sino que, a la vez, se comete una falta administrativa por omisión de sus obligaciones. Sumado al hecho que afectaría la imagen del Poder Judicial.

El autor DANIEL PIZARRO explica, buena parte de las fallas del servicio de justicia, son producto de una conducta activa o comisiva de los Juzgadores y funcionarios del Poder Judicial. Pero nada impide, dice, que el menoscabo pueda ser el resultado de una omisión antijurídica, por no haber actuado encontrándose obligado a hacerlo; siendo aplicables las reglas de la responsabilidad por omisión, quedando patentizada por dicha vía la configuración de la falta de servicio.[27]

La obligación de denunciar, según la hipótesis analizada, tendría únicamente excepción en la previsión del artículo 36 de la Constitución Política que señala: *"En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad."* (así lo ha valorado el Consejo Superior del Poder Judicial en la Circular no. 98 del 04 de junio de 2008, publicada en el Boletín Judicial no. 116 del 17 de junio de 2008, que corresponde a la sesión de ese Consejo no. 36-08, celebrada el 15 de mayo de 2008, artículo LXII).

El otro punto a definir, es que se trata de delitos de acción pública, los cuales son definidos en el Código Procesal Penal, como aquellos donde su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima o a los ciudadanos (norma 16).

Sólo para mencionar algunos, interesan de especial sobremanera aquellos ocasionados contra: el ambiente, la seguridad de la Nación, los poderes públicos, el orden constitucional, contra la administración de justicia, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, la fe pública, los derechos humanos, los contenidos en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos.

Por lo demás, la certeza sobre la adecuación penal o la existencia de culpabilidad, o sobre la concurrencia

27 PIZARRO (Ramón Daniel), Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1ª Edición, 2013, pág. 32.

de otros aspectos determinantes de la concreción del delito, son competencia, según el caso, del Ministerio Público o del Órgano Jurisdiccional.

En relación, la Sala Primera ha manifestado, cuando un Juez realiza un pronunciamiento de este tipo (testimonio de piezas al Ministerio Público), no es susceptible de ser impugnado en Casación, debido a que no implica el establecimiento de una eventual responsabilidad penal, sino únicamente la comunicación al órgano competente, el cual deberá analizar la procedencia o no de la investigación, y eventualmente de una acusación penal (sentencia 000191-F-S1-2016 de las 11 horas 10 minutos del 3 de marzo de 2016).

6.3 Sentencias relacionadas (casos concretos)

a. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, no. 4399-2010 de las 10 horas 40 minutos del 14 de diciembre de 2010. Uno de los casos más importantes, pues evidenció la autodeterminación, rigurosidad y seguridad, con la que el Tribunal Contencioso Administrativo, aplicó esta norma 281 del Código Procesal Penal; todo lo cual aconteció en el "polémico" caso "Crucitas". Ese es el antecedente mediato que disponemos en nuestra jurisdicción y el cual refleja a la perfección el deber analizado.

Los Jueces, luego de valorar los vicios del Decreto que declaró de interés público y conveniencia nacional el Proyecto Minero Crucitas, determinaron lo siguiente:

"Finalmente, en relación con S. A. L. y A. R. A., debe indicarse que ella fue la regente ambiental del proyecto desde el 2007 hasta mediados de 2010, mientras que él era el representante legal, de modo que participaban en la toma de decisiones por parte de la empresa, la cual, durante ese período, realizó gestiones induciendo a error a la Administración, como lo fue, por ejemplo, insistir en extraer material por debajo del límite técnico de setenta y cinco metros sobre el nivel del mar, como también en gestionar una servidumbre minera para ocupar permanentemente un camino público, todo lo cual es pertinente que sea examinado por el Ministerio Público. Sobre esta comunicación al Ministerio Público es necesario hacer ver que este Tribunal está obligado a realizarla, por lo dispuesto en el artículo 281 del Código Procesal Penal, pues se trata de conductas que, vistas individualmente, permitirían pensar en la posibilidad de actuaciones delictivas en relación con los deberes de la función pública, entre otros. Pero, además, tal como ya se indicó, tal cantidad de ilegalidades, todas concurrentes y provenientes de funcionarios de diversos órganos y de los más variados niveles, incluyendo autoridades políticas superiores, aunados a las actuaciones de la misma empresa, hace también viable pensar en la posibilidad de alguna orquestación de voluntades para lograr la puesta en marcha del proyecto minero Crucitas de cualquier manera. Esta posibilidad se aprecia no sólo por las actuaciones ilegales en sí, sino por el contexto en que estas se dieron: la mayoría de los actos se emitieron estando vigente un decreto de moratoria de la actividad de minería metálica a cielo abierto; esta moratoria fue levantada durante la administración Arias Sánchez de 2006 a 2010; el decreto de declaratoria de conveniencia nacional fue emitido en esa misma administración; sin esa declaratoria no se podía realizar la tala; sin esa tala no se podía llevar adelante el proyecto; todo lo cual justifica que sea el Ministerio Público el que determine si hay mérito o no para realizar una investigación penal de este asunto... POR TANTO:... Se ordena comunicar esta sentencia al Ministerio Público para que allí se determine si es procedente o no seguir una causa penal en contra de alguna de las siguientes personas...".

En ese mismo expediente, la Sala Primera expresó:

"Se reitera, lo ordenado por el Tribunal, tanto para la Administración cuanto para el Ministerio Público, es que se inicien los procedimientos respectivos a efecto de valorar si existe causa para proseguir con la investigación que, eventualmente, desembocaría en una sanción administrativa y penal. Es decir, en ningún momento se les impuso sanción o condena alguna." (fallo no. 001469-F-S1-2011 de las 9 horas del 30 de noviembre de 2011).

b. Sentencia no. 228-2011 de las 16 horas del 25 de octubre de 2011 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta. El Tribunal ordenó testimoniar piezas al Ministerio Público debido a los pagos anómalos que hizo la Municipalidad de Garabito en la compra de unas propiedades, y por la complacencia de los funcionarios. En suma, los Jueces se percataron de varias irregularidades asociadas a la compra de los inmuebles a la parte actora (vendedor). Se afirmó en el juicio, que un tercero se comprometió a pagar la diferencia en el precio; que la actora tenía conocimiento de la naturaleza irregular del pago; y, la codemandada A. C., Presidenta del Concejo Municipal, al preguntársele sobre ese supuesto pago efectuado por un tercero de una deuda de la Municipalidad, manifestó que *"no lo entendía y que lo tuvo que dejar pasar"*. Tal situación llevó a los juzgadores, de conformidad con lo que dispone el artículo 281 del Código Procesal Penal, a denunciar la situación al Ministerio Público para lo de su cargo. El Tribunal se cuestionó ¿por qué razón una funcionaria pública de ese entonces, en su condición de Presidenta del Concejo Municipal de Garabito, no hizo ver esta situación a las autoridades competentes y se limitó a dejar pasar el asunto?

c. Sentencia no. 062-2013-V del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de las 13 horas 5 minutos del 24 de junio de 2013. En un asunto de empleo público, el Tribunal ordenó el testimonio de piezas al Ministerio Público, después de valorar la declaración del señor M. N. Q. (representante de una empresa que prestaba servicios a la Administración, de recarga de extintores y la venta de algunos materiales relacionadas a ese giro comercial), durante la audiencia del juicio oral y público. De forma espontánea, este señor narró la relación que tuvo con el actor, señor O. C. A. (quien era funcionario del Instituto Costarricense de Electricidad). En tal cometido, indicó que el funcionario llegó en una ocasión y le indicó *"que estaba necesitado de adquirir unos anteojos para sus hijos, por lo que le planteó que, como un favor, le confeccionara una factura indicando artículos que no eran reales, ni se habían entregado, a los efectos de que el servidor pudiera cobrar esos dineros y así hacerle frente al gasto familiar indicado..."*. Esta manifestación, en criterio del Tribunal, denota la posible existencia de un ilícito realizado posiblemente en contubernio entre los señores N. y C., en afectación de la hacienda pública, ante lo cual, tomaron la determinación de denunciar el hecho al Ministerio Público, para lo de su cargo. La sentencia quedó firme porque el recurso de Casación fue rechazado por extemporáneo.

d. Sentencia no. 1942-2010 de las 15 horas 7 minutos del 21 de mayo de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Los jueces ordenaron testimoniar piezas al Ministerio Público con la finalidad de que se determine la falsedad y responsabilidad penal, en relación con la supuesta falsificación de una firma en la carta que ordenaba el giro de los dineros de un crédito por parte del Banco Nacional de Costa Rica.

7. Mecanismos de coacción en caso de incumplimiento

Todo lo que se ha dicho hasta ahora, no tendría sentido sin la existencia de un mecanismo coercitivo ágil y eficiente de las sentencias judiciales, a fin de que no se queden en meras intenciones o propósitos. La prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido.

El respeto debido a las resoluciones judiciales en el Estado de Derecho, impone la necesidad de acatar lo ordenado, lo que se traduce en llevar a puro efecto la sentencia, adoptando las resoluciones procedentes y practicando cuanto exija la efectividad de la parte dispositiva contenida en el fallo. En otros términos, la ejecución procesal constituye en cierto sentido, el punto culminante de la realización del Derecho.[28]

En ordenamientos jurídicos donde el órgano jurisdiccional dispone de facultades suficientes para ejecutar los fallos, tales competencias, como mínimo, deben buscar intervenir en la ejecución, y así adoptar

28 GONZÁLEZ CAMACHO (O.), óp. cit., p. 577.

las medidas que promuevan o faciliten el cumplimiento de las sentencias. Esto porque si los titulares del órgano administrativo en cada caso competente, están obligados a cumplir el mandato de los tribunales, estos últimos, siempre podrán determinar aquello que deben hacer y el plazo en que deben hacerlo a fin de efectuar el mandato judicial.[29]

El fundamento jurídico lo encontramos en el cardinal 153 de la Carta Magna antes citado, el cual establece que, entre otras funciones, corresponde al Poder Judicial **ejecutar las resoluciones que pronuncie,** con la ayuda de la Fuerza Pública si fuere necesario. En los mismos términos fue redactada la norma 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, el ordinal 7 ibídem, dispone que para ejecutar resoluciones o practicar las actuaciones que ordenen, los tribunales podrán requerir el auxilio de la fuerza pública y de los otros medios de acción conducentes.

De igual forma, la Administración está obligada a acatar los fallos judiciales, pues la Constitución en el precepto 140 inciso 9) dispuso entre los deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

> *"Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan en los asuntos de su competencia los tribunales de Justicia y los organismos electorales, a solicitud de los mismos...".*

Al punto que se establece la responsabilidad de aquellos cuando: "impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial, o coarten a los Tribunales la libertad con que deben juzgar las causas sometidas a su decisión..." (norma 149 inciso 5) ibídem).

En otros términos, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida constitucionalmente, comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado.[30]

Dicho lo anterior, serán los Jueces Ejecutores del Tribunal Contencioso Administrativo, quienes se encarguen de ejecutar las sentencias firmes que se originen en esa jurisdicción (artículo 155 del CPCA).

En este tanto, resulta ineludible pronunciarse brevemente sobre el mecanismo de coacción que la Ley dispone para el cumplimiento de las sentencias, esto el entendido que la ejecución voluntaria haya sido descartada. La premisa mayor es que la Administración y los funcionarios están obligados a obedecer el fallo judicial. Incluso, el propio Código dispuso que no cabría responsabilidad alguna del funcionario público, por el fiel cumplimiento de lo ordenado por el juez ejecutor (artículo 161.4).

Sin embargo, ante el incumplimiento de lo ordenado (en el caso de que las Administraciones no acaten lo dispuesto sobre el inicio de una investigación o procedimiento), el Juez de Ejecución debe acudir a la denuncia penal, precisamente por el delito de desobediencia a la autoridad, ya sea contra el funcionario y/o el jerarca en quienes recayó la orden.

El artículo 314 del Código Penal establece al respecto lo siguiente: "Se impondrá prisión de seis meses a tres años, a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos sus extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención.". La orden no sólo ha de ser girada a un funcionario determinado, sino que también debe serle comunicada personalmente, a efectos de no impedir la posterior condena.

En última instancia, si el incumplimiento persiste, el propio Juez Ejecutor podrá intervenir directamente en la ejecución de la conducta ordenada, incluso adoptándola por cuenta de la Administración de ser posible. Lo anterior se desprende del cardinal 161.1.b) del CPCA, al establecerse que el Juez Ejecutor podrá: *"Adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente a la conducta omitida, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración Pública condenada; todo conforme a*

29 GONZÁLEZ PÉREZ (J.), op. cit., pp. 394-395.
30 Op. ult. cit., pp. 382-383.

los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.". De igual modo, el mismo precepto, en su inciso 2), dispone: *"Si la Administración Pública obligada persiste en el incumplimiento de la sentencia, o si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento."*.

Es una sustitución de la conducta dejada de hacer, nunca sería una interferencia en las funciones de los otros poderes. Se ejecuta lo que se debió realizar y no se cumplió. Es una función jurisdiccional de ejecución de sentencias en su máxima expresión, lo cual está permitido constitucionalmente.

8. Conclusiones

a. Queda claro que el Juez Contencioso dispone de facultades oficiosas, donde además de los puntos sometidos a pronunciamiento por las partes, puede emitir órdenes, medidas, así como todo tipo de mandatos que sean requeridos a fin de resguardar el orden público. En este punto, el principio dispositivo cede un poco ante la necesidad de que la actuación administrativa se ajuste al postulado de legalidad. Así las cosas, bajo estos parámetros, nunca habrá incongruencia del fallo -causal procesal de casación-, cuando se resuelva algo diferente o más allá de lo pedido, pues el Tribunal está autorizado por la ley para hacerlo oficiosamente, siempre y cuando ese pronunciamiento guarde relación con el objeto del proceso.

b. Importantes son los pronunciamientos sustanciales imperativos, pues en ellos radica la posibilidad del Juez de emitir sentencias con órdenes o medidas no pedidas por ninguna de las partes en litigio. Entre estas disposiciones, se encuentran las de denuncia de ilícitos administrativos y penales cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus competencias (función pública).

c. Cuando el Juez deduce la existencia de un ilícito en la función pública y decide denunciarlo, lo hace dentro del marco de sus competencias constitucionales. Con ello, nunca se estaría afectando la organización de los otros poderes del Estado, pues no se trata de casos donde el Juzgador está realizando actividad administrativa o debido proceso.

d. Pese a la existencia de algunos precedentes jurisdiccionales sobre este tema, estimo, aún queda mucho camino por recorrer, sobre todo, porque desde la órbita judicial -específicamente en casación- se aprecia una gran cantidad de asuntos que ameritaban pronunciamientos especiales -como una denuncia-, pero inexplicablemente, muchos Jueces prefieren guardar silencio al respecto o simplemente desaplicar las normas imperativas comentadas.

e. A ello debe sumarse que las sentencias donde existe una orden, ya sea para disciplinar a los funcionarios o exigirles reparación del daño, no son ejecutadas completamente o en los términos ordenados. Aquí se necesita mayor colaboración de las Administraciones, de la Procuraduría General de la República y de la propia Contraloría General de la República, para que, en estricto apego al deber de legalidad, probidad y buena fe, denuncien los incumplimientos de los fallos judiciales; y, a la vez, presten mayor auxilio y obediencia en la ejecución de las órdenes. Los Jueces Ejecutores también tienen cierto grado de responsabilidad, pues muchas veces olvidan la trascendencia de sus poderes, los cuales son fundamentales en aras de darle fiel cumplimiento a las resoluciones judiciales.

f. En fin, el Estado Social de derecho, en la figura de los Jueces de la Jurisdicción Contenciosa -todos los órganos que la componen-, cuenta con un denunciante más en esa lucha contra la ilegalidad, la corrupción y la impunidad. Están dotados de una potestad constitucional y legal de grandes dimensiones, pues mediante una orden, recomendación o llamada de atención, se pueden asentar las bases para exigirle responsabilidades a los funcionarios por su actuar. Máxime que las sentencias emitidas por los Tribunales, pueden ser ejecutadas con todos los mecanismos que la ley procesal dota al efecto.

g. Una vez que los actores principales de este sistema ejerciten la potestad sin excepciones, los casos de corrupción, impunidad y desviación de poder podrían disminuir sustancialmente. Es el Juez Contencioso, en su función de control judicial de la Administración Pública, quien se encuentra en posición, no solo de descubrir o revelar hechos anómalos en la función pública contrarios a derecho; sino también, es el sujeto -por excelencia- capaz de denunciarlos en las sedes correspondientes.

h. Esa es parte de la contribución que hace el Poder Judicial en la lucha nacional contra la corrupción y la impunidad en la Administración Pública.

9. Referencias bibliográficas

Libros y Textos

ARROYO CHACÓN (Jennifer Isabel), Logros y Retos de la Contraloría General de la República de Costa Rica en el Ejercicio de su Potestad Sancionatoria por Faltas Cometidas en Concepto de Cargos por Corrupción, Rendición de Cuentas y Transparencia en la Función Pública, Concurso: "Derecho de Acceso a la Información Pública, Herramientas para la Gestión de la Transparencia y la Rendición de Cuentas", San José, Costa Rica, 2012, 43 pág.

BARAHONA KRUGER (Pablo), Corrupción e Impunidad: Correlaciones e Implicaciones, Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, San José, Costa Rica, 2004, 214 pág.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985, 455 pág.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), Manual de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, España, Segunda Edición, 1992, 690 pág.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), Democracia, Jueces y Control de la Administración, Editorial Civitas, Madrid, España, Tercera Edición Ampliada, 1997, 342 pág.

GARCÍA DE ENTERRIA (Eduardo) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Tomás-Ramón), Curso de Derecho Administrativo, Volumen II, Editorial Civitas, Madrid, España, Cuarta Edición, 1993, pág. 567.GARCÍA DE ENTERRIA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás Ramón), Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, España, Cuarta Edición, 1993, 722 pág.

GARRIDO FALLA (Fernando) y OTROS, El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado (Asociación Argentina de Derecho Administrativo); Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986, 120 pág.

JINESTA LOBO (Ernesto) y ARTAVIA BARRANTES (Sergio), Código Procesal Contencioso Administrativo, Anotado con Jurisprudencia, Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª Edición, San José, Costa Rica, 2015, 500 pág.

JINESTA LOBO (Ernesto), Manual del Proceso Contencioso-Administrativo, Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, San José, Costa Rica, 2009, 302 pág.

JIMÉNEZ MEZA (Manrique) y OTROS, El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo; San José, Poder Judicial, 2006, 644 pág.

M. MORELLO (Augusto), El Proceso Civil Moderno, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 2001, 500 pág.

NIEVA FENOLL (Jordi), La Valoración de la Prueba, Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2010, 374 pág.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios), Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, Costa Rica, primera edición, 1990, 448 pág.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Tesis de Derecho Administrativo, Volumen 1, Editorial Stradtmann, San José, Costa Rica, 1ª Edición, 1998, 404 pág.

PIZARRO (Ramón Daniel), Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1ª Edición, 2013, 619 pág.

SABORÍO VALVERDE (Rodolfo), Rendición de Cuentas en Costa Rica, Editorial Juricentro, 1ª Edición, San José, Costa Rica, 2004, 129 pág.

Resoluciones judiciales

Sala Constitucional no. 2015-010254 de las 10 horas 15 minutos del 8 de julio de 2015.

Sala Constitucional no. 2008-009567 de las 10 horas del 11 de junio de 2008.

Sala Constitucional no. 7965-2006 de las 16 horas 58 minutos del 31 de mayo de 2006.

Sala Primera no. 191-2016 de las 11 horas 10 minutos del 3 de marzo de 2016.

Sala Primera no. 285-2014 de las 9 horas 35 minutos del 6 de marzo de 2014.

Sala Primera no. 1678-2013 de las 9 horas 30 minutos del 12 de diciembre de 2013.

Sala Primera no. 1579-2013 de las 9 horas 10 minutos del 18 de noviembre de 2013.

Sala Primera no. 1427-2012 de las 14 horas del 23 de octubre de 2012.

Sala Primera no. 655-2012 de las 9 horas 30 minutos del 31 de mayo de 2012.

Sala Primera no. 1469-2011 de las 9 horas del 30 de noviembre de 2011.

Sala Primera no. 1242-2011 de las 13 horas 30 minutos del 26 de setiembre de 2011.

Sala Primera no. 1357-2010 de las 14 horas 9 minutos del 4 de noviembre de 2010.

Sala Primera no. 550-2010 de las 9 horas 12 minutos del 6 de mayo de 2010

Sala Primera no. 507-2010 de las 10 horas del 30 de abril de 2010.

Sala Primera no. 954-2009 de las 14 horas 48 minutos del 10 de setiembre de 2009.

Sala Primera no. 900-2009 de las 10 horas 50 minutos del 27 de agosto de 2009.

Sala Primera no. 675-2004 de las 11 horas 35 minutos del 18 de agosto de 2004.

Sala Tercera no. 2012-001005 de las 16 horas 10 minutos del 24 de julio de 2012.

Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, no. 000029-F-TC-2016 de las 10 horas del 10 de marzo de 2016.

Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, no. 000093-F-TC-2015 de las 9 horas 15 minutos del 27 de agosto de 2015.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VII, no. 017-2016-VII de las 9 horas 49 minutos del 22 de febrero de 2016.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, no. 202-2015-VI de las 9 horas 45 minutos del 27 de noviembre de 2015.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta no. 67-2014-VI de las 10 horas 35 minutos del 22 de mayo de 2014.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta, no. 19-2014-IV de las 13 horas 15 minutos del 27 de febrero de 2014.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, no. 062-2013-V de las 13 horas 5 minutos del 24 de junio de 2013.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, no. 216-2012-VI de las 15 horas 15 minutos del 8 de octubre de 2012.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, no. 228-2011 de las 16 horas del 25 de octubre de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, no. 175-2011-VI de las 11 horas 20 minutos del 18 de agosto de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, no. 165-2011 de las 9 horas 45 minutos del 29 de julio de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta, no. 4399-2010 de las 10 horas 40 minutos del 14 de diciembre de 2010.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, no. 3609-2010 de las 4 horas del 23 de setiembre de 2010.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, no. 2166-2010 de las 10 horas 16 minutos del 7 de junio de 2010.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta, no. 1942-2010 de las 15 horas 7 minutos del 21 de mayo de 2010.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, no. 0038-2010 de las 14 horas 45 minutos del 11 de enero de 2010.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, no. 1842-2009 de las 7 horas 30 minutos del 31 de agosto de 2009.

Normas Jurídicas

Constitución Política.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Ley General de la Administración Pública.

Código Procesal Contencioso Administrativo.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley de Contratación Administrativa.

Ley General de Control Interno.

Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Ley no. 8003 del 8 de junio de 2000, Reforma del Artículo 11 de la Constitución Política.

Circular no. 98 del 04 de junio de 2008, del Consejo Superior del Poder Judicial.

Otros

Expediente Legislativo no. 13.338, Proyecto de Reforma Constitucional (Artículo 11 de la Constitución Política).

Revista de Derecho de la Hacienda Pública

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518
Correo electrónico: revista.juridica@cgr.go.cr
Semestral ISSN-221-3624