
UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA DE CIENCIA Y TECNOLOGIA
ESCUELA DE DERECHO

Artículo científico para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho:

Alcances de la facultad sancionatoria de la Contraloría General de la República sobre los funcionarios de elección popular a partir de la conceptualización de Hacienda Pública.

Profesor Tutor:

Msc. Randall Arias Solano

Postulante:

Bach. Deivis Granados Oviedo

Agosto, 2007

Alcances de la facultad sancionatoria de la Contraloría General de la República sobre los funcionarios de elección popular a partir de la conceptualización de Hacienda Pública.

Deivis Granados Oviedo¹

Resumen:

El tema del manejo de la Hacienda Pública ha sido abordado por el Derecho Administrativo de una forma dinámica a partir de la complejidad de las actividades del Estado contemporáneo, en procura del cumplimiento de sus objetivos.

Es así, que emerge como punto relevante, el análisis de la responsabilidad del funcionario que tiene a su cargo la administración de los recursos públicos y el eventual enfrentamiento con el poder sancionatorio del Estado, en el tanto su conducta difiera de la que legalmente está obligado a realizar.

Este artículo evidencia la confrontación de criterios entre la Contraloría General de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones cuando media la recomendación de la inhabilitación del ejercicio de cargos de Hacienda Pública, a un funcionario público que ocupa su puesto a partir de la elección popular o bien, que pretende reingresar a la función pública por esta misma vía.

Palabras claves: Hacienda pública, responsabilidad del funcionario, potestad sancionatoria, inhabilitación, cancelación de credenciales.

Abstract:

The subject of the handling of the Public finances has been boarded by the Administrative Law in a dynamic way from the complexity of the activities of the contemporary State, in tries or the fulfillment of its objectives.

Thus, it emerges as an relevant point, the analysis of the government employee's responsibility, who has in charge the administration of the public resources and the possible confrontation with the punishment power or the State, as long as his conduct differs from what is legally required to do.

This article shows the confrontation of criteria between the Contraloría General de la República and the Tribunal Supremo de Elecciones when mediate the recommendation of disqualifies government official from the practise of his Public positions, because of the fact that his popular election or, that he tries get back to the public function by this way.

Key words: Public finances, government employee's responsibilities, penalty power, disqualify cancellation of credentials.

¹ Bachiller en Derecho, candidato al grado de Licenciatura en Derecho.

INDICE

INDICE	1
ABREVIATURAS DE USO FRECUENTE	2
INTRODUCCION	3
CAPITULO 1. Sobre la Problemática	4
CAPITULO 2. La Hacienda Pública en el Ordenamiento Costarricense	6
2.1 Concepto de Hacienda Pública.....	7
2.1.1 Fondos Públicos:	8
2.1.2 Normativa jurídica, administrativa y financiera y de control sobre la Hacienda Pública.....	10
a- Presupuesto:.....	10
b- Contratación administrativa:	11
c- Control interno:	11
2.1.3 Responsabilidad de los funcionarios.	12
2.1.3.1 Funcionario de Hacienda Pública:.....	12
CAPÍTULO 3. Criterios que sustentan las potestades sancionatorias de la Contraloría General de la República	13
3.1 Diferenciación entre la sanción establecida a título de jerarca y la derivada de la función fiscalizadora.....	14
3.2 Independencia entre las vías de sanción penal y sanción administrativa.	16
3.3 Prohibición del reingreso de un infractor para el desempeño de cargos de Hacienda Pública según el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: casos de funcionarios de elección popular.	18
3.3.1 Bien jurídico tutelado:	19
3.3.2 La conducta sancionable:.....	19
3.3.3 Sujetos pasivos:	20
CAPITULO 4. Posición del Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional en cuanto a las sanciones recomendadas por la Contraloría General de la República para los funcionarios de elección popular	21
4.1 En cuanto a la sanción de inhabilitación:	21
4.2 En cuanto a la cancelación de credenciales:	23
4.3 Criterio de la Sala Constitucional en cuanto a la aplicación del artículo 72 de la LOCGR.....	24
CAPÍTULO 5. Confrontación de criterios acerca de la facultad sancionatoria de la Contraloría General a partir del análisis de un caso concreto	25
5.1 Cancelación de Credenciales:	26
5.2 Inhabilitación:	29
CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFIA	33

ABREVIATURAS DE USO FRECUENTE

CP	Código Penal
CM	Código Municipal
Co. Pol.	Constitución Política
CGR	Contraloría General de la República
DAGJ	División de Asesoría y Gestión Jurídica
HP	Hacienda Pública
LAF	Ley de Administración Financiera
LCA	Ley de Contratación Administrativa
LCCEI	Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública
LCI	Ley de Control Interno
LGAP	Ley General de Administración Pública
LOCGR	Ley Orgánica de la Contraloría General de la República
MAD	Mauricio Alvarado Delgadillo
RES	Resolución /es
SC	Sala Constitucional
TSE	Tribunal Supremo de Elecciones

INTRODUCCION

En la concepción contemporánea de Estado, el tema de la Hacienda Pública lleva implícita la noción de una correcta administración de los recursos con los que se cuenta para la consecución de los fines comunes a la sociedad. Por consiguiente, la eficacia de la acción pública requiere de un marco jurídico que sustente la creación de instancias superiores de fiscalización y control, que tendrán como objeto primario, velar por la adecuada utilización de los bienes estatales.

En el ordenamiento costarricense, dicha función fue atribuida por el legislador constituyente a la Contraloría General de la República, a quien se le faculta además, para recomendar, de una forma vinculante, la sanción pertinente sobre aquel funcionario que haya sido inculcado de una conducta violatoria al sistema de fiscalización, atentando contra la Hacienda Pública. La gradación de las sanciones estaría en función de la gravedad de los hechos determinados, encontrándose dentro de estas, la posibilidad de inhabilitar a un determinado funcionario a ingresar o reingresar a ocupar cargos en la Administración Pública.

Por consiguiente, este artículo investiga los alcances de dicha facultad sancionatoria sobre los funcionarios que ostentan cargos de Hacienda Pública, a partir de una elección popular (municipales) y sobre los cuales ha sido recomendada, por parte del ente contralor, la inhabilitación.

La importancia de su investigación reside en la particularidad que bajo el criterio del Tribunal Supremo de Elecciones, tales funcionarios no pueden ser inhabilitados a ocupar cargos de Hacienda Pública (mediante elección popular) a pesar de que sustanciadamente se haya demostrado una conducta en contra de sus obligaciones referidas a la administración o disposición de recursos del Estado.

El presente artículo ha sido estructurado ofreciendo, en un primer capítulo, un panorama general de la problemática en torno a la confrontación de criterios entre la Contraloría General y el Tribunal Supremo de Elecciones, en cuanto a la aplicación de la facultad de sancionar mediante inhabilitación por vía administrativa, a funcionarios públicos de elección popular.

En un segundo capítulo, se brinda una aproximación conceptual al término de Hacienda Pública, esbozando a su vez, la composición de sus elementos de acuerdo con el ordenamiento costarricense: fondos públicos, normativa y responsabilidad del funcionario público.

El tercer capítulo desarrolla el sustento jurídico-normativo de las facultades sancionatorias dadas a la Contraloría General de la República. Para tales efectos se aborda la diferenciación entre los tipos de sanciones ejercidas sobre el funcionario público: la establecida por la administración activa o a título de jerarca y la sanción derivada de la función fiscalizadora del ente contralor.

Por otra parte, se considera la independencia de vías sancionatorias a las que, eventualmente, puede ser sometido el funcionario público –penal y administrativa- y la posibilidad de la coexistencia de sanciones provenientes de ambos procesos.

Como cuarto capítulo, se ofrece la posición concreta del Tribunal Electoral y de la Sala Constitucional acerca de la aplicabilidad de la sanción de inhabilitación sobre funcionarios de elección popular, a partir de la interpretación del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En un quinto y último capítulo, se ejemplifica mediante el análisis de un caso concreto de reciente data, la confluencia de criterios de los entes mencionados supra.

Finalmente, este artículo evidencia la existencia de un problema jurídico que tiene como eje central, la protección por parte de la Contraloría de los recursos del Estado, mediante la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de Hacienda Pública, de funcionarios que ha puesto en riesgo o han causado una lesión al patrimonio del Estado, trastocando intereses públicos y como tal medida de protección ha sido debatida por el Tribunal Electoral por medio de una particular interpretación de la ley y de la Constitución.

CAPITULO 1. Sobre la Problemática

Se ha reconocido que la función esencial de la Contraloría General de la República, es velar por la correcta administración de la llamada Hacienda Pública, encargo reconocido constitucionalmente de forma general en el artículo 183, que le atribuye una función de fiscalización financiera y jurídica superior.

Debe tenerse en cuenta entonces, la especial relevancia de la definición que ha reconocido de aquel término, pues el mismo no es estático, sino que en la historia costarricense y con base en el Derecho comparado, puede evidenciarse la necesidad de una adecuación de su conceptualización a la complejidad y evolución del Estado moderno, lo que no ha sido siempre de una manera consensual y por el contrario, no ha escapado a la controversia.

Es así como a partir de un acercamiento a la comprensión del contenido de la Hacienda Pública, -desde los puntos de vista doctrinario, normativo y jurisprudencial,- y reconociendo que el mismo no se limita al plano meramente patrimonial, se tendría una mejor idea del ámbito de acción en la actualidad, de la Contraloría.

Derivado de lo anterior, se estudia la responsabilidad por parte de las diferentes dependencias estatales o públicas que, en procura del alcance de sus objetivos, deben regirse por el cuerpo normativo y reglamentarista, que en materia de erogaciones e ingresos de fondos públicos se han promulgado. En este sentido y de importancia sustancial para este artículo, se busca exponer la particularización de la responsabilidad en funcionarios públicos, que en el ejercicio de sus cargos, por definición o por actividades eventuales, se relacionan con actuaciones de la administración involucradas con la Hacienda Pública.

Específicamente, se pretende tener un enfoque de la responsabilidad de los funcionarios que ostentan un cargo de elección popular y que por razón de una inadecuada actuación, son sometidos a distintos procesos administrativos por parte del ente contralor.

Este escenario constituye el eje central de la exposición, puesto que en el manejo de la Hacienda Pública, en el término amplio al que se hizo referencia supra, la Contraloría se entiende facultada, mediante el procedimiento administrativo establecido y en apego a los principios procesales correspondientes, para realizar la investigación y determinación de los hechos (verdad real) y una vez concluida tal actividad, pronunciarse mediante recomendación vinculante, sobre la posibilidad de que el administrado sea sancionado de acuerdo a la gravedad de las faltas cometidas.

Con base en las conclusiones a las cuales se haya arribado al final del procedimiento, la Contraloría recomendará la sanción que considere, acorde en proporcionalidad y razonabilidad a la falta cometida y corresponderá al órgano competente del sujeto pasivo, imponer y ejecutar la sanción, pues es este último el encargado de ejercer la potestad disciplinaria o sancionadora sobre el funcionario público (Res. S C. 2199-2004).

No obstante, la sanción suele ser la misma que ha consignado el ente contralor en virtud de ser éste quien ha llevado a cabo la investigación conforme a las pautas marcadas por nuestro ordenamiento.

La controversia se origina en el momento de que el funcionario público investigado y eventualmente merecedor de una sanción, se ha vinculado a un cargo de Hacienda Pública a partir de un proceso de elección popular, siendo el caso más común, el de funcionarios municipales, encontrándose que la Contraloría, -dentro de sus facultades sancionatorias y el carácter vinculante de sus recomendaciones,- considera que tal funcionario debe sancionársele mediante la cancelación o suspensión de credenciales, o inhabilitación para el ejercicio del cargo.

Esto ha generado la reacción por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, quien considera que esta última sanción no puede ser concebida dentro de las facultades sancionatorias de la Contraloría, pues se plantea que traspasa las competencias que le han sido otorgadas por ley, amén de tratarse de una lesión al derecho constitucional de elegir y ser elegido.

Tal situación confronta las facultades generales dadas a la Contraloría, otorgadas por el constituyente y desarrollada en distintos cuerpos normativos, que la legitiman y por tanto le permiten, en principio, el pleno conocimiento en materia de fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, sin que exista distinción taxativa del origen del nombramiento del funcionario, más bien, llega a establecerse vía jurisprudencia constitucional.

Ya el tema de la cancelación de credenciales ha sido llevado a discusión en el seno de la Sala Constitucional, la cual mediante votos 2430-94, 5445-99, 6326-2000, delimita la función de la Contraloría, supeditándola al proceso investigativo y conclusivo, y al Tribunal Supremo de Elecciones a determinar con base al resultado obtenido por la Contraloría, la procedencia de la sanción, rompiendo la vinculatoriedad de las recomendaciones de este ente.

Se plantea entonces, la necesidad de introducirse en la fundamentación que ha permitido en diversos casos a la Contraloría, llegar a la conclusión de emitir una recomendación vinculante, dirigida a solicitar la inhabilitación del funcionario que ha sido encontrado culpable de violentar sus responsabilidades ya sea omisiva o activamente. Y por otra parte, determinar las razones que sostiene el Tribunal Supremo de Elecciones en el tanto que bajo su criterio, los funcionarios “electos popularmente” se sustraen de la aplicación directa de la sanción señalada, la que dicho sea de paso, no es extraña en ámbitos sancionatorios de otras áreas del Derecho, como el Derecho Penal.

Encontramos distintos pronunciamientos que pretenden sostener ambas posiciones, teniendo consecuencias de inseguridad jurídica para los casos en que los que, por ejemplo, exista la participación de varios funcionarios públicos en un mismo hecho y que no todos ellos hayan sido elegidos popularmente (litisconsorcio que debería disgregarse en razón de competencias).

CAPITULO 2. La Hacienda Pública en el Ordenamiento Costarricense

El Estado ha sido concebido con el propósito de buscar el bien común de todos los integrantes de una nación, para tales efectos se organiza y diluye funciones entre la estructura de la Administración Pública que como todo un engranaje, coadyuvarán a satisfacer el interés común.

La finalidad del Estado, en todo caso, es buscar su propia supervivencia por medio de la satisfacción de las necesidades individuales y de carácter general al interés público; para la debida realización de sus fines el Estado requiere de diferentes órganos u entidades que le permitan el debido ejercicio de funciones, entre ellas se encuentran: la legislativa, administrativa, jurisdiccional, electoral y de contralor (Fernández Ruiz, 2004).

Tal actividad presupone la utilización de los recursos materiales necesarios para cumplir los propósitos específicos de los entes y órganos que conforman la estructura organizativa y por lo tanto, de su adecuada administración por parte de aquellos funcionarios a quienes fue encargada tal responsabilidad.

Históricamente, se ha reconocido que una de las funcionalidades primarias del Estado tienen que ver con los ingresos públicos y la certeza de su inversión en sus verdaderos destinos (intereses públicos), así, la conjunción de estos dos aspectos: recursos y administración, en un sentido lato, conforman modernamente la Hacienda Pública (Fernández Ruiz, 2004).

La dinámica que surge a lo interno de aquella, ha llamado la atención del legislador constituyente de modo que ha buscado su tutela y fiscalización, delegando tal actividad en la figura de la Contraloría General de la República.

2.1 Concepto de Hacienda Pública.

La comprensión de la esencia de las potestades entregadas a la Contraloría General de la República, implica que debe realizarse una aproximación conceptual al término de Hacienda Pública, pues es a partir de este, que el legislador costarricense define la funcionalidad y estructuración del ente contralor, dicha vinculación fundamental es plasmada por el mismo constituyente y desarrollada por el legislador ordinario en la normativa organizadora y rectora.

En el criterio de la Contraloría (Oficio DAGJ-2032-2006 del 20/12/2006) se establece que al hacer alusión al término “hacienda” en un sentido general, se hace referencia al medio material del que el individuo se sirve para conseguir unos fines determinados, sin operar distinción alguna de si se trata de sujetos privados o públicos, siguiendo el criterio de Vicente Arche (1974).

Para los efectos de este artículo, interesa el ámbito de los segundos, es decir, de los sujetos públicos, por estar regulados por reglas jurídicas distintas, puesto que en sus actuaciones públicas, requieren eventualmente de la obtención y disposición de recursos públicos.

En virtud de lo anterior, se concretiza el concepto, haciendo alusión directa a la *hacienda pública*, que es conceptualizada desde un punto de vista objetivo, como el conjunto de derechos y obligaciones propias del Estado, diluidas en la Administración Pública, con un contenido económico (Pérez Royo, 2000).

Si bien es cierto, la gestión de Hacienda Pública parte del principio de la búsqueda de la realización de diversos fines, estos corresponden a los predispuestos por el ordenamiento jurídico, de manera tal que la actividad de los administrados debe estar dirigida a la consecución de los mismos, por los medios legalmente permitidos, por lo tanto, en la Administración Pública se puede decir que se tolera la discrecionalidad razonada en sus decisiones, mas no la total autonomía o como establece la jurisprudencia, liberalidades que concluyan en objetivos distintos a los propuestos o bien, que sean lesivos para la administración (OGJ CGR GJ-408-2000 del 21/7/1999).

En este punto se observa meridianamente, que la tarea administradora está regida entonces por el principio de legalidad, que indica que la actuación pública tiene límites definidos, por lo que el alejamiento de estos, conlleva a los temas de la responsabilidad del administrador de los recursos del Estado y su sujeción a la fiscalización.

El propósito en la definición de límites, es prevenir y evitar la mala utilización de los recursos e inclusive una posible corrupción por parte de aquellos funcionarios que los tienen a su cargo; de aquí que se considera y reconoce a la fiscalización y control patrimonial del Estado, como una función cuyo ejercicio requiere de una actividad técnica y esencial del ente estatal dirigida a: vigilar, verificar, comprobar y evaluar las actividades de los órganos, dependencias y funcionarios públicos encargados del manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado (Fernández Ruiz, 2004).

En nuestra legislación, dichos elementos se contemplan en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría, enunciándose estos como componentes de la Hacienda Pública, que llevan a la percepción inicial de una enunciación “números clausus”, sin embargo, algunos de esos componentes en sí mismos, proveen una gama de consideraciones cuya existencia se debe tener en cuenta para una futura discusión.

Es por ello que la connotación de la Hacienda Pública en nuestro ordenamiento no se circunscribe únicamente a aspectos como el monetario o el estrictamente patrimonial, sino que por ejemplo, se establecen términos abiertos como la percepción, administración, contratación administrativa, regulación presupuestaria, manejo de fondos públicos, y dentro de este último término se incluyen los recursos, valores y bienes (entre otros) del Estado.

Dada la concurrencia de los elementos enunciados, el concepto de Hacienda Pública tiene un carácter integral por abarcar aspectos distintos a los monetaristas, conforme la definición dada en el artículo 8 de la LOCGR; así por ejemplo, al hablar de control de ingresos se entiende la referencia a los flujos de financiamiento de fuentes diversas de los que se sirve la Administración Pública para realizar sus objetivos y atender las obligaciones en las que incurre, por lo que demuestra una orientación monetarista.

Por otro lado, la norma hace alusión a la administración de bienes y valores del Estado, lo que en su carácter amplio, se constata la esfera patrimonial del concepto. Tal escenario permite una mayor amplitud de acción a la Contraloría pero a su vez, salta la exigencia de una adecuada concreción terminológica.

De lo estudiado podemos plantear que el contenido de Hacienda Pública, tiene tres ámbitos de acción:

2.1.1 Fondos Públicos:

Este ámbito está referido a aspectos patrimoniales y monetarios, que de acuerdo con el artículo 9 de LOCGR, abarcan los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.

Interesante resulta la terminología abierta utilizada por el legislador, pues en el caso de los **recursos**, si se opta por el apego a la concepción meramente dineraria, se consideraría a la clasificación de los recursos o ingresos según su origen, es decir si provienen de cargas tributarias o no, del mismo presupuesto autorizado, o bien si se trata de ingresos de capital o por apalancamiento. Pero si se amplía la determinación de los recursos, se estaría introduciendo en el acervo todo aquel elemento que por su mediatización, permite la consecución de fines concretos pero cuyo soporte material proviene de la misma Hacienda Pública.

En cuanto a la referencia de **valores** en el artículo señalado, estos han de ser entendidos en el mismo sentido que se reconoce en el ámbito bursátil, es decir, como conjunto de instrumentos de inversión que permitan un rédito que posteriormente será contabilizado como ingreso, por supuesto, existe tal facultad de inversión en el tanto la ley lo faculte.

Cuando se estudia el tema de los **bienes del Estado o bienes públicos** en Costa Rica, se observa que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el costarricense carece de un cuerpo normativo que integre la naturaleza, clasificación y regulación de los bienes públicos por lo que se requiere avocarse al conocimiento de distintas leyes promulgadas en dicha materia, a fin de profundizar en el régimen jurídico aplicable a alguna categoría de los mismos.

Se pueden enunciar como las principales fuentes normativas, la Constitución Política que en su artículo 121, hace alusión a los bienes demaniales que pertenecen al Estado, aunque no llega a establecerse una lista taxativa o un concepto preciso de los mismos, pero admitiendo su existencia, tal como se obtiene a partir del inciso 14 del mencionado artículo (Villalobos González, 1983); y por otra parte nuestro Código Civil en su artículo 262, pretende hacer una definición de las “cosas públicas” a partir de la utilización que se les otorgue. Se reconoce además, los llamados bienes patrimoniales, cuya diferenciación nace de su pertenencia a Instituciones Descentralizadas, ya sea por descentralización funcional o territorial (Res. S C. 5026-1997).

En términos generales, la trascendencia de la delimitación de los bienes públicos viene dada por la necesidad de procurar que no exista variación en el objetivo primordial de los mismos, cual es el de presentarse útiles al servicio público para el beneficio de los habitantes de país. Se requiere entonces, llegar a su protección mediante la vigilancia y coacción por parte del Estado, a fin de evitar el abuso de particulares o de quienes detentan su administración (Res. S C. 3145-96).

Por lo expuesto, se visualiza que tales bienes gozan de un régimen especial dada su característica de asociarse a un fin público, por lo que tanto los tribunales ordinarios, como la Sala Constitucional en distintas resoluciones (véanse 5976-93; 51-94; 10466-96 y 5245-2002) han manifestado el deber del Estado de brindar la tutela de dichos bienes. En consecuencia, se reconoce que en cuanto al dominio público de los bienes, tres son sus principales propiedades:

- **Inalienabilidad:** en el tanto que los considera fuera del comercio de los hombres, por lo que no se considera jurídicamente, en primera instancia, la posibilidad de la apropiación por parte de particulares.
- **Imprescriptibilidad:** como complemento a la inalienabilidad de los bienes, la imprescriptibilidad viene a coduvar en la imposibilidad de que la posesión propia del derecho privado se transforme en derecho de posesión a partir de los actos realizados por cualquier particular como si fuese dueño, de manera pública y durante una cantidad de años determinada.
- **Inembargabilidad:** esta figura impide que los bienes puedan ser colocados en una situación que desemboque en la salida del dominio del Estado, sustrayéndolos del destino público.

2.1.2 Normativa jurídica, administrativa y financiera y de control sobre la Hacienda Pública.

El siguiente ámbito de estudio sobre la Hacienda Pública lo constituye la **normativa jurídica, administrativa y financiera**, relativa a tres aspectos: el proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo.

Por tanto, como lo establece el artículo 11 de la LOCGR, la finalidad de contar con una normativa jurídica robusta es que mediante el apego a los fines primordiales del ordenamiento, se pueda garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República.

Para la consecución de tal propósito, no solo se brinda la rectoría de la norma general sino que también se toman en cuenta, todas aquellas instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones, por ello, se reconoce a la Contraloría, como el ente rector y emisor de normativa técnica en materia de control interno y presupuestos públicos (Res. S C. 5445-99).

De acuerdo con el artículo 10 de la ley citada, se establece que la regulación normativa antes señalada, pretende la tutela en aspectos de la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones, cuyo sujeto pasivo lo conforma el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, las empresas públicas, sujetos de Derecho Privado, en cuanto tengan a su cargo la administración o custodia de fondos públicos por cualquier título, con las excepciones de ley, además de los entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, dentro del marco constitucional.

El artículo 12 por otra parte recalca el carácter obligatorio y de prevalencia de las disposiciones, normas, políticas y directrices que el ente contralor dicte, dentro del ámbito de su competencia.

a- Presupuesto:

En el campo **presupuestario**, se ha establecido que la Administración Pública, con el propósito de llevar a cabo los objetivos propuestos, debe contar con una programación de los ingresos y erogaciones, esto con el propósito de contar con un control sobre el movimiento de los recursos para un determinado período, por lo cual, debe realizarse el correspondiente presupuesto a partir de un plan anual operativo.

El artículo 18 de la LOCGR asigna a la Contraloría, la tarea de examinar y concluir con la aprobación o no, de forma total o parcial, de los presupuestos de la República, al tenor de lo expuesto en los incisos 1) y 2) del artículo 184 de la Constitución Política. Sin embargo, su función no queda supeditada de forma rígida a la aprobación o desaprobación del presupuesto, sino que le permite una participación en las distintas fases de ejecución del mismo, verificando la coincidencia entre la actividad administrativa financiera y la norma.

b- Contratación administrativa:

Otro aspecto que se menciona en el deber de vigilancia de la Contraloría, es el referente a la **contratación administrativa**, pues este es el mecanismo previsto a fin de que el Estado pueda realizar las erogaciones que le permitan atender sus necesidades operativas o bien, recurrir a terceros a fin de implementar la ejecución de los objetivos propuestos presupuestariamente.

Ello implica que el control abarca todos los actos relativos a la actividad de la contratación administrativa desde una óptica integral, tal como lo señala el reglamento en dicha materia, esto es: la etapa de planificación de las necesidades, procedimientos de selección del contratista, los tipos de contratos que pueden ser utilizados y la fase de ejecución de los mismos. Todo lo anterior, para buscar el cumplimiento de los objetivos y metas de la administración, que pretende la garantía de la satisfacción general al utilizar eficientemente los recursos institucionales (art. 4, LCA).

En consecuencia, cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos por parte de los Poderes de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General, la Defensoría de los Habitantes, el llamado sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas, estas deberán necesariamente, someterse a los mecanismos de la contratación establecidos por ley (art.1, LCA).

Los elementos anteriores se resumen en dos principios rectores de la actividad contractual: el primero, la eficiencia que alude a la selección más conveniente para el interés público e institucional y el segundo, la eficacia, que establece que la contratación administrativa ha de estar orientada al cumplimiento de las metas institucionales en apego a una sana administración.

c- Control interno:

Un aspecto importante en el apartado de desarrollo normativo, lo constituye el **control -tanto interno como externo-**; con respecto al control interno, éste será entendido como la organización de métodos y medidas dirigidas a salvaguardar los recursos públicos, además de verificar la razonabilidad y confiabilidad de la información interna, tanto administrativa como financiera que coadyuve en la eficiencia de las operaciones bajo los lineamientos de las políticas previstas, a fin de obtener los objetivos presupuestados (Manual Latinoamericano de Auditoría Profesional en el Sector Público, 1981).

Corresponde entonces al ente contralor, el desarrollo de la normativa técnica que ha de regir el tema sobre el control interno de una forma efectiva, de modo que su implementación en los entes y órganos administrados queden vinculados obligatoriamente a la normativa desarrollada, so pena de que en caso de incumplimiento, acarreará la consecuencia administrativa (art. 3, LCI).

Por lo tanto, los entes y órganos sujetos al control, están a su vez, obligados al desarrollo de una serie de acciones que aseguren el patrimonio público ante cualquier mal

uso o irregularidad, a su vez se velará para que se mantenga la información disponible, confiable y oportuna, que las actuaciones sean eficaces y eficientes y con apego al ordenamiento jurídico y técnico, es decir, un control interno adecuado.(art. 8, LCI).

Como coadyuvantes, los sujetos pasivos tendrán el respaldo de las auditorías internas como extensión de la Contraloría, que tendrán básicamente, las funciones de validar y mejorar la actividad institucional y el garantizar a la ciudadanía la correcta administración de los recursos por parte de la institución (art. 21, LCI).

2.1.3 Responsabilidad de los funcionarios.

Lo anterior introduce el tercer ámbito de estudio, la **responsabilidad de los funcionarios**, elemento integrador del concepto de Hacienda Pública, que se fundamenta en la debida tutela del interés público y por ende de la exigencia de una correspondencia a la confianza que opera sobre la correcta gestión de la Administración Pública, con vínculo a los fondos públicos, y el deber de vigilancia que proviene directamente de la Constitución Política (art.183) y que también se plasma en el artículo 68 de la LOCGR.

La responsabilidad que surge a partir de la relación: funcionario-fondos públicos, es conceptualizada por algunos doctrinarios como “*responsabilidad administrativa contable*” (Hutchinson, 2003). Este término otorga una responsabilidad especial a los funcionarios públicos que tienen a su cargo el manejo de valores pertenecientes al Estado -(dinero, bienes, etc.)- considerados como gestores de los caudales públicos.

La principal característica que se les reconoce a dichos funcionarios, es el manejo que hacen estos de los recursos públicos encomendados, por medio de la disposición directa de estos, en cuanto al control, erogación, recaudación, etc. (Vázquez, 1990).

Por consiguiente el Estado ha de tomar un papel coactivo cuando se determine o particularice la responsabilidad de las actuaciones del funcionario público, en tanto que se haya generado un riesgo sobre los recursos públicos por incumplimiento de deberes, tal como lo establece nuestra jurisprudencia (Res. S C. 4835-2001, 7044-2002, 13140-2003).

El ejercicio de la coacción en la vía administrativa, ha sido encomendado directamente a la Contraloría, de acuerdo con el art.10 de la LOCGR, que permite recomendar vinculatoriamente las sanciones que se deriven de su actuación fiscalizadora.

2.1.3.1 Funcionario de Hacienda Pública:

Se ha definido al funcionario público como aquel a quien se le reconoce que está adscrito a la administración pública por lo que funge dentro de la misma, se le asigna la respectiva remuneración y por supuesto, está sujeto a un régimen jurídico distinto (Rojas Vargas, 2000); que según sea su designación: especial y legal (sea por decreto o por elección popular), y bajo determinadas esferas de competencia concurren a expresar y/o ejecutar la voluntad del Estado (Romano, cit. Bielsa, 1956). Sin embargo, como habíamos adelantado, el interés para este estudio lo constituye el funcionario que además de las atribuciones señaladas, tiene un vínculo con la Hacienda Pública.

En razón de lo expuesto y siguiendo el criterio de la Procuraduría General de la República (OJ-10798, del 17/12/1998) se establece que el funcionario o servidor de Hacienda será aquel que de acuerdo con el ordenamiento y en virtud del acto de su nombramiento, es ubicado en una especial relación con los fondos públicos, sea en calidad de administradores, gestionantes administrativos o contables, de modo tal que permita su actuación en las etapas de ejecución presupuestaria en cualquiera de los sentidos: egresos o ingresos, o bien participan de la administración financiera, así como aquellos que participan del proceso de fiscalización y control de la Hacienda Pública.

Se entiende que la definición anterior trasciende el sentido estricto de haber patrimonial, e involucra al funcionario que sea competente para la toma de decisiones o acciones sobre los recursos públicos.

Entonces, el reconocimiento jurídico de tales funcionarios se da a partir de la facultad de disposición de fondos por parte del servidor, permitiéndole, comprometer por medio de gastos, recaudación, inversión etc., de los fondos mencionados y que su actuación esté sometida a la fiscalización según los supuestos del artículo 71 de la LOCGR.

De igual manera, conforme a la Ley de Administración Financiera No.1279, en sus artículos 6 al 9, se pueden puntualizar algunos criterios de la actuación de los funcionarios que permite catalogarlos como funcionarios de la Hacienda Pública, tales como su deber de custodia, administración, facultad de realizar pagos o contraer obligaciones, etc.; éste conjunto de deberes que debe cumplir el funcionario necesariamente son normas que debe respetar, la transgresión a ellas origina su responsabilidad y correlativa sanción en el derecho público según corresponda (Orlando, cit. Bielsa 1956).

CAPÍTULO 3. Criterios que sustentan las potestades sancionatorias de la Contraloría General de la República

Como se indicara, dentro de las facultades dadas por ley al ente contralor, se encuentra la posibilidad de ordenar y recomendar sanciones a un determinado sujeto pasivo, en el momento que se haya comprobado una infracción a la normativa de control y fiscalización, o bien, que se haya determinado la lesión a la Hacienda Pública. Es mediante un criterio técnico que se recomendará a la autoridad administrativa correspondiente la sanción que se ha considerado pertinente de acuerdo con la gravedad de los hechos (art. 68, LOCGR).

El reconocimiento de la facultad señalada, ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en distintas oportunidades (véanse las sentencias números 2398-91, 0660-92, 3607-94, 0016-95, 2632-95, 4284-95, 5119-95, 0998-98, 9524-99, 3027-00, 6326-00, 2001-4835-01), estableciéndose que en la legitimación de la Contraloría como auxiliar de la Asamblea Legislativa en su función de vigilancia y defensa de la Hacienda Pública, conlleva a su vez la habilitación de extraer y examinar aquellas conductas que puedan lesionarla, examen que tiene aparejado el juicio sobre la responsabilidad sobre el servidor involucrado y para ello se sirve de los mecanismos jurídicos que le permitan tener el

contraste, entre la observancia obligatoria de las normas reguladoras de la utilización de recursos públicos y la conducta del funcionario.

Además dentro de las disposiciones o facultades de la Contraloría se encuentran, además de girar órdenes y disposiciones obligatorias, el investigar y realizar procedimientos administrativos, teniéndose que de acuerdo con el resultado obtenido, se recomendarán, de forma vinculante, las sanciones correspondientes (Res. S C. 04343-2005).

De esta forma se constata que las potestades derivadas de la tarea fiscalizadora que el constituyente delegó en la Contraloría, son parte consustanciales de su papel de Órgano de Control Superior y que su titularidad y ejercicio gozan de un carácter prevalente, exclusivo y excluyente frente a cualquier órgano o ente público, como lo ha afirmado la Sala Constitucional.

Si bien es cierto, se presenta como clara la facultad sancionatoria de la Contraloría General, debe rescatarse el elemento subjetivo de este tipo de actuación y es que como ya se ha mencionado, no interesa para el ámbito de tutela del ente contralor, el funcionario público per se, sino aquel que tenga un vínculo directo con la Hacienda Pública en razón de las distintas actividades que para su cargo sean naturales o bien que por aspectos eventuales de funcionalidad, le corresponda ejecutar acciones o girar instrucciones que tengan repercusiones en el espectro de la Hacienda Pública, pues de otro modo, ante situaciones de infracciones por parte del servidor público, le correspondería a la administración activa, proceder con las medidas disciplinarias pertinentes.

3.1 Diferenciación entre la sanción establecida a título de jerarca y la derivada de la función fiscalizadora.

Debe aclararse que cuando se habla de responsabilidad administrativa o disciplinaria en términos generales o a título de jerarca, se hace alusión directamente a la derivada de una falta omisiva o activa a un deber impuesto a un funcionario público (art. 211 y siguientes de la LGAP). Tal conducta tendrá como correspondencia, la sanción administrativa de acuerdo con la magnitud de la falta cometida y según se haya concluido en el procedimiento disciplinario correspondiente.

Este régimen sancionatorio disciplinario proviene directamente de la potestad del Estado de aplicar las sanciones a sus funcionarios cuando estos falten a sus deberes, lo que en términos generales es un proceder no solo aplicable en el campo de la Administración Pública, si no que también es visible en el plano privado. Lo cierto del caso es que el objetivo de la responsabilidad disciplinaria es buscar el aseguramiento de las normas de subordinación y el fiel cumplimiento de los deberes encomendados (Res. S C. 5594-1994).

Por tanto, parte del objetivo del poder sancionatorio del Estado es sancionar las faltas en las que incurran los funcionarios públicos, pero también dar respuesta a la necesidad y prácticamente obligación, de brindarse una auto protección ante los posibles comportamientos irregulares de sus funcionarios que incidan, como se había dicho, sobre la observancia de las normas de subordinación y por supuesto, la protección de los intereses públicos, pues no puede desconocerse el papel de empleador que tiene el Estado.

La situación tiene un tratamiento diferente cuando se trata de un funcionario público con cargo de Hacienda Pública, pues como se ha expuesto a lo largo de este artículo, la actuación delictuosa de dicho funcionario ingresa en la esfera del interés de la Contraloría General en razón de ser el Órgano de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública.

Debe entenderse que lo planteado anteriormente, no indica una diferenciación o categorización de funcionarios públicos, más bien lo que se resalta es la consideración de que la actuación como funcionario de la Hacienda Pública es precisamente de carácter funcional, es decir, la distinción si cabe, tendría que plantearse alrededor de distintos tipos de actuación de los funcionarios, por su relación o no con la disposición de fondos públicos.

Por consiguiente se deduce, que se puede ostentar el cargo de funcionario de la Hacienda Pública a partir de la determinación de su perfil funcional en dos sentidos: primero, que en sus actividades normales o frecuentes, se involucre la disposición y/o decisión sobre recursos públicos por un periodo indeterminado; segundo, que se ejerza tal relación para un evento en particular, sin constituirse en la característica básica o usual de su función.

Por tanto, cuando la actividad de un funcionario público, que es considerada violatoria al ordenamiento jurídico y que está vinculada con la Hacienda Pública permite la actuación de la Contraloría General, -en su función fiscalizadora e investigativa,- se puede llegar inclusive a la fase más drástica del procedimiento administrativo, es decir, la determinación de emitir la recomendación vinculante de una determinada sanción, a un funcionario público.

Tal intervención por parte de la Contraloría se basa exclusivamente en la legitimación que le otorga la misma Constitución Política en el artículo 184, que le asigna el deber de fiscalizar la Hacienda Pública² y esa misma facultad ha sido también desarrollada en distintas leyes tales como en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428, la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público N° 6955, la Ley de Control Interno N° 8292, y la Ley de la Administración Financiera N° 8131.

La potestad sancionatoria de la Contraloría no se contextualiza en el mismo escenario de una administración activa, en razón de que aquella supone presupuestos distintos, así la actuación del ente contralor no deviene de una suplantación de las potestades de la administración activa, la cual se particulariza por dos perspectivas:

Funcional: es decir por la potestad decisora, ejecutiva, resolutoria, de dirección de operación de la Administración.

Orgánica: como conformación de órganos y entes de la función administrativa con facultad de decisión y ejecución, involucrando al jerarca correspondiente (art. 2, LCI).

² Para un mayor abundamiento, consúltense resoluciones de la Sala Constitucional 3000-2004, 11638-2004, 2746-2005, 3392-2005, 08123-2005, 3392-2005, 1083-2006, 10102-2006, 13368-2006, 13818-2006, 13926-2006, 15958-2006.

Esta situación ha sido aclarada por el Tribunal Constitucional (Res. TSE. 2004-02199 del 27/2/2004) que manifiesta que corresponde en última instancia al órgano competente del sujeto pasivo, la imposición y ejecución de la sanción.

3.2 Independencia entre las vías de sanción penal y sanción administrativa.

En el plano de las responsabilidades el funcionario público, según lo ha establecido la Ley General de Administración Pública, esta sometido a una triple responsabilidad: penal, administrativa y civil (en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios), por lo tanto, una conducta ilícita resulta ser relevante para el Derecho Penal y para el Derecho Administrativo.

Es decir, la sanción civil alcanza y afecta al funcionario en su patrimonio; la sanción penal en sus derechos personales y ciudadanos (principalmente en la privación de libertad), y la sanción administrativa que incide en sus derechos de funcionario.

La Sala Constitucional ha exteriorizado criterio en cuanto a la facultad sancionadora del Estado por medio de la Administración, la cual ha dividido en potestad correctiva (penal) y potestad disciplinaria (administrativa) para el funcionario público (Res. S. C. 1265-95, 1264-95), teniendo que para el Derecho Penal, la consecuencia punible es evidentemente castigadora.

Tal y como lo señala Bielsa (1956), se ha reconocido a parte de las citadas responsabilidades, la llamada *responsabilidad política*, que atañe a la conducta de quienes han accedido a la función pública por medio de un mandato popular, por lo que en caso de la pérdida de idoneidad para la función encargada, correspondería su inmediata remoción en virtud de la afectación de los intereses generales de la sociedad (Consejo de la Magistratura Argentina 2001).

La responsabilidad señalada, corresponde a un grupo limitado de funcionarios (políticos) y conforme indica Bielsa, cuando se haya determinado un mal desempeño del cargo, su efecto o sanción principal es la remoción del funcionario y accesoriamente, se daría la inhabilidad para ocupar dicho cargo nuevamente.

i. Sanción en la vía penal:

Hasta este punto, se ha exhibido un interés por parte del Estado de tutelar los recursos públicos, evitando o minimizando el riesgo de que ellos sean utilizados para fines distintos para los cuales son concebidos, entre ellos el aprovechamiento indebido para fines particulares, tales conductas ilícitas son abordadas en el Derecho Penal como delitos de corrupción o delitos contra los deberes de la función pública y se contemplan en leyes especiales como la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito No. 8422.

Como ejemplos de las sanciones que sobre aquellas conductas recaen, encontramos en el artículo 45 de la LCCEI, que se establece la pena de prisión para aquel funcionario público que en razón de su posición que le vincula con fondos o recursos públicos, utilice estos de modo tal que se favorezca en la acrecencia de su patrimonio personal, dicho de

otro modo, son delitos en los que el injusto típico puede ser realizado por individuos particularmente habilitados.

En el caso del artículo 341 del Código Penal, se consigna la pena de prisión en conjunto con la inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos para los funcionarios públicos que acepten dádivas o aún tuvieren promesa de alguna ventaja o beneficio, una vez que realicen actos contrarios a sus deberes, para no ejecutarlos o bien retardarlos.

ii. Sanción en la vía administrativa:

La potestad disciplinaria es una facultad otorgada a la Administración, para fiscalizar ciertos comportamientos que le permiten la imposición de restricciones de algunos derechos ante la falta de observancia de las reglas que regulan a aquellos (Sández de Weinberg, 1997).

Tal facultad proveniente del ordenamiento jurídico, está dirigida a la vigilancia del individuo en su carácter de agente o funcionario público, para compeler y asegurar, preventiva y represivamente, el cumplimiento de los deberes jurídicos del cargo, así se desprende del criterio de la Procuraduría General de la República en los pronunciamientos N° 479-97 y C-159-2000. Se entiende entonces, que la facultad sancionatoria sirve de autoprotección a la Administración, teniéndose como una potestad de supremacía especial (García de Enterría, 1986).

De este modo, la sanción en la vía administrativa esta supeditada al resultado del procedimiento administrativo, que de acuerdo con la LGAP, se presenta como la concatenación de actos formales en su mayoría y coordinados entre sí con el propósito de llegar a un fin preciso y que expresa la voluntad de la Administración sobre una actuación de los funcionarios públicos, por lo que eventualmente se generaría una afectación de derechos subjetivos (art.308, LGAP).

En salvaguarda de la actuación sancionatoria y por supuesto de aquel funcionario sobre el cual pese la imputación de hechos contrarios a Derecho, en todo procedimiento deben ser aplicables los principios del debido proceso, que han sido considerados en la LGAP y señalados en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia constitucional, de modo tal que su observancia es estricta y obligatoria por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador (Res .S C. 2945-94 y 5653-93).

En cuanto al tipo de sanción que puede recaer sobre un funcionario público, no se encuentra taxativamente una lista de referencia de sanciones ante faltas cometidas, más bien, el tipo de sanción se asignará con base a la gravedad de los hechos y al grado de responsabilidad depositada en el funcionario (arts. 211, 212, 213 de la LGAP).

Estas oscilan desde la llamada de atención y anotación en el expediente del funcionario, hasta la recomendación de despido sin responsabilidad patronal y la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, en especial, cuando se trata de cargos de Hacienda Pública, como lo ha planteado el ente contralor en distintas oportunidades.

En ese sentido, el artículo 72 de la LOCGR establece la posibilidad de sancionar al funcionario con cargo de Hacienda Pública, inhabilitándolo para la ocupación de nuevos cargos que se relacionen con los fondos públicos cuando haya mediado una falta grave, atentando contra la buena fe de la gestión. Su alcance llega a cubrir inclusive a los exfuncionarios que reintenten ingresar a la Hacienda Pública; la acción para proceder con la prohibición prescribe en diez años, demostrándose la rigurosidad en este sentido.

En materia de inhabilitación de funcionarios de elección popular, los alcances del artículo en mención, han causado una confrontación de criterios en su aplicación, misma que se abordará más adelante, por lo pronto se enuncia como una de las sanciones más importantes a nivel administrativo.

De lo expuesto, puede observarse que la imposición de sanciones a los funcionarios públicos en los ámbitos penal y administrativo, existe una total independencia, no encontrándose criterio de exclusión, de forma que se acepta la coexistencia de sanciones administrativas y penales, sin que ello implique una vulneración del principio *non bis in idem*, siendo que incluso, un proceso administrativo puede dar sustento para que el Ministerio Público entre a conocer una actuación ilícita.

Al respecto señalan Nieto García (1959) y Hutchinson (2003) que dicho principio es una manifestación de legalidad, y por lo tanto no es violatorio cuando un funcionario es procesado en la vía disciplinaria y penal por una misma causa, por que dichas sanciones no sólo son emanadas de dos funciones punitivas distintas -la administrativa y la judicial-, sino que prevalece la protección de bienes distintos: el buen desempeño de la Administración por un lado, y por el otro, la protección de un bien jurídico.

Es importante resaltar que la ejecución de la sanción proveniente de la vía Penal, no está sometida a una última valoración por parte del jerarca del funcionario sancionado, por lo que corresponde su acatamiento en los términos que establece la respectiva sentencia, mientras tanto que para el caso de la recomendación vinculante de la sanción presentada por la Contraloría General, cuenta con un filtro para aquellos casos en los que se han involucrado funcionarios públicos de elección popular, en el tanto que el TSE se ha opuesto al acatamiento de sanciones de inhabilitación para el ejercicio de cargos de Hacienda Pública, situación que se expondrá más adelante.

3.3 Prohibición del reingreso de un infractor para el desempeño de cargos de Hacienda Pública según el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: casos de funcionarios de elección popular.

El fundamento normativo sobre el cual descansa la legitimación de la Contraloría para recomendar una sanción de inhabilitación al ejercicio de cargos públicos relacionados con la Hacienda Pública, es recogido en el artículo 72 de su ley orgánica, en este sentido, es conveniente realizar un breve análisis de su texto, a fin de determinar sus alcances. El texto expresa:

Artículo 72.- 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.

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 aquí establecida 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 determinación de los elementos que integran dicho artículo, permite eventualmente, clarificar en la medida de lo posible, bajo cual situación o cuadro fáctico sería jurídicamente posible la subsunción de una determinada conducta bajo el dictado de la norma y confrontar los distintos criterios o posiciones desarrolladas alrededor del mismo.

3.3.1 Bien jurídico tutelado:

La inhabilitación como medida aplicable a futuro, persigue brindar protección de la Hacienda Pública, de modo que esta no se vuelva a encontrar en un posible riesgo, es decir, protegerla ante una posible reiteración de la conducta delictiva por parte del funcionario que fue sancionado por la vía administrativa por considerar su actuación disconforme con su deber de una correcta administración de los recursos que le fueran encomendados en una oportunidad anterior.

3.3.2 La conducta sancionable:

Del primer párrafo del artículo en cuestión se desprende que la norma considera una prohibición de que funcionarios públicos hayan cometido delitos o faltas graves con conductas que hayan lesionado los intereses de la Hacienda Pública (o por un riesgo de lesión), a partir de la realización de tres actuaciones principalmente:

- a. La comisión de un delito o falta grave contra el sistema de fiscalización establecido en la LOCGR, ello implica que de una manera oficiosa o por una denuncia, la Contraloría llevó a cabo la realización de un procedimiento administrativo mediante el cual se determinó una falta al deber de

observancia de la ley en materia de fiscalización. Esta actuación por parte del funcionario público a su vez, puede ser considerada bajo tres escenarios:

- i. Que exista una inmediatez entre el procedimiento administrativo y la resolución de la prohibición o inhabilitación.
 - ii. Que se trate de una relación con la Hacienda Pública en la cual terminada sin responsabilidad para el exfuncionario, pero con la determinación de las faltas señaladas.
 - iii. Que haya mediado un despido por la comisión de delitos o faltas graves contra los elementos enunciados en el tercer párrafo del artículo 72.
- b. La comisión de un delito en contra de la propiedad del Estado: entendida esta con la amplia posibilidad de acepciones que se indicara al inicio del artículo, de modo que en cualquiera de sus formas materiales e inmateriales, estén dentro de la esfera de dominio del Estado (o contrario sensu, fuera del comercio de los hombres) y que por una relación de carácter habitual o funcional (concreta o temporal) del funcionario público, este haya tenido facultad de administración, decisión o salvaguarda de bienes o fondos públicos.
- c. La buena fe de los negocios: como se ha establecido en este artículo, el Estado requiere para la consecución de sus objetivos -que se delegan y particularizan en toda la estructura orgánica-, el concretar relaciones de carácter comercial con otros Estados o con sujetos privados. La experiencia judicial indica que cuando se vulneran los controles en materia de contratación administrativa de una forma dolosa o culposa (que para efectos de lesión a la Administración es irrelevante), el beneficiario no es el Estado mismo, sino un tercero, el funcionario responsable de la contratación, o ambos.

3.3.3 Sujetos pasivos:

Para efectos de la determinación de los sujetos pasivos del control fiscalizador del entre contralor, debe tenerse en cuenta lo expresado en el artículo 4 de la LOCGR, el cual enuncia que los sujetos pasivos de dicha ley lo constituyen todos aquellos sujetos a la fiscalización de la Contraloría, brindando además una lista de entes y órganos que en razón de la actividad que realizan, son considerados susceptibles al control.

Por ello, será relevante para la determinación de la sanción impuesta en el artículo en estudio, aquel funcionario o exfuncionario público que cumpla con dos elementos:

- a. Que haya tenido en una relación previa con la Administración Pública que lo posicionara en un cargo de Hacienda Pública.

- b. Que su posible reinserción dentro de un puesto público, lo ubique nuevamente con un cargo relacionado con los fondos públicos u otros recursos del Estado, en los cuales tenga responsabilidad directa. No se constata en el art.72, que para los efectos de la inhabilitación, sean considerados los puestos dentro de la Administración Pública que sean ajenos a la administración o disposición de la Hacienda Pública.

De la lectura del artículo en cuestión, no se determina que exista una limitación del alcance de la sanción de inhabilitación, es decir, no existe una restricción para funcionarios cuyo ejercicio del cargo de Hacienda Pública, haya tenido un particular origen, llámese nombramiento o elección popular, en tal sentido, el factor primordial lo genera la posibilidad de que el funcionario tenga una relación de disposición o administración de recursos o fondos del Estado.

CAPITULO 4. Posición del Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional en cuanto a las sanciones recomendadas por la Contraloría General de la República para los funcionarios de elección popular

No obstante los argumentos dados en el apartado anterior con respecto a la facultad sancionatoria de la Contraloría, y que el Tribunal Electoral haya reconocido que la misma deviene de un rango constitucional, en materia de **cancelación de credenciales e inhabilitación de funcionarios de elección popular con cargo de Hacienda Pública**, dicho Tribunal no atiende las recomendaciones *vinculantes* emanadas del ente contralor.

El argumento para tal rechazo, se reitera en las resoluciones (1296-M-2006 del 6/4/2006, 1302-M-2006 del 6/4/2006, 2157-M-2005 del 8/9/2005, 274-E-2007 del 22/1/2007, 445-E-2007 del 16/2/2007) y al margen de lo analizado por la Sala Constitucional, se encuentra basado en los siguientes aspectos o razonamientos que a continuación se puntualizan:

4.1 En cuanto a la sanción de inhabilitación:

La argumentación principal que ha exteriorizado el Tribunal Electoral para los casos en los que se ha recomendado por la Contraloría la prohibición de que un funcionario pueda postularse a un cargo de elección popular, se basa en los siguientes puntos:

i. Lesión de Derechos Fundamentales:

El TSE ha llegado a considerar, dentro de los planteamientos defensivos de su posición de renuencia para la homologación o aceptación de las sanciones recomendadas por la Contraloría, en lo que respecta a la limitación de una nueva participación de un funcionario público por medio de elección popular en un cargo de Hacienda Pública, que permitir la sanción, es atentar contra los derechos fundamentales del servidor que ha sido

encausado administrativamente, derechos que han sido recogidos por el texto constitucional (Res. TSE. 2529-E-2004 del 06 setiembre 2004).

Al respecto señala el Tribunal Electoral, con base en los artículos 90, 91 y 98 de la Constitución que como derecho político intrínseco a la calidad de ciudadano, se encuentra la facultad de poder elegir como el de ser elegidos, en el tanto que se cumplan los requisitos establecidos para cada cargo. Por lo tanto, es este derecho constitucional el que sería vulnerado si se permitiera y ejecutara la sanción administrativa sobre los funcionarios públicos.

Por tanto, critica el TSE la interpretación que se pueda derivar a partir del artículo 72 de la LOCGR, de tal forma que lo jurídicamente correcto es que debe realizarse de una forma restrictiva en cuanto al alcance limitador de la libertad de participación política, en cuanto a la posibilidad de ser electo y a la posibilidad de optar por cargos públicos relacionados con la Hacienda Pública. (Res. TSE. 274-E-2007 del 22/1/2007).

En razón de lo anterior y de la facultad que se atribuye el Tribunal Electoral de interpretar en forma exclusiva y obligatoria la materia electoral, establece que el estudio de la aplicación del mencionado artículo, debe realizarse a partir del contexto de la norma, para evitar los “criterios literalistas” de interpretación, lo que ha de permitir al operador jurídico tener una visión amplia del problema y de la dinámica sistémica. Arguye además, basándose en el criterio de Ignacio de Otto (1988), que ante cualquier concurrencia de normas que versen sobre un mismo aspecto, privará aquella en la que se evite (o minimice) un roce con el texto constitucional.

Del punto planteado, se deriva que el Tribunal Electoral toma una posición en la que no sería concebible la limitación al derecho de ser elegidos, bajo un argumento distinto al establecido en el artículo 91 de la Constitución.

Por lo tanto, los alcances del artículo 72 de la LOCGR, no pueden trascender a los cuadros fácticos en los que esté de por medio un derecho fundamental, en este caso, derivado de la condición de ciudadano, según el artículo 98 de la Constitución.

ii. Reconocimiento de la sanción de inhabilitación proveniente de la vía judicial:

El TSE reconoce sin embargo, -que tal y como lo establece la Constitución en el artículo 91-, que de operar la suspensión de los derechos políticos debería estarse bajo el supuesto del inciso segundo, es decir, que medie una sentencia judicial en firme, por lo que se reconocería la suspensión proveniente de la vía penal, mas no así la administrativa, de modo que los alcances del artículo 72 de la LOCGR no pueden ser extensivos en materia de limitación o prohibición del ejercicio de derechos políticos.

La tesis que sostiene el Tribunal Electoral, viene a ser sustentada bajo el principio de especialidad y taxatividad de la norma, en el tanto que sostienen los magistrados de dicho tribunal, que con base en el artículo 73 inciso e) de la Ley Orgánica del TSE y del Registro Civil (LOTSE), corresponde al Departamento Legal, llevar a cabo el cumplimiento de las

sentencias judiciales cuando medie una afectación de los derechos políticos y velar por que los mismos sean recobrados cuando se compruebe la extinción de la sanción penal.

Lo anterior reafirma la posición de que una sanción administrativa no puede surtir los mismos efectos que una sanción penal, que tal como se vio *supra*, puede considerar además de una pérdida de la libertad de tránsito, la suspensión del ejercicio de cargos públicos ligados en términos de disposición y administración de fondos públicos (Res. TSE. 3869-E-2006 del 15/12/2006).

El reconocer la eficacia irrestricta de las limitantes del artículo 72 de la LOCGR, se consideraría como actuación en contra de la norma constitucional.

4.2 En cuanto a la cancelación de credenciales:

El Tribunal Electoral ha expresado que dado que el otorgamiento de credenciales ha de venido de un proceso electoral y que es dicho tribunal quien las otorga, es entonces este mismo órgano quien tiene la facultad de cancelarlas o anularlas, tal como lo enuncia el inciso b) del artículo 25 del Código Municipal.

Para el caso de los regidores y síndicos, el artículo 73 de la LOCGR, señala las causales mediante las cuales se procedería con la cancelación de credenciales, aludiendo a las faltas contra la Hacienda Pública, no sólo las consideradas dentro de la LOCGR sino además aquellas previstas en el capítulo quinto de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.

En este caso, el Tribunal Electoral mediante resolución 1469-M-2005, del 24/6/2005, considera que no son de recibo de forma inmediata las recomendaciones de cancelación de credenciales (a regidores y síndicos), por tres razones principalmente:

a- que los funcionarios son elegidos popularmente y no son nombrados por acto administrativo o por investidura,

b- porque el TSE no es el jerarca de los mismos y

c- porque existe norma expresa que indica el procedimiento para la cancelación de las credenciales (Código Municipal y Reglamento de Cancelación de Credenciales).

Por otra parte alega el Tribunal Electoral, mediante resolución 2991-M-2004 del 26/11/2004, que existe una delimitación sobre su actuación, por cuanto en materia municipal, no ejerce una jurisdicción disciplinaria plena, por lo que solo se encuentra legitimado dicho Tribunal para la cancelación de credenciales a funcionarios de elección popular, de conformidad con los parámetros dados en el Código Municipal, el Reglamento sobre la cancelación o anulación de credenciales municipales y bajo una interpretación restrictiva de la norma, evitando caer en la invasión de la autonomía municipal.

Afirma el Tribunal Electoral, apoyado en el criterio de la Sala Constitucional (26326-2000 del 19/7/2000), que la recomendación de cancelación de credenciales por la

Contraloría, está supeditada a ser considerada como opinión técnica sobre los hechos, quedando en manos del Tribunal Electoral la valoración jurídica de la situación, siendo este ente el único autorizado por ley, para proceder con la cancelación de las credenciales (art.25, Cod. Munic.)

Sin embargo, en distintas resoluciones del Tribunal Electoral concernientes a la cancelación de credenciales, se ha visto la determinación, de tomar y ejecutar la recomendación de la Contraloría, dado que no se ha encontrado vicio alguno en el procedimiento administrativo llevado a cabo por este ente.

4.3 Criterio de la Sala Constitucional en cuanto a la aplicación del artículo 72 de la LOCGR.

El Tribunal Constitucional ha tenido que resolver acerca de la inconstitucionalidad de las supuestas limitaciones a derechos fundamentales, generadas a partir de la imposición de sanciones por parte de la Contraloría (Res. S C. 2883-96 del 13/6/1996), que como se indicó en el apartado anterior, constituye uno de los argumentos de rechazo del TSE, sobre la inhabilitación recomendada por el ente contralor.

Al respecto, señala la Sala que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a restricciones, cuando existan justificaciones razonadas y proporcionadas que no atenten contra la esencia de tales derechos. Dentro de estos se encuentran los derechos políticos, como el derecho de reunión y de participación en procesos electorales en general (Res. TSE. 3869-E-2006 del 15/12/2006).

Es ajustado a Derecho entonces, que en los casos particulares del derecho a optar por cargos públicos por medio del sufragio, puedan existir restricciones a partir de la aplicación de norma legal. Para el caso de la inhabilitación, la Sala Constitucional ha determinado que su aplicación no implica una pérdida del total ejercicio de los derechos políticos, más bien, se trata de una restricción temporal de los mismos, que debe estar debidamente sustanciada en el proceso correspondiente cuyas consecuencias se dirigen a la prohibición delimitada en el tiempo, para ocupar cargos de Hacienda Pública.

Es importante destacar la valoración que realizan los Magistrados Constitucionales, acerca de la idoneidad moral del desempeño de la función pública, así por ejemplo, mediante resolución SC. 4555-2005, del 26/4/2005, en el que se plantea la inconstitucionalidad del artículo 72 mencionado, el Tribunal Constitucional refuerza el criterio de que la finalidad de la potestad sancionatoria del Estado busca el resguardo de comportamientos inapropiados por parte de los funcionarios públicos.

Añade la jurisprudencia, que el establecimiento de requisitos para quienes opten para el ejercicio de cargos públicos, es totalmente lícito, más aún cuando exista la posibilidad de una nueva inserción de un funcionario en la Administración Pública. Por ello la inidoneidad temporal en el ejercicio de funciones públicas relacionadas con la Hacienda Pública a partir de la aplicación del artículo en cuestión, no implica una actividad considerada como inconstitucional.

La fundamentación de la norma que expresa la sanción inhabilitatoria, lejos de resultar desproporcionada o arbitraria, viene a ajustarse precisamente a la protección de los intereses tutelados en materia de fiscalización y protección de la Hacienda Pública, tales como la moralidad y legalidad administrativa y la protección del patrimonio público. (Res. S C. 6520-1996)

Considera entonces la Sala Constitucional de manera conclusiva, que la inhabilitación contenida en el artículo 72, existe con el propósito de que aquellos funcionarios a quienes se les haya comprobado la utilización indebida de su puesto o de los bienes del Estado a ellos confiados, no puedan ser nombrados en un cargo de Hacienda Pública, por un periodo establecido, a fin de garantizar la moralidad y legalidad de la Administración.

Constituye un elemento reiterado en los razonamientos de la jurisprudencia constitucional, el deber por parte del funcionario público en general, de cumplir con lo que se ha denominado: “un bagaje de deberes éticos y morales”, a cuyos nombramientos aprecia prudente enlazar con el principio constitucional de idoneidad. Así, no sería una actuación sana por parte de la Administración, dentro de la lógica jurídica, permitir que un funcionario procure ingresar o reingresar a la función pública cuando ha mediado un quebrantamiento a los principios de la sana administración, vulnerando los mecanismos creados por el mismo Estado, a fin de protegerse de los posibles abusos sobre los bienes o patrimonio suyo (Res. S C. 4555-2005).

CAPÍTULO 5. Confrontación de criterios acerca de la facultad sancionatoria de la Contraloría General a partir del análisis de un caso concreto

Con el propósito de visualizar de una forma práctica la posición de los actores enunciados anteriormente, se procede a analizar un caso concreto referido a la cancelación de credenciales y la inhabilitación para ocupar cargos de elección popular. Ambas sanciones se tratan en apartados distintos, por la pendencia que hubo para el caso de la inhabilitación, de un recurso de inconstitucionalidad sobre el artículo 72 de la LOCGR y dada su resolución, fue retomado posteriormente por el Tribunal Electoral.

Si bien es cierto, se han presentado distintos casos³ en el seno del TSE, el que se expone a continuación –de muy reciente data-, permite reflejar con claridad, la controversia expuesta en el presente artículo por cuanto discute de forma manifiesta la divergencia de criterios de las instancias enunciadas en los apartados anteriores.

³ Cfr: Res.TSE 1296-M-2006, 2157-M-2005, 274-E-2007.

5.1 Cancelación de Credenciales:

El primer caso a exponer es la cancelación de credenciales solicitada por la Contraloría, en contra del Sr. Mauricio Alvarado Delgadillo (M.A.D) quien ostentaba el cargo de Alcalde Propietario de la Municipalidad de Golfito, a la luz de la Resolución N.º 1302-M-2006.- TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del seis de abril del dos mil seis

a- Hechos Imputados:

Al Sr. M.A.D. se le atribuye el indebido otorgamiento de permisos de uso de suelos y construcción en la zona marítimo terrestre del cantón (concesión de explotación), según consta en la relación de hechos RH-FOE-AM-4/2004 elaborada por la Gerencia de Servicios Agropecuarios y de Medio Ambiente de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría.

Concretamente, se le imputó el haber otorgado, de manera unilateral, permisos de construcción en áreas no reguladas de la zona marítimo terrestre del Cantón de Golfito: Playa Zancudo, Playa Sombrero y Playa Tamales, tanto a personas físicas como jurídicas, en evidente vulneración de las disposiciones contenidas en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, por cuanto no ostentaban la condición de concesionarios y, por lo tanto, no se encontraban legitimadas para ocupar y usufructuar terrenos en la zona marítimo terrestre, con el agravante de que en todos los casos las construcciones autorizadas y, finalmente levantadas, tenían carácter permanente, es decir, no son fácilmente removibles y como tales, afectan la implementación futura de un plan regulador.

b- Acerca del procedimiento administrativo:

Con base en la relación de hechos llevada a cabo por la Gerencia de Servicios Agropecuarios y de Medio Ambiente de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa (RH-FOE-AM-4/2004), la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República (DAGJ) realizó el debido procedimiento administrativo contra el señor M.A.D, Alcalde Municipal de Golfito.

Mediante resolución de la DAGJ de la Contraloría General de la República, (DAGJ-0467-2006), suscrito por los señores Manuel Martínez Sequeira, Gerente de División, Silvia Chanto Castro y Allan Ugalde Rojas, Gerentes Asociados, el ente contralor comunicó el acto final firme (Res. PA-28-2005 de las 8 horas del 8/11/2005) que recomienda imponer al señor M.A.D, en su condición de Alcalde Municipal de Golfito, la sanción de despido sin responsabilidad patronal (cancelación de credencial), así como la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública por un plazo de cuatro años.

Contra la supracitada resolución de la DAGJ de la Contraloría General de la República el señor M.A.D, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, ante el cual y mediante resolución de las 8 horas del 15/12/2005, la DAGJ rechazó la revocatoria formulada.

En cuanto a la apelación y nulidad concomitante presentadas, la Contralora General de la República, señora Rocío Aguilar Montoya, rechazó el recurso, confirmando la resolución impugnada específicamente en punto a la cancelación de la credencial, no así en lo que se refiere a la sanción de prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública impuesta por cuatro años al señor M.A.D, indicando que sobre el particular debe mantenerse el efecto suspensivo en su ejecución hasta tanto la Sala Constitucional resuelva la acción de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 72 de la LOCG, tramitado bajo el expediente n.º 03-008532-0007-CO, e ingrese la Contraloría General a resolver el recurso de apelación en cuanto a ese aspecto.

c- Posición del Tribunal Electoral:

La Contraloría remite el resultado del procedimiento administrativo al Tribunal Electoral, con la recomendación de la sanción procedente para M.A.D.

Acerca del procedimiento administrativo llevado a cabo por la Contraloría, el TSE no expresa observaciones al respecto, por lo que tácitamente muestra su conformidad.

Por el fondo, considera el TSE que la Contraloría está legitimada para conformar la investigación de actuaciones de funcionarios que han sido consideradas como lesivas a la Hacienda Pública y que hayan infringido las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización establecido en su ley orgánica. Además que le corresponde al ente contralor, mediante criterio técnico vinculante, recomendar al órgano o autoridad correspondiente, la aplicación de la sanción en mérito con el caso investigado.

Sin embargo en materia de cancelación de credenciales de funcionarios de elección popular, alega que por tratarse de un hecho que proviene de un acto electoral (la entrega de la credencial), la potestad de cancelar o anular una credencial es materia exclusiva del TSE.

Así, la valoración jurídica de los hechos y la imposición final de la sanción, corresponde al Tribunal Electoral, por lo que la Contraloría carece de autoridad para cancelar credenciales de un funcionario municipal de elección popular, según lo establece el artículo 25 del Código Municipal.

El papel de la Contraloría a partir de la óptica del TSE se resume de la siguiente manera:

El papel de aquélla en este tipo de procedimientos, en que se define la procedencia de la cancelación ante la posible comisión de falta grave en perjuicio de la Hacienda Pública y su ordenamiento de fiscalización, se contrae a desarrollar el respectivo procedimiento administrativo y formular la recomendación correspondiente, que la jurisdicción electoral debe ponderar bajo los lineamientos expuestos en la citada resolución y en resguardo del mandato popular conferido por la comunidad de que se trate a través del sufragio.”(Res. TSE. 1302-M-2006 del 6/4/2006)

d- La sanción:

Una vez valorado el informe presentado por la Contraloría en el caso de M.A.D., el TSE se muestra conforme con la argumentación presentada mediante resolución N°. PA-28-2005 (DAGJ de la Contraloría del 8/11/2005) que se ajusta al procedimiento del artículo 3 del Reglamento de sobre Cancelación de Credenciales, por lo que también avala la relación de hechos y las conclusiones a las que arriba el ente contralor.

Por lo anterior, el TSE considera que lo procedente es la cancelación de la credencial del alcalde de Golfito, que surtiría sus efectos a partir de la notificación de la resolución.

En cuanto a la inhabilitación, el TSE señala que independientemente de lo que la Sala Constitucional resuelva sobre el recurso de inconstitucionalidad del artículo 72 de la LOCGR (sobre el cual descansa la legitimación de la Contraloría para la prohibición del ingreso o reingreso de funcionarios a la Hacienda Pública), no sería homologable la conclusión a la que llegue la Contraloría.

e- Consideraciones del caso:

En el caso expuesto, ha quedado evidenciada una conducta considerada como falta grave en contra de la Hacienda Pública por parte del entonces Alcalde de Golfito, lo que generó la apertura de la investigación por parte de la Contraloría, desembocando en la recomendación de la cancelación de la credencial correspondiente y paralelamente, la inhabilitación para ejercer cargos de elección popular.

Interesante resulta que el TSE no objeta y por el contrario, considera debidamente sustanciado el proceso administrativo llevado a cabo por el ente contralor, lo que al final conduce a la aplicación sin mayor preámbulo de la sanción referida a la credencial de M.A.D.

Al respecto, el Tribunal Electoral se permite hacer una separación de los alcances sancionatorios de la Contraloría, es decir, la vinculatoriedad de las recomendaciones, establecida en el artículo 68 de la LOCGR, queda fraccionada en el tanto que el TSE, bajo criterio de ser el único legitimado para interpretar en materia electoral, avala la recomendación de la Contraloría –considerada únicamente como “recomendación técnica”- quedando bajo su facultad, la valoración jurídica de los hechos; esta situación corresponde a interpretación propia por parte del TSE.

A pesar de lo antes dicho y de acuerdo con las distintas resoluciones consultadas, no es usual que el Tribunal Electoral desestime la recomendación de la cancelación de la credencial del funcionario cuestionado.

5.2 Inhabilitación:

Como se había anticipado, el caso anterior conocido mediante resolución del TSE No.1302-2006, del 6/4/2006, se estableció la pendencia de la resolución de un recurso de inconstitucionalidad sobre el artículo 72 de la LOCGR, referente a la inhabilitación para el ingreso o reingreso de funcionarios infractores, a cargos de Hacienda Pública y en el caso concreto, de elección popular.

Mediante resolución constitucional No.2006-08493, del 14/6/2006, se declara sin lugar el recurso de inconstitucionalidad sobre la aplicación del artículo mencionado, por lo que el Tribunal Electoral, conoce acerca del punto de la inhabilitación en la resolución 3869-E-2006 del 15/12/2006.

a. Contradicción constitucional:

De acuerdo con el criterio del TSE, se insiste en la existencia de una contradicción con la normativa constitucional en el caso estudiado en razón de que, según señalan, de acuerdo con la Carta Magna, en sus artículos 90 y 91, el conjunto de derechos y deberes políticos (en los que se encuentra la posibilidad de ser elegidos en cargos públicos), pueden ser suspendidos únicamente mediante interdicción judicial o sentencia.

De esta forma, considera una confrontación entre el texto constitucional y la aplicación irrestricta de lo normado en el artículo 72, pues se estarían suspendiendo derechos políticos a partir de la aplicación de una sanción administrativa.

Expresa la inteligencia electoral, que contrario al criterio de la Sala Constitucional (el cual se estableció en su apartado supra), la atribución para la interpretación en materia electoral recae de forma exclusiva, sobre el TSE; por lo tanto, es su razonamiento que no es aplicable el alcance inhabilitatorio del artículo en cuestión al tratarse de postulaciones a cargos de elección popular.

Complementa su posición, señalando que en materia de derechos fundamentales, toda restricción debe ser interpretada bajo un carácter restrictivo, por lo que no puede acudirse a interpretaciones de índole literalistas de la norma. De esta manera, ante la interpretación del artículo 72, debe privar el concepto de ciudadanía (art.90 Co. Pol.) y las reglas limitativas de su suspensión (art. 91).

Concluye el Tribunal Electoral, que el caso de la inhabilitación impuesta a M.A.D., de acuerdo con su criterio, la prohibición señalada no puede hacerse extensiva a casos en los que estén involucrados derechos fundamentales de participación política.

b. Sanción:

De acuerdo con la interpretación que el TSE realiza del artículo 72, en el sentido que la inhabilitación ahí señalada no alcanza a impedir la postulación o el ejercicio de un cargo público de elección popular, resulta improcedente la limitación impuesta por la

Contraloría a M.A.D. para su futura postulación, de modo que no corresponde anotación alguna en el Registro Civil en ese sentido.

c. Consideraciones del caso:

El tema de la sanción de inhabilitación proveniente de la recomendación de la Contraloría, constituye un punto en el cual existe una posición rígida por parte del Tribunal Electoral, de modo que independientemente de la sustanciación de los procedimientos administrativos, una sanción como la señalada supra será rechazada prácticamente *ad portas*.

En el caso concreto y muy a pesar de que el Tribunal Constitucional no determina vicio o roce de inconstitucionalidad en la facultad para inhabilitar dada a la Contraloría y establecida en su artículo 72, el TSE se aparta de los razonamientos de la Sala y desconoce la inhabilitación en razón de su procedencia de la vía administrativa.

Interesante resulta que en el caso de M.A.D., el Tribunal Electoral no intenta esgrimir la falta imputada, mas bien, procura dar su propia interpretación de los alcances de las facultades de la Contraloría en materia de inhabilitación y señala los perjuicios sobre derechos fundamentales (que la Sala no determinó) que se lesionarían si se acatará la recomendación del ente contralor.

Así, con base en su interpretación del artículo 72 de la LOCGR, el TSE resuelve no aplicar la prohibición para el señor M.A.D.

CONCLUSIONES

1. En el ordenamiento jurídico costarricense, no se determina con precisión el concepto de Hacienda Pública, por lo que su aproximación se realiza a partir de los elementos que la conforman, teniendo como principal punto de referencia, el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, del que se derivan dos grandes componentes: recursos y administración.
2. La conformación de la Hacienda Pública es sumamente amplia, por lo que la tutela sobre la misma implica igualmente, que su sistema de fiscalización cuente con atribuciones suficientes, para ejercer el debido control sobre la actuación de la Administración Pública en la consecución de sus objetivos.
3. La actuación incorrecta de los funcionarios públicos se encuentra sujeta tanto a un régimen disciplinario en su relación con el Estado como empleador y a responsabilidades: penal, administrativa y civil cuando se determina la existencia de un riesgo o lesión a los recursos bajo disposición o administración.
4. La connotación de Funcionario de Hacienda Pública deviene a partir del nexo que un funcionario público tenga con los recursos o fondos públicos, de tal forma que

en razón de su función habitual o para un acto concreto, aquel esté en la capacidad de disponer de ellos mediante una erogación o bien, recaudarlos. Por lo tanto, el carácter de Funcionario de Hacienda Pública o con Cargo de Hacienda Pública, es funcional, así cualquier funcionario del Estado puede estar en algún momento determinado, bajo la investigación de la Contraloría General.

5. La potestad sancionatoria otorgada por el Constituyente a la Contraloría General de la República, proviene de la necesidad de contar con el debido control sobre los recursos con que cuenta el Estado para el cumplimiento de sus objetivos, es decir, está en función del deber de velar porque aquellas conductas que hayan puesto en riesgo o que hayan causado una lesión efectiva a la Hacienda Pública, sea debidamente sancionada de acuerdo a la gravedad de los hechos.
6. La facultad del ente contralor para sancionar se diferencia de la empleada a título de jerarca, puesto que no participa con facultades de administración activa sobre el administrado, mas bien, su especialidad proviene del encargo fiscalizador dado constitucionalmente. Tal es la relevancia de la determinación que realice la Contraloría, que sus recomendaciones acerca de la imposición de sanciones que estas son consideradas vinculantes par la administración activa.
7. Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido que la imposición de una sanción administrativa puede coexistir con la impuesta por vía penal, dado que ambas vías –penal y administrativa- persiguen la tutela de objetivos distintos. Ello implica que no existe vulneración al principio non bis idem.
8. De la prohibición establecida en el artículo 72 de la LOCGR, se determina la protección que pretende darse a la Hacienda Pública de ser expuesta a un peligro futuro por parte de aquel que haya infringido las normas de fiscalización, puesto en peligro o perjudicado los recursos del Estado o que haya actuado de mala fe en los negocios que involucren fondos públicos. Tal restricción se realiza en términos amplios, por lo que ley en este sentido, no realiza distinción en la aplicabilidad en razón del origen (nombramiento, elección popular) que quien ostente un Cargo de Hacienda Pública.
9. El Tribunal Supremo de Elecciones admite la recomendación de la Contraloría en el sentido de cancelar o anular las credenciales de un funcionario de elección popular con Cargo de Hacienda Pública, de modo que avala la sustanciación del procedimiento que realiza el ente contralor. Esto implica el reconocimiento de la existencia de una inobservancia de las normas de fiscalización y control, o más grave aún, de un riesgo o lesión a la Hacienda Pública.
10. La sanción de inhabilitación para la ocupación de un Cargo de Hacienda Pública de elección popular (que de acuerdo con la jurisprudencia suele venir aparejada con la sanción de cancelación de credenciales), proveniente de la vía

administrativa, no es de recibo para el Tribunal Electoral ya que según su propia interpretación, considera una extralimitación por parte de la Contraloría la aplicación del artículo 72 de su Ley Orgánica a dichos funcionarios.

11. En línea con el punto anterior, establece el Tribunal Electoral una limitación en la aplicabilidad de sanciones que no realizó el legislador constituyente ni el ordinario y que aún tampoco ha determinado el juzgador constitucional cuando se ha cuestionado la constitucionalidad de la facultad de inhabilitar de la Contraloría.
12. Tribunal Supremo de Elecciones sostiene que es el único legitimado para interpretar lo que corresponda en materia electoral, sin embargo, amplía su facultad de interpretación a la LOCGR y a la misma constitución, lo que lo lleva a concluir que la inhabilitación en vía administrativa para ocupar un Cargo de Hacienda Pública a partir de una elección popular, atenta contra el derecho fundamental de ser elegido; así, únicamente reconoce la inhabilitación por vía penal.
13. En relación con la aplicación de la facultad sancionatoria de la Contraloría y concretamente, con la sanción de inhabilitación, la Sala Constitucional ha expresado que aunque esta puede recaer sobre derechos fundamentales de los funcionarios públicos, existe la posibilidad legal de su restricción temporal al quedar evidenciada la inidoneidad del infractor. Ello demuestra una prevalencia de la tutela del interés público en la Administración Pública y la necesidad de autoprotección de la misma.

BIBLIOGRAFIA

Bielsa, R. (1956). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Tomo Tercero. Quinta Edición. Editorial Roque Depalma.

Consejo de la Magistratura (2001). *Memoria Anual*. Argentina.

Echevesti, C. [et al] (2003). *Responsabilidad de los funcionarios públicos*. Buenos Aires. Primera Edición. Edit.Hammurabi SRL.

Fernández Ruiz, J. (2004). *Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado*. México: En: Revista Latinoamericana de Derecho. Año I, núm. 2, julio-diciembre.

García de Enterría, E. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Tomo Segundo. Edit. Civitas.

Hutchinson, T. (2003). *Responsabilidad administrativa del funcionario público*. Buenos Aires: En: Responsabilidad de los funcionarios públicos. Primera Edición.

Manual Latinoamericano de Auditoría Profesional en el Sector Público (1981). Bogotá.

Nieto García, A. (1959). *El principio "non bis in idem"*. Madrid: En: Revista de Administración Pública, n° 28.

Pérez Royo, F. (2000). *Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Parte General. 10ma Edición, Edit.Civitas.

Rojas Vargas, F. (2000). *Delitos contra la administración pública*. Lima: 2da Edición, Lima: Editora Jurídica Grisley.

Sández de Weinberg, F. (1997). *Las facultades sancionatorias de la Administración*. San Juan: En: Temas de Derecho Administrativo, Foro de Abogados de San Juan, Puerto Rico.

Vázquez, A. (1990). *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*. Buenos Aires: Abaco.

Vicente-Arche, D. (1974). *Hacienda Pública y Administración Pública*. Hacienda Pública española, No.26.

Villalobos González, F. (1983). *Revista de la Procuraduría General de la República*. San José.

Jurisprudencia

Resoluciones Sala Constitucional

1991

No. 2398-91, de las 15:20 horas del 13 de noviembre

1992

No. 0660-92, de las 15:00 horas del 10 de marzo

1993

No. 5976-93,

No. 5653-93

1994

No. 3607-94, de las 15:15 horas del 19 de julio

No. 2430-94, del 25 de marzo

No. 5594-94,

No. 51-94

1995

No. 1265-95, del 07 de marzo

No. 0016-95, de las 15:45 horas del 03 de enero

No. 2632-95, de las 16:06 horas del 23 de mayo

No. 4284-95, de las 15:06 horas del 03 de agosto

No. 5119-95, de las 20:39 horas del 13 de setiembre

No. 1264-95, de las 15:33 horas del 07 de marzo

1996

No. 10466-96,

No. 3145-96

No. 2883-96 de las 17:00 horas del 13 de junio

No. 6520-96

1997

No. 5026-1997

1998

No. 0998-98, de las 11:30 horas del 16 de febrero

1999

No. 5445-99, de las 14:30 horas del 14 de julio

No. 9524-99, de las 09:06 horas del 03 de diciembre

2000

No. 3027-00, de las 09:03 horas del 14 de abril

No. 6326-00, de las 16:18 horas del 19 de julio

2001

No. 4835-01, de las 14:56 horas del 06 de junio

2002

No. 7044-02, de las 15:07 horas del 16 de julio

No. 5245-02

2003

No. 13140-03, de las 14:37 horas del 12 de noviembre

2004

No. 2199-04, de las 12:59 horas del 27 de febrero

No. 3000-04, de las 15:02 horas del 23 de marzo

No. 11638-04, de las 14:50 horas del 20 de octubre

2005

No. 2746-05, de las 11:00 horas del 11 de marzo

No. 3392-05, de las 18:17 horas del 29 de marzo

No. 8123-05, de las 10:41 horas del 24 de junio

No. 4555-05, de las 16:08 horas del 26 de abril

2006

No. 1083-06, de las 09:14 horas del 03 de marzo

No. 10102-06, de las 15:00 horas del 12 de julio

No. 13368-06, de las 08:47 horas del 08 de setiembre

No. 13818-06, de las 15:11 horas del 19 de setiembre

No. 13926-06, de las 14:44 horas del 20 de setiembre

No. 15958-06, de las 14:51 horas del 01 de noviembre

No. 8493-06, de las 14:43 del 14 de junio

Resoluciones Tribunal Supremo de Elecciones

2004

TSE 2529-E-2004 del 06 de setiembre
TSE 2991-M-2004 del 26 de noviembre

2005

TSE 2157-M-2005 del 08 de setiembre

2006

TSE 1296-M-2006 del 06 de abril
TSE 1302-M-2006 del 06 de abril
TSE 3869-E-2006 del 15 de diciembre

2007

TSE 274-E-2007 del 22 de enero
TSE 445-E-2007 del 16 de febrero

Pronunciamientos Procuraduría General de la República

Pronunciamiento: No. 479-97 y C-159-2000
Oficios: OJ-10798, del 17 de diciembre de 1998

Contraloría General de la República

Oficio Gestión Jurídica CGR GJ-408-00 del 21 de julio del 2000
DAGJ: 961-05 del 19 de abril del 2005

Leyes

Código Municipal, Año 2000.

Código Penal de Costa Rica, Año 1971.

Constitución Política de la República de Costa Rica, Año 1949.

Ley Contratación Administrativa No.7494, Año 1995.

Ley de Control Interno No. 8292, Año 2004.

Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito No. 8422, Año 2004.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República No.7428, Año1994.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil No.3504,

Ley General de la Administración Pública No. 6227, Año 1978.

Ley de Administración Financiera No.1279, 1951.