

TABLA DE CONTENIDO:

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I	7
MARCO METODOLÓGICO.....	7
1. FORMULACIÓN DEL ANÁLISIS Y EL PROPÓSITO DE ESTUDIO	7
1.1. IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS.....	7
1.2. DELIMITACIÓN DEL TEMA	7
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA	8
2. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO	8
2.1. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
2.2. PROPÓSITO DE ESTUDIO	9
2.2.1 OBJETIVOS GENERALES.....	9
2.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	10
CAPÍTULO II.....	12
ASPECTOS GENERALES SOBRE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN	12
1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.....	12
2. LA POTESTAD SANCIONATORIA	15
2.1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO	15
2.1.1. La sancionatoria disciplinaria	15
2.1.2. Naturaleza jurídica de la potestad sancionatoria.	20
2.1.3. La naturaleza de la potestad disciplinaria de la administración	24
CAPÍTULO III	28
NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE EL FUNCIONARIO Y LA ADMINISTRACIÓN	28
1. EL CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO	28
1.1. PRIMERA ETAPA: EL CÓDIGO DE TRABAJO.....	31

1.2. SEGUNDA ETAPA. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL ESTATUTO DEL SERVICIO CIVIL	33
1.2.1. <i>La Constitución Política</i>	34
1.2.2. <i>El Estatuto de Servicio Civil</i>	38
1.2.3. <i>Otras leyes que se refieren al asunto</i>	41
1.3. TERCERA ETAPA. LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	46
2. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS	50
3. REGIMEN LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO	58
4. EXAMEN DE ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS	61
4.1. FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE LABORAN EN CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.....	61
4.2. PRESIDENTES EJECUTIVOS DE INSTITUCIONES AUTÓNOMAS	62
4.3. MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA	67
CAPÍTULO IV	69
PRINCIPIOS QUE DEBE RESPETAR LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA	69
1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	70
2. PRINCIPIO DE TIPICIDAD	74
3. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.....	99
4. NON BIS IN IDEM	104
5. ESTADO DE INOCENCIA.....	114
6. EL PRINCIPIO PROHIBITIVO DEL USO DEL PODER DISCRECIONAL.....	116
7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	118
8. EL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD CON RELACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN.....	119
9. DERECHO AL DEBIDO PROCESO	125
CAPÍTULO V	130
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	130
1. CONCLUSIONES	130

2. RECOMENDACIONES	133
CAPÍTULO VI	137
BIBLIOGRAFÍA	137
LIBROS.....	137
LEYES.....	140
PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES.....	141
CAPITULO VII.....	144
ANEXOS	144

INTRODUCCIÓN

Hemos podido determinar a través de las fuentes de información consultadas, con motivo de esta investigación que hasta la fecha no existe en nuestro país, una jurisdicción correspondiente para los servidores públicos.

Partiendo de esta primicia, por medio de esta indagación pretendemos desarrollar el tema de “La Potestad Sancionatoria del Estado, necesidad de una jurisdicción contenciosa administrativa” cuya finalidad en lo esencial, aparte de conocer la existencia e importancia de la unificación de esta gama de sanciones para con los funcionarios públicos, es cumplir con el requerimiento establecido por la ULACIT y la Facultad de Derecho, como trabajo final de graduación.

Por eso, ante la utilidad que las sanciones en la Administración Pública que han desempeñado en el desarrollo institucional y democrático del pueblo costarricense, cuyo papel se destaca en la trayectoria histórica y política de la nación y que por ende, constituyen factores relevantes tanto en el derecho administrativo como en el laboral, han sido los aspectos fundamentales que motivaron la selección del tema objeto de nuestro estudio, sobre todo porque la presencia del estado es un instrumento de poder público muy valioso, que permite a éste desempeñar con el cometido que el ordenamiento jurídico atribuye en relación con la citada Administración.

Con este análisis, pretendo dar mi punto de vista, completando con fallos de la Salas Constitucional, Primera y Tercera principalmente sobre la materia y jurisprudencia emanada del órgano contralor sobre el régimen de sanciones a estos servidores.

Es debido a lo anterior que por tratarse de materia tan dedicada, quise ampliar este examen en el que analizaré y desarrollaré las puniciones a las que están sujetos los funcionarios, por incurrir en las irregularidades que señala la ley.

Así mismo, se incluye a través de la exposición los parámetros existentes, para regular las conductas con sus respectivas pero diversas penas, siendo este el pilar fundamental de mi trabajo; han surgido casos en que ha sido letra muerta tales límites, sometiéndose a dichos empleados, perjuicios de diferentes clases, a raíz de ausencia de conocimientos por parte de los operadores de esta actividad dentro de Administración y/o del Poder Judicial; resultando como consecuencia de esto, serios problemas en el momento de ejecución de las sanciones que devienen en última instancia en pérdidas patrimoniales y perdiéndose el proceso de celeridad.

Mi trabajo, va a consistir de tres capítulos, cuyos títulos dados en el índice pretenden ser tan sólo una orientación, además de servir como guía cuando se utilice la jurisprudencia; los cuales se subdividen en la forma que a continuación indico:

El Primer Capítulo está compuesto, principalmente de la doctrina, la cual se subdivide en: las potestades administrativas y las sancionatorias, se delimita los conceptos según varios autores notables y naturaleza.

El Segundo Capítulo, a diferencia del anterior, se determina varios aspectos substanciales, tal como lo explicaré enseguida la naturaleza de la relación entre el funcionario y la administración, deteniéndonos en el concepto de servidor público; muy específicamente en nuestro país identificando ciertas etapas del ordenamiento jurídico que ha tratado este contenido y por consecuencia la realidad en que vivimos.

Se trata, de forma genérica, cuáles son los tipos de sanciones que prevén las leyes y sus reglamentos, como pena o medida coercitiva cuando incurra en alguna de las causales que advierte estos cuerpos normativos, incurriendo los tipos de responsabilidad administrativa, penal o civil.

Y la evaluación de algunos casos.

El Tercer Capítulo, nos abocamos al estudio propiamente de las sanciones dentro de su aplicación en el ámbito procedimental, consiste en resaltar los puntos de mayor importancia en lo referente al procedimiento de la sanción en la esfera de la Administración, como lo son las garantías procedimentales, las responsabilidades emanadas por ese mismo hecho. Se hace un detallado análisis de los principales principios que debe respetar la administración en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Como cierre de mi propuesta dedicaré un capítulo de conclusiones y recomendaciones en el que daré mi opinión de lo que se debería hacer y considerar en la aplicación de esta nueva jurisdicción contenciosa administrativa.

A continuación expondré mi trabajo de graduación.

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1. FORMULACIÓN DEL ANÁLISIS Y EL PROPÓSITO DE ESTUDIO

1.1. IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS

“El principal objetivo de la ley es la garantía a favor de la dignidad, de la libertad, y de los derechos del ciudadano como tiene que ser...”

Con esta cita aferrada al pensamiento del Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, estimula, a toda persona, a investigar cualquier hipótesis que considere provechosa para que nuestras leyes y procedimientos se ejerzan de una mejor y eficaz manera.

Me he aventurado a tratar de probar tal necesidad (la cual da nombre a mi tesis) resaltando elementos vitales para demostrar que efectivamente es imprescindible profundizar en todos los sujetos involucrados, sus características particulares y la única ruta a los procedimientos aplicables.

1.2. DELIMITACIÓN DEL TEMA

En el siguiente trabajo de investigación pretendo, como ya se señaló líneas arriba, desarrollar el tema de *“La potestad sancionatoria del Estado, necesidad de una jurisdicción contenciosa administrativa”*, materia que por su delicadeza he querido ampliar analizando y desarrollando las puniciones a las que están sujetos los funcionarios que incurran en irregularidades en la aplicación eficaz de nuestras leyes y procedimientos.

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA

Es inaplazable la creación de esta nueva jurisdicción contenciosa administrativa, en virtud del propio bien del Poder Judicial y de todos los ciudadanos que estamos bajo su abrigo, más claro los servidores públicos que están en una situación laboral particular, que constantemente se ven violados sus derechos al pertenecer a una demarcación no especializada en conocimientos, por lo que para seguir brindando los principios del derecho adecuadamente es necesario tomar en cuenta esta novedosa vía, exclusivamente a regular las conductas provenientes de los funcionarios públicos.

2. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

La metodología permite al investigador organizar la investigación y controlar sus resultados, así como dar explicaciones sobre el conocimiento humano y la actividad planteada. Asimismo, permite valorar el conocimiento con relación a los objetivos propuestos.

2.1. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

La metodología es la parte de la lógica que estudia y determina los sistemas de investigación y aplicación de conocimientos que les son propios. Es una de las formas por las que se adquiere el conocimiento científico.

Para la elaboración de esta investigación, se utilizó el método de investigación descriptiva, toda vez que éste permite efectuar un análisis minucioso

acerca de la potestad sancionatoria del Estado y de la necesidad de una jurisdicción contenciosa administrativa.

Como investigación descriptiva podemos definir:

“...la técnica que computa y enumera los hechos y los individuos susceptibles de medirse, coordina y clasifica los datos obtenidos con el fin de determinar sus causas, consecuencias y tendencias.

Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así y valga la redundancia, describir lo que se investiga”¹.

2.2. PROPÓSITO DE ESTUDIO

Teniendo en cuenta lo expuesto, asumimos de consideración imprescindible para el desarrollo del tema y lograr nuestro fin, referirnos inicialmente a ciertas reflexiones generales sobre la Administración permitiéndonos posteriormente, establecer aspectos generales; siguiendo ese criterio y con afán por dar al tema de análisis, una orientación lógica y jurídica establecimos como objetivos su cumplimiento y a través de los cuales pretendo guiar su desarrollo.

2.2.1 OBJETIVOS GENERALES

- ✓ Conocer y analizar las sanciones disciplinarias de los servidores públicos en relación con las atribuciones del propio Estado.

- ✓ Familiarizarse con la relación del funcionario y la Administración, deberes y obligaciones.

- ✓ Establecer las principales garantías procesales y su modo de aplicación.

2.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Partiendo de esos objetivos generales, existen otras inquietudes que serán desarrolladas en el presente trabajo que están en relación directa e influyen el tratamiento del tema:

Como objetivos específicos tenemos los siguientes:

- ✓ Analizar la participación de los servidores públicos en los regímenes sancionatorios.
- ✓ Determinar las diferencias entre la Administración del Servicio Civil, ante la Administración Pública.
- ✓ Conocer las principales sujeciones en el ordenamiento jurídico al que somete los empleados públicos, en nuestro país.
- ✓ Reconocer la importancia de cualquier violación procesal y su debida consecuencia.
- ✓ Apreciar la evolución que han tenido las diferentes leyes desde su creación hasta las reformas, que no siempre han sido acertadas.

¹ Escolet, Miguel Ángel. Estadística Psicoeducativa. Editorial Trillas. México, 1973.

- ✓ Verificar el pensamiento de Lic. Eduardo Ortiz, que es más punible la conducta de un servidor público que la del ciudadano común que dañe a otro, ya que el primero debe tener una conducta más ejemplar y controlada, asimismo las decisiones que tomen los particulares son de menor grado que las que toma el Estado.

- ✓ Revalorizar el funcionamiento actual de la jurisdicción contenciosa, para con los servidores públicos y su eficiencia.

- ✓ Comprobar las diferencias y similitudes de las sanciones de cada órgano y la pertinente concordancia entre ellas.

- ✓ Dar como posible solución, una respuesta accesible al Poder Judicial; resguardando los pro y los contra.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN

1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

La Administración Pública es un instrumento por medio del cual el Estado desarrolla su actividad y alcanza sus fines. Para realizar sus funciones necesita ubicarse en una situación de poder.² De hecho se ha admitido que las facultades que a la Administración se otorgan, son un elemento característico del Derecho Administrativo.³

"Para desarrollar su actividad y lograr los fines perseguidos con ello, la Administración Pública necesita disponer de los medios jurídicos correspondientes. Estos medios jurídicos constituyen las "potestades" de la administración, que se diferencian entre sí de acuerdo a la finalidad que en cada caso se pretenda lograr"⁴

En general, las potestades administrativas que se derivan de esa situación de poder, se manifiestan de diversas formas. Si bien la doctrina establece varios tipos de clasificaciones, podemos hacer la siguiente enumeración:

La potestad normativa o reglamentaria: consiste en dictar las disposiciones normativas necesarias para regular su funcionamiento y ejecutar las leyes.

² Ver CANASI, José, **Derecho Administrativo**. Volumen I. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972. pág. 202 y siguientes.

³ SUAY RINCÓN, José. **La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador**. En Revista de Administración Pública. No.123, setiembre-diciembre 1990. Pág. 153 - 154.

⁴ MARIEN-OFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I, Teoría General, Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, 1977, pág. 603.

Referente a esto el Expediente Legislativo A23E5452, habla en su folio 8.a de la autoridad para codificar y confeccionar las normas del mismo.

El poder sancionatorio de la Administración Pública, sometimiento que en el caso de los servidores públicos se produce por el hecho de serlos.

Al ingresar al servicio del Estado se ubican en una situación jurídica objetiva; en donde se da el principio de jerarquía a la autoridad y obediencia con la derivada potestad del órgano de proveer el orden y disciplinar las infracciones o faltas a sus deberes que les son impuestas, tanto por las normas reguladores del servicio como por las exigencias del derecho estatutario que les son aplicados a los servidores públicos.

La potestad imperativa o de mando: que según Canasi, es: *"La atribución de dictar órdenes y obligarlas a cumplir. Es la típica potestad del jerarca, de acción, de mando y de coerción"*⁵

En el mismo texto ya citado folio 9.a reza, se prescribe en el artículo 2 que las disposiciones de esta Ley para el Estado serán aplicables a los otros entes públicos, pero no a la inversa.

La potestad ejecutiva: que es la atribución del Estado de ejecutar todos aquellos actos necesarios para su gestión. Por eso en doctrina se le denomina también potestad de gestión

En folio 1 d. se consagra con latitud el principio de la ejecutoriedad del acto administrativo y de los derechos de la administración nacidos de su capacidad de derecho público, sin condicionar la vigencia de tal potestad ejecutiva a la eventual autorización que puedan brindar otras leyes.

La jurisdiccional: que es: *"la posibilidad que tiene la administración como poder público, conforme al ordenamiento jurídico constitucional y legal, de resolver o decidir en cada caso concreto que se le presente, las reclamaciones que le formulan los administrados por actos propios o de autoridades inferiores de la escala jerárquica, por medio de los recursos administrativos"*⁶

Artículo 1 párrafo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo número 3667, del 12 de marzo de 1966, establece: por la presente Ley se regula la jurisdicción Contencioso- Administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.

La sancionatoria: que es la atribución que le compete a la Administración *"para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de estos contrarios a lo ordenado por la Administración y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales"*⁷

En el folio 9 c. párrafo 2. manifiesta que no exime a la Administración de las responsabilidades que el uso de sus prerrogativas pueda imponerle, aún en hipótesis de actuación legítima y normal, cuando la misma sea fuente de daños y perjuicios.

⁵ Ver CANASI, José, **Derecho Administrativo**. Volumen I. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972. pág. 213.

⁶ Ibid, pág. 226.

⁷ MARIEN-OFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I, Teoría General, Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, 1977, pág. 608.

2. LA POTESTAD SANCIONATORIA

2.1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

De la anterior definición de potestad sancionatoria, se extrae que está orientada en dos vertientes:

2.1.1. La sancionatoria administrativa o correctiva

En la cual la administración actúa como poder de policía frente al administrado. La doctrina y la jurisprudencia española la denominan "*relación de supremacía general*", en la medida que alcanza a todos los ciudadanos genéricamente considerados.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial artículo 81 Inciso 4: Ejercer la potestad disciplinaria respecto de los servidores judiciales, de conformidad con la ley y sin perjuicio de las facultades conferidas a la Corte Plena, al Presidente de la Corte y al Tribunal de la Inspección judicial.

2.1.1. La sancionatoria disciplinaria

Dirigida contra determinados particulares que se encuentran en una relación de sujeción especial con la administración. Es el caso de los servidores públicos, sobre quienes el Estado ejerce la potestad disciplinaria, para desarrollar eficientemente su gestión, así como para preservar y garantizar el orden y disciplina internos.

En la supra citada ley, artículo 184. 'El Tribunal de la Inspección Judicial es un órgano dependiente del Consejo Superior; ejerce control regular y constante sobre todos los servidores del Poder Judicial..

Como ya adelantamos, en España, al hacer referencia a esa doble vertiente de la potestad sancionatoria, se distingue entre las relaciones de supremacía general y sujeción especial. Al respecto, nos habla Quintero Olivares:

"La distinción entre "relaciones de supremacía general" y de "especial sujeción" es, en lo que se alcanza a ver, de uso común en la doctrina y jurisprudencia administrativa. Parece clara y poco cuestionada y, siendo así, tiene poco sentido quererla discutir desde la óptica de otras parcelas del Derecho. Pero aunque sea admitiendo esas reservas, creo que pueden destacarse algunas notas importantes: las infracciones administrativas correspondientes a cada una de esas relaciones, siendo esencialmente eso (administrativas) ofrecen una diferencia cualitativa no desdeñable. La incorporación a la función supone previo conocimiento de un régimen disciplinario específico para esa función, Esa posición inicial puede ulteriormente explicar como se entiende la presunción de inocencia, en cuanto condicionante de la imposición de la sanción, que, aun siendo instrumento complementario para el logro de los fines que son propios a la Administración, se explica ante todo por la necesidad de preservar el orden y disciplina internos. Mas este entendimiento de la relación de sujeción especial parece limitar ésta a la que existe en el ámbito de la función pública, lo cual no parece exacto, puesto que a ella se incorpora también la correspondiente a los profesionales respecto de sus respectivas corporaciones o Colegios Oficiales y la normativa por estos dictada para regular las condiciones" ⁸

Esta clasificación resulta esencial en nuestro caso, pues para una parte importante de la doctrina, mientras la potestad sancionatoria administrativa o

⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La Autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal.** En revista de Administración Pública, No.126, setiembre-diciembre de 1991, pág. 289.

correctiva, está directamente fundamentada en el poder punitivo del Estado, la potestad disciplinaria se sustenta en las potestades de dirección, organización y vigilancia que tiene la administración sobre sus servidores.

Sobre este punto LA SALA CONSTITUCIONAL en sentencia de San José, a las dieciséis horas treinta y tres minutos del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho.-

Comenta que:

La determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí. De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón por la cual puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto.

Nuestra Ley General de la Administración Pública reconoce estas dos formas de relaciones, cuando en el artículo 14 señala:

"1. Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones

especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.

2. Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.

3. El juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones".

En concordancia con esa norma, la Sala Constitucional también se ha manifestado acerca de la existencia de relaciones de sujeción especial, en las cuales la imposición de una sanción está autorizada en virtud de principios generales del derecho. En el voto No.151-89, la Sala indicó:

"Del juicio contencioso ordinario planteado por el recurrente donde consta el expediente administrativo que se ha tenido a la vista, no aprecia esta Sala que se hayan producido las violaciones constitucionales que se reclaman en lo actuado por el Colegio de Abogados, actuación que se hizo en ejercicio de la potestad disciplinaria que sobre sus miembros realiza en el ámbito de las llamadas sujeciones especiales de Derecho Administrativo, en las que la imposición de las sanciones está autorizada en virtud de principios generales de derecho, conforme lo determina expresamente el artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública"

Pero como veremos, esa potestad sancionatoria debe ejercerse con ciertos límites que el ordenamiento jurídico le impone.⁹

⁹ SUAY RINCÓN, José. **La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador.** En Revista de Administración Pública. No.123, setiembre-diciembre 1990. Pág. 154.

En la sentencia número 5594-94 de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, la Sala Constitucional se pronunció con amplitud sobre el régimen disciplinario

"II. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. La responsabilidad administrativa o disciplinaria es la que nace de la transgresión de una obligación administrativa o de un deber impuesto a un funcionario o empleado, que se hace efectiva cuando el sujeto comete una falta de servicio o de comportamiento, transgrediendo las reglas de la función pública. La transgresión de los deberes administrativos tiene su sanción característica en la responsabilidad administrativa del funcionario, que se hace efectiva por el procedimiento dirigido a hacer cumplir la obligación debida, o por la sanción administrativa que se impone. Por ello, el concepto de sanción disciplinaria se refiere necesariamente al funcionario o empleado, o mejor dicho, a los derechos del funcionario. Este régimen es una especie de la potestad "sancionadora" del Estado, de la que dimana, potestad que es inherente y propia de la Administración Pública, traduciéndose en la facultad de, por lo menos, un "mínimo" de poder para que ésta aplique sanciones disciplinarias a sus funcionarios o empleados cuando falten a sus deberes. Sin embargo, el poder disciplinario no es exclusivo del régimen del derecho público. Así por ejemplo, se da en la familia, ejerciendo ese poder los padres, no sólo para la corrección de los hijos, sino también para la preservación de la unidad moral de la familia, y se reprende no por lo que se ha hecho, sino para que no se vuelva a hacer; en el campo laboral privado -industrial y comercial-, lo ejerce el patrón en defensa de la regularidad en la esfera de trabajo; en los colegios profesionales, etc. Se puede concluir que en realidad, el fin de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los

deberes de la función. Así, el derecho disciplinario presupone una relación de subordinación entre el órgano sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica, más que para castigar, para corregir, e incluso educar al infractor de la norma, de ahí el carácter correctivo de las sanciones disciplinarias.”

2.1.2. Naturaleza jurídica de la potestad sancionatoria.

Se discute acerca de la naturaleza de la potestad sancionatoria de la Administración y su relación con el poder punitivo del Estado.

En lo que se refiere a la potestad sancionatoria en general, existen dos tesis fundamentales. Una de ellas, que tradicionalmente se ha sostenido, considera que la potestad sancionatoria no tiene identidad sustancial con el Derecho Penal, sino que se trata de una potestad administrativa más.¹⁰

Para otros autores, tiene una naturaleza distinta a las demás, pues se sustenta en el poder punitivo del Estado. De esta forma, las características de las demás potestades administrativas no le son aplicables. Mientras que en las otras se defiende un interés público específico en la potestad sancionatoria.¹¹

En muchos países como Italia y Alemania, se ha aceptado esta última tesis. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha considerado que la potestad sancionatoria debería ser monopolio judicial. Por motivos de conveniencia y oportunidad, entre otros, se la ha concedido a la administración, aunque de forma limitada.¹²

¹⁰ SUAY RINCÓN, José. **El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma.** En Revista de Administración Pública. No.109, enero-abril, 1986, pág. 207.

¹¹ SUAY RINCÓN, José. **La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador.** En Revista de Administración Pública. No.123, setiembre-diciembre 1990. Pág. 208.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Español, de 3 de octubre de 1983. Pág. 212.

Con base en los pactos y declaraciones sobre derechos humanos que siguen:

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789)

Artículo 9: se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable...

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (1948)

Artículo 18: puede acudir a los Tribunales para hacer valer sus derechos...

Artículo 26: todo acusado es inocente hasta que no se pruebe que es culpable.

3) Declaración universal de derechos humanos (1948)

Artículo 10: toda persona tiene derecho a ser oída...

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades

fundamentales (1950)

Artículo 6: toda persona tiene derecho de ser oída y se presume inocente.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos(1966)

Convención americana sobre derechos humanos(1969)(Pacto de San José) Art.8 incisos a), c), d), e), f), g) del párrafo segundo y párrafos 2,3 y final.

El Tribunal europeo de derechos humanos resolvió en el caso OTZTURK (VER ANEXOS) de las contravenciones administrativas son infracciones penales.

Si hacemos un balance de ambas teorías, podemos concluir que la potestad sancionatoria en general, y en particular la denominada correctiva, es parte del poder punitivo del Estado; sin embargo, se le concede a la Administración, por motivos de conveniencia y con el propósito de que pueda alcanzar sus fines.¹³

El ejercicio de esta potestad afecta derechos fundamentales de la persona. Por ello, y en virtud del principio de legalidad, al ejercerla, la Administración debe respetar los procedimientos que garanticen el respeto a esos derechos,¹⁴ de manera similar a la tutela que brinda el Derecho Penal,¹⁵ como garantía de la libertad del ciudadano.¹⁶

Como verbigracia los códigos de Penal y Procesal Penal inician sus normas respectivamente con el resguardo del principio de legalidad amparando toda clase de garantías de sus diversos procesos.

La Ley de Administración Pública busca equilibrio entre esta y la seguridad o protección del administrado, debe verificar la realidad de los hechos que sirven de motivo del acto final, en la forma más fiel y completa posible, así también el resto de los derechos, como un requisito indispensable de legitimación en sus actuaciones.

¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La Autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal.** En revista de Administración Pública, No.126, setiembre-diciembre de 1991, pág. 272..

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La Autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal.** En revista de Administración Pública, No.126, setiembre-diciembre de 1991, pág. 271.

¹⁵ JIMÉNEZ MEZA, Manrique. **La potestad sancionatoria administrativa.** Revista Iustitia No.44, año 4, pág. 8.

Esto tiene como consecuencia directa, aceptar la adopción de aquellos principios que tradicionalmente se han considerado como pertenecientes al Derecho Penal, reconocidos en últimos años internacional y constitucionalmente y que garantizan los derechos fundamentales del administrado. Sin embargo, es importante hacer la siguiente precisión.

"Cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en el Parte General (del Derecho Penal) sino aquellos a los que el derecho penal debe someterse para satisfacer los postulados del estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales"¹⁷

Ciertamente, esas garantías fundamentales se pueden extraer, esencial pero no exclusivamente, del derecho penal, aunque no en forma incondicional¹⁸, pues aunque la pena tiene una naturaleza similar a la sanción administrativa, no son exactamente idénticas.¹⁹ En el segundo capítulo de este trabajo explicaremos como es que, a nuestro juicio, se aplican esos principios fundamentales en la materia sancionatoria, y específicamente, en la disciplinaria.

Hasta el momento hemos intentado definir la naturaleza de la potestad sancionatoria en general. Lo dicho, sin embargo, no es exactamente trasladable a la

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Editorial Civitas, Tercera Edición, segunda reimpresión, Madrid, 1991, pág. 251.

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La Autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal**. En revista de Administración Pública, No.126, setiembre-diciembre de 1991, pág. 262.

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La Autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal**. En revista de Administración Pública, No.126, setiembre-diciembre de 1991, pág. 259.

potestad disciplinaria, pues sostenemos que la naturaleza jurídica de ésta, difiere de aquella, como seguidamente destacaremos.

2.1.3. La naturaleza de la potestad disciplinaria de la administración

Ya establecimos que en materia sancionatoria se reconoce la existencia de dos tipos de potestades:

- La sancionatoria administrativa o correctiva, y
- La disciplinaria.

Tenemos que precisar, sin embargo, que esta última, sea la potestad disciplinaria, no se deriva necesaria ni exclusivamente del poder punitivo del Estado, como sí ocurre en el caso de la potestad sancionatoria o correctiva, sino de la especial relación de sujeción que une a una persona con el Estado.²⁰

Sobre este tema el tratadista costarricense Eduardo Ortiz nos explica las dos diferencias esenciales que existen entre la potestad disciplinaria y la correctiva:

"La diferencia básica entre la potestad disciplinaria y la correctiva está, entonces, en que aquella sanciona para mantener el buen funcionamiento de una relación especial de la Administración con el particular, en beneficio de ambas partes; en tanto que la policía sanciona para mantener exclusivamente el interés colectivo o del Estado, por encima del interés privado, aún si ello ocurre dentro de una relación concreta (...) La potestad penal se diferencia de la disciplinaria todavía

¹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La Autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal.** En revista de Administración Pública, No.126, setiembre-diciembre de 1991, pág. 258.

²⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y parte general.** Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, octava edición, actualizada, 1974, pág. 31-32.

más claramente que la correctiva de policía, porque si ésta se ejerce normalmente dentro de las relaciones jurídicas nacidas de un acto concreto de control, que limita la libertad o la propiedad del particular, aquella en cambio solo se da normalmente fuera de toda relación con el particular, por el mero hecho de que éste haya cometido un delito, dentro de su territorio"²¹

Uno de los casos típicos de sujeción especial es la relación de jerarquía que se establece entre el servidor y la Administración. Ortiz Ortiz la compara con la que existe entre el patrono y el trabajador; ese notable autor señala que en la relación de servicio existe una *"contraposición de intereses paralela a la que se da entre patrono y obrero"* y nos explica este punto de la siguiente forma:

"La relación de servicio es la que se da entre el servidor y el ente beneficiario del servicio, como pautas de intercambio con valor económico. En virtud de éste hay una contraposición de intereses paralela a la que se da entre patrono y obrero, desde el instante en que el servicio es una prestación con valor patrimonial, o causante de gastos y eventualmente de daños y perjuicios. El servicio representa el medio de vida o implica, a la inversa, una sustracción de tiempo y energías al quehacer profesional. En ambos casos la relación plantea el problema económico de garantizar al ente público la eficiencia del servicio y al servidor una justa remuneración o indemnización correlativa. La relación de servicio es la que permite lograr el equilibrio de intereses opuestos, porque otorga al Estado las potestades necesarias para ordenar y recibir los servicios en forma eficiente, y al servidor los derechos subjetivos necesarios para que el servicio no se convierta en un medio de explotación o de ruina económica" ²²

²¹ ORTIZ ORTIZ, Eduardo. **Tesis de Derecho Administrativo.** Teoría de la Organización. Pág. 53

²² ORTIZ ORTIZ, Eduardo. **Tesis de Derecho Administrativo.** Tesis No.8, **El servidor Público.** Folleto mimeografiado, Pág. 21-22.

La potestad disciplinaria de la Administración, se deriva precisamente, de su poder de dirección y organización, de similar forma que la potestad disciplinaria del patrono privado se desprende de la situación de subordinación jurídica en que se encuentra el trabajador (dependencia permanente y dirección inmediata a tenor del artículo 18 del Código de Trabajo).²³

Ese poder de dirección, que en el derecho privado le permite al patrono disciplinar las faltas del trabajador, obviamente dentro de ciertos límites que el propio ordenamiento fija (por ejemplo, los artículos 68 inciso e y 81 del Código de Trabajo), está consagrada en el ordenamiento jurídico administrativo en los artículos 140 incisos 1), 2) y 18) de la Constitución Política, así como en los artículos 367 inciso e y 103, inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública.²⁴ La potestad disciplinaria, sin embargo, no puede ejercerla la Administración en forma indiscriminada, arbitraria o discrecional, pues el propio ordenamiento jurídico le establece ciertos límites esenciales. Pero sobre ese aspecto aludiremos más adelante, cuando hagamos referencia al principio de reserva de ley.

Para explicar la forma en que se ejerce esta potestad disciplinaria en la relación de servicio, es imprescindible determinar varios aspectos esenciales, que seguidamente analizaremos en el segundo capítulo de este trabajo.

Con base en este punto la sentencia de la Sala Constitucional número 1265-95, de las quince horas treinta y tres minutos del siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco indica:

²³ FERRARI COSTA, Edgardo. **El concepto de subordinación**. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1967, pág. 51-53.

²⁴ **Ley General de la Administración Pública**, artículo 112 inciso 3.

En cambio, el poder disciplinario del sector público es creado en virtud de un acto bilateral, pero en su desenvolvimiento, la actividad del funcionario público queda exclusivamente sujeta a la voluntad de la Administración Pública, desde la creación hasta la extinción de la relación, de manera que el servidor se encuentra en un status de especial dependencia con respecto al Estado.

El individuo voluntariamente acepta la designación, pero se sitúa en una esfera de sujeción con respecto a la Administración, reglada por el Derecho Objetivo, donde es incuestionable la situación de desigualdad jurídica de las partes en la relación de empleo público; la Administración Pública asume, en consecuencia, una superioridad o preeminencia que se traduce en el poder jerárquico, cuyo correlativo es el poder disciplinario.

Este poder, por su propia finalidad se detiene en el círculo de los deberes funcionales del agente, y por lo tanto, las sanciones disciplinarias no pueden, jurídicamente, serle impuestas sino durante la existencia de la relación de empleo, es decir, mientras perdure el status de dependencia. De manera que, el poder disciplinario y sus sanciones están condicionados siempre al ejercicio jurídico del empleo público o de la función, por lo que, sin la existencia del vinculum iuris entre la Administración y el agente, las sanciones disciplinarias son inaplicables.

CAPITULO III

NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE EL FUNCIONARIO Y LA ADMINISTRACIÓN

1. EL CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO

A la par de la relación orgánica de la Administración también existe la relación de servicio, que se establece entre los elementos subjetivos del órgano (es decir los servidores) y la propia Administración.

Hay diversos tipos de personas que prestan servicios a la administración. Unos que son de orden político (como los diputados, ministros, los presidentes ejecutivos de instituciones autónomas, los embajadores, etc.) otros lo hacen en una relación técnico profesional (consultores). Existen también aquellos que realizan las labores ordinarias y cotidianas de la Administración.

Con relación con lo anterior, es que necesariamente se deben precisar los alcances del término servidor público. Para ello, es imprescindible determinar cual es la naturaleza jurídica de la relación de servicio. Este punto es bastante controversial y depende tanto de aspectos históricos y políticos, como de factores jurídicos.

En resumen, podemos identificar cuatro grandes teorías con respecto a la naturaleza de la relación de servicio.²⁵

- a. La que sostiene que se trata de una relación de carácter civil;
- b. La que asimila la relación a un contrato de trabajo.

- c. La que considera un contrato de carácter administrativo.
- d. La que sostiene que se trata de una relación estatutaria.

Sobre este tema, ENTRENA CUESTA opina:

"La determinación de la naturaleza de la relación que une al funcionario con la Administración en que se halla encuadrado constituye uno de los problemas cruciales de la materia en que nos estamos introduciendo. Las posturas doctrinales mantenidas al respecto se han visto tradicionalmente influidas en gran medida por dos clases de factores: de un lado, las ideas políticas preponderantes en el momento en que se formularon, y de otro, la inclinación de los respectivos autores a favor de la Administración o de sus servidores.

Así, en la época del Estado absoluto prevalecía la idea de estimar que el funcionario se encontraba en un mero estado de sumisión en relación con la Administración Pública, la que lo designaba por un acto de poder, revocable en cualquier momento. En cambio, cuando surge el Estado de Derecho, y con él prevalece la idea de garantía de los particulares, se abre paso la teoría de la existencia de un contrato privado entre ambas partes, y como tal inalterable por cualquiera de ellas.²⁶

Para las teorías civilistas, la relación en comentario se asemejaba a un derecho real, de forma tal que se ve al empleo como una cosa sobre la cual se ejerce un derecho de propiedad.

Otras posiciones sostuvieron la existencia de una relación contractual civil, sea en forma de mandato o como una locación de servicios.

²⁵ OBANDO VEGA, Jorge. **Naturaleza jurídica de la función pública.** En revista de Ciencias Jurídico Sociales. Volumen II. No.3, diciembre de 1958, pág. 70 y sgts.

²⁶ ENTRENA CUESTA, Rafael. **Curso de Derecho Administrativo.** Editorial Tecnos, quinta edición, Madrid, 1976, pág. 382 a 383.

Con el desarrollo del derecho laboral, se tiende a la aplicación de sus normas y principios a la relación de empleo en el sector público, y por ende, se considera al servidor público como una categoría especial de trabajador.

Según nos explica ENTRENA CUESTA, avanzado el siglo XIX adquiere madurez la doctrina jurídico administrativa.

"Surge entonces la idea de estimar que entre la Administración y el funcionario existe ciertamente un contrato, pero de carácter administrativo: el contrato, como corresponde a su naturaleza administrativa, podrían ser modificados cuando así lo exigiera el interés público, pero la situación económica del funcionario habría de ser, en todo caso, respetada".²⁷

Posteriormente, se ha considerado que la situación del funcionario frente a la Administración, no es subjetiva como consecuencia de un contrato, cuyo contenido, al menos en su aspecto económico, resultaría inalterable. Por el contrario, se estima que dicha situación tiene una naturaleza legal y reglamentaria, o, si se quiere emplear otra expresión, estatutaria.²⁸

De conformidad con esta teoría, la relación estatutaria no se regula por lo que las partes pacten, sino por lo que el régimen jurídico aplicable (la ley o el reglamento) dispone unilateralmente. De esta manera, el servidor no podría modificar ni oponerse a los derechos, prohibiciones y obligaciones establecidos ese régimen. Por su parte, el acto de nombramiento del servidor no es la aceptación de un contrato sino un acto condición.²⁹

²⁷ ENTRENA CUESTA, Rafael. **Curso de Derecho Administrativo**. Editorial Tecnos, quinta edición, Madrid, 1976, pág. 382 a 383.

²⁸ ENTRENA CUESTA, Rafael. **Curso de Derecho Administrativo**. Editorial Tecnos, quinta edición, Madrid, 1976, pág. 382 a 383.

²⁹ ORTEGA, Luis. **Los derechos sindicales de los funcionarios públicos**. Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 29.

Según el autor Luis Ortega, los postulados de esta teoría unilateralista son los siguientes:

1. Imposibilidad de acuerdo contractual, debido a la desigual posición jurídica de las voluntades en juego: voluntad pública - voluntad privada.
2. Incomerciabilidad del objeto del contrato.
3. Regulación mediante ley del contenido de la relación de empleo público.
4. Posición de supremacía de la Administración una vez iniciada la relación jurídica.
5. Retroactividad de los efectos de la relación al momento del acto de nombramiento.

Actualmente, las teorías en pugna son las que estiman que se trata de un contrato laboral, aunque de naturaleza especial, y las que sostienen la tesis estatutaria, pero con diversos matices.

En Costa Rica, podemos identificar varias etapas en cuanto a la forma en que el ordenamiento jurídico ha tratado los temas del concepto y de la naturaleza jurídica de la relación de servicio.

1.1. PRIMERA ETAPA: EL CÓDIGO DE TRABAJO.

El Código de Trabajo opta por establecer que los servidores públicos son trabajadores y que todas las empresas o establecimientos de cualquier naturaleza, sean públicos o privados, existentes o futuros, están sujetos a sus disposiciones. Así se desprende, por ejemplo, de los 2, 14 y 178 de ese cuerpo normativo.

Señalan esos artículos:

"ARTÍCULO 2. Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de derecho público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.

ARTÍCULO 14. Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados, existentes o que en lo futuro se establezcan en Costa Rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexo ni de nacionalidades.

ARTICULO 178: Los salarios mínimos que se fijen conforme a la ley regirán desde la fecha de vigencia del Decreto respectivo para todos los trabajadores, con excepción de los que sirven al Estado, sus Instituciones y Corporaciones Municipales y cuya remuneración esté específicamente determinada en el correspondiente presupuesto público. Sin embargo, aquél y éstas harán anualmente, al elaborar sus respectivos presupuestos ordinarios, las rectificaciones necesarias a efecto de que ninguno de sus trabajadores devengue salario inferior al mínimo que le corresponda.

Por su parte el artículo 585 definió a los servidores del Estado y sus instituciones de la siguiente forma:

"Trabajador del Estado o de sus instituciones es toda persona que preste a aquel o a éstas un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas de presupuestos o en los de pago por planillas. Cualquiera de estas últimas circunstancias sustituye, para

todos los efectos legales, al contrato escrito de trabajo"

El artículo 579 mencionaba antes de su reforma por la ley 2344 de 1959 a algunos otros funcionarios que se entendían excluidos de la categoría de trabajador del Estado o de sus instituciones.

La mencionada ley 2344 incluyó una enumeración de puestos que sí estarían comprendidos dentro de ese concepto del artículo 585, para efectos de prestaciones legales. Pero advierte, tal y como lo hacía la versión original del artículo 579, que esa clasificación no comprende a quienes desempeñan puestos de elección popular, de dirección o de confianza, según la enumeración precisa que de esos casos de excepción hará el respectivo reglamento. A estas últimas personas no se les aplica el Código de Trabajo, sino la normativa que establezcan las leyes, decretos o acuerdos especiales.

1.2. SEGUNDA ETAPA. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL ESTATUTO DEL SERVICIO CIVIL

Con la vigencia de la Constitución Política de 1949 y la promulgación del Estatuto del Servicio Civil ³⁰ se distingue el régimen público de empleo, del privado. De un lado, el régimen administrativo constituido por los servidores incluidos en el Estatuto del Servicio Civil; del otro, el régimen laboral que incluía a los indicados en el artículo 585 del Código de Trabajo y que no hubieren sido incorporados en el régimen de Servicio Civil.

³⁰ Ley No.1581, del 29 de mayo de 1953.

1.2.1. La Constitución Política

En el proyecto de Constitución Política enviado por la Junta Fundadora de la Segunda República, se introducía como innovación un capítulo sobre el Servicio Civil.

A esta altura hay que recordar que la Asamblea Constituyente rechazó tomar como base de la discusión el proyecto enviado por la Junta y adoptó, como texto de referencia, la Constitución de 1871 y sus reformas.

No obstante, por la importancia de lo planteado en el proyecto de la Junta, nos referiremos a lo que está relacionado con nuestro objeto de estudio.

En el capítulo IV *"Sobre el Trabajo"* referido a lo que se ha conocido tradicionalmente como derechos y garantías laborales, se encuentra el artículo 105, el cual estatúa que:

"Salvo lo dicho en el título referente a la Ley de Servicio Civil, las disposiciones de este capítulo se aplicarán también a los servidores públicos"

En otras palabras, instituciones tales como el salario mínimo, la indemnización por despido injustificado, la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, eran derechos y garantías que deberían tener y disfrutar los empleados públicos.

El proyecto de la Junta de Gobierno, en su artículo 268 delimitó el concepto de servidor público, y además estableció los principios básicos en los que debía fundarse la Ley de Servicio Civil.

"Servidor Público es el que trabaja para cualesquiera de los poderes del Estado, los municipios, la Universidad de

Costa Rica o las instituciones autónomas, según lo determine la Ley sobre Servicio Civil, la cual deberá fundarse en los siguientes principios básicos:

1. Los servidores públicos están al servicio de la Nación y no de una fracción política determinada.
2. Todo servidor público tendrá atribuciones señaladas en ley o en reglamentos.
3. El derecho a ser admitido como servidor público no tiene más condiciones que las que imponga esta Constitución o las leyes.
4. Los nombramientos y promociones de servidores públicos se harán a base de méritos y eficiencia comprobados, los cuales, siempre que sea posible, se determinarán mediante el sistema de oposición.
- 5 (...)
- 6 (...)
- 7) Los servidores públicos tienen derecho a permanecer en sus cargos mientras los desempeñen con eficiencia y probidad y de acuerdo con lo dispuesto en esta Constitución.
Las correcciones disciplinarias, las suspensiones, traslados o despidos, solo se impondrán en casos taxativamente determinados por ley o reglamento, como medio de proteger a los trabajadores contra toda represalia de orden político-electoral o que implique discriminación racial o limitación de la libertad religiosa o de cualquier otro derecho que les conceda la ley.
8. Los servidores públicos son responsables ante el Estado por los daños y perjuicios que ocasionaron por dolo, negligencia, omisión, abuso o falta de probidad administrativa en el ejercicio de sus cargos.
9. Será civilmente responsable cualquier servidor público que, en el ejercicio de su cargo y con incumplimiento de los deberes que éste le impone, perjudique a tercero. El Estado será subsidiariamente responsable.
10. En toda investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, debe dársele

oportunidad al servidor público de presentar sus descargos y articular su defensa.

11. Respecto de los delitos que cometiesen los servidores públicos se observarán las siguientes disposiciones: podrán ser acusados por cualquier persona, sin necesidad de fianza; el término para la prescripción de las acciones por delitos, lo mismo que las penas impuestas a los responsables de ellos, no empezará a correr sino después del periodo presidencial en que fueron cometidos.

Estas disposiciones tendrán aplicación en los casos de enriquecimiento sin causa justa de los funcionarios..."³¹

En la Sesión No.166 de la Asamblea Constituyente, la fracción social demócrata presentó moción para que se creara un nuevo capítulo en la Constitución Política sobre Servicio Civil, el cual constaba de tres artículos. Estas normas se leían así:

"Primero: Un estatuto de Servicio Civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, los cuales serán desempeñados con un criterio técnico y por el personal estrictamente necesario.

Segundo: Con las excepciones que esta Constitución y el Estatuto de Servicio Civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causales de despido injustificado que expresa la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta absoluta de fondos o para conseguir una más eficaz y económica organización de los mismos.

Cuando no les esté vedado por esta Constitución, los servidores públicos pueden ejercer actividades electorales, excepto durante las horas de trabajo, y no podrán ser perjudicados por su independencia política.

³¹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas. Tomo I. Imprenta Nacional, 1951, pág. 64-65.

Tercero: Toda reforma al Estatuto de Servicio Civil requerirá la aprobación de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa".³²

En la misma sesión se dijo que el articulado precedente contenía, en forma condensada, los postulados esenciales del estatuto de la función pública, en vista del poco tiempo que le quedaba a la Asamblea para sesionar.³³

El artículo transitorio VII del proyecto de Constitución de la Junta establecía que las normas relativas al Título correspondiente al Servicio Civil, se aplicarían gradualmente, de modo que en un plano no mayor de diez años, cubrieran la totalidad de los servidores públicos.³⁴

Luego de la discusión de los artículos anteriores, la Constituyente aprobó el Título XV, denominado "*El Servicio Civil*", con el siguiente articulado:

"Artículo 191. Un estatuto de Servicio Civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.

Artículo 192. Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de Servicio Civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y solo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por la falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

Artículo 193. El presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos, están obligados a declarar sus bienes, los cuales deber ser valorados, todo conforme a la ley".

³² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas. Tomo III. Imprenta Nacional, 1956, pág.474.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem. Pág.67.

En conclusión, para el constituyente, los servidores públicos son una categoría de trabajadores, pero con un estatuto especial que estaría regulado y desarrollado en una ley de servicio civil.

1.2.2. El Estatuto de Servicio Civil.

Para el tratadista Rubén Hernández Valle, la intención de crear un régimen laboral administrativo en el Sector Público, que se distinga del Privado, y derivado de la naturaleza de la relación, implica principios generales propios no sólo distintos del derecho laboral sino muchas veces contrapuestos a éstos. El régimen de empleo público sancionado en esta norma presenta dos características que lo diferencian del laboral ordinario: 1-la indisponibilidad de las partes del término de la relación y 2-la imposibilidad de las partes de convenir entre ellas las condiciones de la relación.

El término de la relación no puede producirse por renuncia unilateral del servidor, sino para que esta sea eficaz se requiere la aceptación de la institución pública para la que presta sus servicios. De lo contrario el servidor incurre en el delito de abandono de cargos públicos. Lo anterior implica que bajo determinadas circunstancias la renuncia puede ser rechazada y el servidor verse forzado a seguir prestando sus servicios a la Administración, esto es cuando de un servidor del estado pone en peligro la continuidad en la prestación de un servicio público fundamental.

En cuanto al segundo aspecto las condiciones de la relación en un régimen de empleo público son determinadas por normas y nunca pueden ser convenidas por las partes, mediante contratos individuales o colectivos. La relación empleo público se desarrolla según cuando establezca las normas, por que sobre derechos y obligaciones las partes no pueden pactar.

La Constitución al hablar de un solo régimen aplicable a los servidores públicos no restringió el concepto de estatuto, al de un instrumento jurídico único sino que pretende resumir el régimen uniforme de principios y garantías que regulen la protección de los derechos laborales del servidor público, especialmente el derecho a la estabilidad.

Dicho régimen es aplicable tanto a los servidores de la Administración descentralizada como centralizada, pues el término Estado está utilizado como sinónimo de Administración Pública en su concepto genérico.

El Estatuto de Servicio Civil fue promulgado mediante Ley No.1581 de 30 de mayo de 1953. En su artículo 1º establece que:

"Este Estatuto y sus Reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración y proteger a dichos servidores"

Puede notarse que este artículo introduce dos variantes importantes en relación con el artículo 191 del texto constitucional. Primero, ya no se trata de las relaciones entre el Estado y sus servidores en general, sino del Poder Ejecutivo y los suyos. Segundo, ahora el propósito no es solamente conseguir la eficiencia de la Administración, pues se procura también la protección de los empleados del Poder Ejecutivo. En este último caso se plantea la materialización de un principio esencial, propio del Derecho del Trabajo, como es el protector, que pretende un amparo preferente para quien presta un servicio en una situación de subordinación jurídica. De este modo, el legislador buscó un equilibrio entre los intereses del Poder Ejecutivo y

los de los empleados a su servicio. Se ha dicho que esta norma introduce un principio garantista en beneficio del servidor público.³⁵

El artículo 2º del Estatuto mencionado estatuye que:

"Para los efectos de esta Estatuto mencionado se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio, remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial"

El artículo 3 de este cuerpo legal excluye de la aplicación del Estatuto a los funcionarios de elección popular, a los miembros de la fuerza pública, o sea aquellos que estén de alta en el servicio activo de las armas, por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y los funcionarios y empleados que sirven cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. Para esos efectos, el artículo 4 define quienes sirven cargos de confianza y lo hace de la siguiente manera:

"Se considera que sirven cargos de confianza:

- a. Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal.
- b. El Procurador General de la República.
- c. Los Gobernadores de Provincia.
- d. El secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República.
- e. Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros; y,
- f. Los servidores directamente subordinados a los Ministros y viceministros, hasta un número de diez. Tales servidores serán declarados de confianza, mediante

³⁵ MURILLO, Mauro. **Ensayos de Derecho Público**. Primera edición. EUNED, San José, 1988. Pág. 163.

resolución razonada de la Dirección General del Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil".

Por su parte el artículo 5 menciona otros funcionarios que también quedan exceptuados de ese Estatuto, a saber:

"Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados:

- a. El Tesorero Nacional.
- b. El Subtesorero Nacional.
- c. El Jefe de la Oficina de Presupuesto.
- d. Los servidores pagados por servicios especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada.
- e. Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial.
- f. Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación.
- g. Los médicos que presten el servicio social de que habla el artículo 66 del Código Sanitario.
- h. Los maestros de enseñanza primaria aspirantes y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes".

1.2.3. Otras leyes que se refieren al asunto

Otras leyes y decretos se refieren de alguna manera al concepto de servidor público y nos permiten delimitar esta noción. Así por ejemplo, la **"Ley de sueldo adicional a servidores públicos No.1835"**

El Estatuto de Servicio Civil solo tomó en cuenta a los trabajadores del Poder Ejecutivo para esta finalidad, pero la Ley No.1835 incluye además, para efectos

de pago de aguinaldo, a los servidores de los otros poderes, a los del Tribunal Supremo de Elecciones, a los de la Contraloría General de la República, etc.

El artículo 1 de esa ley establece:

"Tendrán derecho a un sueldo adicional, en el mes de diciembre de cada año, excepto si han servido menos de un año, en cuyo caso les corresponderá una suma proporcional al tiempo que hayan trabajado, los servidores y exservidores que a continuación se indican:

- a. Los del Poder Ejecutivo que no están incluidos en los beneficios de la Ley de Servicio Civil. Quedan excluidos aquellos empleados que prestan servicios extraordinarios por contrato especial a base de honorarios;
- b. Los del Tribunal Supremo de Elecciones.
- c. Los trabajadores pagados por el sistema de jornales y planillas.
- d. Los empleados y funcionarios de la Asamblea Legislativa y la Contraloría General de la República.
- e. Los funcionarios y empleados del Poder Judicial, y;
- f. Los que reciban pensiones de gobierno".

También la Ley sobre el sueldo adicional de servidores en instituciones autónomas incluye como servidores públicos a los trabajadores de instituciones autónomas, semiautónomas y a los municipales. Por un lado, el artículo 1 dispone que:

"Todas las instituciones autónomas y semiautónomas del Estado y las Corporaciones Municipales están obligadas a pagar a sus funcionarios administrativos y empleados de cualquier clase que sean y cualquiera que sea la forma en que desempeñen sus labores y en que se les pague el salario, figuren o no individualmente sus salarios en los respectivos presupuestos, un sueldo o salario adicional en el mes de diciembre de cada año. Asimismo, tendrán derecho a este beneficio todos los servidores de estas instituciones del Estado y municipalidades que reciban

pensión o jubilación"

Por su parte, el artículo 4 define lo siguiente:

"Se tendrán por funcionarios y empleados de las instituciones y corporaciones autónomas, semiautónomas y municipales, para los efectos de esta ley, todas aquellas personas que figuren, determinadas individualmente o no, en los respectivos presupuestos, y además los que tengan tal calidad por expresa declaración de los Tribunales del país".

Finalmente, el decreto número 4 del 28 de mayo de 1959 denominado *"Personas que no se consideran trabajadores al servicio del Estado o de sus instituciones"* procura la búsqueda de un concepto de servidor público en esta etapa anterior a la Ley General de la Administración Pública, mas posterior al Estatuto del Servicio Civil.

El artículo 1 del decreto señala:

"Para los efectos del título octavo del Código de Trabajo, no se considerarán trabajadores al servicio del Estado o de sus instituciones, en su caso, a las siguientes personas:

- a. Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros y sub-secretarios de Gobierno.
- b. Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones.
- c. Diputados de la Asamblea Legislativa y demás funcionarios de elección popular.
- d. Contralor y Subcontralor General de la República.
- e. Rector y secretario de la Universidad y Decanos de las Escuelas y Facultades de la misma.
- f. Miembros de las Juntas Directivas de las instituciones autónomas y semiautónomas.
- g. Miembros del Tribunal Superior de Trabajo, de los

Tribunales de Conciliación y de los Tribunales de Arbitraje.

h. Jueces y Alcaldes, civiles, penales y de trabajo y juez tutelar de menores.

i. Secretarios de todos los Tribunales de la República, dependientes del Poder Judicial.

j. Miembros de las juntas provinciales de protección a la infancia y sus representantes permanentes.

k. Agentes principales de policía judicial, de policía de menores, de policía, de pensiones alimenticias, de policía de tránsito, de policía sanitaria y de todos aquellos titulares de dependencias que con igual carácter funcionen en el territorio de la República.

l. Registradores generales de los Registros de la Propiedad y del Estado Civil.

m. Personal del Cuerpo de Bomberos.

n. Miembros de la Junta Nacional de Pensiones, del Consejo Superior de Educación, de las Juntas de Educación, de la Oficina Liquidadora, de los Patronatos Escolares, del Consejo Nacional de Salarios y, en general de todos los miembros de juntas, entidades u organismos, dependientes o relacionados con el Poder Ejecutivo que tengan funciones consultivas o directivas, o análogas a las anteriores, y,

ñ. Todos los que sin relación de subordinación, reciban del Estado o de sus instituciones subvenciones o auxilios, como funcionarios del Gobierno Eclesiástico, etc. asimismo aquellas personas que presten al Estado o a sus instituciones, servicios profesionales o realicen trabajos no subordinados, conforme al derecho de trabajo".

Hay que advertir sin embargo que este decreto tenía el propósito de establecer un concepto de servidor público, para efectos de hacer exclusiones en cuanto a la aplicación del Código de Trabajo. No obstante, dentro de la enumeración

de puestos se encuentran algunos empleos que en realidad encajarían dentro de la definición de servidor público, de allí que el artículo 2 del citado decreto señala:

"... sin embargo, mientras no se dicten dichas normas, todas aquellas personas que de conformidad con las definiciones de los artículos 2, 4 y 18 del Código de Trabajo, tengan el carácter de trabajadores al servicio del Estado o de sus instituciones, gozarán de los beneficios que otorga el mencionado cuerpo de Leyes, compatible con la seguridad del Estado y con la naturaleza del cargo que sirvan, a juicio del Poder Ejecutivo, o, en su caso de los Tribunales de Trabajo".

Como puede verse de toda la normativa, no existía un criterio esencial para establecer el concepto de servidor público. Aunque definitivamente podríamos afirmar que lo eran:

- a) Los del Poder Ejecutivo, incluidos dentro de la Ley de Servicio Civil y dentro de la Ley de Aguinaldo No.1835;
- b) Los servidores de los otros poderes y de los órganos constitucionales (Tribunal Supremo de Elecciones y Contraloría General de la República).
- c) Los trabajadores de las instituciones descentralizados y las municipalidades.

De todo lo anterior se puede afirmar que el servidor público se definía en esa etapa como *"el que presta un servicio a nombre y por cuenta de un ente público"*. Sin embargo, se excluía a todos aquellos que tuvieran un puesto de confianza, de representación o de dirección superior (Presidente de la República,

Ministros, Diputados y otros cargos netamente políticos) que no están sometidos a una relación de empleo.

En esta etapa además, prevalece la idea de que la relación de servicio es de carácter laboral, aunque de naturaleza especial.

1.3. TERCERA ETAPA. LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley General de la Administración Pública, Ley No.6227 del 2 de mayo de 1978, modifica, al menos teóricamente, de modo sustancial el régimen jurídico de los servidores públicos. Esta ley viene a cambiar radicalmente el sistema que regía con anterioridad al establecer que a las relaciones de servicio entre la administración y sus servidores públicos les es aplicable el Derecho Administrativo (artículo 111 y siguientes) operándose en esta forma una publicación dentro del régimen del empleo público, entendiéndose por tal la aplicación del derecho público y sus principios en lugar del derecho laboral.³⁶

Por un lado explica el concepto de servidor público en sentido amplio y lo hace sinónimo de funcionario público, empleado público, encargado de servicio público y demás similares.

La Ley Orgánica del Poder Judicial sí distingue entre servidor y funcionario. El artículo 54 de la ley vigente, establece:

"Quienes laboren en el Poder Judicial se denominan en general "servidores". Sin embargo, cuando en esta ley se refiere a "funcionarios que administran justicia" ha de entenderse por tales a los Magistrados, Jueces Superiores, el término "funcionarios" a los que, fuera de los antes

³⁶ **Dictamen C-241-79**, del 16 de octubre de 1979 de la Procuraduría General de la República.

mencionados, tengan atribuciones, potestades y responsabilidades propias determinadas en esta ley; y por "empleados" a todas las demás personas que desempeñen puestos remunerados por el sistema de sueldos.

Las prohibiciones establecidas en esta ley se aplicarán tanto a los servidores judiciales que fueren nombrados en propiedad como a los interinos, salvo disposición legal expresa en contrario...".

En la nueva Ley Orgánica No.7333 publicada en la Gaceta No.124 del 1 de julio de 1993, esta disposición corresponde al numeral 47.

La Ley distingue además entre un régimen de derecho público y el de derecho privado, de acuerdo con la naturaleza de las funciones que realiza el servidor.

Según el artículo 111 es servidor público:

"...la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva"

En la práctica, definir quien es servidor público no es tan sencillo, sobre todo cuando se le pretende aplicar para efectos penales. En este campo penal, se ha perfilado un concepto de "**funcionario público**" más amplio que el establecido en la Ley General. Ciertamente, el concepto de funcionario público utilizado en el Código Penal, no fue definido por el legislador. De allí que debe recurrirse al artículo 111 de la Ley supra citada. En este artículo se utiliza una concepción subjetiva, pues la calificación de funcionario o servidor público se obtiene de acuerdo con la naturaleza del ente y de la relación laboral que el funcionario tiene con aquel. Pero la

jurisprudencia nacional ha considerado que el concepto de funcionario público en el Derecho penal es mucho más amplio, pues comprende a todos aquellos que desempeñen una función que en su esencia sea pública. Se parte entonces de un criterio objetivo, pero que debe ser precisado. Para evitar una inflación de esta figura jurídica, se afirma en doctrina, no basta con que un particular despliegue una acción encaminada a un fin de interés público, dicha acción ha de ser pública en su aspecto objetivo, pero también en su aspecto subjetivo, es decir, ha de ser atribuida por el Ordenamiento jurídico a la Administración Pública, como una potestad de ella, si bien admitiendo la transferencia del ejercicio de dicha potestad a favor de un particular a través de alguna de las técnicas legalmente admitidas.³⁷

Esta normativa no solo incluye a los servidores del Poder Ejecutivo y a los otros amparados al Servicio Civil, sino también a los servidores de las instituciones autónomas (dentro de las cuales se incluyen los bancos del Estado, el Instituto Nacional de Seguros, la Caja Costarricense del Seguro Social), las municipalidades, etc.

Los servidores de la Administración descentralizada, ajenos al Régimen del Estatuto del Servicio Civil, hasta la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, se encontraban sujetos en su relación de servicio a la legislación laboral, en virtud, básicamente, de la definición contenida en el artículo 585 del Código de Trabajo. Como consecuencia de la prescripción contenida en el artículo 112.1 de aquella ley, se ha corregido tal situación y las respectivas relaciones de servicio han quedado encuadradas dentro del derecho público y desde luego bajo el marco normativo general de dicha norma. De conformidad con la definición del artículo 111

³⁷ Sala Tercera de la Corte. **Sentencia No.103 de las 10:30 hrs del 2 de junio de 1989.** En Corte Suprema de Justicia. Revista Judicial. Año XVII, No.56, junio de 1992. San José. Pág. 282.

y 112, se ha considerado que el contador de una municipalidad, es un funcionario público para efectos de considerar que ha cometido peculado.³⁸

A esta relación de naturaleza pública, se le aplica el derecho administrativo.

Por su parte, existe una relación de derecho privado, regulada en los artículos 111 y 112. El artículo 111 inciso 3 dispone que:

"... no se considerarán servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, encargados de gestiones sometidas al derecho común"

Un ejemplo de este tipo de empresas es la denominada "*Algodones de Costa Rica*" empresa constituida con capital estatal, pues el 93% de las acciones pertenecen a CODESA. Según la Sala Primera de la Corte es una empresa regida por el Derecho Privado, pues según su régimen de conjunto y los requisitos de su giro, la actividad que ejerce es de índole privada.³⁹

El artículo 112 inciso 2 indica que:

"...las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 111, se regirán por el derecho laboral o mercantil según los casos"

A estas situaciones contempladas en los numerales 111 inciso 3 y 112 inciso 2, se les aplica el derecho privado conforme al artículo 3 de la Ley. Esta norma dispone:

³⁸ Tribunal Superior de Puntarenas. **No.90 de las 11 hrs del 7 de mayo de 1987.**

³⁹ Tribunal Superior Primero Civil. **Sentencia No.124 de las 15 hrs del 17 de setiembre de 1986.** En Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial, Año XIV, No.48 de diciembre de 1989, pág. 250.

"... 1. El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario.

2. El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes"

A pesar de esta distinción, para efectos de la potestad disciplinaria, es importante resaltar que, aún en el caso de las relaciones de derecho privado, se aplicarán a los servidores regidos por el derecho laboral o mercantil *"las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativas"* (artículo 112 inciso 3). Esto implica el respeto al debido proceso y garantías del trabajador, como la Sala Constitucional lo ha expresado.⁴⁰

2. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Ya habíamos mencionado que la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública sirvió para establecer que la relación de servicio no se encontraba regida por el derecho privado, sino que, por el contrario, el status jurídico aplicable a esta relación, era el Derecho Administrativo con sus potestades unilaterales. Como corolario de lo anterior, se dijo que dentro del campo del derecho público no existía obligación jurídica del Estado de reconocer derechos provenientes de una convención colectiva de trabajo y se llegó hasta expresar que este instrumento jurídico se encontraba proscrito.⁴¹

⁴⁰ Votos No.2170-93 y 5000-93 de la Sala Constitucional.

⁴¹ Procuraduría General de la República. **Dictamen C-48-90** del 28 de febrero de 1980.

Pero en un laudo arbitral de 14 de junio de 1984, resuelto por la Corte Plena, en un juicio arbitral seguido por el Poder Ejecutivo, el Banco Nacional de Costa Rica y el Sindicato de Empleados de este banco (SEBANA), se determinó que:

"... ni la aplicación del Derecho Administrativo, cuando proceda, ni el principio de legalidad, son obstáculo para la suscripción de convenciones colectivas de trabajo en el sector público"⁴²

Agregaba el laudo que:

"... las autoridades costarricenses han permitido y suscrito durante muchos años convenciones colectivas de trabajo; esta tradición costarricense está de acuerdo con la mejor doctrina, como aseguradora de la paz social, fruto de la negociación entre las partes. De manera que, esa costumbre, sirve como norma no escrita, para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito"⁴³

La sentencia arbitral de comentario hacía una precisión importante acerca de esta problemática, al determinar que:

"... las convenciones colectivas de trabajo, tanto en el sector público como en el privado, se encuentran sometidas a la ley, de manera que la existencia de un estatuto de servicio civil, ni es obstáculo para negar la posibilidad de la convención colectiva en el sector público, aunque constituya una seria limitación, ni puede dejarse el estatuto sin efecto, total o parcialmente, por medio de las cláusulas convencionales"⁴⁴

⁴² ALFARO MUÑOZ, Edgar y otro. **Documentos para el estudio del Derecho Laboral**. Sistemas Gráficos, San José, 1991, pág. 262.

⁴³ ALFARO MUÑOZ, Edgar y otro. **Documentos para el estudio del Derecho Laboral**. Sistemas Gráficos, San José, 1991, pág. Pág. 264.

⁴⁴ Ibidem. Pág. 265.

El efecto de este laudo arbitral fue bastante limitado, por cuanto, por una parte, el Gobierno de la República de esa época y los que le sucedieron, así como las instituciones públicas mantuvieron, por regla general, una posición restrictiva en relación con la negociación colectiva en el sector público. Por otra parte, los sindicatos de empleados públicos no tuvieron suficiente fuerza, ni capacidad de negociación para aprovechar una tesitura favorable como la que planteó este fallo.

La situación se modificó radicalmente con el voto No.1696-92 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 368 (parte segunda) y 497 al 535 del Código de Trabajo, respecto de las administraciones públicas con régimen de empleo de naturaleza pública.

Entre otras cosas, la Sala estimó:

"XI. En opinión de la Sala, entonces, los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, fundamentan la existencia, de principio, de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, dentro del sector público, como ha quedado claro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente y recoge incipientemente la Ley General de la Administración Pública. Este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos. Obviamente la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, más en aquellos sectores en que haya una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente. En esos casos, se daría un sometimiento a los procedimientos de arbitraje, pero con ciertas limitaciones, tales como que en ellos no pueden

dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, por lo que incluso en estos casos no procederían decisiones (laudos) en conciencia, ni tribunales formados por sujetos no abogados..."

En el Voto No.2162-93, la Sala reiteró su criterio acerca de la naturaleza estatutaria y regida por el derecho público de la relación de empleo público. Sin embargo, hizo una aclaración trascendental, en el sentido de que a los funcionarios públicos les son aplicables garantías laborales.

"III. Estima la Sala que el Código de Trabajo no rige las relaciones de los funcionarios del Estado, sin embargo, las garantías laborales les son aplicables aunque su relación sea de derecho administrativo. Los procedimientos de despido de los funcionarios judiciales, se regirán, en consecuencia, por la Ley Orgánica del Poder Judicial, según su texto actual y por la Ley General de la Administración Pública".

A pesar del criterio que postula un régimen de empleo público, con principios contrapuestos al Derecho Laboral, es lo cierto que, conforme a la costumbre, a principios del propio Derecho del Trabajo y a la propia situación costarricense, la negociación colectiva en el sector público es una realidad innegable.⁴⁵

Para resolver transitoriamente la situación planteada por el fallo de la Sala Constitucional sobre los laudos en el sector público, la administración Calderón Fournier publicó en la Gaceta del 5 de marzo de 1993, un ***"Reglamento de Negociación Colectiva de los Servidores Públicos"***

En el considerando 2 se consagra que:

"... sin perjuicio del régimen estatutario del empleo público, la Constitución reconoce garantías sociales a todos los trabajadores del país, sin distinciones entre empleados públicos y privados, salvo en el caso de la huelga en los servicios públicos y las que se derivan de la propia naturaleza estatutaria"

Llama poderosamente la atención que en este reglamento se siga utilizando la terminología "estatutaria" para aludir a una relación de empleo público, que en muchos aspectos se va a caracterizar precisamente por la negociación, por la discusión bi o multilateral y no por la decisión unilateral, de naturaleza imperativa que califica a la relación estatutaria.

Conforme al reglamento, con motivo de la resolución de la Sala Constitucional sobre los laudos se creó un vacío jurídico para la solución concertada y limitada de los conflictos en régimen de empleo público, que es necesario resolver en aras de la paz social. (Considerando 5)

El Considerando 6 indica que la solución permanente a esta problemática se debe alcanzar en una Ley de Empleo Público, que discipline la materia correspondiente a las relaciones colectivas de trabajo de los servidores públicos.

Acorde con el artículo 1, el Reglamento se aplicará al personal que preste sus servicios en las Administraciones Públicas con régimen de empleo de naturaleza pública, entendiéndose por tales, Poder Ejecutivo, Instituciones Autónomas y descentralizadas y empresas del Estado.

El artículo 2 estipula:

⁴⁵ BLANCO VADO, Mario. **La negociación colectiva de ipso en la Administración Pública Costarricense.** En Debate Laboral No.6, 1990, pág. 217 y siguientes.

"Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente reglamento:

a. El personal de las instituciones públicas en las cuales se encuentre vigente una convención colectiva de trabajo o un laudo arbitral. Debe entenderse que esta exclusión es referida a las categorías de personal expresamente cubiertas por la convención o el laudo y en las materias contenidas en esos instrumentos.

b. Los jefes y representantes institucionales con nivel de gerencia y con facultades de gestión, así como aquellos indicados expresamente en los artículos 4 y 5, incisos a, b, c, f, i, j ..., del Estatuto de Servicio civil. Tampoco podrán beneficiarse directa o indirectamente de los resultados de la negociación".

La prohibición de que jefes y representantes institucionales no puedan sacar provecho de la negociación colectiva constituye una decisión sana y correcta. Porque lo contrario, acaecido en un pasado o muy lejano, trajo consigo el desprestigio de este instrumento jurídico.

El artículo 3 consagra que:

"...los funcionarios públicos podrán participar en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva".

Con arreglo al artículo 4 inciso b) será objeto de negociación, en el ámbito respectivo, lo relacionado con el procedimiento de aplicación de la materia disciplinaria.

Finalmente y en relación con el interés de nuestro objeto de estudio, el artículo 5 instituye que:

"No podrán ser objeto de negociación las decisiones de

los órganos administrativos o judiciales que afecten sus potestades de organización o de imperio para el cumplimiento del fin público, las materias reservadas a la ley, la materia salarial o los aspectos que signifiquen incrementos presupuestarios no autorizados. No podrán afectarse las partidas destinadas a la inversión pública, transferencias, a la atención de la deuda pública y al mantenimiento de maquinarias y equipos".

Con relación al asunto salarial es de sobre conocido que existe una comisión específica de negociación de salarios conformada por representantes de la Administración Pública y de los sindicatos de servidores públicos. En esta comisión se negocian y usualmente se pactan los reajustes salariales, de carácter general, del sector público. Sus decisiones son desarrolladas, luego, por la Dirección General del Servicio Civil y otras instancias públicas.

Por otra parte, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, que había sido ratificado el 31 de diciembre de 1991, se refiere a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública.

En el artículo 7 referente a los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo, se ordena que:

"Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos, acerca de las condiciones de empleo, o de cualquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".

El artículo 8 estipula que:

" la solución de los conflictos que se plantean con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados".

Dentro de las negociaciones efectuadas por el Gobierno de la República y las organizaciones sindicales, con motivo de la acusación de la central sindical norteamericana AFL-CIO ante el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, el Poder Ejecutivo se comprometió a enviar, en diciembre de este año, a sesiones extraordinarias de la Asamblea Legislativa, para su estudio y eventual aprobación, el mencionado Convenio 151.

El 12 de marzo del 2002, por dictamen afirmativo unanime se pasó al Departamento de Comisiones Legislativas aprobando el Convenio N°151 sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en La Administración Pública”, expediente N° 14.542; iniciado el 30 de octubre de 2001, por el Poder Ejecutivo y publicado en La Gaceta N° 241 de 14 de diciembre de 2001.

Con el se pretende acoger medidas para proteger a los empleados públicos contra todas las posibles actuaciones que obstaculicen o prohíban su libertad sindical. Eso para que los servidores públicos obtengan protección contra actos de injerencia de autoridades públicas en la negociación de condiciones y la solución de conflictos mediante negociación entre las partes; garantías que son una meta de los

trabajadores apoyadas por el Poder Ejecutivo, que considera que aquellos, al igual que los demás trabajadores, deben disfrutar de derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical.

Se deben disponer de los medios adecuados que proporcionen a sus agremiados el desempeño eficiente y eficaz de las funciones que realizan en sus respectivos cargos los representantes de organizaciones de trabajadores

Imprescindible el fin de que se reconozca a nivel general la negociación colectiva de trabajo del Sector Público, lográndose en el momento en que exista una norma de rango superior a la ley, siendo ésta apoyada por Poder Ejecutivo y Sala Constitucional.

Por lo que se espera que apartir de septiembre, se expongan a los dos debates requisitos de ley y de acuerdo a su resultado de que salga a luz publica o no.

De ser aprobado este instrumento internacional que, a tenor del artículo 7 constitucional, tendría autoridad o rango superior a la leyes, se abriría un amplio panorama de negociación colectiva en el sector público, el cual posibilitaría una mayor democratización de las administraciones públicas costarricenses. Este espacio también podría servir para desarrollar, por vía negocial, los principios de justicia y democracia que deben regir la potestad sancionatoria de la Administración en el régimen de empleo público.

3. REGIMEN LABORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO

De todo lo dicho, puede concluirse que el servidor público es en realidad un trabajador, sometido, no obstante, a un régimen jurídico establecido por el derecho público en virtud de la naturaleza de la relación de empleo, mas con algunas matizaciones como se ha visto supra.

La especial naturaleza del régimen de empleo del servidor público se destaca en la Ley General de la Administración Pública. El artículo 113 de esa ley ordena que:

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

Por su parte, el artículo 114 de la misma ley, estatuye que:

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

Este artículo privilegia un trato especial de los funcionarios hacia los administrados, en procura del interés colectivo, lo cual nos parece muy importante y digno de destacar. Esta situación no tiene, ni puede tener equivalencia o parangón en

el sector privado, en donde el patrono persigue, por norma general, un afán lucrativo y el trabajador coadyuva en la consecución del mismo.

Así también lo han destacado los Tribunales de Justicia. Por ejemplo, sobre la conducta debida que deben ostentar los empleados públicos, el Tribunal Superior de Trabajo, ha dicho que:

"A causa de la delicada misión que cumplen los funcionarios públicos, cualquiera que sea su nivel jerárquico, tienen como beneficiarios de su prestación, más que al Estado y sus instituciones como simples entes patronales, al orden general y a los vitales intereses de la sociedad a que sirven; por esta razón están obligados a adoptar más rígidas reglas de conducta y honorabilidad en sus puestos y no infrecuentemente en sus vidas privada y familiar, y las faltas en que incurran deben ser juzgadas con mayor severidad que cuando se trata de apreciar las que se cometen en la empresa privada"⁴⁶

Pero con esto no estamos denegando, de ninguna manera, el derecho de esos servidores de gozar de las garantías laborales otorgadas a los trabajadores. Tampoco podemos negar que las normas que regulan la actividad de esos servidores, entre ellas la disciplinaria, puedan ser establecidas en instrumentos jurídicos que con producto de la negociación colectiva, como por ejemplo, una convención colectiva de trabajo.

⁴⁶ Estatuto de Servicio Civil y otras leyes conexas. Anotado y Concordado. Pág. 59.

4. EXAMEN DE ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS

4.1. FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE LABORAN EN CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

En el artículo 22 de la Ley General de Concesión de Obra Pública, se estatuye, en lo conducente:

"La Administración Pública podrá otorgar permiso sin goce de salario, hasta por cuatro años improrrogables, a los servidores públicos que deseen laborar, temporalmente, con las empresas concesionarias en los términos que establece esta Ley. Estos trabajadores estarán facultados para dar por concluida su relación laboral con la Administración Pública, con el pleno reconocimiento y pago de sus prestaciones legales. La Administración Pública otorgará el permiso, previo procedimiento de la selección de los interesados, mediante concurso interno, el cual se establecerá en el Reglamento de esta Ley y siempre que con ello no se perjudique la prestación del servicio".

Cuando estos funcionarios públicos se trasladen a laborar en empresas concesionarias se opera una suspensión de su relación con la Administración Pública. En esta situación quedan cesantes, temporalmente, las obligaciones principales que corren a cargo de cada parte: la prestación del servicio por el lado del funcionario y el pago de la remuneración por la Administración.⁴⁷

Los empleados acogidos a la normativa en cuestión, pasan a trabajar, a depender y a estar subordinados jurídicamente de la persona física o jurídica que va a ejecutar la obra respectiva. En consecuencia, la potestad sancionatoria correspondiente

⁴⁷ PLA, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo**. Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1978, pág. 200.

le compete a tal persona, de conformidad con el Derecho Laboral y no a la Administración Pública, pues el ligamen que vinculaba a ésta con el servidor ha quedado suspendido temporalmente.

4.2. PRESIDENTES EJECUTIVOS DE INSTITUCIONES AUTÓNOMAS

La ley de Presidentes Ejecutivos dispone que se integran las Juntas Directivas de las instituciones autónomas, con determinados miembros y con un jerarca, denominado Presidente Ejecutivo. Dicha normativa, en su artículo 3 que a su vez reformó el numeral 4 de la Ley 4646 del 20 de octubre de 1970, señaló que dicho funcionario deberá tener reconocida experiencia y conocimientos en el campo de las actividades de la correspondiente institución, y será designado por el Consejo de Gobierno. La gestión de aquel titular se regirá por las siguientes normas:

"A. Será el funcionario de mayor jerarquía para efectos de gobierno de la institución y le corresponderá fundamentalmente velar porque las decisiones tomadas por la Junta se ejecuten, así como coordinar la acción de la entidad cuya Junta preside, con la de las demás instituciones del Estado. Asimismo, asumirá las demás funciones que por ley le están reservadas al Presidente de la Junta Directiva, así como las otras que le asigne la propia Junta;

b. Será un funcionario de tiempo completo y de dedicación exclusiva; consecuentemente, no podrá desempeñar ningún otro cargo público, ni ejercer profesiones liberales;

c. Podrá ser removido libremente por el Consejo de Gobierno, en cuyo caso tendrá derecho a la indemnización laboral que le corresponde por el tiempo servido en el cargo.

Para la determinación de esa indemnización, se seguirán las reglas que fijan los artículos 28 y 29 del Código de

Trabajo, con las limitaciones en cuanto al monto que ese articulado determina".

Pareciera que a tenor de la doctrina y del artículo 367, inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, los presidentes ejecutivos, no se encuentran en una relación de empleo con la Administración Pública. Se trata más bien, de personal de carácter político, libre de remoción del Consejo de gobierno, en este caso. No obstante que se les reconozca el derecho a las denominadas prestaciones, cuando, doctrinariamente no procede.

De conformidad con los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, el pago del preaviso y del auxilio de cesantía se reconoce, únicamente, en eventos de contratos de duración indefinida.

La Ley de Presidentes Ejecutivos no prevé, además de la remoción, ningún otro tipo de sanción en perjuicio de los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas. En el evento de hacerse acreedores a sanciones menores, de acuerdo con la legislación común, estos funcionarios deben estar tutelados por el debido procedimiento.

No obstante en la actual Administración se están llevando a cabo las investigaciones de pagos indebidos a los Presidentes Ejecutivos, las cuales iniciaron en el gobierno anterior al decretarse el acuerdo del 16 de abril dispuso el despido de 18 presidentes ejecutivos de instituciones autónomas, lo que les dio derecho al auxilio de cesantía y preaviso., ese documento ordenaba despedir a esos funcionarios a partir del 7 de mayo, pero el publicado en *La Gaceta* lo disponía desde el 8 de mayo.

El despido de los jefes implicaba que se les debería pagar ¢50.140.219.

Luis Sánchez, especialista en Derecho Laboral, consideró que los jefes de las entidades autónomas no deberían tener derecho a la cesantía ni al preaviso toda vez que cumplen un contrato de trabajo con plazo fijo, hasta el 7 de mayo.

La pesquisa acerca de la posible alteración del documento se dará en el marco de un estudio del Consejo de Gobierno para saber si procede o no anular por completo el acuerdo del 16 de abril.

El estudio lo recomendó la Contraloría General de la República al responder una consulta de Pacheco, motivada por la objeción de la Defensoría de los Habitantes al acuerdo ejecutivo.

Según Villalobos, el estudio se limitará a analizar la nulidad del acuerdo, pero explicó que una alteración de ese documento sería una razón suficiente para anularlo.

En el periódico La Nación, del 6 de junio del 2002, surgen preguntas con diversas hipótesis: ¿Cómo que les pagaron prestaciones? ¿No es cierto que habían sido nombradas para desempeñar sus responsabilidades durante los 4 años que duraba el Gobierno? ¿Su condición no es acaso la misma del Presidente, los vicepresidentes y los ministros, a quienes nunca se paga prestaciones al finalizar su período?

Les pagaron prestaciones y ellos las aceptaron. Para disfrazar la relación de servicio a plazo determinado por una a plazo indefinido que justificara ese pago, se utilizó un artificio legal. Todo comenzó cuando, al nombrar a los presidentes ejecutivos, el anterior Consejo de Gobierno dictó un acuerdo en el que estableció la fecha a partir de la cual regía el nombramiento (8 de mayo de 1998), pero no la de

finalización. Si la última se hubiera señalado, el pago de prestaciones sería improcedente.

No obstante, la omisión de este dato sirvió para que tres semanas antes de la finalización del gobierno (16 de abril del 2002), el Consejo de Gobierno dictara un nuevo acuerdo ordenando la "remoción" de esos funcionarios a partir del 8 de mayo de este año.

La investigación de la Defensoría determinó que a algunos hasta preaviso les pagaron y que en un caso la institución tramitó el pago de la cesantía a una persona que fue nombrada nuevamente como presidente ejecutivo, pero en otra institución autónoma. También se pudo establecer que lo mismo sucedió en el gobierno anterior (1994-1998), lo que indica que probablemente constituye un vicio que se arrastra desde tiempo atrás. Igual, se constató que los nombramientos de presidentes ejecutivos de la nueva administración tampoco tienen indicada la fecha de finalización de su mandato, con lo que queda abierta la posibilidad para que la fiesta continúe.

Como parte de la lucha contra los privilegios en el ejercicio de la función pública y de sus responsabilidades en la protección del patrimonio social, la Defensoría de los Habitantes decidió plantear ante el Consejo de Gobierno la nulidad del acuerdo que dio lugar a este pago irrazonable y desproporcionado, además de solicitar que se proceda a dictar otro, aclarando la fecha en la que vence el nombramiento de los actuales presidentes ejecutivos. Después de todo, es la credibilidad de los habitantes en el sistema democrático lo que está en juego.

En el mismo periódico de igual día, el señor Rodolfo Piza Rocaford aluce al tema así:

- Es la Ley N.º 5507, de 1974, no un acuerdo de Gobierno, la que establece el derecho de preaviso y cesantía cuando se cesa a un presidente ejecutivo o, igual, cuando se nombra a un sustituto en el mismo cargo. El acuerdo del Consejo de Gobierno, más bien, avisa antes, para delimitar el derecho a "preaviso".
- La citada ley no establece ningún privilegio, remite expresamente a los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, de manera que a los funcionarios cesados no se les pague ni un centavo más ni un centavo menos.
- Aun cuando no lo estableciera expresamente la Ley, tendrían ese derecho que, por lo demás, es laboral e irrenunciable, según la Constitución (artículos 63 y 74) y el propio Código de Trabajo.
- El cargo es por tiempo indefinido (puede ser cesado en cualquier momento) y si tuviera plazo, aún así habría que pagar prestaciones y, además, salarios caídos si se cesa al funcionario antes del plazo.
- Los presidentes ejecutivos pagan cuotas "obreras" e "impuesto al salario". Si no tuvieran "derechos laborales" (prestaciones, como ejemplo típico), tampoco deberían tener "obligaciones" laborales. Si pagaran "impuesto sobre la renta de personas físicas", pagarían mucho menos, por ejemplo, y habría que devolverles montos muy superiores a sus "prestaciones".
- Si el Estado pudiera correctamente negar esos derechos, ¿con qué cara el Ministerio de Trabajo le exigiría a los patronos reconocérselos a los trabajadores que cesan?

El 31 de junio del presente año del mismo medio informativo se declara: *" Hay un documento falso y solicitamos al Ministerio Público que investigue, determine quién falsificó esa acta y establezca las responsabilidades del caso"*, dijo el ministro de Justicia, José Miguel Villalobos.

Según Ovidio Pacheco, ministro de Trabajo, *"el pago de las prestaciones no puede ser justificado en el acuerdo del Consejo de Gobierno porque tal disposición ordena el cese de los presidentes ejecutivos, pero no ordena el pago de las prestaciones"*.

En la reunión de ministros se dejó claro que los presidentes ejecutivos tienen un nombramiento a plazo, y que una vez vencido, cesan de pleno derecho.

Se aclaró que tal pago procede únicamente cuando al funcionario se le despide antes de concluir su nombramiento.

Por lo pronto se está en espera de los resultados que dicten el veredicto de la respectiva legalidad.

4.3. MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

El artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política establece como atribución del Presidente de la República y del Ministro de Gobierno respectivo, *"...nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública..."*.

Esto significa que los miembros de la fuerza pública no sean servidores públicos, aunque hay que admitir que definitivamente se trata de una categoría de trabajadores de una naturaleza diversa a la de los otros servidores públicos.

De ahí que por ejemplo, los Convenios 87 (artículo 9) y 98 (artículo 5) de la Organización Internacional del Trabajo adviertan que la legislación nacional determinará hasta que punto se aplicarán dichos convenios a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Pero seguidamente, se advierte en ambos convenios, que la ratificación de estos no debe considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, las sentencias, las costumbres o los acuerdos preexistentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de policía las garantías prescritas en ambos convenios.

En el evento de que los miembros de la fuerza pública incurrieran en faltas graves, pueden, y de hecho son, removidos libremente. No obstante, cuando caen en faltas leves o menores, que no ameriten el despido, para ser sancionados, deben ser sometidos al debido procedimiento correspondiente.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS QUE DEBE RESPETAR LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

Existe un conjunto de garantías procesales que tradicionalmente se han aplicado al proceso penal. Sin embargo, el fenómeno de constitucionalización de esos principios y su inclusión en tratados internacionales, así como su protección por mecanismos jurisdiccionales hacen casi inevitable su aplicación al procedimiento administrativo y así lo reconoce la Sala Constitucional en su voto 1739-92.

Según la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

Así las cosas, existe una independencia de vías entre lo penal y lo administrativo, pues ninguna está en principio subordinada a la otra en virtud de que gozan de autonomía; sin embargo, a pesar de que la palabra autonomía evoca la idea de independencia que no significa necesariamente independencia en todos los aspectos, no implica tampoco el aislamiento de una determinada rama jurídica del resto que conforma el todo llamado ordenamiento jurídico. Precisamente, el punto de análisis configura un buen ejemplo de complementación entre dos regímenes sancionatorios, pues la administrativa en este caso concreto necesita de la certeza y la seguridad jurídica que otorga el proceso penal, para poder imputar un determinado ilícito al abogado, y configurarse con ello una de las causales de suspensión del ejercicio profesional.

A continuación examinaremos uno a uno, los principios esenciales del proceso penal y la conveniencia de trasplantarlos al procedimientos administrativo sancionatorio en la relación de servicio.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es claro que la Administración debe estar sometida al ordenamiento jurídico, así lo dispone expresamente el artículo 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, de allí que debe respetar los derechos y garantías del ciudadano, en este caso, del servidor público, y la potestad disciplinaria no queda exenta de guardar ese respeto.

El principio de legalidad implica que la Administración solo podrá actuar de la forma en que la autorice el ordenamiento jurídico. Sobre este principio, la Sala Constitucional manifestó en el considerando IV del Voto No.3410-92:

"El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la Ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico, reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente, o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la administración"

Este principio se ha transformado en un derecho para el ciudadano a la legalidad, que inclusive puede ser reclamado por la vía del amparo.⁴⁸

⁴⁸ Véase al respecto el Voto No.1373-93 de la Sala Constitucional.

Los principios del procedimiento administrativo parten del principio de legalidad- que se respeten los trámites fijados en las normas, según Dromi, este principio es como la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede ser concebido como externo al procedimiento, siendo esencial para su existencia.

Del expediente Legislativo A23E5452, en su folio 11.b menciona se concibe la legalidad no sólo como una sugesción negativa al ordenamiento, en virtud de la cual al acto no puede violarlo ni aún tratandose de reglamentos emanados del propio actor del acto o de sus inferiores, principio este último llamado también de la “inderogabilidad singular del reglamento”, todo ello tal y como lo prevé el artículo 13; sino que también se entiende la legalidad como una sugesción positiva determinate del acto en virtud de la cual este ha de estar regulado expresamente al menos en algunos de sus elementos para reputarse jurídicamente autorizado, elementos que son el artículo 11, o el motivo o el contenido, alternativamente. Esa regulación mínima puede ser precisa o imprecisa, pero ha de ser expresa. Un acto totalmente regulado en virtud de fuentes implícitas no se reputará autorizado y su emisión será una violación del ordenamiento.

El principio de legalidad tiene varias manifestaciones en el proceso administrativo como son las siguientes:

Principio de verdad material o real:

El objeto o fin más importante del procedimiento es buscar y verificar la verdad real-no sólo la formal de lo alegado y probado y aportado por las partes como en lo civil-ya que si esto es insuficiente puede y debe recurrir a otros medios para constatar la verdad de lo sucedido y con base en ello dictar su acto final (214 LGAP).

Señala García Enterría lo que denomina “*causa del acto administrativo*” consiste en que la verificación de la verdad real debe tratarse a todos los elencos objetivos del acto administrativo (factores de hecho que se encuentran en el motivo, contenido y el fin de si mismo).

Principio de imparcialidad mínima

Nos remontamos a los artículos 230 y siguientes de la LGAP dictando que nadie puede ser juez de su propia causa, de lo contrario habría nulidad por lo que hay mecanismos tales como inhibirse o recusarse.

Lo que se pretende es una armonía de las autoridades involucradas que se excedan en el desenvolvimiento inapropiado, permitiendo que se imponga la sanción correspondiente.

Principio de oficiosidad

El director del procedimiento debe investigar puesto que las partes darán demostraciones para su convencimiento, aportar pruebas, evacuarlas, escaracer los hechos, inclusive en contra de su voluntad; siempre teniendo como prioridad el interés público.

Principio de informalismo procedimental

Trata específicamente del artículo 224 LGAP, que debe interpretarse todas las normas de procedimiento de manera que no se crea un obstáculo para el administrado cuando formule su petición y pueda ser subsanada por el fondo; creandose un modo mas fácil, flexible.

Por ejemplo: si se presenta un poder no se le pide una certificación pues se sabe que consta en el Registro.

Principio de economía procesal

El órgano está obligado a llevar el procedimiento con celeridad y eficiencia, evitando así innecesarios reenvíos gastando tiempo y dinero; siendo más factible acumular en un mismo acto trámites conexos o para corregir defectos en un sólo escrito.

En los artículos 186 y 269 resaltan declarándose nulidades, se sitúe la conservación de los trámites que por su contenido hubiera permanecido, de no haberse cometido la infracción sancionada con nulidad.

Principio de prueba libre

Conoce de la gran variedad de medios de prueba por citar algunos: testigos, fotos, grabaciones, dictámenes, actas, entre otros; incluídos los que vendrán aún no reconocidos por la legislación, siempre y cuando se haya obtenido legalmente.

De suma importancia que se respete y se valore estos, pues son básicos para el objeto del procedimiento concediendo la certeza de los hechos que nos llevará a la verdad material.

Principio de escritoriidad

Se toma como muestra el artículo 134 LGAP admitiendo una mejor valoración de los hechos y situaciones adyacentes.

Principio de legitimación mínima para ser parte.

Se tiene a la Administración y administrado como principales, a los coadyuvantes que no piden para ellos sino agregan elementos de hecho y derecho como accesorias.

Como partes el tercero adhesivo, interés propio y concurrente de la parte y tercero exclusivo, interés propio distintos de las partes.

Principio de gratuidad

Es la ausencia de costas a pesar de ser el administrado el que deba pagar los gastos, siendo el que pida un perito o traslado de testigos, etc producto de las pruebas de su parte (299 LGAP)

2. PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Según este principio *"el ilícito administrativo debe estar previsto con adecuada definición de todos sus elementos, de tal manera que solo sean conductas infractoras las descritas en el tipo legal, con prohibición de interpretaciones extensivas o analógicas"*⁴⁹

En la sentencia número 5594-94 de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, la Sala Constitucional se pronunció sobre el principio de tipicidad, en los siguientes términos:

III. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. La existencia de un conjunto de deberes de los funcionarios -y a la vez de sus atribuciones-, sean deberes comprendidos en la obligación de la función o del servicio que desempeñan, o los que derivan de la subordinación jerárquica, exige normas establecidas para reglar esas relaciones, y sanciones para cuando se violan tales obligaciones. El principio de tipicidad es una aplicación del principio de legalidad y exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su

⁴⁹ CANO MATA, Antonio. **Potestad normativa sancionatoria de las Comunidades Autónomas.** En Revista de Administración Pública, No.119, mayo-agosto 1989. Pág. 211.

sanción(...)

Puede afirmarse que el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en ámbito jurídico-penal, ya que los principios "nullum crimen sine lege", "nullum poena sine lege" no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado.

Así, en el derecho penal, en relación con los delitos, toda pena debe estar establecida en la ley con respecto al hecho incriminado, excluyendo, por su generalidad, toda posibilidad de referencia a los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o las cláusulas abiertas o indeterminadas; si la conducta no está plenamente definido no hay pena. En el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden social general, y de la materia que regula, --la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí.

De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón por la cual puede

sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto. La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque sí prevista. Los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos "subordinados", comportamientos o conductas en verdad ilimitados en número dada su variedad; por ello se deduce la existencia de tres elementos de la falta disciplinaria:

- 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión;
- 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre;
- 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia."

Es exigible que tanto el hecho (incumplimiento de deberes dispuestos para el servidor público) como la sanción deban estar genéricamente establecidos.

"La sanción administrativa debe ser concedida como el efecto necesario, en aplicación de la casualidad, por la previa materialización y puntualización de alguna infracción administrativa regulada y tipificada por ley expresa que así lo sanciona. De tal forma que no debería existir sanción sin previa infracción como tampoco haber infracción sin la previa tipificación específica".⁵⁰

⁵⁰ JIMÉNEZ MEZA, Manrique. Op. Cit. Nota 15, pág. 8.

Sobre este tema debemos discutir como problema central, si la tipicidad de la sanción administrativa debe tener las mismas exigencias que en materia penal. Tradicionalmente se ha llegado a afirmar que en materia disciplinaria administrativa, no rige el principio *Nullum crimen sine legale*. Entrena Cuesta nos explica que constituye falta administrativa cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que les afectan. De aquí la dificultad de señalar en concreto cuales sea las faltas sancionables, dificultad que corre paralela con la de enumerar los deberes funcionariales que antes hemos subrayado. Por ello constituye un lugar común en la doctrina la afirmación de que no rige en esta materia el principio *nullum crimen sine legale* ⁵¹

A estas alturas de la evolución de los derechos fundamentales, tal afirmación es insostenible. La Sala Constitucional en este sentido ha sido claro. Por ejemplo en el voto No.3173-93 declara como aplicables a la materia disciplinaria las garantías de legalidad penales.

Lo que ocurre es que, tradicionalmente se han establecido por un lado los deberes y responsabilidades del trabajador y por el otro, la sanción en caso de incumplimiento de esos deberes, así como gradaciones de esas sanciones. El principal inconveniente es que siempre existe la posibilidad de valoración por parte de la Administración sobre la gravedad de la falta.

Por eso, en cuanto a este punto, hemos considerado necesario hacer un análisis sobre la forma en que se regula el régimen de deberes y responsabilidad disciplinarias del servidor público, para demostrar que la aplicación estricta del principio de tipicidad, en este campo, es difícil.

⁵¹ ENTRENA CUESTA, Rafael. Op. cit. Nota 26, pág. 447.

Es interesante iniciar el análisis con la Ley General de la Administración Pública. Este cuerpo normativo establece en varias disposiciones, deberes y prohibiciones para los servidores públicos, pero no hace referencia expresa al régimen sancionatorio correspondiente.

El artículo 107 de la Ley General de la Administración Pública, que regla el deber de obediencia, instituye que:

- "1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este capítulo.
2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato.

Por su parte, los artículos 113 y 107 determinan deberes específicos del empleado público. No obstante, de su redacción se desprende, indubitablemente, la inexistencia de sanciones, para el caso de incumplimiento de tales obligaciones.

El 108 del mismo cuerpo legal consagra que:

- "1. Deberá desobedecer el servidor cuando se le presente cualquiera de las siguientes circunstancias:
 - a. Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y
 - b. Que el actor sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.
2. La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber".

Esta norma introduce una variante, pues en vez de establecer una obligación de obedecer, estatuye, más bien, un deber de desobedecer una orden. Sin embargo, en dicha disposición no se dice ni se ordena una sanción, en caso de que el funcionario acate una orden, cuando no debe jurídicamente hacerlo. Solamente se dice que incurriría en responsabilidad, administrativa o civil, sin demérito de la responsabilidad penal que pueda imputársele. El parámetro para graduar tal responsabilidad no se encuentra indicado, como debería, por lo que resulta una norma incompleta.

El artículo 109 de la Ley General establece que:

- "1. cuando no se presente ninguna de las circunstancias enumeradas en los dos artículos anteriores, el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo.
2. El envío de las objeciones escritas salvará la responsabilidad del inferior, pero éste quedará sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado.
3. Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderlo, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas de justificación resultaren inexistentes en definitiva.
4. Quedará a salvo lo dispuesto por el artículo 81.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

El artículo 81.1 de esta última ley estipula que:

"Será caso de responsabilidad civil y penal la infracción de lo preceptuado en los artículos anteriores acerca de la

ejecución de las sentencias".

Por su parte el numeral 81.2 de la Ley Reguladora, consagra que:

"Los funcionarios o empleados a quienes se ordenare el cumplimiento de la sentencia, no podrán excusarse en la obediencia jerárquica; pero para deslindar su responsabilidad, podrán hacer constar por escrito, ante el Tribunal, las alegaciones pertinentes."

El artículo supracitado de la Ley General, en asocio de la normativa conexas, determina nuevamente facetas del deber de obediencia. No obstante, tal y como se mencionó supra, tampoco en esta situación se fijaron las correcciones disciplinarias correspondientes.

Mientras que el artículo 110 de la referida Ley General consagra que:

- "1. En casos de urgencia el inferior podrá salvar su responsabilidad aún si no ha podido enviar sus objeciones por escrito previamente a la ejecución.
2. En estos casos el inferior podrá hacer verbalmente sus objeciones ante el inmediato superior, pero se requerirá la presencia de dos testigos".

Esta situación atañe, específicamente, a los servidores públicos enfrentados a eventos de urgencia. Lo reglado tampoco tiene relación inmediata con lo que acaece, usualmente, con los trabajadores del sector privado.

El artículo 39 del Estatuto de Servicio Civil estipula que:

- "Son deberes de los servidores públicos:
- a. Acatar esta ley y sus reglamentos y cumplir las obligaciones inherentes a sus cargos;
 - b. Guardar la discreción necesaria sobre los asuntos relacionados con su trabajo, que por su naturaleza o en

virtud de instrucciones especiales lo requieran, aún después de haber cesado en el cargo, sin perjuicio de la obligación en que están de denunciar cualquier hecho delictuoso, conforme al artículo 156, inciso 1) del Código de Procedimientos Penales;

c. Rehusar dádivas, obsequios o recompensas que se les ofrezcan como retribución por actos inherentes a sus empleos;

d. Observar dignidad en el desempeño de sus cargos y en su vida social; y,

e. Guardar al público, en sus relaciones con él, motivadas en el ejercicio del cargo o empleo, toda la consideración debida, de modo que no se origine queja justificada por mal servicio o atención".

El inciso a) del artículo 281 del Código de Procedimientos Penales determina que los funcionarios o empleados públicos tienen la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio que conozcan en el ejercicio de sus funciones.

De conformidad con nuestra legislación penal, la regla general es que todos los delitos se persiguen de oficio, a excepción de aquellos que son de acción privada o que siendo de acción público, son perseguibles solo a instancia privada.

Según el artículo 81 del Código Penal, son delitos de acción privada

"a. La injuria;

b. La calumnia;

c. La difamación;

ch. El incumplimiento de deberes familiares en sus diversas formas;

d. La propaganda desleal; y

e. Aquellos que leyes especiales califiquen como tales.

Estos delitos pueden ser perdonados por el ofendido o sus representantes legales. Si los ofendidos son varios, cada uno de ellos puede otorgar el perdón

separadamente; y si los responsables fueren varios, el perdón otorgado a uno de ellos favorecerá a los demás, pero no producirá ningún efecto en quien se niegue a aceptarlo".

El artículo 81 bis del mismo cuerpo legal estipula por su parte:

"Son delitos de acción pública perseguibles solo a instancia privada:

a. El estupro, la sodomía, el contagio venéreo y la violación, en ésta cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se trate de uno de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 156 (cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir);

b) Los abusos deshonestos y el rapto, cuando no concurren las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158;

c) El hurto, el robo sin violencia en las personas, la estafa, las demás defraudaciones previstas en las secciones IV y V del Título VII, Libro II y los daños, siempre que el imputado sea ascendiente o descendiente del ofendido, su cónyuge, hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad; padre o hijo adoptivo, hijo de crianza, concubinario o manceba de éste, si han llevado públicamente vida marital por más de un año; también cuando esos delitos sea cometidos por el bienhechor, en perjuicio de sus protegidos; y,

ch. Aquellos que leyes especiales califiquen como tales..."

Por su parte el artículo 40 del Estatuto de Servicio Civil preceptúa que:

"Está prohibido a los servidores públicos:

a. Durante los procesos electorales ejercer actividad política partidista en el desempeño de sus funciones, así como violar las normas de neutralidad que establece el Código Electoral;

- b. Recoger o solicitar, directa o indirectamente, contribuciones, suscripciones o cotizaciones de otros servidores públicos, salvo las excepciones muy calificadas que establezcan los Reglamentos Interiores de Trabajo;
- c. Penar a sus subordinados con el fin de tomar contra ellos alguna represalia de orden político electoral o que implique violación de cualquier otro derecho, que conceden las leyes; y,
- d. Solicitar o percibir, sin la anuencia expresa del Ministerio en donde trabajan o del cual dependen, sueldos o subvenciones adicionales de otras entidades oficiales".

Con relación con los servidores públicos que no pueden ejercer actividades políticas, el artículo 88 del Código Electoral expresa:

"Artículo 88.- Prohíbese a los empleados públicos dedicarse a trabajos o discusiones de carácter político electoral, durante las horas laborales y usar su cargo para beneficiar a un partido político. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros y Viceministros, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Defensor y el Defensor Adjunto de los Habitantes, el Procurador General y el Procurador General Adjunto, los presidentes ejecutivos, directores ejecutivos y gerentes de las instituciones autónomas, los gobernadores, los oficiales mayores de los ministerios, los miembros de la Autoridad de Policía, los agentes del Organismo de Investigación Judicial, los Magistrados y empleados del Tribunal Supremo de Elecciones, los Magistrados y funcionarios del Poder Judicial que administren justicia, el Director y empleados del Registro Civil y quienes tienen prohibición en virtud de otras leyes, no podrán participar en las actividades de los partidos políticos, asistir a clubes ni reuniones de carácter político, utilizar la autoridad o influencia de sus cargos en beneficio de los partidos políticos, colocar divisas en sus

viviendas o vehículos ni hacer ostentación partidista de cualquier otro género.

No podrán presentarse a emitir su voto portando armas los miembros de la Autoridad de Policía, los agentes del Organismo de Investigación Judicial ni quienes desempeñen funciones semejantes de autoridad.

En materia electoral, los funcionarios incluidos en los párrafos segundo y tercero de este artículo, únicamente podrán ejercer su derecho de emitir el voto el día de las elecciones, en la forma y condiciones establecidas en este Código.”

Los numerales 39 (existen leyes particulares que fijan deberes específicos y adicionales para los servidores públicos, por ejemplo el art.13 de la Ley de Enriquecimiento ilícito, no. 6872 fecha 7 julio de 1983; que establece el despido si se incumple con esta obligación) y el 40 del Estatuto del Servicio Civil, así como el 88 del Código Electoral, se refieren a deberes y prohibiciones de los empleados públicos.

Por su parte, el artículo 41 del Estatuto del Servicio Civil, nos remite a las correcciones disciplinarias a las que pueden hacerse acreedores dichos servidores así:

"Para garantizar mejor el buen servicio público se establecen cuatro clases de sanciones disciplinarias:

- a. Advertencia oral, que se aplicará por faltas leves, a juicio de las personas facultadas para imponer las sanciones, según lo determine el Reglamento Interior de Trabajo;
- b. Advertencia escrita, que se impondrá cuando el servidor haya merecido durante un mismo mes calendario dos o más advertencias orales, o cuando las leyes de trabajo exijan que se haga un apercibimiento escrito antes de efectuar el despido y en los demás casos que determinen los reglamentos interiores de trabajo;
- c. Suspensión del trabajo sin goce de sueldo, que se

aplicará hasta por quince días una vez oídos el interesado y los compañeros de trabajo que aquel indique, en todos casos en que conforme a los reglamentos interiores de trabajo se cometa una falta de cierta gravedad a los deberes impuestos por el contrato de trabajo; y

d. La suspensión del trabajo sin goce de sueldo procederá también en los casos de arresto y prisión preventiva, durante todo el tiempo que una y otro se mantengan, pero dará lugar al despido en cuanto excedan de tres meses. Si el arresto o la prisión preventiva es seguida de sentencia absolutoria después de transcurrido el referido término, el servidor tendrá derecho a ser tomado en cuenta para ocupar el primer puesto que quede vacante de clase igual a la que ocupaba. Conforme a la gravedad del cargo y mérito de los autos, el Jefe Superior decidirá si la excarcelación bajo fianza interrumpe o no los efectos de dicha corrección disciplinaria. Es entendido que la suspensión del trabajo sin goce de salario podrá aplicarse por más de quince días en los casos de excepción que expresamente determinen los reglamentos de trabajo".

Este artículo concreta una serie de sanciones de carácter disciplinario que no tiene una relación de causa a efecto con los deberes o prohibiciones a que están sometidos los funcionarios públicos, la cual contradice abiertamente el principio de tipicidad.

Por otra parte, esta normativa introduce, ilegalmente, la discrecionalidad a la hora de aplicar sanciones. Por ejemplo, en la advertencia oral, al estipular que ésta se impondrá, por faltas leves, a juicio de las personas facultadas para imponer correcciones.

Otras consecuencias de las sanciones disciplinarias están estipuladas en el artículo 42 del Estatuto mencionado:

"La imposición de las correcciones disciplinarias a que se refiere el artículo anterior no tendrá más consecuencia que las que se derivan de su aplicación y, por tanto, no implica pérdida de los derechos otorgados por la presente ley.

Las correcciones se anotarán en el prontuario y se archivarán los papeles respectivos en el expediente personal del servidor".

El artículo 43 del mismo Estatuto, relacionado con el régimen de despido, ordena, en lo conducente, que:

"Los servidores públicos solo podrán ser removidos de sus puestos si incurren en las causales que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y 41 inciso d) de esta ley, o en actos que impliquen infracción grave del presente Estatuto, de sus Reglamentos o de los Reglamentos Interiores de Trabajo Respectivos.

La calificación de la gravedad de las faltas la harán en detalle el Reglamento de esta ley y los Reglamentos Interiores de Trabajo.

Todo despido justificado se entenderá hecho sin responsabilidad para el Estado y hará perder al servidor todos los derechos que esta ley concede, excepto los adquiridos conforme a la Ley General de Pensiones..."

Por su parte, el artículo 81 del Código de Trabajo al enumerar y describir las causales justificadas de despido instituye, en lo conducente, que:

"Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

- a. Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;
- b. Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún

compañero, durante el tiempo en que se ejecuten los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;

c. Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;

d. Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo;

e. Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;

f. Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;

g. Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro el mismo mes calendario;

h. Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o sus representantes en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;

i. Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por

- los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72;
- j) Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;
- k. Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoriada; y
- l. Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato”.

En el asunto del inciso k, nos podríamos referir, es otro caso que no requiere procedimiento alguno de investigación a lo interno; ocurre cuando la Administración tiene conocimiento de una denuncia o causa penal que se le sigue.

Hay que tener presente que el proceso penal no interrumpe ni suspende el cómputo de la prescripción de las faltas de servicio, por lo que el abandono de la Administración acarrea la prescripción del derecho de sanción, incluso por que ambas vías son independientes, ver resoluciones: 3404-97 del 18 de junio de 1997 de la Sala Constitucional.

El artículo 43 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que se refiere a la calificación anual a que deben ser sometidos los empleados públicos estatuye en su inciso d) que:

“Cuando el resultado de la evaluación del servidor fuere regular (o insuficiente) por dos veces consecutivas, o si previas las advertencias o sanciones del caso, la evaluación fuere por sólo una vez deficiente, se considerará el hecho como falta grave, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43, párrafo segundo del

Estatuto del Servicio Civil. En estos casos el evaluador respectivo, ola oficina de Recursos Humanos, deberán informar al respectivo Ministro, a fin de que se promuevan las consiguientes diligencias de despido”.

El artículo 50 del mismo Reglamento, que estipula los deberes de los servidores públicos, establece que:

“Los servidores públicos cumplirán los deberes que expresamente les señalan el artículo 39 del Estatuto y el artículo 71 del Código de Trabajo, así como todos los que fueren propios del cargo que desempeñan, de conformidad con el Manual Descriptivo de Puestos y los reglamentos interiores de trabajo, a efecto de obtener la mayor eficiencia en los servicios de la Administración Pública.

Tendrán además, las siguientes obligaciones:

a) **La prestación personal de servicios en forma regular y continua, en el lugar que el Ministro o jefe autorizado lo indiquen, a los fines de garantizar la eficiencia de la Administración, lo cual puede implicar el traslado o la reubicación del servidor dentro de un mismo programa presupuestario, de un programa a otro o de un ministerio a otro, movimientos que se harán de conformidad con lo que al efecto señala el artículo 22 bis de este Reglamento.**

(Reformado por Decreto Ejecutivo No. 21418-P de 23 de junio de 1992).

b. Ejecutar las labores con toda capacidad, dedicación y diligencia, así como acatar las órdenes e instrucciones de sus superiores jerárquicos y cumplir el procedimiento que corresponda en todas las solicitudes, peticiones de mejoramiento y reclamos en general, qu formularen ante sus superiores;

c. Atender las sugerencias, aportes y planteamientos en general, hechos por sus subordinados inmediatos que

contribuyan a la solución de los problemas que afecten la prestación del servicio público y al mejoramiento de su eficiencia. Tales sugerencias, aportes y planteamientos deberán ser dirigidos por escrito al superior inmediato dentro de un marco de seriedad, respeto y sentido de la realidad. Excepcionalmente, cuando la urgencia del caso lo amerite, podrán hacerse tales gestiones en forma verbal y deberán decidirse del mismo modo, a la brevedad que el caso amerite. Cuando el superior inmediato no resuelva cualquier planteamiento dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su recibo, o lo resuelva negativamente, el servidor podrá recurrir al superior que corresponda, según la jerarquía de la institución de que se trate;

(Así reformado mediante Decreto Ejecutivo n.18012P del 3 de mayo de 1988)

d. Observar conducta que no ofenda el orden y la moral públicos;

e. Someterse a las pruebas de idoneidad que fueren indispensables para que se autorice el traslado o ascenso a un puesto de clase diferente;

f. Promover las acciones judiciales que correspondan, cuando fueran objeto de imputaciones delictuosas;

g. Declarar sus bienes bajo juramento, todos aquellos funcionarios que manejen fondos públicos, de conformidad con la Ley No.1166 de 14 de junio de 1950; 74;

(Este inciso fue derogado expresamente por la Ley n. 6872 de 17 de junio de 1983)

h. Rendir las declaraciones que se les pidan cuando fueren citados como testigos en reclamaciones e informaciones de despidos o reclamos; así como suministrar cualesquiera datos, constancias o certificaciones que para cualquier efecto sera requeridos por el Tribunal o la Dirección General; y

i. Dar por escrito, en el caso de renuncia del cargo, el preaviso que corresponda, de acuerdo con las reglas del artículo 28 del Código de Trabajo”.

El artículo 51 del mismo Reglamento hace mención de otras prohibiciones a las que están sometidos los empleados públicos, de la siguiente manera:

“ Artículo 51.- Aparte de las prohibiciones expresas que establecen el Estatuto, el Código de Trabajo y la Ley de la Administración Financiera de la República, está prohibido a los funcionarios y servidores públicos, estén exceptuados o no del Régimen de Servicio Civil:

- a) **Intervenir directamente, por persona interpuesta o con acto simulado, en la obtención de concesiones de la Administración Pública, de su prórroga o de cualquier otro beneficio que importe un privilegio;**
- b) **Prestar servicios, remunerados o no, asociarse, dirigir, administrar, asesorar, patrocinar o representar a personas físicas o jurídicas que celebren contratos con el Estado, y obtengan subvenciones o privilegios, cuando el funcionario o servidor interviene directa o indirectamente, en razón de su cargo, en el otorgamiento del contrato o de su prórroga, o de la subvención o privilegio. Exceptuase de esta prohibición el ingreso a sociedades cooperativas.**

Se entiende que intervienen indirectamente los funcionarios o servidores públicos, cuando participen en la determinación del adjudicatario o cuando pertenezcan a la dependencia u organismo encargado de la formulación de las especificaciones relacionadas con los contratos, si éstos se celebraren con el cónyuge, ascendiente, descendiente, hermanos consanguíneos, suegros, yernos o cuñados;

- c) **Solicitar o percibir sueldos o subvenciones adicionales o pensiones de otras entidades oficiales, con las siguientes salvedades:**

- 1) Cuando se reciban retribuciones adicionales por concepto de dietas o servicios administrativos o docentes en los colegios nocturnos oficiales;
 - 2) Cuando se reciban pagos adicionales correspondientes a actividades realizadas fuera de las horas ordinarias de su trabajo para otra u otras entidades públicas que no sean el Gobierno Central;
 - 3) Derogado por el Decreto Ejecutivo N° 22422-MP de 5 de agosto de 1993.
- d) Ejercer actividades o hacer propaganda contrarias al orden público o al régimen democrático que establece la Constitución de la República.”

Los artículos 43, 50 y 51 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil consagra, el primero las calificaciones anuales, el segundo dispone deberes, mientras que el 51 instituye prohibiciones. Únicamente el artículo 43 plantea una posible sanción. En el resto del articulado del Reglamento no hay o no existe un elenco de sanciones o correcciones disciplinarias para los empleados que incumplan la normativa consagrada en dicho Reglamento o en el Estatuto. Con ello se infringe lo dispuesto expresamente en el artículo 43 párrafo 2 del Estatuto, en cuanto preceptúa que la calificación de la gravedad de las faltas la harán, en detalle, el Reglamento al Estatuto y los reglamentos interiores de trabajo.

En lo que respecta al Código Municipal el artículo 147 establece las obligaciones de los trabajadores de este régimen, del siguiente modo:

- “Son deberes de los servidores municipales:
- a) Respetar esta ley y sus reglamentos, así como cumplir las obligaciones vigentes en sus cargos.
 - b) Prestar los servicios contratados con absoluta dedicación, intensidad y calidad, responsabilizándose de sus actos y ejecutando sus tareas y deberes con apego a los principios legales, morales y éticos.

- c) Guardar la consideración debida al público atenderlo con diligencia, afán de servicio y buen trato, de modo que no se origine queja justificada por mal servicio o atención .
- d) Garantizar, a la administración municipal, su compromiso en cuanto a la integridad y fidelidad en su trabajo la naturaleza que sea, en aras de lograr el cumplimiento de los objetivos y la misión de la municipalidad.
- e) Cuidar, resguardar, preservar y emplear debidamente los recursos públicos municipales.
- f) Observar en su trabajo buenas costumbres y disciplina, así como un trato respetuoso para sus compañeros de trabajo, superiores y autoridades.
- g) Responder por los daños o perjuicios que puedan causar sus errores o los actos manifiestamente negligentes propios de su responsabilidad.
- h) Guardar discreción sobre asuntos relacionados con su trabajo o vinculados con otras dependencias municipales, cuya divulgación pueda usarse contra los intereses de la municipalidad.
- i) Sugerir, en el momento oportuno y ante la instancia administrativo-jerárquica correspondiente, lo que considere adecuado para el mejor desempeño de sus labores.
- j) Desempeñar dignamente sus cargos.

El artículo 148 del cuerpo legal relacionado ordena que:

“Está prohibido a los servidores municipales:

- a) Lo indicado en el artículo 72 del Código de Trabajo b) Actuar en el desempeño de sus cargos, con fines distintos de los encomendados en sus contratos de trabajo.
- c) Tener obligaciones laborales en otras entidades, públicas o privadas, o adquirir compromisos con evidente superposición horaria a su contrato laboral con la municipalidad.

- d) Participar en actividades vinculadas con empresas o intereses privados que puedan causar evidente perjuicio a los municipales o competir con ellos.
- e) Utilizar o distraer los bienes y recursos municipales en labores, actividades y asignaciones privadas distintas del interés público.
- f) Durante los procesos electorales, ejercer actividad política partidaria en el desempeño de sus funciones y durante la jornada laboral;
así como violar las normas de neutralidad que estatuye el Código Electoral.
- g) Aceptar dádivas, obsequios o recompensas que se les ofrezcan como retribución de actos inherentes a sus empleos.
- h) Solicitar o percibir, sin la anuencia expresa del Concejo, subvenciones de otras entidades públicas por el desempeño de sus funciones.
- i) Penar a sus subordinados para tomar contra ellos alguna represalia de orden político electoral o violatoria de cualquier otro derecho concedido por las leyes.

El artículo 149 hace alusión de las sanciones a que pueden hacerse merecedores los trabajadores municipales de la siguiente manera:

- “ Para garantizar el buen servicio podrá imponerse cualquiera de las siguientes sanciones disciplinarias, según la gravedad de la falta:
- a) Amonestación verbal: Se aplicará por faltas leves a juicio de las personas facultadas para imponer las sanciones, según lo determine el reglamento interno del trabajo.
 - b) Amonestación escrita: Se impondrá cuando el servidor haya merecido dos o más advertencias orales durante un mismo mes calendario o cuando las leyes del trabajo exijan que se le aperciba por escrito antes del despido, y en los demás casos que determinen las disposiciones

reglamentarias vigentes.

c) Suspensión del trabajo sin goce de sueldo hasta por quince días:

Se aplicará una vez escuchados el interesado y los compañeros de trabajo que él indique, en todos los casos en que, según las disposiciones reglamentarias vigentes, se cometa una falta de cierta gravedad contra los deberes impuestos por el contrato de trabajo.

d) Despido sin responsabilidad patronal.

Las jefaturas de los trabajadores podrán aplicar las sanciones previstas en los incisos a) y b) siguiendo el debido proceso. Enviarán copia a la Oficina de Personal para que las archive en el expediente de los trabajadores.

La suspensión y el despido contemplados en los incisos c) y d), serán acordados por el alcalde, según el procedimiento indicado en los artículos siguientes.

El numeral 150 regula, en lo que interesa, el despido de los servidores municipales, así:

“Los servidores podrán ser removidos de sus puestos cuando incurran en las causales de despido que determine el Código de Trabajo y en las establecidas en este Código”

La parte restante del artículo supracitado contiene una serie de disposiciones que desarrollan el principio del debido procedimiento en fase administrativa.

No obstante, lo que nos interesa destacar es el hecho de que la legislación municipal, como la estatutaria, señala tanto deberes como prohibiciones de los funcionarios, pero es muy lacónica respecto a las sanciones y éstas cuando se enumeran no se relacionan con tales obligaciones y prohibiciones. Se deja su

aplicación gradual, desde amonestación escrita hasta despido, al leal saber y entender de los jefes municipales, es decir, a su libre discreción.

Del examen de todo ese conjunto de normas, podemos concluir que en materia disciplinaria administrativa, el tratamiento del principio de tipicidad ha sido inapropiado, por dos razones fundamentales:

- a. No existe una verdadera relación causa-efecto entre el incumplimiento de funciones y la imposición de una sanción previamente determinada.
- b. La imposición de las sanciones queda, en la generalidad de los casos, al arbitrio de la administración. Esta puede valorar si la falta cometida por el servidor es leve, grave o muy grave, y por tanto, puede decidir libremente si amerita un apercibimiento, una suspensión o inclusive, el despido en ciertos eventos.

Un ejemplo de equilibrio lo hemos encontrado precisamente en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley No.7333 publicada en la Gaceta 124 del 1 de julio de 1993) trata el tema sancionatorio:

"Todos los servidores judiciales están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley."; servidores dentro de los cuáles obviamente se encuentran los jueces, por cuanto dicho régimen disciplinario "... tiene por objeto asegurar la eficiencia, corrección y decoro de las funciones encomendadas al Poder Judicial y garantizar a los ciudadanos una correcta administración de justicia. Para tales efectos, existirán los mecanismos de control, ágiles y confiables, que sean necesarios" (artículo 174 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente). **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las dieciséis horas treinta y tres

minutos del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho.- En razón de lo anterior es que, se confirieron amplias facultades de investigación y control sobre todos los servidores judiciales al Tribunal de la Inspección Judicial, para lo cual podrá vigilar, el buen cumplimiento de los deberes, tramitará las quejas que se presenten contra ellos, instruirá las informaciones al tener conocimiento de alguna irregularidad, y resolverá lo que proceda respecto del régimen disciplinario, sin perjuicio de las atribuciones que tengan en la materia otros órganos y funcionarios del Poder Judicial, según lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley derogada, funciones que reconoce el artículo 184 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Primeramente establece la calificación de las faltas en gravísimas, graves y leves (artículo 190). Además enumera las distintas acciones del servidor judicial que se considerarán gravísimas (artículo 191), graves (artículo 192) y leves (artículo 193). Del mismo modo, establece las distintas sanciones que deben aplicarse en cada tipo de falta (artículo 195).

De la transcripción anterior queda absolutamente claro que, en virtud de la especial vinculación entre el funcionario judicial y su patrono el Poder Judicial, resulta explicable y justificado el grado de generalidad recogida, en el artículo 194 cuestionado, sin que obste para entenderlo de esa manera, la existencia de los artículos 191, 192 y 193 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque en ellos -a criterio de la Sala- además de tipificar conductas, se ejemplifica en relación con otras, las que pueden dar origen a la aplicación de sanciones. Lo anterior no conlleva menoscabo alguno a las garantías del empleado o funcionario, pues la posibilidad de ser sancionado se encuentra directamente relacionada con la existencia de un tipo con contenido similar y una obligación del sujeto posible de ser sancionado

establecida por ley o reglamento como propia del cargo, incumplimientos de deberes que deben comprobarse debidamente, esto es, frente a actuaciones que, aunque no tipificadas, resulten ser contrarias a las obligaciones del cargo de los funcionarios judiciales. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas treinta y tres minutos del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho.-

Obviamente, la enunciación de las faltas no puede ser totalmente taxativa, como sí en el Derecho Penal. Sin embargo, permite establecer con mejor criterio, la valoración de las faltas.

Esa relativa aplicabilidad del principio de tipicidad a la materia disciplinaria se hace manifiesta en el artículo 194 de la misma Ley que señala:

“Cualquier otra infracción o negligencia en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, no prevista en los artículos anteriores, será conocida por los órganos competentes, a efecto de examinar si constituyen falta gravísima, grave o leve, con el objeto de aplicar el régimen disciplinario. Para ello, se tomarán como referencia las acciones señaladas en los artículos anteriores”.

En conclusión entonces, debemos encontrar el justo balance en la aplicación de este principio de tipicidad, para no caer en los extremos de aplicar mecánicamente y sin condiciones el Derecho Penal, o de hacer a un lado el principio y regular la materia en forma inapropiada como hasta ahora se ha hecho.

3. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Se ha establecido que la sanción debe estar tipificada en una norma. Ahora bien, existen materias que deben estar reguladas exclusivamente por la ley. Es discutible sin embargo que toda la potestad sancionatoria, incluyendo la disciplinaria debe estar regida plenamente por ese principio.

En realidad, la aplicación de la reserva de ley debe ser bien entendida, en el sentido de que ese principio debe aplicarse estrictamente a las medidas que consistan en la privación de derechos fundamentales, a los cuales la propia constitución les ha establecido esa reserva legal. Hablamos de la materia tributaria y de la penal (no de la sancionatoria en general).

“En silencio de la ley, el jerarca podrá nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente, de conformidad con los artículos 191 y 192 de la Constitución Política”.

Así entonces, podemos afirmar que con base en la potestad de auto-organización de la Administración, es posible establecer en un reglamento autónomo de trabajo el régimen disciplinario, dentro de los límites que le señale el propio ordenamiento (artículo 192 de la Constitución Política).

Sobre este punto la Sala se pronunció:

“El artículo 39 Constitucional consagra, entre otros, el principio de reserva de ley en relación con los delitos, "cuasidelitos" y faltas; dicha reserva significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía resulta incompleta si no se la relaciona con la tipicidad, que exige a su vez que las conductas delictivas se encuentren acuñadas en tipos, en normas en las que se especifique con detalle en que

consiste la conducta delictiva. Dicha ley, para que efectivamente sea una garantía ciudadana, requiere además que sea previa, "nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege". SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Aquí es importante resaltar la necesidad de determinar hasta donde puede llegar la Administración en su posibilidad de sancionar a sus servidores, por medio del mecanismo de auto-organización de la propia Administración, para que de esa forma no se violen los esquemas de la reserva legal que garantizan el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En caso de que el ordenamiento jurídico no establezca esos límites, se puede caer en el peligro de que vía reglamentaria se puede establecer todo un mecanismo de sanciones, ya no sólo en el campo organizativo o de servicios, sino también respecto de los administrados.

Lo conveniente es, entonces, que :

“Todo reglamento de trabajo debe ser aprobado previamente por la oficina legal, de Información y Relaciones Internacionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; será puesto en conocimiento de los trabajadores; se imprimirá en caracteres fácilmente legibles y se tendrá constantemente colocado, por lo menos, en dos de los sitios más visibles del lugar de trabajo.

Las disposiciones anteriores se observarán también para toda modificación o derogatoria que haga el patrono del reglamento de trabajo”.

El artículo 68 del Código Laboral determina el contenido mínimo del reglamento interno de trabajo al establecer que:

“El reglamento de trabajo podrá comprender el cuerpo de reglas de orden técnico y administrativo necesarias para la buena marcha de la empresa; las relativas a higiene y seguridad en las labores, como indicaciones para evitar que se realicen los riesgos profesionales e instrucciones para prestar los primeros auxilios en caso de accidente y en general, todas aquellas otras que se estimaren convenientes. Además contendrá:

- a. Las horas de entrada y de salida de los trabajadores, el tiempo destinado para las comidas y el periodo o periodos de descanso durante la jornada;
- b. El lugar y el momento en que deben comenzar y terminar las jornadas de trabajo;
- c. Los diversos tipos de salarios y las categorías de trabajo a que correspondan;
- d. El lugar, día y hora de pago;
- e. Las disposiciones disciplinarias y formas de aplicarlas. Es entendido que se prohíbe descontar suma alguna del salario de los trabajadores en concepto de multa y que la suspensión del trabajo, sin goce de sueldo, no podrá decretarse por más de ocho días ni antes de haber oído al interesado y a los compañeros que éste indique;
- f. La designación de las personas del establecimiento ante quienes deberán presentarse las peticiones de mejoramiento o reclamos en general, y la manera de formular unas y otras; y,
- g. Las normas especiales pertinentes a las diversas clases de labores, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores”.

De acuerdo con esas normas y los artículos 2, 14 y 585 del propio Código de Trabajo, la Administración reguló las relaciones con sus funcionarios mediante reglamentos internos de trabajo antes de la vigencia de la Ley General de la

Administración Pública. En tales instrumentos se desarrollaron de acuerdo con el artículo 68 supracitado inciso e) las disposiciones disciplinarias y las formas de aplicarlas.

Los reglamentos internos de instituciones públicas tienen los mismos defectos que se ha apuntado al Estatuto de Servicio Civil y a su reglamento, así como a la legislación comentada.

Pero se ha sostenido que con la vigencia de la Ley de la Administración Pública, el régimen de trabajo del servidor público lo fija unilateralmente la propia Administración mediante el reglamento autónomo de trabajo, sin que deba recurrir a los procedimientos establecidos en la legislación laboral. La Procuraduría General de la República es del criterio que con la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, en adelante el reglamento interno de trabajo desaparece dentro de las administraciones que antes estaban reguladas por el Código de Trabajo, y viene a ser sustituido por el reglamento autónomo de trabajo, normativa ésta de naturaleza esencialmente administrativa y que no requiere para su vigencia de la aprobación del Ministerio de Trabajo, ni sufre ningún otro de los trámites del artículo 67 del Código Laboral, sino que, simplemente, por vía de reglamento es promulgado en forma unilateral por la administración.⁵² Hay que reconocer sin embargo, que actualmente todavía existen en varias instituciones reglamentos internos de trabajo.

En cuanto a la Convención Colectiva de Trabajo, consideramos que es plenamente válida la posibilidad de que, producto de la negociación, se incluyan en ella cláusulas relativas a la materia disciplinaria, de acuerdo con lo que ya hemos afirmado en este trabajo, lo que comentaremos infra.

⁵² **Dictamen C-241-79**, del 16 de octubre de 1979, de la Procuraduría General de la República.

Según la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas con veinticinco minutos del tres de mayo del dos mil dos:

“las medidas que el Estado adopta para proteger en la sociedad su organización moral, política, social y económica, son de interés público social, y se manifiesta por medio del llamado "Poder de Policía", entendido como la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales; o mejor aún, como "el derecho incontrovertible de toda sociedad jurídicamente organizada, esencial a su propia conservación y defensa, y pertenece a todo gobierno constituido para asegurar el logro de los fines sociales mediante el uso de los medios que a ese efecto sean adecuados", como lo define la doctrina del Derecho Administrativo.

Primero, en cuanto al de reserva de ley, ya se dijo que no lo contraviene la imputación de funciones que se haga al Poder Ejecutivo en una norma de rango legal, con el fin de que éste ejerza el poder de policía –de por sí insito a la función administrativa–, ni, por ende, la reglamentación de sus labores en ese campo”

Por lo anterior, es nuestro criterio que en virtud de ese principio de reserva de ley, en la materia disciplinaria que nos ocupa, hemos identificado varios límites, aunque se nota que son insuficientes. Definitivamente es necesario que existan criterios legales para delimitar el ejercicio de esa potestad. Se pueden establecer los siguientes criterios:

- a. Las acciones que consistan en despido solo serán las establecidas en la legislación laboral y en las leyes correspondientes (artículo

192 de la Constitución Política), sin que puedan superar los límites allí impuestos, en perjuicio de los servidores.

- b. El resto del régimen disciplinario puede ser normado mediante reglamentos autónomos o convenciones colectivas.
- c. Las sanciones que consistan en penas o en cargas tributarias, fiscales o similares, solo pueden ser establecidas por Ley (artículo 124 de la Ley General de la Administración Pública).

En otros términos, en materia disciplinaria, el principio de reserva de ley debería funcionar, no para cercenar la potestad de la Administración de disciplinar a sus funcionarios, sino para limitar y encausar las potestades en cuanto a la imposición de las sanciones.

4. NON BIS IN IDEM

Como en realidad se trata de un principio constitucional, es indiscutible su aplicación al procedimiento administrativo sancionatorio. En resumen, implica que una persona no puede ser sancionada doblemente cuando exista identidad de sujetos, hechos y fundamento.

Al respecto, nuestros tribunales han señalado:

“... resuelve correctamente el Tribunal cuando estima que el actor no reincidió en la falta que se le atribuyó para despedirlo sin goce de prestaciones; en efecto, solo quedó comprobado que al expresado ... se le amonestó por cuanto andaba con una mujer en el vehículo, pero, no se comprobó que después de esa amonestación volviera a incurrir en la misma falta. De modo que si ya había sido sancionado, no podía el recurrente proceder a su despido por la misma falta, ya que, eso constituiría una doble

sanción, prohibida por nuestra legislación laboral”.⁵³

Nos interesa discutir en cambio, el conflicto en cuanto se refiere a la imposición de una sanción administrativa y una penal.

Así, por sentencia número 3484-94, de las doce horas del ocho de julio de mil novecientos noventa y siete Sala Constitucional consideró:

“... existe independencia entre el procedimiento administrativo sancionatorio y el juzgamiento de los hechos en la vía penal, no puede interpretarse, sin contrariar el derecho al debido proceso y el principio del “non bis in ídem”, que si se juzga un hecho en la vía penal y el imputado resulta absuelto, pueda ser disciplinariamente sancionado en la vía administrativa por los mismo hechos. Se reconoce que uno de los límites de la potestad sancionadora de la Administración es su subordinación a la Autoridad Judicial. De haber colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación de la administración, se debe resolver en favor de la primera. De este mismo principio se deriva la necesidad de que se respete la cosa juzgada”

Tradicionalmente se ha considerado que si bien la naturaleza de la potestad sancionatoria de la Administración es de carácter punitivo, *“esta penalidad, en cuanto a su contenido, no incluye los delitos, sino tan solo las faltas, quedando entonces expedita la acción de los tribunales judiciales para castigar las acciones que trascienden de lo ilícito administrativo y entran en el campo de lo penal sustantivo”*⁵⁴

⁵³ SALA SEGUNDA DE LA CORTE. No.50 de las 9:30 horas del 23 de abril de 1986.

⁵⁴ MARIEN-OFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo I, Teoría General, Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, 1977, pág. 609.

Obviamente en el ámbito de las relaciones de sujeción general, debe entenderse que si sobrepasan lo administrativo e incursionan en lo penal, puede hablarse de doble sanción,⁵⁵ pues un mismo hecho no puede ser a la vez falta y delito. Sin embargo, en el caso de la potestad disciplinaria el asunto no es tan claro.

En España, por ejemplo, se ha considerado que la no aplicación del principio en la relación de especial sujeción es discutible.⁵⁶ Pero en general, se permite la doble vía recurriendo al criterio de la *“relación de especial sujeción”*, sobre la cual ya hicimos referencia. Esta tesis, sin embargo no está exenta de críticas.

“Bien conocida es la discutible doctrina administrativa, asumida por la jurisprudencia, que permite la doble sanción penal y administrativa, en el Derecho disciplinario bajo la excusa de la concurrencia de una relación de sujeción especial cuando, como exige la STC-234/1991, de 10 de diciembre, el interés jurídicamente protegido sea distinto y la sanción sea proporcionada a esa protección. En cualquier caso, resulta difícil entender la razón por la cual se excluye del ámbito de aplicación de un principio constitucional determinado tipo de sanciones, las denominadas por la STC-66/1984, de 6 de junio, “de autoprotección”, apelando a la necesidad de salvaguardar determinados bienes jurídicos que supuestamente sólo serían tomados en consideración por la normativa disciplinaria, cuando la prohibición de la doble sanción no excluye, ni siquiera en el Derecho Penal Criminal, la posibilidad de la imposición de varias sanciones, sobre la base de un mismo hecho histórico, cuando existan diversas infracciones por haber sido lesionados distintos bienes jurídicos”⁵⁷

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, Tercera Edición, segunda reimpresión, Madrid, 1991, pág. 247.

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, Tercera Edición, segunda reimpresión, Madrid, 1991, pág. 247 – 248.

⁵⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992*, de 26 de noviembre, en *Jueces para la Democracia*, No.16-17, 2-3/1992, pág. 31.

Al respecto dijo el Tribunal Constitucional Español, en sentencia número 77 del tres de octubre de mil novecientos ochenta y tres:

"El principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuanto actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado, ..."

No obstante que los tres tipos de responsabilidades tienen estructuras diversas, las sanciones de las tres tienen un objetivo común, el de mantener y asegurar en forma preventiva y represiva el funcionamiento normal del servicio público, obligando directa o indirectamente a los funcionarios y empleados al cumplimiento de todos sus deberes funcionales.

Así, los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios, se aplica en virtud de la diversidad de las normas jurídicas que la regulan;

la penal tiene su fuente principal en el Código de la materia represiva y en las leyes especiales, pudiendo afirmarse la unidad y sistematización de los hechos delictivos, así como el procedimiento para el enjuiciamiento de sus autores; la responsabilidad civil está disciplinada por las disposiciones pertinentes del Código Civil; en cambio, la responsabilidad administrativa está sujeta a una variedad de ordenamientos carentes de unidad y sistematización. De lo que se ha comentado, se puede concluir que, las faltas cometidas por los funcionarios en el ejercicio de su cargo, quebrantando el orden interno de la administración, origina la responsabilidad disciplinaria, por cuanto la falta disciplinaria entraña un desajuste del empleado a su función, afectando la propia esencia de la ordenación administrativa: sin perjuicio de las responsabilidades penal y civil, todo con la salvedad que en relación a los hechos se señaló con anterioridad, materia en la que no puede hacerse pronunciamiento en vía administrativa, que contraría lo tenido como debidamente acreditado en la vía jurisdiccional. Por ello, el fin de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los deberes de la función que se le tiene encomendada. Sentencia número 3484-94, de las doce horas del ocho de julio de mil novecientos noventa y siete Sala Constitucional.

En nuestro criterio, entre las sanciones penales y las administrativas existe un diverso fundamento, de allí se justifica que en las relaciones especiales de sujeción (las disciplinarias entre ellas) se apliquen las correspondientes sanciones en cada ámbito.

"Las penas, indudables castigos, pueden explicarse de acuerdo con exigencias de retribución o de prevención y siempre en el marco de unos objetivos político-criminales, prescindiendo de que sean o no eficaces para alcanzarlos, pero las sanciones administrativas en relaciones de sujeción especial no están ni así fundadas ni así orientadas, sino que, como reiteradamente se ha dicho

y reconocido, se explican de acuerdo con necesidades de Autotutela en relación con el orden interno, y suponen una quiebra de las reglas aceptadas, quiebra que puede hacer imposible la continuidad al servicio de la Administración. Por lo tanto, no estamos ante una mera cuestión de diferente "etiquetado" de reacciones igualmente represivas, sino ante secuencias jurídicas."

En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo ha determinado que:

"La jurisdicción laboral tiene autonomía en relación al procedimiento criminal, pues la absolución en la vía criminal no impide la declaratoria de responsabilidad en lo laboral..."⁵⁸

Con similar orientación se ha dicho por el mismo Tribunal Superior de Trabajo que:

"El hecho de que se dictara a favor del actor una prórroga extraordinaria en la jurisdicción penal, por los hechos delictivos que supuestamente cometió en contra de su patrono, no le salva la responsabilidad laboral porque esta vía es independiente a la del trabajo, castigándose aquí la falta de probidad en que incurrió el empleado, independientemente de los actos que resuelvan los tribunales penales"⁵⁹

De ese conjunto de criterios, podemos establecer que si ambos regímenes son independientes, el patrono debe castigar con independencia del proceso penal, pues si no lo hace, prescribe su derecho de sancionar al servidor.

⁵⁸ VARGAS, Eugenio. **Jurisprudencia laboral**. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 1992, pág. 48.

⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 49.

Con fundamento en lo anterior, se puede hablar de que existe una cierta particularidad y especificidad del principio "nom bis in idem" en materia administrativa laboral.

Los ejemplos que podemos encontrar en la normativa laboral son muchos. El artículo 72 del Código de Trabajo que se refiere a las prohibiciones a los trabajadores instituye, en su párrafo final, que la infracción a las prohibiciones establecidas *"se sancionará únicamente en la forma prevista por el inciso i) del artículo 81, salvo el último caso en que también se impondrá la pena a que se refiere el artículo 154 del Código de Policía"*.

Cuando se habla del último caso se alude al inciso e) del artículo 72, el cual prohíbe a los trabajadores *"portar armas de cualquier clase durante las horas de labor, excepto en los casos especiales autorizados debidamente por las leyes, o cuando se tratare de instrumentos punzantes, cortantes o punzocortantes que formaren parte de las herramientas o útiles propios del trabajo"*.

La sanción prevista en el inciso i) del artículo 81 del Código Laboral es el despido, luego que el patrono haya apercibido previamente, una vez, al trabajador, por portar armas de cualquier tipo en horas de trabajo y éste continúe haciéndolo o al menos lo efectúe una vez más y se torne acreedor a tal drástica sanción.

Por su parte, el artículo 154 del Código de Policía (cuerpo de leyes derogado) ordenaba que:

"El que portare armas prohibidas con quebranto de las leyes o de los reglamentos, será castigado con la pena de treinta días de arresto inmutable".

Este Código fue derogado, por la presente Ley General de Policía la cual fue hecha con las miras a responder a intereses de la patria. Con una mejor coordinación interinstitucional; siendo este un proceso por el cual una organización apoderase una vida propia, desarrollándose sus procesos de renovación y regeneración que trascienden a líderes y particulares, para garantizar profesionalismo de los cuerpos policiales, refiriéndose al entrenamiento del personal para sus respectivos roles, supone educación formal en academias o escuelas de policía, calzando así con un programa de reestructuración del Estado desenvuelto por el Gobierno a partir de 1994.

Creado además, con profesionales especializados en diferentes materias para poder abarcarlo con diversos enfoques para así proporcionar modernismo; tanto en armas tácticas, con recursos más sofisticados de tecnología y en su ámbito. Ya sea disciplinando en su mismo gremio bajo delimitaciones de competencias, hasta una adecuada aplicación de los derechos laborales.

El artículo 81 del Código de Trabajo que consagra las denominadas causas justas que facultan al empleador para despedir al trabajador, establece, en su último párrafo que:

"Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes".

Para intentar llegar a una conclusión sobre este tema debemos destacar entonces, la diferencia entre lo disciplinario administrativo y lo penal propiamente dicho. Se trata de disciplinas autónomas, de manera que puedan existir

simultáneamente la sanción administrativa y la sanción judicial, siempre y cuando no se dé la identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico.

En todo caso, la Administración está sujeta a los tribunales de justicia, lo cual implica que la materia administrativa es totalmente revisable, desde todo ángulo, por los tribunales de justicia.

Pero además, si se da la identidad plena, habría que respetar y darle prioridad a la fase judicial sobre la administrativa (subordinación de lo administrativo frente a lo judicial). Si se realizan simultáneamente un procedimiento sancionatorio administrativo y un proceso penal con base en esa identidad de elementos, el procedimiento administrativo debería suspenderse hasta que recaiga sentencia con carácter de cosa juzgada material, que es la única fórmula que puede hacer caer la presunción de inocencia. Eso es lo que en cierta forma tutela el artículo 43 inciso d) del Estatuto del Servicio Civil, aunque esa norma tiene el inconveniente de que autoriza que la suspensión sea sin pago de salario, con lo que deviene en inconstitucional por violación de la presunción de inocencia, según lo veremos luego.

Para efectos de prescripción, en ese caso, el procedimiento administrativo se debería entender suspendido, mientras se tramita el proceso penal. Esto con base en un criterio de oportunidad de la Administración, que aseguraría los derechos fundamentales del funcionario (el principio de non bis in idem y el de presunción de inocencia).

El Título XV del Libro II (Delitos contra los deberes de la función pública) del Código Penal contiene delitos que son claramente atribuibles, en dinámica administrativa, a los funcionarios públicos. Aquí se encuentra un elemento de interrelación permanente que posibilitaría mucho y peligrosamente, la no aplicación del non bis in idem.

Frente a los hipotéticos delitos de empleados públicos, cuya responsabilidad sólo corresponde determinarlos a los tribunales en razón de la naturaleza de la falta, el procedimiento adecuado es presentar la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público y levantar las piezas pertinentes para que éste proceda. En este evento, la Administración debe suspender el procedimiento administrativo que haya iniciado y no hacer uso de la potestad sancionatoria. A lo sumo podría suspenderse al funcionario con goce de salario si la normativa correspondiente se lo permite. (Ver Resolución n. 0499'92 a las 10:06 horas del 29 enero de 1992, Sala Constitucional).

En esta situación, la autonomía de la potestad sancionatoria de la Administración está sujeta siempre a revisión judicial, porque toda la actuación de la Administración, cualquiera que sea, sancionatoria o no, está sujeta, en potencia, a la revisión judicial. En otros términos, la autonomía no puede ser llevada a tal grado, de imposibilitar la revisión en estrados judiciales (contencioso-administrativo o penal).

Así, por sentencia número 3484-94, de las doce horas del ocho de julio del año pasado, esta Sala consideró:

"Ahora bien, si bien es cierto, que existe independencia entre el procedimiento administrativo sancionatorio y el juzgamiento de los hechos en la vía penal, no puede interpretarse, sin contrariar el derecho al debido proceso y el principio del "non bis in ídem", que si se juzga un hecho en la vía penal y el imputado resulta absuelto, pueda ser disciplinariamente sancionado en la vía administrativa por los mismo hechos. Se reconoce que uno de los límites de la potestad sancionadora de la Administración es su subordinación a la Autoridad Judicial. De haber colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación de la administración, se debe resolver en favor de la primera. De este mismo

principio se deriva la necesidad de que se respete la cosa juzgada.

Cuando no hay identidad en cuanto a sujeto, hecho y fundamento, la Administración puede sancionar y el trabajador debe acudir a la laboral. Esta dirá si se actuó bien o mal, o si la sanción es procedente o no, pero dicha discusión no se efectuará en la fase penal.” (Ver Resolución No.1636 de las 10:45 horas del 12 de diciembre de 1999, Tribunal Superior de Trabajo.)

5. ESTADO DE INOCENCIA

A pesar de que existen autores que establecen cierta distinción en cuanto a la aplicación de este principio a la relación disciplinaria, es lo cierto que en Costa Rica el asunto está resuelto a favor de la presunción de inocencia. De tal manera, el principio de ejecutividad del acto administrativo cede ante el principio de inocencia. Eso significa que la interposición de un recurso administrativo suspende la ejecución del acto.

También la presunción de inocencia recibe un tratamiento diferente según se trate de infracciones en relaciones de supremacía general o de especial sujeción, en lo que alcanzó a ver, domina en este punto el parecer de García de Enterría, que entiende que en las infracciones en relaciones de supremacía general las garantías han de ser mayores, de manera que deberá concederse la suspensión de la efectividad de la sanción, en caso de recurso, siempre que se solicite por el administrado, al margen de las garantías que se le exijan, dado el valor preferente de la presunción de inocencia. Pero no sucede así en las infracciones en ámbitos de especial sujeción, en las cuales la ejecutividad si se considera compatible con la presunción de

inocencia, además de constituir una exigencia lógica de la Autotutela administrativa, que es lo que en ellas tiene aquel valor preferente.⁶⁰

Por otro lado, implica la imposibilidad de ordenar la suspensión temporal sin goce de salario o indefinida, del servidor mientras se resuelve el procedimiento administrativo. Así expresamente lo ha declarado nuestra Sala Constitucional en varios casos, pues se considera que al funcionario, en caso de suspensión o de despido, se le causa un grave perjuicio personal y familiar, social y económico, que hay que tomar en consideración.

Así por ejemplo los Votos 1837-91 del 18 de setiembre de 1991 y el No.4014-93 del 20 de agosto de 1993, la Sala declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad contra la interpretación y aplicación del artículo 29 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *"... en cuanto implique la suspensión sin goce de salario de los servidores judiciales contra quienes se haya dictado auto firme de elevación a juicio o de citación a juicio, disposición que debe interpretarse y aplicarse en el sentido de que la suspensión ahí dispuesta ha de ser con goce de salario"*.

De tal forma, si un proceso penal ya se ha iniciado y la Administración no puede, por las circunstancias del caso, comenzar el procedimiento administrativo, pues debe esperar el fallo judicial, el funcionario implicado debe continuar trabajando, pues se le aplica el principio de presunción de la inocencia. Si al funcionario se le suspende, esa presunción se violenta, porque de alguna manera se le está inculcando y se le pueden irrogar severos perjuicios como se ha narrado.

**“SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA.- San José, a las ocho horas treinta minutos**

⁶⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit, nota 56, pág. 252.

del veintidós de abril de mil novecientos noventa y cuatro.-

I. En observancia del principio o estado de inocencia que acompaña a todo imputado durante la tramitación de la causa penal, su libertad solamente puede ser restringida si existen motivos procesales que efectivamente lo ameriten, así lo ha establecido claramente la jurisprudencia de esta Sala. En el caso presente no se objeta la privación de la libertad del imputado, sino la no concesión de la excarcelación.

II. Pero, en concordancia con lo anterior, si el Juez encuentra que la mantienen los motivos que en su momento determinaron la restricción a la libertad, es razonable denegar la excarcelación, que no constituye un derecho del imputado. En el presente caso y según se desprende de la última resolución mediante la cual se denegó la solicitud de excarcelación (visible a folio 445 del expediente), la razón principal de la negativa se sustenta en la evasión del centro penal por parte del aquí recurrente en el año de mil novecientos ochenta y nueve (ver rebeldía a folio 288), con un período en fuga que abarcó cuatro años, todo lo cual hace presumir fundadamente que de estar en libertad, el señor R con sobrada razón podría eludir la acción de la justicia, como ya lo hizo. Dicha argumentación considera esta Sala es razonable y ajustada al caso que nos ocupa, por lo que el recurso debe ser declarado sin lugar al no encontrarse yerro constitucional que reprimir.”

6. EL PRINCIPIO PROHIBITIVO DEL USO DEL PODER DISCRECIONAL

Según lo manifiesta el Dr. Jiménez Meza,

"... la discrecionalidad siempre implica cierto margen de libertad entre parámetros fronterizos que determinan el límite de sujeción objetiva para la acción u omisión

administrativa".⁶¹

Sobre la discrecionalidad ya expusimos varios ejemplos cuando hablamos de la tipicidad. Pudimos determinar entonces que debido a la relativa aplicación del principio de tipicidad, la Administración tiene cierto margen de libertad tanto para determinar la gravedad de una falta, como para definir la imposición de la sanción correspondiente. El propio Código de Trabajo, al incluir como causal de despido *"cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato"* (artículo 81 inciso l), deja al patrono un amplio margen de discrecionalidad. Pero obviamente, cualquier decisión es revisable por los tribunales de justicia. De hecho, son los tribunales de justicia los que han venido interpretando que se entiende por falta grave para efectos de aplicar el despido sin responsabilidad patronal. Como lo ha reiterado la jurisprudencia interpretando en su verdadero espíritu el último inciso del artículo 81 del Código de Trabajo, la falta grave debe constituir la uno o varios actos de tal gravedad que hagan imposible la continuación de las relaciones entre el trabajador y su patrono.⁶²

Al respecto se ha dicho:

"... la falta que se le endilgue al trabajador para imponerle la mayor de las sanciones, sea el despido, debe aparecer a los ojos del juzgador como real, patente e inobjetable, sin que medie la menor dubitación en lo que a su exigencia se refiere; en tal sentido la prueba ha de ser precisa y diáfana, siendo que el empleador, por el principio de la reversión de la prueba, debe demostrar fehacientemente la causa del despido según el principio in cumbit probatio qui dixit que contiene el numeral 719 del Código Civil. Es por lo anterior que compartimos el criterio exteriorizado por el órgano a quo cuando manifiesta que

⁶¹ JIMÉNEZ MEZA, Manrique, op. cit, nota 15, pág. 15,

⁶² TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, No.831 de las 16 horas del 15 de diciembre de 1988.

la infracción no puede ser genérica o abstracta, ya que debe ser hecho en forma global y en conciencia como lo manda el artículo 486 del Código de Trabajo, no cabe la menor duda de que la falta de la evidencia necesaria para arribar a la plena convicción del motivo de la destitución del actor; el patrono no puede acreditar las faltas graves con criterios subjetivos".⁶³

De lo anterior se desprende la necesidad de buscar que la materia disciplinaria esté regulada de tal forma, que restrinja la posibilidad de la Administración de valorar los hechos en forma subjetiva. En este sentido es ilustrativo el artículo 194 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, al cual ya hicimos referencia.

“La Sala Constitucional en el voto n.2261-92 de las 9:36 horas del 14 de agosto del 1992 al resolver el recurso de amparo interpuesto por J.G.C. contra Lic. Elizabeth Odio, consideró en el inciso 4 “ si bien la concesión de la prórroga a la licencia sindical sin goce de salario es una facultad discrecional de la Administración, esa discrecionalidad debe ejercerla dentro de ciertos límites, como la obligación genérica de razonar los actos administrativos en este caso, se violó las disposiciones de la Ley General de Administración y el debido proceso consagrado en el artículo 39 de la Constitución”

7. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Íntimamente ligado con la exigencia de tipicidad de la falta y de la sanción, el principio de proporcionalidad establece que entre el hecho infractor y la sanción debe darse una correlación de identidad.

"Es imprescindible que opere una equitativa correspondencia entre la gravedad de la falta y la

⁶³ TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, No.609 de las 14:30 horas del 31 de agosto de 1989.

magnitud de la sanción. Tal es la significación, del principio de proporcionalidad. Por consiguiente revisar si en el ejercicio de su poder disciplinario, la Administración respeta la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la falta y la imposición de la sanción, por lo que se debe determinar si los hechos son o no ciertos; analizándolos, enmarcarlos en una norma que lo sancione limitándose; al mínimo y máximo, luego conforme un juicio lógico de las situaciones consecuentes como el número de responsables involucrados, naturaleza de la falta, daños y perjuicios ocasionados a la Administración como demás personas, interrupción del servicio, reincidencia, reiteración. Sólo así se tendrá un equivalente razonable a la hora de su aplicación como un de los principales ideales de la Constitución.”

8. EL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD CON RELACIÓN A LA PRESCRIPCIÓN

Para efectos de ejercer su potestad disciplinaria en un caso concreto, a la Administración se le concede un plazo dentro del cual debe actuar. Una vez que este transcurre, prescribe la posibilidad de sancionar al funcionario. Tradicionalmente se ha sostenido que la prescripción es:

"... la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo, ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad, ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia..."⁶⁴

La prescripción supone entonces la inactividad durante determinado plazo, que de conformidad con el artículo 603 del Código de Trabajo, es de un mes a partir de que fueron conocidos los hechos.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha establecido que la jurisprudencia se ha pronunciado referente a este principio la Sala Constitucional, San José, a las quince horas con veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Como bien lo señala la Sala Tercera en la citada sentencia, la variación del factor económico, solo pretende mantener la punibilidad de los niveles económicos reales, pues si se utilizaran cifras fijas, como lo hizo la reforma penal de 1982, se aumentarían las penas en forma proporcional a la inflación monetaria, pues rápidamente las cantidades fijas pierden actualidad ante un proceso inflacionario constante. No se trata pues, de un cambio en la política criminal del Estado que busque reducir sanciones, sino una política criminal que busca mantener los niveles de punibilidad en términos reales.

La prescripción es la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia, y cuando un ente es titular de un derecho y ha estado bastante tiempo sin ejercerlo, se extinguirá por la falta de interés, y ello por cuanto el orden público y la paz social reclaman consolidación de las situaciones adquiridas (Tribunal Superior de Trabajo sentencia n.2600 de las 13:15 horas del 27 de mayo de 1981).

Existen autores que sostienen que:

“... si bien es cierto que en la prescripción existe una razón de utilidad social y de paz jurídica, se realiza mediante la tutela de un interés que es exclusivamente privado: el interés del sujeto pasivo del derecho o de la acción”, dicho de otro modo” la prescripción es una

⁶⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, No.2600 de las 13:15 horas del 27 de mayo de 1981.

expresión muy clara del favor debitoris, es un medio legal de tutela del demandado”.

La prescripción se introdujo más bien contra la negligencia que a favor de quien prescribe, pero su gravedad es que es contra el bien común y el interés público.

Sin embargo, no se había pronunciado la jurisprudencia acerca del plazo que tenía la Administración para realizar el procedimiento disciplinario, por lo que éste en la práctica, podría ser indeterminado.

Pero de acuerdo con lo dictado por la Sala Constitucional en el Voto No.2162-93, la Administración goza de un plazo de dos meses para concluir mediante acto final, el procedimiento disciplinario. En el considerando IV de esa resolución la Sala indicó:

"... Según el artículo 261 inciso 1 y 2 en relación con el artículo 126 de la Ley General de la Administración Pública: 1) El procedimiento administrativo deberá concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación... 2) Y para tramitar la fase de revisión por recurso ordinario contra el acto definitivo, habrá el término de un mes contado a partir de la presentación del mismo... por consiguiente tanto el Tribunal de la Inspección Judicial como la Corte Plena, dictaron la remoción del recurrente fuera de los plazos establecidos por ley al efecto violándose de nuevo el derecho al debido proceso del recurrente”.

Es necesario precisar sin embargo, los términos de esa resolución, pues en nuestro criterio, si en una institución pública existe normativa expresa que regule el plazo para la realización del procedimiento disciplinario, será éste el que se aplique.

Específicamente en materia de prescripción, diversas normas se refieren al tema. Así por ejemplo, el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, regula el régimen de la prescripción de la siguiente forma:

El artículo 97 indica:

"Todas las acciones y derechos provenientes del Estatuto y del presente Reglamento, prescribirán en el término de tres meses, con excepción de los casos previstos en los artículos siguientes".

Por su parte el artículo 98 señala:

"Prescribirán en dos meses:

- a. Las acciones para reclamar contra los despidos injustificados o destituciones de los servidores regulares que se efectuaren sin observarse los trámites que establecen el artículo 43 del Estatuto y el artículo 90 del Reglamento, a partir del momento de la separación. La prescripción sólo se interrumpe por la presentación de la demanda respectiva ante el Tribunal de Servicio Civil; y
- b. Las acciones para pedir la ejecución de las resoluciones y fallos del Tribunal del Servicio Civil y del Tribunal Superior de Trabajo".

Del código Trabajo, tratándose de este argumento están los siguientes artículos:

"ARTICULO 602.- Salvo disposición especial en contrario, todos los derechos y acciones provenientes de contratos de trabajo prescribirán en el término de seis meses, contados desde la fecha de extinción de dichos contratos".

" ARTICULO 607:Salvo disposición expresa en contrario, todos los derechos y acciones provenientes de este

Código, de sus Reglamentos y de sus leyes conexas, que no se originen en contratos de trabajo, prescribirán en el término de tres meses. Este plazo correrá para los patronos desde el acaecimiento del hecho respectivo y para los trabajadores desde el momento en que estén en posibilidad efectiva de reclamar sus derechos o ejercitar las acciones correspondientes".

“Sala Constitucional, San José catorce horas y cincuenta y seis minutos del veintidós de noviembre del dos mil

IV. Es cierto que el instituto de la prescripción no es en su esencia inconstitucional, puesto que ayuda a integrar un principio básico del ordenamiento, cual es el de la seguridad jurídica. No obstante, en el presente caso [se refiere al caso de los derechos laborales derivados del contrato de trabajo, incluyendo en ellos los que la ley se otorga como parte de una relación laboral], estamos ante derechos que son, de conformidad con la norma 74 de la Constitución, irrenunciables y, por ende, merecedores de una tutela especial incluso en cuanto a su régimen de prescripción, pues como ya se dijo, ha de tenerse en cuenta como único criterio aceptable de la prescripción, el principio de seguridad jurídica, pero sin admitir, se reitera, en relación con el artículo 74, que ese plazo sea válidamente de tan solo tres meses, en perjuicio del trabajador.

Que al analizar las reglas y los casos en donde debe aplicarse la prescripción de derechos laborales, debe en todo momento tenerse en cuenta la naturaleza social de los derechos en juego y la particular situación de los trabajadores que, en determinadas circunstancias, pueden verse compelidos a renunciar explícita o tácitamente a sus derechos.

II. Así, aunque el instituto de la prescripción implica siempre la renuncia de derechos, debe partirse de que existen tres motivos por los cuales puede aquella

aplicarse: uno, una presunción de pago o cumplimiento; otro, una presunción de abandono -renuncia-; y otro, por razones de orden público vinculadas al principio de seguridad jurídica.

Generalmente las prescripciones que operan en un plazo corto, se fundan en alguno de los dos primeros motivos, admiten prueba en contrario y nunca son declarables de oficio, puesto que esta categoría de prescripción es, a su vez, renunciable; en cambio las que encuentran su justificación en el tercer motivo expuesto, conocidas generalmente como prescripciones “largas” o extintas, son asociadas a la necesidad de que las situaciones jurídicas consumadas no se mantengan en estado precario por demasiado tiempo, con menoscabo de la seguridad jurídica, el orden y la paz sociales, así como de los derechos de terceros, por lo que es posible que estas prescripciones sean incluso consideradas como de “orden público”, por ende irrenunciables y declarables de oficio, con lo que hasta llegan a ser reemplazadas por una verdadera caducidad, especialmente en el derecho público, tal el caso de los actos administrativos, cuya nulidad, incluso la más absoluta y manifiesta, resulta imposible de declarar transcurridos que hayan sido los cuatro años de su caducidad (artículos 174, 175 de la Ley General de la Administración Pública y 35.1 in fine de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Además, debe recordarse que, como bien se ha dicho, en materia de derechos fundamentales, la regla es la irrenunciabilidad, derivada precisamente del carácter básico de esos derechos fundamentales, la regla es la irrenunciabilidad, derivada precisamente del carácter básico de esos derechos constitucionalmente reconocidos, lo cual causa además, la necesidad de una protección especialmente enérgica, justificando por sí solo el criterio de la imprescriptibilidad de los derechos y de sus posibilidades de ejercicio, principio que a su vez impone, excluir la aplicación de técnicas que suponen su

abandono o renuncia, al menos tácita, como, en el procedimiento administrativo, las de “acto consentido”, prescripción, caducidad u otras formas de preclusión de su protección. Paradójicamente, en el derecho laboral, a pesar de la disposición constitucional del artículo 74, que declara irrenunciables los derechos de los trabajadores, tanto si emanados de la misma Constitución, como de la legislación laboral o leyes conexas, no obstante el Código de Trabajo estableció plazos de prescripción cuya más tolerante calificación posible es de “fugacísimos”, en tres categorías: a) prescripciones especiales, de los artículos 603, 604, 605 y 606; b) prescripciones generales, en el numeral 602, referido a los derechos derivados del contrato de trabajo, de seis meses y a partir de la conclusión de la relación laboral; y c) la del 607, para los demás derechos derivados de la legislación laboral. Las prescripciones reguladas en el artículo 602 son las más generales, porque todos los derechos del trabajador como tal, frente a su empleador, siempre nacen de ese contrato, hoy denominado de manera más correcta “contrato realidad”, o “relación laboral”. El que haya un mínimo por debajo del cual no es posible, por tanto válido, contratar, no le disminuye o elimina a la relación su carácter contractual, pues lo que ocurre es que la ley se incorpora al contrato, el cual a su vez es el medio que actualiza los derechos y deberes de las partes en el caso concreto.”

9. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El debido proceso legal es un principio de orden procesal que garantiza a base de numerosos postulados concretos, que las posiciones jurídicas protegidas del administrado no podrán afectársele sin la existencia y el desarrollo de un proceso administrativo justo, que le permita una adecuada oportunidad de defensa tutelando a la persona frente al silencio, error, o arbitrariedad de los aplicadores del

derecho y logrando que en definitiva se garanticen no sólo el resto de los derechos fundamentales del afectado sino el acierto en la decisión administrativa.

Se enmarca dentro del tema más amplio de los principios del procedimiento administrativo, este es el conjunto de normas (actos, formalidades y trámites) jurídicamente reguladas, que la Administración debe utilizar para preparar y emitir sus actos de donde se sigue el debido proceso consistiría en un sentido formal en que el procedimiento se substancie con arreglo a lo dispuesto a la ley adjetiva, cumpliendo con los trámites formalmente válidos, garantizado no sólo legal sino inclusive constitucional e internacionalmente-tratados y convenios entre países sobre derechos humanos.-

No obstante, también podemos señalar que no basta con el cumplimiento del debido proceso formal, sino que debe procurarse en todo procedimiento que afecta ámbito jurídico subjetivo la necesaria dosis de justicia, seguridad y razonabilidad en las actuaciones y valoraciones que se hagan en el debido proceso sustantivo.

Según el artículo 39 de la Constitución Política, el ciudadano debe tener, a su favor, todas las garantías y derechos de un proceso penal en la fase administrativa. La incorporación de los elementos del proceso penal, en esta sede, es para garantizar que el ciudadano, en este caso, el funcionario público tenga, a su favor, todos los derechos de un proceso penal dentro del procedimiento administrativo, sin que eso, confunda los procedimientos.

Al ubicar la potestad sancionatoria en la dinámica penal, lo que se pretende es evitar abusos de la Administración y que ésta suplante a los jueces penales en sus funciones, y dañe a las personas, como ha ocurrido no pocas veces, de manera irreversible en un plano moral. A tal punto ha llegado este menoscabo moral, que aun

cuando llegue una sentencia penal, con carácter de cosa juzgada material favorable al inculpado, éste ya puede haber sido liquidado, prácticamente, por los diversos medios de comunicación colectiva, cuando tienen acceso a la información sobre procedimientos disciplinarios de funcionarios públicos.

Sobre este principio, nuestra Sala Constitucional ha señalado:

"En efecto el debido proceso es un principio que podríamos denominar matriz a partir del cual surgen o el cual se descompone en otros tantos principios o derechos, de ahí que el derecho de audiencia, el derecho de defensa, el de tener acceso al expediente administrativo y consecuentemente el de poder oponer prueba a los datos que obren en poder de la Administración, el derecho a una resolución debidamente fundamentada y en concordancia con lo que se haya investigado en el procedimiento seguido hasta llegar al derecho de recurrir de la resolución que depare perjuicio, son todos componentes de aquel más amplio que llamamos globalmente debido proceso y que algunos autores llaman principio del proceso regular y legal. Afirmar que con solo ofrecer al afectado oportunidad de recurrir estamos satisfaciendo el requerimiento constitucional, es actuar equivocadamente, pues entonces se ha causado indefensión en la etapa más importante del procedimiento administrativo en la que aquel a quien se le va a aplicar alguna sanción debe ser previamente enterado de ese propósito para que entonces pueda ejercer a plenitud sus derechos. El permitirle intervenir solamente cuando ya el acto final ha sido dictado, argumentando que aún se tiene derecho a recurrir es burlar el propósito de la Constitución Política y actuar arbitrariamente"⁶⁵

⁶⁵ SALA CONSTITUCIONAL, Voto No.1091-91 de las 14:14 horas del 6 de junio de 1991,

Como puede extraerse de esa resolución, el debido proceso implica respetar dentro del procedimiento, una serie de garantías procesales en tutela del servidor:

- a. Derecho a que se le informen los cargos en su contra.
- b. Acceso al expediente administrativo.
- c. Derecho de presentar pruebas y argumentos de descargo.
- d. Derecho de ser notificado de las resoluciones.
- e. Derecho de impugnar resoluciones.
- f. Principio de imparcialidad y contradictorio.

Estos elementos son básicos y constituyen un *numerus apertus*.

Todo esto enfocado a hacer los derechos fundamentales y así aceptar en el resultado; evitando el error, silencio o la arbitrariedad, tratando de generar una justicia administrativa.

A continuación una sentencia de SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

“En síntesis, la garantía del debido proceso con relación a la ley, es la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el supuesto de la norma y las consecuencias que ellas establece para dicho supuesto, tomando en cuenta las circunstancias sociales que la motivaron, los fines perseguidos por ella y el medio escogido por el legislador para alcanzarlos.”

Uno de los tantos casos que se viola este principio es cuando actúan en forma ilegal y sólo a la hora de presentar el recurso ante la Sala se le restaura los respectivos derechos en el proceso.

Por ejemplo:

“... De los autos se desprende que el recurrente fue despedido sin que se le siguiera el debido proceso, pues fue después de que se le comunicó tal decisión que el señor G.V., inició las gestiones del despido ante el Tribunal de Servicio Civil.(Ver documento de folio 4,27 a.29).De igual manera se demostró que el recurrido suspendió la ejecución del acto impugnado cuando se le notificó la interposición de este Recurso y que el recurrente fue reinstalado a su puesto, enderezándose los procedimientos de despido ante el Tribunal de Servicio Civil .(Sala Constitucional Resolución # 1763-90 de las 17:16 hrs. Del 11 de marzo de 1990)”

Otra situación resalta en la misma Sala insistentemente ha considerado que el debido proceso, con todas las garantías para el servidor ; inicia en la Dirección General de Servicio Civil, con audiencia al accionado por el término de diez días sobre el expediente de la gestión de despido.

Es a cerca de alegaciones que no han sido acogidas de violación del debido proceso que se han pretendido hacer valer cuando un Ministro expone una gestión de despido ante la DGSV sin haber realizado procedimiento ordinario a lo interno. Véase las resoluciones: 2368-99 de las 15:06 horas del 26 de marzo de 1999 y 5286-96 de las 15;27 horas del 08 de octubre de 1996 entre otras.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

Este trabajo culminado luego de un análisis e investigación exhaustiva, me ha permitido en mi condición de egresada tener un mejor panorama de la materia de administrativa, laboral; especialmente a lo relativo al régimen de sanciones, servidores públicos, principios procesales fundamentales.

Para el autor H. Campagnale, el derecho disciplinario

“... consiste en la facultad o poder que dispone la Administración para aplicar a sus agentes sanciones de distinta gradación por el incumplimiento de sus deberes, que nacen de la relación jurídica funcional, y previstas en normas jurídicas administrativas”

Facultad que se justifica en la necesidad de sancionar o corregir el prestigio, la dignidad o el decoro de los funcionarios, indispensable para el cumplimiento de los fines de eficiencia y sana administración del Estado.

Como anota Cretella Junior, comentando acerca de este mismo tema

“... los estudios referentes a la jerarquía, a la disciplina y a las sanciones correspondientes han adquirido tan gran desenvolvimiento, que se ha llegado a hablar de una nueva rama de la ciencia administrativa, el derecho disciplinario, íntimamente ligado a la idea de poder disciplinario, de autoridad disciplinaria y, por lo tanto de jerarquía. Al derecho disciplinario corresponde el derecho

procesal disciplinario, esto es, el conjunto de principios que regulan el procedimiento disciplinario". (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas treinta y tres minutos del siete de julio de mil novecientos noventa y ocho).

Algunos deberes generales son: el de obediencia, que consiste en el respeto y obediencia a las autoridades superiores jerárquicas; y la prestación del servicio, que consiste en el deber del funcionario de la realización de las prestaciones propias de su cargo, que viene dado por la naturaleza de la función, para el mejor servicio público, rendimiento o productividad en los servicios, quedando los funcionarios obligados al fiel cumplimiento de la función o cargo, cumpliendo la jornada de trabajo reglamentario, debiendo colaborar lealmente con sus jefes y compañeros de trabajo, para el mejoramiento de los servicios y consecución de los fines de la unidad administrativa en que se halle destinado.

La prestación del servicio debe ser personal, en virtud de la presunción oficial en favor de la competencia del funcionario asignado. También constituyen deberes generales el deber de reserva, que estriba en la obligación de proceder con la debida discreción en el desempeño del cargo, guardando el oportuno silencio en los casos en que la índole de la función lo exija -en el sector público el quebrantamiento del secreto puede generar severas sanciones disciplinarias, e inclusive de tipo penal, como es el caso del ámbito disciplinario diplomático y del Poder Judicial, en la revelación de los secretos afectan la seguridad del Estado, o los intereses de las partes, causando graves daños y el deber del decoro exige que el oficio público sea atendido por su titular con el debido respeto y corrección, tanto en lo profesional como en lo social, en razón de la institución que representa. El deber de consagrarse por entero y con todo celo y decoro al cargo asignado, veda al funcionario el ejercicio de otros

cargos o funciones, por cuanto imposibilitaría el buen servicio de ambos. En ocasiones la índole del empleo excluye el ejercicio de determinadas profesiones. El funcionario público no podrá actuar al servicio de terceros en asuntos en que esté interviniendo por razón de su cargo, ni de los que se hallen en tramitación o pendientes de resolución en la oficina en que labore, ni tampoco podrá ser abogado, procurador o perito de tercero en cualquier clase de litigio contra el Estado. El incurrir en alguna de estas incompatibilidades se calificará como falta grave o muy grave, debiéndose además sancionar las faltas o ausencias, retrasos, descuidos, informalidades o negligencias que se originen en el ejercicio de actividades compatibles.

Como hemos visto, el derecho disciplinario supone una dependencia del órgano obediente a la disciplina y el órgano que la implanta; de carácter correctivo las sanciones a modo de castigar, corregir así como educando a la vez.

Siendo el colofón asegurar el buen funcionamiento y cumplimiento de las normas, de la responsabilidad disciplinaria.

La cual también los servidores públicos deben reconocerla desde que inicia en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligación de los mismos, con sanciones que inciden en sus derechos.

Como obligación primordial de los servidores públicos, suministrar las asistencias que les atañen como funcionarios del Estado desplegando la relación de empleo público regida por los principios generales del derecho administrativo y para que sus solicitudes sean resueltas apegados al contenido de la lógica decisión.

El incumplimiento o que incurra en forma irregular, permite el uso de sanciones disciplinarias, implícitamente justificando la destitución o remoción a la vez que pueden generar las responsabilidades civiles y penales, claro está que deben estar

aplicadas con estricto apego a las garantías del debido proceso, ya que nos encontramos frente a actos de gravamen, o sea los que limiten o denieguen derechos a los funcionarios.

Aún así es preferible que antes de recurrir a medidas tan extremas se hagan respetar los deberes y obligaciones, vigilándolos el buen ejercicio de su labor, tramitando quejas y resolverá lo que descienda del régimen disciplinario, sin inconveniente de las atribuciones que tengan en la materia otros órganos.

Es por todo lo anterior expuesto que mi trabajo de graduación se ha dirigido principalmente a analizar este tema que considero de gran importancia para esta materia y para el derecho en general.

2. RECOMENDACIONES

A lo amplio de nuestro trabajo de graduación, nos hemos dedicado a exponer a fondo múltiples figuras del derecho administrativo y de algunas otras materias que tienen relación estrecha con el desenlace de nuestro proyecto, sin embargo como uno de los objetivos principales que tuvimos al escoger nuestro tema para culminar nuestra tesis, fue la de poder aportar, en nuestra condición de estudiantes y futuros profesionales, algún esfuerzo con la intención de darle un poco de matiz a este argumento.

Es por lo anterior, que a continuación procederemos a realizar algunas sugerencias y propuestas, que a nuestro criterio en esta materia representa un importantísimo instrumento jurídico para la protección de los trabajadores del Estado.

EL trabajo es un acercamiento a una solución no definitiva en este momento, pero sí una inquietud que merece atención por su incidencia directa con el trabajador y el Estado.

La relación del derecho procesal laboral con el administrativo, debido a que es en este campo donde se legaliza las organizaciones de los trabajadores, se arregla conciliatoriamente muchos de los conflictos individuales y colectivos que surgen entre patronos y trabajadores y que tiene una participación activa, preventiva y definitiva en las actividades antes de llegar a los órganos jurisdiccionales correspondientes y aplicando normas procesales administrativas a conflictos laborales. Pues muchos de los actos administrativos simplifican ante los tribunales por violación de procesos y se tiene que determinar si el procedimiento administrativo y aplicable de las leyes laborales ha sido correcta o no.

Establece una violación el permitir juzgar como excusa de: silencio, oscuridad o en el peor de los casos insuficiencia de las leyes; dando resultado muy posibles actos arbitrarios. Por lo que se debe administrar de oficio toda diligencia para impedir nulidades, estar alerta en cuanto a la tramitación procurándose la economía procesal, prover la igualdad jurídica de las partes intervinientes de la causa, previendo y sancionando cualquier hecho encontrado al deber de lealtad, probidad y buena fe.

A través de varios años se han presentado vicios que no deberían suceder en la aplicación del régimen sancionatorio, entre muchos están: falta de impugnación o creadas de última hora, falta de congruencia y hasta algunos matices inquisitivos de tener el servidor público que demostrar su inocencia.

En la jurisdicción Contenciosa, en cuanto se trata de estos funcionarios; en este momento es como un péndulo que cambia constantemente sin ningún claro enfoque de su fundamento.

Puesto que tener como patrono a la Administración, no estamos hablando de iguales sino de juris puplisista y con los diferentes criterios que conlleva

estar en un juzgado que no le corresponde, se recomienda una jurisdicción especial la cual podríamos llamar “contenciosa –laboral”.

En conexión con esto años antes la Magistrada Anabel León, presentó un proyecto similar en la administración Calderón, que lamentablemente no surtió efectos a causa de diferencias políticas.

Con respectivos jueces especializados aplicando debidamente las sanciones que les son familiarizados en los procesos, orientados al interés público que se debe mantener.

En tal planteamiento surgiría la exclamación: ¡desde hace varios años el Poder Judicial grita no hay presupuesto!

No hace falta un gran despliegue de costos, ya que se partirá de sacar los casos del juzgado de trabajo y contencioso tratando de dejar en equilibrio el porcentaje de jueces que saldría para la nueva área. Siendo muy útil el descongestionar los expedientes, logrando concentración total en su propia competencia.

Se entrenará a los legisladores para su mayor eficiencia complementando la otra materia, por ejemplo como una maestría, que eventualmente la Corte de Justicia podrá adoptar en sus sistemas de becas encauzados al mejor desarrollo judicial.

Durante el desenvolvimiento de este transcurso de cambios, en este momento se encuentran capacitados unos jueces que por iniciativa al afecto se su profesión decidieron perfeccionar más sus conocimientos, demostrándose que existe de buena calidad materia prima intacta en esta viable posibilidad.

Y si todavía se temiere, el impulso de dejar “desprotegidos” los otros juzgados, se podría tener a prueba, nombrando por turnos a los mismos capacitados por ejemplo sólo seis meses o cuatro, etc.

Se aplicarían con los recursos que hay, teniendo paciencia sin cometer el mismo error que en todos los tribunales, al exigir un número determinado de resoluciones; comparando siempre con las otras provincias, descuidando muchos factores (ver anexos de porcentajes) con vista de futuro conforme se vaya organizando habrá más personal e ideas puliendo esta inicial propuesta.

Con el fin de poder hacer una realidad nuestra propuesta de la necesidad de la creación de una jurisdicción contenciosa administrativa, se debe derogar el inciso e) del párrafo 2) del artículo 367 de la Ley General de la Administración Pública, ya que este sería el único impedimento legal para encontrar una justicia más pronta y cumplida en el ámbito laboral, con lo que se le daría a las partes un mejor trato de carácter social, tal y como lo dispone uno de los principios que rigen la materia de trabajo.

CAPÍTULO VI

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALFARO MUÑOZ, Edgar y otro. **Documentos para el estudio del Derecho Laboral**. Sistemas Gráficos, San José, 1991, pág. 262 - 264.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas. Tomo I. Imprenta Nacional, 1951, pág. 64-65.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas. Tomo III. Imprenta Nacional, 1956, pág.474.

BLANCO VADO, Mario. **La negociación colectiva de ipso en la Administración Pública Costarricense**. En Debate Laboral No.6, 1990, pág. 217 y siguientes.

Bolaños González, Jimmy ,Derecho disciplinario de la Función Pública,1 ed.,San José, C.R. IJSA, abril del 2000.

CANASI, José, **Derecho Administrativo**. Volumen I. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972. pág. 213.

CANO MATA, Antonio. **Potestad normativa sancionatoria de las Comunidades Autónomas**. En Revista de Administración Pública, No.119, mayo-agosto 1989. Pág. 211.

Dictamen C-241-79, del 16 de octubre de 1979 de la Procuraduría General de la República.

- ENTRENA CUESTA, Rafael. **Curso de Derecho Administrativo.** Editorial Tecnos, quinta edición, Madrid, 1976, pág. 382 a 383.
- FERRARI COSTA, Edgardo. **El concepto de subordinación.** Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1967, pág. 51-53.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal. Introducción y parte general.** Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, octava edición, actualizada, 1974, pág. 31-32.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.** Editorial Civitas, Tercera Edición, segunda reimpresión, Madrid, 1991, pág. 247 - 251.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. **Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992,** de 26 de noviembre, en *Jueces para la Democracia*, No.16-17, 2-3/1992, pág. 31.
- JIMÉNEZ MEZA, Manrique. **La potestad sancionatoria administrativa.** Revista *Iustitia* No.44, año 4, pág. 8.
- MARIEN-OFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo.** Tomo I, Teoría General, Segunda edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, 1977, pág. 603 – 609.
- MURILLO, Mauro. **Ensayos de Derecho Público.** Primera edición. EUNED, San José, 1988. Pág. 163.
- OBANDO VEGA, Jorge. **Naturaleza jurídica de la función pública.** En revista de *Ciencias Jurídico Sociales.* Volumen II. No.3, diciembre de 1958, pág. 70 y sgts.

- ORTEGA, Luis. **Los derechos sindicales de los funcionarios públicos.** Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 29.
- ORTIZ ORTIZ, Eduardo. **Tesis de Derecho Administrativo.** Teoría de la Organización. Pág. 53
- ORTIZ ORTIZ, Eduardo. **Tesis de Derecho Administrativo.** Tesis No.8, **El servidor Público.** Folleto mimeografiado, Pág. 21-22.
- PLA, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo.** Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1978, pág. 200.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La Autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal.** En revista de Administración Pública, No.126, setiembre-diciembre de 1991, pág. 272 - 289.
- SUAY RINCÓN, José. **El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma.** En Revista de Administración Pública. No.109, enero-abril, 1986, pág. 207.
- SUAY RINCÓN, José. **La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador.** En Revista de Administración Pública. No.123, setiembre-diciembre 1990. Pág. 153 - 154.
- VARGAS, Eugenio. **Jurisprudencia laboral.** Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 1992, pág. 48.

LEYES

Código de Trabajo, 9º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, Julio 1999.

Código Electoral. Ley No.1536.

Código Municipal. Ley No.7794.

Código Penal. 6º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, mayo 2000.

Código Procesal Penal. Concordado y anotado por Ulises Zúñiga Morales, 4º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, setiembre 1999.

Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949 y sus reformas, comentada y anotada por Rubén Hernández Valle. 1º Edición, San José, Costa Rica, Juriscentro, 1998.

Convenio 151 de la Organización Internacional de Trabajo. Ratificado el 31 de diciembre de 1991.

Decreto 4, Personas que no se consideran trabajadores del Estado o de sus instituciones, de mayo de 1959.

Estatuto de Servicio Civil y otras leyes conexas. Anotado y Concordado. Pág. 59.

Estatuto del Servicio Civil y su Reglamento. Comentado y anotado por Jimmy Bolaños González, 1º Edición, San José, Costa Rica, IJSA, enero de 2001.

Ley de Sueldo adicional a servidores públicos. No.1835. San José, 11 de noviembre de 1954.

Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. No.7762.

Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada por Roberto Quirós Coronado, Editorial Aselex, San José, Costa Rica.

Ley No.1581, del 29 de mayo de 1953.

Ley Orgánica del Poder Judicial. No.7333, 5° edición. San José, Costa Rica, IJSA, 1999.

Ley presidentes Ejecutivos. No.5507, 19 de abril de 1974.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. No.3667 de 12 de marzo de 1966.

Reglamento de Negociación colectiva de servidores públicos. Gaceta de 5 de marzo de 1993.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

SALA CONSTITUCIONAL, **Voto No.1091-91** de las 14:14 horas del 6 de junio de 1991,

SALA SEGUNDA DE LA CORTE. **No.50 de las 9:30 horas del 23 de abril de 1986**.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **Dictamen C-48-90** del 28 de febrero de 1980.

SALA TERCERA DE LA CORTE. **Sentencia No.103 de las 10:30 hrs del 2 de junio de 1989**. En Corte Suprema de Justicia. Revista Judicial. Año XVII, No.56, junio de 1992. San José. Pág. 282.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, de 3 de octubre de 1983. Pág. 212.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PUNTARENAS. **No.90 de las 11 hrs del 7 de mayo de 1987.**

TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, **No.2600** de las 13:15 horas del 27 de mayo de 1981.

TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, **No.609** de las 14:30 horas del 31 de agosto de 1989.

TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, **No.831** de las 16 horas del 15 de diciembre de 1988.

TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL. **Sentencia No.124 de las 15 hrs del 17 de setiembre de 1986.** En Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial, Año XIV, No.48 de diciembre de 1989, pág. 250.

SALA CONSTITUCIONAL, Voto No.1373-93.

SALA CONSTITUCIONAL. Votos No.2170-93 y 5000-93.

CAPITULO VII

ANEXOS

CASO OTZTURK

TRADUCCIÓN DE ITALIANO A ESPAÑOL

II Los CONTRIBUIDORES y la CONVENCIÓN EUROPEA de los DERECHOS del HOMBRE a la puntería de colocar los casos Funke y Bendeno en el contexto específico nos ubicaremos en el artículo 6 de la convención relativa al "derecho a un proceso justo", en los derechos protegidos de otros con frecuencia han salido artículos que invocan a los contribuidores, aunque con él resulta que decepciona: hasta hoy solamente en un caso, Darby v. Suecia que (1990) la corte ha decidido a que había sido violación al derecho fundamental del contribuidor, lo correcto es no ser discriminado.

A.- artículo 6: ¿el derecho a un proceso justo - los procedimientos en materia fiscal vuelven a entrar en los pronósticos del artículo 6? El artículo 6 (1) y (2) de la convención europea, cuando es aplicable, ve lo siguiente: (1) "cada persona tiene derecho a una justa y pública audiencia dentro de un término razonable, a una corte independiente e imparcial constituida para la ley, de la determinación de sus derechos y sus deberes del carácter civil, ella está fundamentada de cada acusación penal. (2) "cada persona acusada de un crimen es inocente presumiendo hasta a cuando su culpa no ha sido legal determinada. " ... Hasta que el caso de Funke, se le atribuyó el "derecho para mantener silencio" fue cubierto del artículo en objeto. Por otra parte, elemento de la importancia máxima para los contribuidores, en que hora nos detendremos.

1.La Comisión de las Comunidades Europeas, el hombre "y obligaciones civiles" en X. v. Austria (el año 80) y X. v. Francia (1983) la Comisión de las Comunidades Europeas de los derechos del hombre que para la misma naturaleza del derecho fiscal, en que predominan los aspectos derecho administrativo y el ejercicio de la potestad pública, los procedimientos en materia fiscal no implican una restricción de los "derechos y las obligaciones civiles" del recurrente. En los años pasados se pronunciaba la Comisión para la inadmisibilidad de los recursos en materia fiscal, como ejemplo, casos M de i. v. Reino unido (1987), Walter Schraft v. Alemania (1988), y Rantner v. Austria, a pesar del juicio de la corte europea de los derechos del hombre, en el caso Ringeisen v. Austria (1971) en la cual la corte determinó : "contrario a cuánto piensa la mayoría de la Comisión. 2.La "acusación penal" en segundo lugar la jurisprudencia de la corte europea el concepto de los "derechos y de las obligaciones civiles", a la igualdad de aquélla de la "acusación penal" tiene independiente significado "para la convención". En el caso Engel v. Los países bajos (1976) en que algunas infracciones en el campo del ejército que definieron "penal" a los extremos del artículo 6, la corte afirmó que una " infracción penal " habría sido considerada a los extremos del artículo 6; sin embargo, también una infracción de la naturaleza disciplinaria se habría podido considerar "penal" a los extremos del artículo 6, sobre la base de los tres elementos siguientes: (1) la categoría de la infracción a los

sentidos del derecho nacional (disciplinario o disciplinario y penal); (2) la naturaleza exacta de la infracción; y (3) la naturaleza y la gravedad del endoso. La corte ha apoyado eso en la Convención. "en el caso Campbell y El reino unido (1984) la corte ha apoyado que el artículo 6 se podría aplicar a un procedimiento disciplinario de la prisión en el cual el preso arriesgó en buena parte la reducción del dolor, y en Oztürk v. Alemania (1984) que la corte ha apoyado que tal artículo podría ser aplicable pensado también en las violaciones (no penales). El último dos de los tres criterios antes dichos (la naturaleza exacta de la infracción, la naturaleza y la gravedad del endoso) alternan y no se acumulan. La corte por lo tanto ha concluido en Lutz v. Alemania (1987) eso, también ve el endoso no es terminante, "el carácter general de la norma legal y los propósitos del endoso, impedimento y en el mismo punitivo del tiempo, [sea suficiente] de demostrar que a los extremos del artículo 6 la infracción en objeto cubre el carácter penal. "(párrafo 54). El Comisio

2. Países Bajos: Hoge Raad (el 19 de de junio de de 1985) en 1985, inspirándose en el fallo antes dicho de la corte europea en el caso Öztürk v. Alemania (1984) el Tribunal Supremo de los países bajos (Hoge Raad), también rechazó el recurso por otras razones, ha afirmado que a los extremos del artículo 6, en un procedimiento del impositivo también el endoso administrativo es de considerarse de la naturaleza penal.

3. Alemania: Bundesfinanzhof (el 13 de septiembre de 1991) en 1991, la corte fiscal (Bundesfinanzhof) decidía que no podría el contribuidor invocar el principio de un "proceso justo y expreso sancionado" de la convención europea de los derechos del hombre en cuánto la convención no puede ser invocada a un procedimiento administrativo que implica al ciudadano y su gobierno. La corte afirmó que tales sucesos habían sido los praxis constantes de la Comisión de las Comunidades Europeas de los derechos humanos, agregando eso solamente.

4. Francia: Cour de Cassation, Conseil d ' Etat y Conseil Constitutionnel por razones de orden histórico, Francia tiene un sistema doble de cortes. En lengua francesa las dos son jurisdicciones distintas de las "ordres", las cortes ordinarias (jurisdicciones de el ordre al judiciaire) representan la jurisdicción ordinaria y conocen la parte mayor de los casos civiles, comercial y penal; el superior se encuentra en Cour de Cassation. - las cortes "entrenadas" (las jurisdicciones de el ordre administrativo) tienen jurisdicción los casos en los cuales el estado es parte; el superior se encuentra el Conseil d ' Etat. Parece lógico pensar que solamente las cortes entrenadas tienen jurisdicción en los conflictos en materia fiscal, puesto que las causas de esta clase están implicadas el estado necesariamente; en práctica, sin embargo, no sucede: El tribunal general: antes de pronunciarse, las organizaciones deben ser subordinados al Consejo Constitucional que de la verificación correspondiente al principio constitucional. Los otros parlamentarios y las leyes internacionales

han venido a examinar antes del pronunciarse solamente sobre la petición del presidente de la república, del presidente del senado, del presidente de la asamblea nacional y, solamente a partir de 1974, de sesenta senadores o sesenta diputados.

El Cour de Cassation no tiene dificultad para admitir el aplicabilidad del artículo 6 de la convención en materia fiscal: los casos Lavigne (1991), decidió de la sección penal (criminelle del chambre) y Donsimoni (1990), de la sección los negocios. El Conseil d ' Etat - análogo al Bundesfinanzhof, para el cual los contribuyentes no pueden el artículo 6 invocar en los procedimientos del derecho administrativo frente el ciudadano y el estado - decide regularmente a que el artículo 6 no es aplicable en la materia fiscal, adoptando la siguiente motivación: "los procedimientos penales fiscales, el juez determina que ninguna de las disposiciones del artículo 6 (1) de la convención europea de los derechos del hombre no se aplican a los procedimientos en materia fiscal. ("juge de impot del en de los pas de las estatuas al pénale del matière ET a los droits del DES del sur de tranche pas de contestations ET a las obligaciones de del DES al caractère algunos civiles. Conséquence del en del Qu ', les dispositions de article el DES Droits de de 6-1 de Convention Européenne el Homme del au appliquent de los pas del s garantiza la derecha no a la discriminación, no aplicable ni unos ni otros si invocato independientemente (Brancourt) ni unos ni otros si invocato con al artículo 6 (Fouquet).

En 1990, sin embargo, en el caso de Boix que el Conseil d ' Etat reconoció el aplicabilidad del artículo 8 de la convención europea, está garantiza el derecho al secreto, a la documentación médica. En el caso de endosos fiscales: en sus conclusiones (concluyente exigida) en el caso Perseguers (1992) comisión del gobierno, Arrighi de Casanova, también se pregunta si los endosos fiscales no se podrían considerar de la naturaleza penal a los extremos del artículo 6, para asumir una posición exacta en cuando se vio el caso en objeto de un gravamen y los endosos no fiscales. Siempre en el Jérôme 1992 Turot, au Conseil d ' Etat de los requetes del DES de Maitre, ha escrito un artículo al comentario del fallo del Conseil y El Conseil Constitutionnel Turot notó también, sin embargo Gest, que al final de 1989 el Conseil Constitutionnel había examinado y el artículo declarado 107 inconstitucional de la institución financiera de la ley para 1990, que vio un impuesto de antemano de el 25% al cargo de los privados que no realizaron actividad económica, pero ella cobró las transacciones realizadas para los anticipos a los 150. Pensando que el artículo 107 era contrario al principio constitucional de los "derechos de la defensa" (los droits de el défense), los 1989) statuì de Conseil Constitutionnel (: "artículo 8 de los derechos del hombre [del 1789]. .. y el principio fundamental de las leyes de la república [no concurren] la imposición de un endoso [si no viene observado] el principio al respecto de los derechos de la defensa. Tal requisito es no solamente de valor para los endosos pronunciados del tribunal.

B. Artículo 8: el derecho al secreto y de las inspecciones previas europeas de la convención dice: "1.Cada persona tiene derecho al respecto de su vida privada familiar y, de su dirección y su correspondencia. 2. No puede interferir la autoridad pública en el ejercicio de tales sino en cuanto hay interferencia no vista de antemano de la ley y en cuanto constituye una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la emergencia nacional, el orden público, el bienestar económico del país, la prevención de los crímenes, la protección de la salud, o la protección de los derechos y las libertades de otra gente, la "diferencia fundamental entre el texto del artículo 8 y del artículo 6 existe una, el artículo 8 impone los límites al derecho al secreto.

1. La Comisión de las Comunidades Europeas de los derechos del hombre: Robusto - Spirlet v. Bélgica (los 7 de diciembre de 1982) la existencia de las limitaciones de las cuales sobre ella hace más difícil el artículo 8 más bien, no el artículo 6, como ella ilustra el caso Robusto - Spirlet v. Bélgica, el 19 de noviembre de 1981, en el caso Robusto - Spirlet v. Bélgica, el Cour de belgian Cassation apoyó el legítimo impuesto de la obligación al agente de las autoridades fiscales para proveer la información correspondiente. Los críticos analizando el caso de Zondervan expresaron que el Visconte Dumont, anterior general del Cour de Cassation.El agente abrogó a la Comisión de las Comunidades Europeas de los derechos del hombre, que también rechazó el recurso que admitía que el derecho de las autoridades fiscales de exigir a la una lista recurrente.

2. Corte europea de los derechos del hombre: Funke, Crémieux y Miaillhe v. Francia (el 25 de febrero de 1993) el caso Funke v.Francia no mira solamente el artículo 6 de la convención y el derecho del acusado mantiene el silencio, el aspecto que vendrá más a continuación discutido para señalar III. En el caso de Funke, invocaba también la protección del artículo 8 de la convención. Funke v. Francia, Crémieux v. Francia y Miaillhe v. Francia, la corte europea de los derechos del hombre representa una serie de tres casos en los cuales está el 25 de febrero pronunciado de 1993 y para cuál todos los recurrentes apoyaron que las búsquedas y los asimientos realizados de costumbres francesas, había sucedido la violación del artículo 8. Los tres casos se refieren a los episodios de la búsqueda y asimiento de las partes de las autoridades aduaneras. En el Funke v. Francia Jean-Gustave Funke era un ciudadano alemán que vivió en Francia, el 14 de enero 1980 tres empleados civiles franceses acompañaron a un policía, inscrito en la casa en donde vivía " para obtener información de su patrimonio en el país extranjero". Funke fue rechazado para introducir sus declaraciones de la cuenta del banco y cometiéndose una acción criminal.La corte lo condenó a una pena cada día (astreinte) hasta que él decidiera. Funke apoyado (y después de su muerte se continuó la acción) por haber sido víctima de una violación del artículo 6 (1) y (2) y del artículo 8 de la convención europea de los derechos del hombre. La corte europea afirmada con ocho votos a favor y un contrario, que el endoso para la denegación del son búsquedas y asimientos para adquirir pruebas materiales ", la corte concluyó afirmando

eso: "la legislación y los praxis en materia deben concurrir una protección adecuada y eficaz contra los abusos. "siempre para ocho votos contra uno, la corte afirmó estaban haciendo una violación del artículo 8, agregando eso: "en detalle, en ausencia de una norma que expresan las inspecciones previas la necesidad de un mandato judicial, de las restricciones y de las condiciones de la ley. .. es poco riguroso, rindiendo la interferencia en los derechos de los ciudadanos chocando con la proporción del objetivo perseguido legítimo. "Crémieux y Miaillhe v. Francia

En los casos Crémieux y Miaillhe expresó la corte también algunos casos en los que se preocupó por la posibilidad de abuso. La corte de ley europea: Hoechst v. Comisión (el 21 de septiembre de 1989) Es interesante ' para realizar una comparación entre la interpretación de la fecha del artículo 8 de la corte de Strasburgo en los casos Crémieux y Miaillhe y la posición más restrictiva asumida de la corte de ley de las Comunidades Europeas de una oración anterior, Hoechst v. Commission (1989). En el caso de Hoechst la corte de Lussemburgo apoyó que el derecho de la persona física la "inviolabilidad del poseer el sitio" se debe reconocer del ordenamiento legal de la comunidad como principio común a todos los miembros de estados, pero encontrando también que los sistemas legislativos pueden diferir en la determinación la naturaleza y el grado de protección de los "locales comerciales".Por otra parte, a parecerse de la corte, del artículo 8 de la convención europea de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

C. Artículos de los artículos 9, 10 y 12 de la convención del tutelano el derecho a la libertad del pensamiento, de la conciencia y de la religión (artículo 9), el derecho a la libertad de la expresión (artículo 10), y el derecho a una familia (artículo 12). Estos artículos vienen a menudo invocando a los contribuidores.

Igual en el caso Darby v. Suecia (1990), discutida más a continuación, en la cual el artículo recurrente 9 del invocaba, artículo 14, que garantiza el derecho no a la discriminación, y en el artículo 1 del primer protocolo a esa protección.

D. Artículo 14: de la característica de las inspecciones previas de la convención cuánto sigue: "el disfrute los derechos y las libertades reconocidos en la actual convención debe estar a la persona física o moral tiene derecho al respecto de sus activos. Nadie puede ser violentado en su característica para la causa pública y en las condiciones vistas de antemano de la ley y de los principios los genera de el derecho internacional. Las disposiciones anteriores no llevan el prejuiciamiento al derecho de los estados para poner en el vigor las leyes de ellas necesarias para regular el uso de los activos de la manera en conformidad con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos o del otro contribución o de las multas. "1.La corte europea de los derechos del hombre: Darby v. Suecia (23 de octubre 1990) el Peter de Darby, un ciudadano finlandés que vivió en su país pero trabajó en Suecia, no residente a los finales del derecho fiscal sueco.

Aunque Darby no hizo la parte de la iglesia del estado sueco¿Puede el invocar de las sociedades la convención? La respuesta es afirmativa, a pesar de algunas dudas creadas de la versión francesa ("constitución del personne") de la palabra inglesa "persona" en el artículo 25 de la convención, que ve cuánto de antemano sigue: "1.La Comisión se invierte de una pregunta tratada al general del consejo de Europa de cada persona física, de cada organización no gubernamental o del grupo privado, que espera de ser víctima de una violación de la parte de una de las altas piezas que contraen". El artículo 1 del primer protocolo es más específico y hace referencia a "cada persona física o moral", pero el artículo 6, como otros en la convención, aplicaciones en inglés la expresión "cada uno" (en "personne francés del toute"), el término que incluye es las personas físicas que sean legales, aunque ensambla obvio que las algunos derechos no se pueden aplicar a todas las personas

Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el
derecho **italiano**
Carlo Enrico Paliero

El modelo general de responsabilidad del ente en derecho penal administrativo

1. Los principios y la estructura del ilícito administrativo

En el ordenamiento italiano, los principios y la estructura del ilícito administrativo están anclados - desde la Ley n. 689 de 1981 - al modelo para - penal bien conocido en Europa actualmente y que tiene como prototipo moderno la ley sobre las infracciones de orden (Ordnungswidrigkeit) alemana.

El principio de legalidad ha sido establecido en el art. 1 de la mencionada ley sobre los ilícitos administrativos con la misma amplitud y el mismo rigor previsto que en materia penal (art. 25, inc. II de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal).

Las normas referentes a la imputabilidad (art. 2 de la ley 689/1981), a la responsabilidad dolosa o culposa (art. 3, inc. I de la Ley n. 689/1981), al error (art. 3, inc. II de la ley 689/1981), no transferencia de las sanciones (art. 7) y a la individualización de la sanción (art. 11), instituyen en el sistema el principio de culpabilidad con contenidos no muy diferentes a los del mismo principio en materia penal.

El art 4 de la Ley n. 689/1981 establece expresamente las eximentes del cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad, que excluyen el carácter ilícito del comportamiento típico conforme a la norma sancionadora administrativa.

Aun en la perspectiva procesal, el sistema sancionador administrativo italiano se conforma a las "reglas mínimas" de "este procedimiento" requerido por la Convención Europea de Derechos Humanos y por la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo menos a partir de la celebre decisión en el caso Ozturk (1984)⁽⁷¹⁾. En particular, son establecidas formalidades precisas de confirmación y garantía del principio *audiatur altera* para en la etapa procesal de competencia de la administración pública, y la plena garantía jurisdiccional en la fase (aunque sea eventual y a pedido del inculpado) que se desarrolla ante el pretor, según el rito y las garantías constitucionales del juicio civil.

Tomado de la dirección: www.unifr.ch/derechopenal/num96/pal96.html#8

LAS SANCIONES DE CONFISCACIÓN: ¿UN INTRUSO EN EL DERECHO PENAL?(1).

Prof. Dr. J.A.E. Vervaele

Catedrático de Derecho penal económico y financiero, Facultad de Derecho de Utrecht

La sentencia del TEDH suscita muchas dudas, como lo demuestran que cuatro de los magistrados que lo integran emitieron en sus votos disidentes opiniones muy críticas. El Magistrado Walsh sostiene que se trata de una persecución penal. Ya en el asunto Ozturk c. Alemania, el TEDH había subrayado la autonomía del concepto de acusación en materia penal del art. 6. Los elementos que juegan algún papel en este asunto son la naturaleza y la gravedad de la sanción infligida al interesado. A Air Canada se le impuso una multa de 50.000 libras, en realidad, por hechos punibles cometidos por una o varias personas que le son desconocidas y con respecto a la que no tiene ninguna responsabilidad. En consecuencia, la condena fue calificada de decisión "*in rem*" y sin embargo, la sanción infligida "*ad personam*". Walsh por lo tanto entiende que hay violación tanto del art. 1º Protocolo I como del art. 6. El Magistrado Pekkanen se fija sobre todo en las amplias competencias discrecionales de la Aduana que, en lo referente al embargo y a las medidas que se derivan del mismo, son de hecho ilimitadas. Pekkanen se pregunta si este marco legal satisface la condición de "previsibilidad" tal y como es exigida por la jurisprudencia del TEDH. Considera que no es el caso, ya que en

el marco de este tipo de amplias competencias discrecionales es necesario que el procedimiento de apelación corresponda a una instancia judicial dotada de plena competencia. El hecho de que en este caso la intervención judicial en el Reino Unido se limite a una actividad de control, significa que no se trata de una apelación y que hay incompatibilidad con el art. 1º del Protocolo I y con el art. 6.

Tomado de la dirección: www.unifr.ch/derecho_penal/art/artvervae3.htm

Reinaldo Figueredo Planchart v. Venezuela, Caso 11.298, Informe No. 50-00, Inter-Am. C.H.R. (Cont.)

Es importante destacar también que la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Lutz, Englert y Nolkenbockoff vs. República Federal de Alemania concluyó que para determinar si la infracción objeto del litigio pertenece al derecho penal o queda fuera de su ámbito, según el ordenamiento legal del Estado demandado, "hay que examinar la naturaleza de dicha infracción, y por último, la naturaleza también y la gravedad de la pena que se expone a sufrir el interesado, teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del artículo 6", de la Convención Europea similar al artículo 8 de la Convención Americana. "De acuerdo con estos principios, el Tribunal llegó a la conclusión de que las características generales de la norma y la finalidad, al mismo tiempo preventiva y represiva, de la sanción legal bastaban para demostrar, a efectos del artículo 6, la naturaleza penal de la infracción controvertida". "El Tribunal puntualiza que los dos últimos criterios seguidos en los casos Engel y Otros, y Ozturk son alternativos: para aplicar el artículo 6 en virtud de las palabras 'acusación en materia penal', basta que la infracción de que se trate sea, por su naturaleza, "penal" en relación al Convenio, como sucede en el caso de autos, o haya expuesto al interesado a una sanción que, por su naturaleza o nivel de gravedad, se incluya por lo general en la 'materia penal' (véase también la Sentencia en el caso Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984, serie A, núm. 80, págs. 35 a 38, apartados 69 a 73)" en Tribunal E.D.H., Caso Lutz, Englert y Nolkenbockhoff, Sentencia del 25 de agosto de 1987, Jurisprudencia 1984-1987, Cortes Generales, Madrid, España, página 1165.

Tomado de la dirección: www.unige.ch/humanrts/cases/1999/venezuela.50-00b.html