



DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 1, 14, 21, 29 Y 30 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, LAS CIRCULARES 10-2006 Y LA 03-PPP-2010 DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA SE PONEN EN CONOCIMIENTO DE LOS Y LAS FISCALES EL SIGUIENTE MEMORANDUM DEL FISCAL ADJUNTO II, EL CUAL DEBE SER ACATADO DE INMEDIATO.

DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE CONTROL INTERNO Y LA CIRCULAR FGR N° 10-2006, ES RESPONSABILIDAD DE LOS FISCALES ADJUNTOS I QUE LAS MISMAS SEAN CONOCIDAS Y APLICADAS POR LOS FISCALES ADSCRITOS A SU FISCALÍA.

**MSC. JUAN CARLOS CUBILLO MIRANDA**

FISCAL ADJUNTO II

Octubre de 2013

[ORIGINAL FIRMADO]

## **EL PRINCIPIO DE PROBIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.**

### **I. Antecedentes y fin.**

En el mes de noviembre de 2010, la Fiscalía General de la República, comunicó la creación de la Circular de Política de Persecución Penal 03-PPP-2010, en la cual se mencionan varios cambios en la estructura del Ministerio Público, entre los cuales se encuentra la creación de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, cuya vigencia en funciones se dio a partir del 1 de enero de 2010.

Asimismo, la Fiscalía General de la República, creó el Pilar Probidad Transparencia y Anticorrupción, cuya jefatura está objetiva en la figura del Fiscal Adjunto II, quien, de

conformidad con el Manual de Puestos deberá dentro de sus funciones: “establecer las políticas de probidad en el Ministerio Público”, lo anterior, tomando en cuenta que según la Circular 03-PPP-2010:

**La política de persecución penal** es, conforme a lo dicho, expresión pura de la independencia funcional del Ministerio Público, **la cual resulta fundamental para abordar los fenómenos criminales como órgano responsable de responder a los mismos en todo el territorio nacional.** En ese sentido toda política de persecución penal está íntimamente vinculada a las posibilidades de aplicación discrecional del presupuesto, los recursos disponibles y los criterios de gestión para orientar la realidad institucional y el servicio al usuario hacia una realidad mejorada, como valor público esperado. Esa independencia funcional del Ministerio Público, afirmada legalmente en su Ley Orgánica por los Artículos 3 y 25 incisos a e, así como en el artículo 64 del



Código Procesal Penal... [El resaltado no corresponde con el original (Cfr. p. 2 de la Circular 03-PPP-210)].

De conformidad con el punto 7.6 de la Circular 03-PPP-2010, la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción tiene como misión, dentro del abordaje integral de la política de persecución penal, la de “... *fomentar la transparencia, probidad y buenas prácticas en los funcionarios del Ministerio Público, llevar adelante la aplicación del régimen de consecuencias por faltas disciplinarias y promover la persecución penal en los delitos de corrupción*”.

**Según este orden de ideas, el presente Memorandum tiene como finalidad precisar el contenido del principio de probidad y emitir criterios interpretativos que permitan analizar cuando se violenta éste y qué vía o vías sancionatorias deben adoptarse para su correcta aplicación en el Ministerio Público.**

## **II. Principio rector del funcionario público.**

El Estado no es solamente un concepto, es un conglomerado vivo, objetivado en personas que tienen necesidades y restricciones<sup>1</sup>, ya que son las personas físicas las encargadas de ejecutar las labores de la función pública y, estas personas entran por

---

<sup>1</sup> Es importante señalar que en este *Memorandum* se utiliza la metodología propia del realismo jurídico, dejando de lado una interpretación exclusivamente normativista. El *normativismo jurídico* es una concepción tradicional del Derecho y sostiene –*grosso modo*– la tesis según la cual, la ciencia jurídica se reduce simplemente a interpretar las normas, las que se visualizan como entidades abstractas “existentes” *a priori* y pre-establecidas (adoptando de esta manera, una epistemología esencialista según el sentido popperiano). Esto trae como consecuencia, que se deje de lado variables atinentes de la realidad jurídica, ya que no toma en su análisis factores extra-normativos ni los efectos que las normas pueden provocar en la sociedad. El *realismo jurídico*, parte de una metodología crítica, tanto del lenguaje discursivo del contexto legal (ya que asume su indeterminación semántica como un hecho), como del sistema jurídico en general, puesto que no desvincula los preceptos normativos de la situación fáctica que pretende ordenar.



tanto, a formar parte de la categoría de *funcionarios públicos*<sup>2</sup>.

De acuerdo a la metodología del realismo jurídico, los conceptos, enunciados normativos o principios jurídicos, tienen interés efectivo, en la medida en que sean aplicables, es decir, las construcciones axiológicas y jurídicas son pertinentes en tanto y en cuanto tengan un asidero en la realidad.

Esto quiere decir, por ejemplo, que cuando la Constitución Política señala que Costa Rica es<sup>3</sup>: una república, democrática, libre, independiente, con gobierno popular, representativo, responsable, además

de protectora y garante de derechos, entre otros aspectos, que dichos señalamientos se dirigen no a *describir* un estado de cosas, si no a *prescribir ciertas conductas*, lo que trae como consecuencia que todo empleado de dicha República, debe vigilar por que dichas *exigencias* se cumplan.

En este sentido, se comprende que ni el Estado y/o su Administración son entidades reales y demandan, para su funcionamiento, de personas que encaucen sus fines, las que son denominadas, *funcionarios públicos*.

Es así como resalta la gran importancia y responsabilidad que ostentan dichos funcionarios, ya que, la mala o buena labor que realicen termina por transfigurarse en la imagen misma de la Administración/Estado, de ahí el valor de procurar que éstos sean personas íntegras y dignas de ostentar el cargo.

De conformidad con una interpretación sistemática de los

---

<sup>2</sup> Se refiere especialmente al Estado en cuanto ejecutante de la función pública (Administración), que tomando en cuenta la precisión de Vives Antón, es la: “*conurrencia, en la actividad concreta, de un triple elemento: subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público) y teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos)*” [Cfr. al respecto la p. 51 de: Vives Antón. (1977). *La detención*].

<sup>3</sup> Cfr. al respecto los artículos 1, 9 y 20 de la Constitución Política.



artículos 192<sup>4</sup> de la Constitución política, el 111 y 113 de la Ley General de Administración Pública, se entiende en tesis de principio por *funcionario público*<sup>5</sup>, a aquella persona *idónea* para el cargo, la cual satisface *primordialmente* el *interés público* al

---

<sup>4</sup> De este se entiende que existe un régimen especial que abarca la Función Pública, el cual cubre la parte laboral, disciplinaria y competencial de las personas que ejercen la Administración del Estado.

<sup>5</sup> En relación al este concepto, la jurisprudencia de los diferentes Tribunales Superiores ha resultado prolija, por ejemplo, la Sala Tercera indica en la sentencia 619 del 04/06/2010 que: “*la jurisprudencia de esta Sala reiteradamente ha señalado que el concepto de funcionario público es mucho más amplio en Derecho Penal que en otras áreas del ordenamiento jurídico, utilizando un criterio que la doctrina moderna señala como objetivo, según el cual lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es pública. Es entonces la naturaleza de la actividad y no su ligamen con la Administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público (ver en especial las resoluciones de esta Sala Ns. 103-F de las 20:30 hrs. Del 2 de junio de 1989, y 104-F de las 9: 15 hrs. Del 27 de abril de 1990 donde se analizó exhaustivamente dicho concepto)*”. Se resalta que igualmente la Sala Constitucional sostiene que lo realmente importante para definir quién es un funcionario público, es la actividad que realice, ver al respecto, la sentencia 4950 del 24/03/2009, de la Sala Constitucional.

prestar servicios a nombre y/o por cuenta de la Administración.

No debe desligarse de la formulación expresada, el concepto de *interés público*, ya que en concordancia con el último cuerpo normativo aludido (Cfr. art. 113), éste incorpora los valores de *seguridad pública* y *justicia* para la comunidad y el individuo, los que se sobrepondrán siempre a la mera conveniencia.

Los tres Poderes del Estado, abarcados por una plétora de entidades, se encargan de la ejecución material de los fines estatales mediante acciones supeditadas al Derecho Público y sus principios. El principio de Legalidad<sup>6</sup> establece la sujeción de la Administración al Ordenamiento Jurídico, al circunscribir las actuaciones de quienes ejecutan la

---

<sup>6</sup> Prescrito expresamente en el artículo 11 de la Constitución Política, así como en el mismo numeral de la Ley General de la Administración Pública. Por el otro lado, este principio se ha desarrollado en diversas resoluciones, como bien se pueden citar la 1739-92, 6519-96 de la Sala Constitucional.



*función pública*, con lo que se deriva todo un marco de consecuencias jurídicas, pudiéndose responsabilizar a quien, con investidura pública<sup>7</sup>, por actuar de manera ilícita o descuidada, lesione un bien jurídico<sup>8</sup>. Responsabilidad contenida en el artículo 41 de la Constitución Política.

Se resalta que todo ese conjunto de valores u objetivos programáticos plasmados en normas legales, son ejecutados por personas, las que son el *medio* para materializar esos valores y resguardarlos.

Entonces, resulta evidente para impeler a la actuación de la labor

---

<sup>7</sup> Asimismo, el Legislador ha previsto en materia penal, la posibilidad de imputar las calidades personales constitutivas de la infracción, a los partícipes que no la posea, si era conocida por éstos (véase al respecto, el art. 49 del Código Penal).

<sup>8</sup> Se aclara, o bien menciona, que contemporáneamente en el ámbito jurídico, se entiende que la protección de bienes jurídicos no es una función exclusiva del Derecho Penal, ya que éstos pueden ser tutelados en vías diferentes, como por ejemplo, por medios constitucionales (Sala Constitucional), por el Derecho Administrativo (v.gr. en materia disciplinaria), entre otros.

apuntada, que se regulen y exijan una variedad de obligaciones a éstos, punto en donde devienen como trascendentales diversos principios, entre los cuales se encuentra el *principio de probidad*.

### III. EL PRINCIPIO DE PROBIDAD.

El término «probidad» tiene un origen etimológico en el vocablo latino '*probitas*', el cual hace alusión a rectitud, integridad, honestidad, bondad, honradez y en general a una estricta adherencia a un sistema de ética. De esta forma, el concepto de «probidad» evoca habitualmente una designación especialmente moral, no jurídica.

En el contexto legal, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, establece en su artículo tercero, el *deber de probidad*, prescribiendo *grosso modo* que el funcionario público debe orientar su gestión a la satisfacción del interés



público, deber que se manifiesta en cuatro elementos fundamentales:

- a) identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, planificada, regular y eficiente;
- b) demostrar rectitud y buena fe
- c) decidir con imparcialidad y según los objetivos institucionales y;
- d) administrar recursos públicos en apego al principio de legalidad.

El Reglamento de esta misma Ley (la N° 8422), agrega en su artículo 1, inciso 14, lo siguiente:

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 igual 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 del Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes.



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

La Sala Constitucional, en la Resolución número 18564-2008 de las 14: 45 horas, del 17 de diciembre de 2008, manifestó sobre el deber de probidad lo transcrito a continuación:

Del contenido propio del artículo, la Sala no encuentra inconstitucionalidad alguna, pues siguiendo un lineamiento que corresponde al régimen de ética mencionado, el concepto de probidad establecido en la norma, si bien es amplio, responde a principios ya establecidos para la función pública, sea, a través de la imposición de una pauta de comportamiento, la rectitud en el desempeño de las funciones públicas atribuidas. Este Tribunal Constitucional en la sentencia No. 2001, se refirió a la constitucionalidad del inciso 6 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, norma en la que se insertó el concepto de probidad. En dicho voto se dispuso lo siguiente:

“(…) El accionante considera que es inconstitucional la utilización de los términos probidad y honradez, por no implicar una descripción clara y precisa de la conducta sancionable. Según la Real

Academia Española, por probidad (sic), es sinónimo de rectitud o integridad; y por ‘honradez’, se entienda la calidad de honrado, lo cual implica que procede con rectitud en el ánimo e integridad en el obrar; en virtud de lo cual, es principio general que todas las labores que impliquen el ejercicio de la profesión, en este caso del derecho, deben ser ejecutadas o realizadas con la mayor rectitud, integridad y honradez. Obviamente no se describen conductas particulares, pero ello no hace inconstitucional la norma, toda vez que resulta imposible para la ley determinar todas y cada una de las posibles faltas a estos deberes (honradez y probidad), por cuanto las posibilidades de su infracción son infinitas (...)”.

Así las cosas, el deber de probidad, como se ha indicado, no puede per se, considerársele inconstitucional, ya que, se trata de un concepto jurídico indeterminado inherente al servicio y la función pública. Por eso, si tal y como lo expresa la propia acepción de la Real Academia, la rectitud o integridad es parte integral de lo que se espera de un servidor público en ejercicio de sus funciones, aún los legisladores estarían sujetos a este concepto, sin que por ello, se pueda indicar afectación propia al desempeño de



sus funciones. Este Tribunal estima que el deber de probidad intrínseco a la función pública, no puede considerarse una “autocensura”, en el tanto, si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, tal y como se ha dicho, la rectitud o integridad no se aparta de la idea general del servicio público y la función pública.

De los argumentos señalados por la Sala Constitucional se debe entender que el derecho, si bien se rige por leyes positivas, hay oportunidades en que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados acontece necesario y, aunque su contenido no sea preciso, esto no significa que su aplicación vaya a ser arbitraria. El concepto de probidad no conforma una lista taxativa de todas las conductas legalmente debidas *a priori* (lo que sería además imposible), sino que marca pautas generales, según el contexto, de lo que es procedente.

También, se entiende que el concepto de probidad no se limita a exigir una conducta meramente legal, sino que amplía, mediante términos

morales, el marco de exigencia en el accionar del funcionario. A ello es importante mencionar, como se verá adelante, que dichos conceptos morales necesitan de criterios orientadores para su debida interpretación y aplicación.

Moral se entiende acá como aquél conjunto de normas de la conducta humana impuestas informalmente en un espacio y tiempo determinado, mismas que son el producto de las interrelaciones de los sujetos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En sentido estricto, moral se diferencia de la ética, ya que la última refiere en tesis de principio, a uno de los campos tradicionales de análisis de la Filosofía. La diferencia radica en que ética (del griego *ethos*) en tanto disciplina filosófica, caracterizada por ser racional, metódica, coherente, sistemática y normativa, refiere a un conjunto de filosofemas que son el producto de la reflexión y análisis de la conducta humana para referir –generalmente– un deber ser, mientras que moral (del latín *more*), que es su objeto de estudio, configura el sistema de normas dadas por y en los individuos en un particular contexto. La ética (o Filosofía de la moral), suele tener dos partes, una primera en la que se expone el código moral que define los particulares deberes y, en segundo lugar, su justificación.





Partiendo de ello, se aclara, por motivos jurídicos y polítocriminales, no se debe homologar probidad a una mera infracción moral, ni tampoco a una violación rigurosamente legal, ya que el principio de probidad -como bien se explicará- configura ambos aspectos.

En este sentido, se debe llevar a cabo una depuración-distanciamiento de la connotación netamente moral (especialmente por la vaguedad semántica de sus términos) y, en un segundo lugar, diferenciar el concepto de legalidad con el de probidad. Se indica sin detrimento de ello, que estos dos objetivos no conllevan afirmar que no pueda haber eventualmente una convergencia entre éstos. Así, se puede enunciar el principio de probidad de la siguiente forma<sup>10</sup>:

---

<sup>10</sup> El significado del término principio puede aludir tanto a una instancia de existencia ideal e intersubjetiva (puede ser una regla -v.gr. principio de parsimonia- o un enunciado descriptivo -v.gr. principio de inducción-) que explica, describe o regula cómo sucede algo,

**«el principio de probidad consiste en que la conducta de todo funcionario público debe regirse siguiendo irrestrictamente un desempeño moralmente correcto y en resguardo de las prescripciones legales vigentes y, en cuyo caso se dé una infracción de éstas, se valorará el reproche según los principios de lesividad, fragmentariedad y proporcionalidad».**

Entonces, la probidad refiere no solo al respeto del principio de legalidad, si no también a aquélla obligación según la cual toda persona

---

cómo debe entenderse algo, cómo trabaja algo o cómo debería normarse algo. Interesa la acepción normativa, ya que se pretende estipular un concepto de probidad no solo como un deber directo, si no como una regla de acción e interpretación. El concepto de probidad no es entonces solo un deber, es también un principio, tal y como lo señaló la Sala Constitucional en la Resolución citada *supra* (ver página 7). Los principios entonces, pueden ser directivas o presupuestos jurídico-axiológicos, su función más evidente, es la de permitir la justificación de interpretaciones jurídicas que -por una u otra razón- no son exactamente justificables únicamente por medio de las normas positivamente reconocidas.



sujeta al ámbito de la función pública, debe mantenerse en pleno ejercicio de honestidad, recato, respeto, lealtad, honradez, buena fe y apego a los valores institucionales del Ministerio Público en general y de cada una de sus Fiscalías, con el objeto de realizar una labor transparente y generar confianza en la sociedad. De la enunciación dada del principio, se coligen dos aspectos, éstos son:

### **III.I. Acciones no permitidas de acuerdo con el principio de probidad:**

Este refiere al marco legal de las acciones prohibidas y de los criterios auxiliares en su determinación, así como del conjunto normativo en la aplicación surgida a partir del momento en que se dé una infracción.

El principio de probidad, como su puede observar, es especialmente una exigencia universal o regla general a todo funcionario público, de esta manera, al no tenerse una forma

específica de lesionarlo (tipicidad), el mismo puede ser dañado de formas múltiples, por ello debe tenerse claro que éste no configura, desde el punto de vista técnico, un delito; es más bien un principio rector de la conducta pública que, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, se prevé, ante la demostración de infracción, la consecuencia de despido sin responsabilidad patronal, esto, sin perjuicio del reproche civil y penal que podría darse. Al respecto, se debe referir que *“el concepto legal de delito no es, por lo demás, concepto puramente formal o tautológico, sino también material. La conducta delictiva se concibe como una conducta nociva socialmente, lesiva o por lo menos peligrosa para los bienes jurídicos más importantes del individuo y de la sociedad (...)”* (Hassemer y Muñoz, 2001: 28)<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Confróntese, Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. (2001). *Introducción a la*



### **III.II. Acciones permitidas de acuerdo con el principio de probidad:**

Este aspecto, tiene fundamento en los artículos 11, 28 y 192 de la Constitución Política, ya que si bien todo funcionario público está obligado a la Ley y debe ser idóneo a su cargo, es importante no olvidar que la misma Ley, también garantiza y obliga, el respeto y resguardo de la autonomía y crecimiento personal de los individuos, lo que conlleva a sustentar la posibilidad que tendrían los funcionarios, de poder realizar sin detrimento alguno, toda acción libre encaminada a su crecimiento personal y laboral.

### **III.III. Elementos prácticos para la aplicación del principio de probidad.**

Las normas legales que procuran reprimir, deben respetar la autonomía ética de toda persona. Entonces,

---

*criminología y al derecho penal.* Valencia:  
Tirant Lo Blanch.

¿hasta dónde puede llegar la autoridad estatal sin coaccionar la esfera de conciencia individual de un sujeto?

La solución debe darse en función de garantías y derechos elementales tutelados a nivel constitucional y en procura del interés público, además de definir un criterio objetivo que permita la puesta en funcionamiento de los mecanismos institucionales diseñados al efecto.

De este modo, según lo esgrimido, dada una lesión al principio de probidad, se proponen para la aplicación, ya sea en materia penal o disciplinaria, los siguientes principios:

- a) La acción indebida deviene en el centro de imputación, no así las cualidades del autor;
- b) La subsunción de las acciones se hace en función de una interpretación taxativa de tipicidad;
- c) Principio de fragmentariedad del Derecho Penal.



Con respecto a la acción indebida (punto a), es importante traer a colación el importante progreso teórico contemporáneo, en razón de que la punición estatal se legitima y fundamenta solo sobre acciones lesivas, no así en las características del autor. Aunado a ello, se liga el principio recogido en el viejo adagio latino según el cual «*cogitationem poena nemo patitur*», es decir los pensamientos y convicciones internas no son ostensibles de ser sancionadas o punidas, ya que, solamente el acto externo, es el que en sentido estricto, puede materializar un daño, elemento objetivo que hace que la acción sea relevante para el Derecho.

El segundo punto, el de interpretación taxativa del tipo, envuelve dos características y son:

- a) Publicidad de la conducta prohibida y;
- b) Derecho a defensa.

Esto conlleva a comprender que al existir una enunciación expresa *a priori* (no *ad hoc*) de unos supuestos fácticos valorados como indeseables, se posibilita la legitimación de un eventual reproche a la población objeto, producto de la realización de la conducta indebida.

En tercer lugar, la fragmentariedad, idea atribuida al teórico Binding, significa sencillamente que el Derecho Penal solo protege unos ciertos ataques concretos a los bienes jurídicos, por ello, las lesiones “menores” pueden ser intervenidas exitosamente por medios menos duros, como bien lo serían las medidas disciplinarias.

Siguiendo la ilación argumentativa, es necesario acreditar que, a pesar de la amplitud que implica incorporar valores morales al concepto de probidad, no se violenta el principio de «*nulla poena sine lege*»<sup>12</sup>,

---

<sup>12</sup> Entiéndase ‘*poena*’ ampliamente, lo que



ya que se requiere como requisito *sine qua non* para el eventual reproche, una acción objetiva que lesionara uno o varios bienes jurídicos, misma que será evaluada según los principios de fragmentariedad y proporcionalidad, para determinar la vía más procedente, lo cual no excluye que si el daño dado al principio de probidad es sumamente gravoso, se pueda buscar el reproche en varias vías.

#### IV. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO: PENAL, DISCIPLINARIA Y CIVIL.

Como bien explica Claus Roxin, la «responsabilidad», en tanto categoría delictiva, *“trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado”* (1997: 222)<sup>13</sup>, así, por consecuencia, correspondería afirmar que, en materia disciplinaria, la responsabilidad busca conocer la

sanción que merece el sujeto individual por la infracción que cometió.

En materia civil, implica el mismo sentido, ya que dado el injusto penal o la infracción disciplinaria, la determinación de la responsabilidad se determinaría en relación a las consecuencias dañosas a terceros por el actor.

Importante es comprender que, la sanción no necesariamente se subsume en una vía, ya que, como bien ha señalado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

La transgresión de un deber no tiene siempre efectos unívocos, ya que puede consistir en la violación de una norma meramente disciplinaria, sin otras consecuencias, o pueden configurar un delito del derecho penal, o puede implicar el resarcimiento patrimonial del daño causado. (...) **Estas responsabilidades no son excluyentes, por lo que un mismo hecho violatorio de un deber jurídico del servidor puede generar los tres tipos de responsabilidad, y por lo tanto, tres tipos diferentes de sanciones.** Aquí los principios de ‘nom bis in idem’ o ‘noster in

---

implica el sentido general de sanción.

<sup>13</sup> Cfr. el texto: Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal, Parte General; Tomo I.* (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña). Madrid: Civitas.



idem' son inaplicables por cuanto se trata de tres géneros distintos de responsabilidad, cada uno con su dominio propio; las tres responsabilidades tienen finalidades específicas e inconfundibles (...) [Sentencia 1265 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (el resaltado no corresponde con el original)].

#### **IV.I. RESPONSABILIDAD PENAL.**

Partiendo del supuesto en que se comprende que la sanción penal es la más gravosa de todas, se debe seguir, como bien sugiere Luigi Ferrajoli, un modelo de estricta legalidad, que según el autor:

(...) puede ser redefinido como una norma meta-legal que condiciona la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos sustanciales correspondientes al conjunto de garantías penales y procesales: la tipicidad de las violencias configuradas como penas, la taxatividad de los supuestos empíricos previstos como delitos, su ofensividad y culpabilidad, su verificación por parte de un tercero –juez– a partir de un juicio contradictorio y público entre una acusación que tiene la carga de probarlos y una defensa que

tiene la posibilidad de desmentirlos (2000: 94)<sup>14</sup>.

Solo de esta manera puede ser alcanzado legítimamente el fin político criminal que se persigue, el punir delitos de corrupción pública, fomentando, desde su ejercicio mismo, el principio de probidad.

#### **IV.II. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.**

El derecho disciplinario público está diseñado especialmente para fomentar y mantener el adecuado funcionamiento de las organizaciones estatales, regido por el principio de autotutela, imperante en el ámbito público<sup>15</sup>.

En este sentido, Claus Roxin explica que, al contrario de la pena criminal, la medida disciplinaria es fundamentalmente un medio de

<sup>14</sup> Confróntese en: Ferrajoli, Luigi. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

<sup>15</sup> Voto N° 2005-014300, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.



corrección y medida de protección, además que en su configuración el derecho disciplinario se diferencia del Penal en que renuncia en gran medida a tipos exactamente descritos y en que está orientado al autor, característica, que se suaviza con las sanciones bajas aplicables dada la infracción. También explica que la medida disciplinaria sirve unilateralmente para incidir sobre el autor –prevención especial–, mientras que la pena criminal pretende también la incidencia sobre la generalidad (prevención general)<sup>16</sup>. Sobre este régimen de consecuencias a nivel disciplinario, que se da a lo interno y externo del Estado, nótese que:

La potestad correctiva se aplica al ámbito externo de la Administración, y por ello en doctrina se ha dado en llamar potestad de protección del orden general o de heterotutela, pues tutela el Orden Público, mientras que la disciplinaria, lo

es a lo interno, en relación con diversas circunstancias que se presentan en la relación funcionario-administración y referidas al vínculo de servicio existente, y por esto se le denominada también como potestad de autoprotección o autotutela, pues protege la organización y orden administrativo a lo interno (Chen, 2006: 208)<sup>17</sup>.

Además, es importante tomar en cuenta que:

Esta postura divide el contenido del *ius puniendi* de la Administración en dos potestades: la correctiva y la disciplinaria. La potestad disciplinaria y la correctiva se diferencian en cuanto la primera, porque sanciona para mantener el buen funcionamiento de una relación especial de la administración con el particular, en beneficio de ambas partes; mientras que la segunda sanciona para mantener exclusivamente el interés colectivo o del Estado por encima del interés privado, aún si ello ocurre

---

<sup>16</sup> Al respecto, ver pp. 74 y 75, de: Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal, Parte General; Tomo I.* (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña). Madrid: Civitas.

---

<sup>17</sup> Ver en: Chen Apuy, Ana Cecilia y otros. (2006). *Manual del procedimiento administrativo.* San José: La Institución.



dentro de una relación concreta (Chen, 2006: 207)<sup>18</sup>.

Se infiere que mientras se sea un funcionario público existe un ligamen que faculta a la Administración para corregir todo actuar lesivo, según los criterios ya mencionados.

#### IV.III. RESPONSABILIDAD CIVIL.

El objetivo de la responsabilidad civil es conservar el equilibrio patrimonial de los particulares y, eventualmente, indemnizar por el daño injustificado sufrido, que en caso se demuestre su ocurrencia, debe repararse ocurriendo a las leyes<sup>19</sup>. El tratadista en materia Civil, Javier Tamayo Jaramillo, insiste en que:

Responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe

---

<sup>18</sup> Cita tomada de: Chen Apuy, Ana Cecilia y otros. (2006). *Manual del procedimiento administrativo*. San José: La Institución.

<sup>19</sup> El artículo 41 de la Constitución Política, literalmente establece: “ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”.

indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasi contractuales, el delito, el cuasi delito o la violación del deber general de prudencia. En conclusión, la responsabilidad civil, como fuente de obligaciones encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos (1999: 12)<sup>20</sup>.

En armonía con lo anterior, dada alguna acción ilícita penal o bien la infracción disciplinaria, se podría gestar, en tesis de principio, la consecuente acción para ver el daño resarcido de forma patrimonial.

**Los criterios señalados en este Memorandum, resultan de interés para los y las Fiscales, ya que su seguimiento fomenta un ejercicio de la acción penal dentro del marco de la ética y el resguardo de las prescripciones legales vigentes.**

---

<sup>20</sup> Cfr., en: Tamayo Jaramillo, Javier. (1999). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Temis.