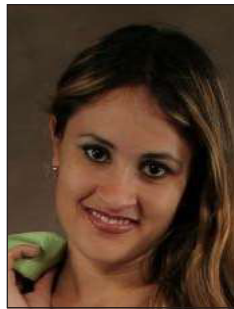


Nuestras Experiencias

COSTA RICA



JENNIFER ISABEL ARROYO
CHACÓN

*Abogada, Contadora
Pública Autorizada
(auditora)
Administradora Pública
Costa Rica*

El deber de probidad como un instrumento en la lucha contra la corrupción

INDICADORES DE CONTEXTO

País: Costa Rica

Instituciones: Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República y Sala Constitucional de Justicia.

PALABRAS CLAVE

Deber de probidad-Ética Pública-Lucha contra la corrupción

RESUMEN

El presente artículo analiza la legislación que sobre probidad y lucha contra la corrupción se aplica en Costa Rica. El deber de probidad se refiere a la obligación que posee todo funcionario público de respetar los principios y valores de la ética pública, así como de actuar en todo momento conforme al interés público, haciendo de esto su guía permanente para el desempeño de sus funciones. Es un término sumamente amplio, el cual se debe interpretar de manera que no lesione los derechos de los funcionarios, ni el principio de tipicidad, pero que a su vez pueda ser aplicado a situaciones complejas y novedosas que no hayan tenido tratamiento expreso en el ordenamiento jurídico, convirtiéndolo en un instrumento efi-

caz para luchar contra la corrupción. Finalmente, se debe señalar que el deber de probidad ha sido un instrumento muy importante en la lucha contra la impunidad generada por la comisión de actos de corrupción pero que en virtud de vacíos legales no se encuentran expresamente prohibidos, pues permite sancionarlas por ir en contra de los principios y valores de la ética pública.

INTRODUCCIÓN

El mal de la corrupción aqueja a todos los países de Iberoamérica, es por ello que en los últimos años se ha incrementado la normativa e instrumentos tendientes a luchar contra él en la función pública de toda la región.

Dentro de los instrumentos legales incorporados se destaca la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción de los países miembros de la OEA, que fue ratificada por Costa Rica, y al igual que en otros países implicó la aprobación de normativa propia tendiente a regular y sancionar los actos de corrupción. Esto conllevó a que en el caso particular de Costa Rica, en el año 2004 se aprobara la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, que introdujo una serie de reformas e instrumentos tendientes a detectar y a sancionar actos de corrupción al ordenamiento jurídico costarricense.

En los institutos incorporados por dicha ley, se encuentra el denominado "Deber de Probidad",

figura difícil de delimitar y cuya desobediencia genera la "Violación al Deber de Probidad" que es una causal de responsabilidad administrativa, y que posee como única sanción posible la separación del cargo sin responsabilidad del Estado en contra del funcionario infractor.

Ahora bien, la aplicación práctica y concreta de este instituto ha generado mucha discusión dada su gran amplitud y graves consecuencias para el funcionario infractor, siendo por ello que resulta pertinente analizar en este espacio el alcance y aplicación de dicha figura dentro del ordenamiento jurídico costarricense, pudiendo trasladarse de manera similar a otras latitudes.

MARCO NORMATIVO DEL DEBER DE PROBIDAD

La figura del Deber de Probidad resulta novedosa dentro del ordenamiento jurídico costarricense, pues se introduce en el numeral 3 de la Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, aprobada el 06 de octubre del 2004, y en lo que interesa dice:

Artículo 3º—Deber de probidad.

"El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar recti-

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

Seguidamente, el legislador creó un numeral especial en donde se tipifica la infracción a dicho deber dándole carácter de falta administrativa, que corresponde al artículo 4 de la Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, y que en lo que interesa dice:

Artículo 4º—Violación al deber de probidad.

"Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal."

De la lectura de ambos numerales se extrae que dicho texto fue redactado en términos abiertos, pues no delimita claramente una actuación que podría acarrear responsabilidad disciplinaria, sino que versa sobre la violación de los principios de rectitud, buena fe, objetividad e imparcialidad, los cuales si bien son sumamente

importantes en la función pública, pueden interpretarse de muy distintas maneras.

La problemática surge con el numeral 4 que señala que la violación al deber de probidad es una causal de responsabilidad disciplinaria y que podría acarrear una sanción tan grave para el funcionario infractor como lo es la pérdida del cargo público sin derecho a indemnización alguna; lo cual contraviene el principio de tipicidad del derecho disciplinario que señala que para poder sancionar a un servidor la norma debe indicar claramente cual es la actuación que está prohibida.

Ante esta situación, se trató de darle un contenido concreto al concepto de deber de probidad mediante la redacción del inciso 14) del artículo 1 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito de la siguiente manera:

Artículo 1º—Definiciones.

"Para la aplicación del presente Reglamento, los términos siguientes tienen el significado que a continuación se indican:

14) Deber de probidad: Obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones:

- a) Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República.
- b) Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley.

c) Asegurar que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña.

d) Administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.

e) Rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, en el país o fuera de él; salvo los casos que admita la Ley.

f) Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica de Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes.

g) Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público."

El inciso antes transcrito trata de explicar concretamente que acciones se consideran como violaciones u omisiones al deber de probidad, poniendo en algunos casos situaciones concretas, tales como el recibir dádivas, obsequios o resolver asuntos en donde exista impedimento. No obstante, también se enlista situaciones amplias que son objeto de diversa interpretación tales como los incisos b) demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades

que le confiere la ley; g) orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público, entre otras; que han tenido que ser delimitadas a través de los criterios de las autoridades administrativas competentes para interpretar dicha norma, los cuales se pretenden explicar a continuación.

INTERPRETACIÓN DEL DEBER DE PROBIDAD

Dada la amplitud de las normas comentadas anteriormente los órganos competentes tales como la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica han tenido que darle contenido al Deber de Probidad, e interpretarlo para su aplicación en casos concretos.

La Contraloría General de la República ha definido el deber de probidad como una obligación básica, inherente a todo cargo público, en donde el servidor público debe desempeñar sus funciones en absoluto respeto al interés público y acorde a los principios de seguridad jurídica y justicia. Así lo señaló de manera expresa en el oficio N° 16645 (DAGJ-3689) del 9 de diciembre de 2005, que en lo que interesa dice:

"(...) el deber contenido en el artículo antes transcrito es sumamente amplio en sus alcances, y parte precisamente de una obligación básica de todo funcionario público, misma que ya se encontraba establecida en el artículo 113 de la Ley General de la Admi-

nistración Pública, cual es que "el servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfaga primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados", en donde el interés público se distingue y prevalece sobre el interés de la Administración (véase el inciso 2 del mismo ordinal 113) y en cuya apreciación ha de tenerse en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. (Véase el inciso 3 del mismo ordinal 113). Es decir, las leyes presentan al funcionario público como un servidor de los administrados –artículo 114 de la Ley General de la Administración Pública–, y por lo tanto, como un promotor y garante del interés público y del bienestar social, por encima de cualquier otro interés personal, privado, de grupo o incluso de la propia Administración, sobre los cuales ha de prevalecer el interés público. La novedad que trae al ordenamiento jurídico el deber de probidad es que introduce elementos más concretos y apreciables que permiten orientar la labor del funcionario público, a efecto de que su gestión verdaderamente responda al mandato de que es depositario al servicio de la comunidad, estableciendo elementos mínimos que deben necesariamente seguirse para

que el trabajo del servidor público sea el que se espera de él (...):

Por su parte, la Procuraduría General de la República, institución pública que posee dentro de sus funciones la labor de interpretar la ley, y comparte el papel de lucha contra la corrupción con la Contraloría General de la República, ha definido la figura del deber de probidad como la obligación que posee todo funcionario público de actuar con honradez, moralidad, rectitud y en respeto de todos los principios éticos y morales, aplicables a la función pública procurando el máximo beneficio para los servicios públicos, y al administrar los recursos públicos que le fueron encomendados con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia y rindiendo cuentas satisfactoriamente. Inclusive la Procuraduría, al igual que la Contraloría General de la República, ha sido conteste al afirmar que dicha obligación nace desde el momento en que se acepta ocupar un cargo público, y que no existe distinción alguna entre los diferentes puestos que integran la administración pública, ya que dicha obligación resulta inherente a la función pública independientemente de la naturaleza del puesto que se ocupe.

"Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si está llamado a proteger

y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las actividades y relaciones de cualquier índole que desarrolle a nivel privado –aún cuando formalmente sean legalmente válidas– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público, de ahí que no puede prevalecerse indebidamente de su posición dentro de la Administración Pública para favorecer sus intereses a nivel personal o familiar." (Ver opinión jurídica de la Procuraduría General de la República N° OJ-006-2007 del 29 de enero de 2007)

Por su parte, la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica, y encargada de velar por el respeto de la Constitución Política y los derechos y garantías de los ciudadanos, que posee la máxima jerarquía para interpretar la ley, siendo sus criterios de acatamiento obligatorio ha ratificado la posición externada por los órganos antes citados, ratificando y respaldando la interpretación que en los últimos años tanto la Contraloría General de la República, como la Procuraduría General de la República le han dado al deber de probidad. En este sentido se pronunció la Sala Constitucional en el voto 4476-2010 del 3 de marzo del 2010, en donde rechaza una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los numerales 3 y 4 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento

to ilícito en la Función Pública, y que en lo particular dice:

"Esta disposición define de manera amplia y general los principales elementos que informan el deber de probidad que debe observar un funcionario público cuya condición le obliga, entre otras cosas, al cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético. Por ello, el funcionario está llamado a "orientar su gestión a la satisfacción del interés público" y a defender el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento. Esta exigencia deriva del artículo 11 de la Constitución Política el cual "...sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que éstos están sometidos a la Constitución y a las leyes (...) el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre interés público e interés privado".

Ahora bien,

La figura del deber de probidad resulta en un instrumento sumamente importante en la lucha contra la corrupción pues permite sancionar actos que si bien, no están expresamente prohibidos en el ordenamiento jurídico, si van en contra de los principios y valores éticos que deben regir la función pública.

Con lo cual se pretende disminuir la impunidad y cerrar los portillos generados por vacíos legales que permiten la comisión de actos de corrupción y que posteriormente no pueden ser sancionados, por la carencia de una norma que los tipifique como falta o delito. De tal manera, que resulta necesario alcanzar un equilibrio en la definición de la figura del deber de probidad en donde no se lesionen los derechos de los funcionarios, ni el principio de tipicidad, pero que a su vez se permita sancionar actos que no estén expresamente prohibidos pero que atentan contra la conducta ética que debe seguir todo funcionario público.

Dicha labor se ha realizado a través de la normativa y vía jurisprudencial con los criterios de los órganos antes citados, en donde se considera como violación al deber de probidad aquellas actuaciones que se encuentran expresamente prohibidas; así como las actuaciones que constituyen una clara y evidente violación a los principios y valores de la ética pública y desviaciones al interés público como norte que debe guiar la actuación de todos los servidores públicos.

CONCLUSIONES

Del anterior análisis se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. El deber de probidad es un instrumento utilizado en la lucha contra la corrupción, con el fin de sancionar aquellas actuaciones que si bien no están expresamente prohibidas en el

ordenamiento jurídico van en contra de los principios y valores de la ética pública y del interés público, con lo cual se pretende reducir la impunidad al cerrar portillos generados por vacíos legales. Es decir, resulta en un instrumento para poder sancionar aquellos actos que si bien no son expresamente ilegales si son antiéticos.

2. El deber de probidad se refiere a la obligación que posee todo funcionario público de ajustarse a los principios y valores éticos de la función pública, y que el interés público sea el norte de su actuación y guía en todo momento su gestión.
3. La obligación de respetar el deber de probidad es inherente al cargo público y se adquiere desde el momento en que se acepta dicho cargo. Asimismo, no existe distinción entre los distintos puestos que componen el aparato estatal, aplicándose de igual forma para todos los funcionarios independientemente del puesto que se ocupe.
4. Se considera violación al deber de probidad y en consecuencia, merecedor de la destitución del cargo sin responsabilidad para el Estado, el incurrir en las actuaciones que se encuentren expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, así como realizar actos que sin estar manifiestamente prohibidos van en contra de los principios y valores de la ética pública y que vulneren el interés público.