



UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA

SISTEMA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Tesis para optar por el título de Master

*“Derecho de la función pública de los funcionarios/as
al servicio de la Defensoría de los Habitantes de la República”*

Lic. Fabricio Chavarría Bolaños

2002

Índice

Introducción	I
Capítulo I	1
La Defensoría de los Habitantes	
A. Defensoría de los Habitantes: competencias, características y naturaleza.	1
1. La Defensoría de los Habitantes, su Naturaleza Jurídica.	4
2. Defensoría de los Habitantes:Órgano Independiente.	5
3. Defensoría de los Habitantes:Órgano Adscrito	8
4. Defensoría de los Habitantes: Persona Jurídica	9
5. Defensoría de los Habitantes:Órgano Desconcentrado	11
B. Criterio de la Procuraduría General de la República: Conclusiones del dictamen C-202-1996	11
Capítulo II	14
Acceso a la función pública de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes.	
A . Acceso a la función pública de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes.	14
1.Bases constitucionales para el acceso a la función pública.	15
2.De la Normativa que rige la materia de acceso a la Defensoría de los Habitantes.	17
3.Acceso la Defensoría de los Habitantes en Ley.	17
4.Modalidades de nombramientos que permiten el acceso a la Defensoría de los Habitantes.	19
5.De los requisitos de acceso al a Defensoría de los Habitantes.	22
6.Sistemas selectivos de acceso al a Defensoría de los Habitantes.	25
7.Órganos de Selección competentes en el procedimiento de acceso al a Defensoría de los Habitantes.	31
8.Procedimientos selectivos de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes.	34
B. Extinción de la relación de servicio de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes	36
Capítulo III	39
La carrera Administrativa de los funcionarios al servicio de la Defensoría de los Habitantes	
A. Concepto, de carrera administrativa	39
B. Modalidades de carrera administrativa	40
C. Movilidad y traslado	42
D. Formación profesional del funcionario/a	46

Capítulo IV	48
<i>Derechos de los funcionarios al servicio de la Defensoría de los Habitantes</i>	
A. Derechos funcionales	49
B. Derechos laborales	51
1. Laborar la jornada máxima semanal y diaria permitida	53
2. Derecho a recibir salario mínimo de la categoría de puesto que ocupe	54
3. Derecho al descanso o al reposo (semanal o anual vacacional según corresponda)	54
4. Permisos y Licencias	55
5. Conocer la calificaciones periódicas de sus servicios	57
6. Derecho al aguinaldo	58
7. Derecho a indemnización por suspensión de la plaza por reestructuración	59
8. Derecho a jubilación	59
9. Derecho a sindicación y negociación colectiva	59
C. Derechos económicos	60
1. Régimen Salarial de los funcionarios/as públicos.	61
a. Implementación del régimen Salarial de la Administración Pública.	63
b. Sobre la Autonomía Salarial de los entes autónomos y órganos constitucionales.	64
c. Del principio de razonabilidad y proporcionalidad.	66
d. Régimen Salarial de los funcionario/as de la Defensoría de los Habitantes	67
2. Sobre los Pluses Salariales en la Administración Pública.	69
a. Reconocimiento y pago de los aumentos anuales o antigüedad.	70
i. Número máximo de anualidades.	74
ii. Pago de anualidades, aún sin la relación de servicio entre el funcionario y el estado no hubiese sido continua.	74
iii. Del reconocimiento de anualidades a funcionarios que laboran jornadas de trabajo inferiores a las del tiempo completo	75
b. Respecto al reconocimiento y pago de la carrera profesional.	75
i. Precedencia del pago por concepto de Carrera Profesional.	77
c. Pago de prohibición	80
Capítulo V	83
<i>Deberes de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes</i>	
A. Deberes genéricos para todos los funcionarios públicos	83
1. Deber de Fidelidad a la Constitución y a las Leyes	83
2. Deber de obediencia	84
3. Deber de servicio satisfaciendo el interés público.	86
4. Deber de discreción	86

5. Deber de denunciar delitos	87
6. Deber de integridad, dignidad y la calidad de servicio en el ejercicio de la función pública	87
7. Deber de denunciar al querellante	89
8. Deber de imparcialidad	89
9. Deber de Declarar los Haberes	89
10. Deber de asistir y aprovechar la capacitación	90
11. Deber de actualizar su expediente personal	90
12. Deberes funcionales	91
B. Régimen de Prohibiciones	92
1. En el ámbito de la actividad político – partidista	92
2. En el ámbito Económico	93
3. En el ámbito funcional	94
C. Régimen de incompatibilidad de la Ley de la Defensoría de los Habitantes	95
1. De las incompatibilidades en el Reglamento de la Defensoría de los Habitantes N° 22266-J	96
Capítulo VI	98
<i>Régimen disciplinario y de Responsabilidad de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes</i>	
A. El régimen disciplinario: fundamento y finalidad	99
B. Del procedimiento ordinario y del procedimiento sumario	101
C. Principios rectores del Procedimiento Administrativo sancionador	101
D. Principios sustantivos del régimen disciplinario	102
E. Principios procedimentales del régimen disciplinario	103
F. El debido proceso en el procedimiento administrativo disciplinario	103
G. Del Procedimiento Administrativo en la Defensoría de los Habitantes	107
H. Las Faltas Disciplinarias	112
I. Las sanciones	113
1. Amonestación verbal.	113
2. Amonestación escrita	114
3. Suspensión del trabajo sin goce de sueldo hasta por un mes.	115
4. Del despido sin responsabilidad patronal	115
Conclusión	116
Bibliografía	I

Introducción

A diez años de su creación en Costa Rica, la Defensoría de los Habitantes y en general, la figura del ombudsman, ha sido objeto de una gran cantidad de estudios, por parte de aquellas personas interesadas en las instituciones de protección y control en materia de derechos humanos. Antecedentes, naturaleza jurídica, procesos de defensa, alcances de sus resoluciones etc, son apenas algunos de los tópicos propuestos en dichas investigaciones, que a lo sumo, harán mención a aspectos administrativos como el organigrama, presupuesto y a la plantilla, por encontrarse ajeno el tema al objeto de su estudio.

Este planteamiento hace que sea menos común encontrar investigaciones que desarrollen el tema del derecho de la función pública en relación con instituciones como la Defensoría de los Habitantes, los que han sido relegados a empresas consultoras, especialistas en estructura organizacional, que desde una óptica de los procesos de trabajo y bajo la supervisión de los profesionales en administración de recursos humanos, son hoy por hoy los responsables de la definición de la relación entre las entidades y los servidores/as.

La experiencia vivida en la administración pública, permite establecer que la definición de políticas en materia de recursos humanos se estructuran en función de la materia presupuestaria. La creación de plazas, procesos de reclasificación, reasignación, etc, se encuentran sujetos a la disponibilidad presupuestaria, mas que al análisis de la existencia y desarrollo de derechos de los funcionarios/as. Bajo esta metodología de trabajo, los juristas han quedado atrás en el proceso, traduciendo al ámbito legal a la realidad, lo que no siempre a dado como resultado una regulación sana en materia de relaciones de servicio entre las instituciones y sus servidores.

Otro elemento que se adiciona al problema planteado, es determinar quiénes, dentro de la rama jurídica, han sido llamados a participar en la elaboración de la normativa que rige la materia del derecho en la función pública. Dicha responsabilidad durante muchos años recayó en los administrativistas. De hecho y quizás el instrumento jurídico mas importante y sobre el que se fundamenta gran parte de las relaciones entre el Estado y sus servidores, es la Ley General de la Administración Pública, obra de especialistas en derecho administrativo, como su gran exponente, el Dr. Eduardo Ortiz.

El tema de la especialización también se ha discutido a nivel judicial, en función de la asignación de la competencia, concluyendo no hasta hace poco tiempo, que si se obligara al trabajador a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, se le impondría la carga de acudir a una vía que no es gratuita y cuyos procedimientos no son tan flexibles ni ágiles como los de la jurisdicción de trabajo, para obtener la anulación del acto administrativo, lo cual es contrario también al principio de economía procesal.

Hoy ya no vale decir que un juez o un litigante laboralista no conoce de derecho administrativo, plantearlo de esta forma, es dejar en total indefensión a los miles de servidores/as públicos en su relación con el Estado. Sin embargo, se debe reconocer que la falta de uniformidad en la normativa que rige la materia, ha propiciado que exista literalmente una maraña jurídica, difícil de abarcar, a la que se suman una gran cantidad de interpretaciones jurídicas en el ámbito judicial y administrativo.

Considerando lo anterior, el presente trabajo tiene por interés analizar los principios y las reglas, así como las líneas doctrinales y jurisprudenciales de interpretación del Derecho de la Función Pública más importantes, con especial énfasis en la situación jurídica del personal al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

La estructura del trabajo propuesta, se sustenta en la que utiliza el profesor Miguel Sánchez Morón, en su obra “Derecho de la Función Pública”, lo que se justifica con las propias palabras del autor, quien define su obra como un manual dirigido “no sólo a los estudiantes de licenciatura o de postgrado ..., sino también para los propios funcionarios y para los aplicadores del derecho de la función pública”.

Sería ambicioso, desarrollar el tema a nivel de todas las administraciones del Estado, por lo que se circunscribe el tema a la Defensoría de los Habitantes, que además requiere de un trabajo como el propuesto, busca aprovechar la experiencia en la institución y los conocimientos adquiridos en el Programa de Maestría que se concluye.

Con fundamento en la estructura propuesta, el presente trabajo analizará cinco aspectos medulares de la relación del Estado con sus servidores/as. A efectos metodológicos, cada uno de los temas propuestos, hará un análisis general del mismo para concluir en el plano concreto institucional.

Otra aclaración válida para el lector/a, es que el trabajo se sustenta en el análisis normativo de los temas propuestos, complementado con el criterio jurídico, que sobre el tema ha desarrollado la Procuraduría General de la República y la jurisprudencia, mayoritariamente de la Sala Segunda y la Sala Constitucional, en que se han abordado dichos aspectos.

A efectos de empapar al lector/a en el tema, el capítulo inicial no puede escapar de hacer una breve presentación de lo que es la Defensoría de los Habitantes. De una forma práctica, concisa pero no omisa, se analiza la institución desde su ámbito de competencias, características y naturaleza. Este primer capítulo, tendrá como objeto, además del propuesto, dejar planteado el problema institucional que se va a evidenciar a través de todo el trabajo: la falta de una regulación a nivel legal de la relación de servicio entre la Defensoría de los Habitante y sus servidores/as.

Los siguientes cinco capítulos tendrán por objetivo profundizar en lo que el autor Sánchez Morón ha definido como “contenido necesario del estatuto de la función pública.” Bajo la estructura propuesta, se iniciará el tema de fondo con el capítulo de acceso a la función pública de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes, el cual dará inicio con un breve antecedente de las bases constitucionales para el acceso a la función pública, seguido de un análisis de la normativa que rige la materia de acceso a la Defensoría de los Habitantes, analizando bajo ese aspecto las modalidades de nombramientos, requisitos, sistemas selectivos y los órganos de selección competentes en el procedimiento selectivo de los funcionarios/as al servicio de la Institución, para concluir con el tema de la extinción de la relación de servicio.

Un tercer capítulo, se avocara al estudio del tema de la carrera administrativa de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes, el cual inciará con un breve concepto, de carrera administrativa, para continuar con el desarrollo de las divesas modalidades de carrera administrativa, en donde se abarcan los temas de la movilidad y traslado. Este capítulo concluye con la importancia de la formación profesional del funcionario/a, en el marco de un régimen de carrera.

Los siguientes dos capítulos abarcaran el tema de los derechos y obligaciones de los servidores/as de la Defensoría de los Habitantes, incluido el de prohibiciones e incompatibilidades. Fundamentalmente, en ambos capítulos se dará una noción de los conceptos básicos, a un nivel general, es decir, abarcando a todos los funcionarios /as públicos, para finalizar en un análisis de la normativa institucional. El esquema propuesto en ambos casos, parte de una desarrollo de los

temas propuestos en tres ámbitos: el funcional, el laboral y el económico, haciendo un amplio desarrollo sobre los aspectos económicos, sobre los que tal y como se indicó al inicio, surgen las políticas de la relación de servicio entre la administración y sus servidores/as.

El capítulo final quedó reservado para el estudio del régimen disciplinario y de responsabilidad de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes. Una vez analizado el tema de derechos, deberes, incompatibilidades y prohibiciones, es necesario dar un vistazo al régimen disciplinario, su fundamento y finalidad. De este modo, se hará un obligado repaso del debido proceso en el procedimiento administrativo disciplinario, sus principios y los aspectos mas importantes del procedimiento administrativo en la Defensoría de los Habitantes, a fin de concluir con lo referente a las faltas disciplinarias y la sanciones

La tarea resulta ambiciosa, pues son muchos los pequeños granes detalles que abarca la relación de servicio entre el Estado y sus servidores, que incluso escapan a la regulación institucional, por mas perfeccionista y detallista que esta sea. El desarrollo exhasutivo de cada cada tema propuesto para los capítulos, podrían abarcar trabajos enteros, por lo que se esta muy conciente de las limitaciones del presente trabajo.

Aún así, se reservó un espacio de conclusiones, en el cual se desea dejar plasmado el humilde aporte del presente trabajo, en la búsqueda de un impulso al proceso de modernización de la Defensoría de los Habitantes.

La institucionalización del Ombudsman, en la mayoría de las naciones occidentales, constituye una particular manifestación de una tendencia histórica, relativamente reciente, para superar el esquema tradicional de una Administración Pública anquilosada, burocrática, ineficiente y arbitraria

Dr. Rubén Hernández Valle

Capítulo I

La Defensoría de los Habitantes

El diecisiete de noviembre del año de 1992, nace al régimen institucional de Costa Rica, la Defensoría de los Habitantes de la República. Debieron transcurrir siete años, desde el 7 de noviembre de 1985, para que, quienes presentaron la iniciativa para su creación ante la Asamblea Legislativa, pudiesen ver concretado un sueño: acentuar el proceso de democratización del Estado costarricense a través de un instrumento jurídico, particularmente, adecuado para evitar, en buena parte, los abusos, inmoralidades, arbitrariedades e ineficiencias en que suele incurrir la Administración Pública contemporánea.¹

Hoy, a diez años de su creación, se puede afirmar con certeza, que la Defensoría de los Habitantes representó un paso importante en la consolidación del Estado Democrático de Derecho, “afirmando con hesitación, que junto a la creación de la Sala Constitucional en 1989, ambas instituciones han venido a coronar el Estado Democrático de Derecho en que vivimos los costarricenses desde 1949.”²

A. Defensoría de los Habitantes: competencias, características y naturaleza

Según lo explica el Profesor Gerardo Trejos³, la función de control de la Administración Pública es una función propia del Parlamento, según ha establecido la doctrina, desde la creación misma del régimen democrático-constitucional. En Costa Rica, la Constitución Política le atribuye a la Asamblea Legislativa, en el artículo 121 incisos 1, 20 y 23, la potestad de crear órganos públicos

¹ VEGA ROBERT, (Rolando) *Ombudsman: el defensor de los habitantes* San José, Costa Rica. IJSA, 1993. Pag. 39

² HERNANDEZ VALLE (Rubén) Prologo *El Defensor de los Habitantes: Ombudsman.*/ ed. Gerardo Trejos. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992.Pag. 13

³ TREJOS (Gerardo) *El Defensor de los Habitantes. El Defensor de los Habitantes: Ombudsman.*/ ed. Gerardo Trejos. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992. Pp.17, 19.

adscritos a ella, que ejerzan funciones de tutela de legalidad sobre los demás poderes, entes u organismos públicos.

Es en este marco constitucional, que mediante la promulgación de la Ley N° 7319, del 17 de Noviembre de 1992, se creó la Defensoría de los Habitantes, órgano adscrito al Poder Legislativo, encargado de cumplir con tres funciones principales:⁴

1. Proteger los derechos e intereses de los habitantes frente a violaciones provenientes de acciones u omisiones del sector público.
2. Velar por que el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.
3. Promover los derechos e intereses de los habitantes.

Para la Procuraduría General de la República⁵, la Defensoría de los Habitantes realiza funciones de investigación sobre la actividad administrativa, con el objeto de proteger los derechos, fundamentales o no, de los habitantes y establecer si la Administración funciona correctamente o no, desarrollando así una función de control, mediación y de prevención. Dada la naturaleza de estas funciones, agrega la Procuraduría, se comprende que la Defensoría no emita actos administrativos susceptibles de causar estado. Ello implica, que en el ejercicio de su competencia, no puede sustituirse a la Administración activa, la que continúa siendo titular del poder de decisión respecto de los ámbitos materiales, definidos por el legislador y única responsable de sus actos.

Por su parte, para la Sala Constitucional⁶, de las actas de la Asamblea Legislativa, se desprende que con la implantación de la Defensoría de los Habitantes, el legislador perseguía defender al ciudadano común de los abusos de la autoridad, garantizando un funcionamiento legal, justo y honesto de la función pública. La presencia de este tipo de funcionarios ayudaría a detectar focos de ineficiencia, ilegalidad y deshonestidad en el seno de la Administración, mientras que por el otro, se tutelarían los derechos de los administrados en una forma complementaria a los controles judiciales. Por estas razones, los redactores del proyecto intentaron plasmar en la ley un concepto amplio de la actividad administrativa del sector público, para evitar así, que algunas instituciones pudieran quedar excluidas del campo de acción del órgano que se buscaba crear.

⁴ **Ver** Artículo primero de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, Ley N° 7319

⁵ **Ver.** *Procuraduría General de la República*. Dictámen Número C-197-2002 del 9 de agosto del 2002.

⁶ **Ver** *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Resolución 7730 de las catorce horas cuarenta y siete minutos del 30 de agosto del año 2000.

Y es que tal y como ya lo habría señalado el recordado Profesor Eduardo Ortiz⁷, diez años atrás, durante la discusión del proyecto de ley, “el Defensor protegerá al ciudadano no sólo en el ejercicio de sus derechos constitucionales – como ya lo hace la Procuraduría de los Derechos Humanos- sino también legales y no sólo frente al Poder Ejecutivo sino frente a cualquier otro ente público con funciones administrativas, lo que es un campo de acción mucho mas importante y vasto. Este nuevo Defensor velará no sólo por la constitucionalidad sino también por la legalidad y moralidad de la administración pública y eso justifica su aparición”.

Es en razón de las consideraciones anteriores, que para la Sala Constitucional⁸ se concluye, indefectiblemente, que la Defensoría de los Habitantes, en nuestro medio, es un ente que busca, por un lado, controlar el poder del Estado y por el otro, conseguir una tutela efectiva de los derechos de los administrados, lo cual se encuentra en perfecta armonía con la filosofía que informa el contenido del artículo 11 de la Constitución Política, que consagra el principio de legalidad y con la tutela de principios de rango constitucional como los de proporcionalidad y razonabilidad.

Esta función de control de legalidad que ejerce la institución está claramente delineada por el artículo 14 inciso 1) de la Ley N° 7319, el cual establece lo siguiente.

Artículo 14.- Naturaleza de la Intervención:

1. La intervención de la Defensoría de los Habitantes de la República no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público, *sino que sus competencias son, para todos los efectos, de control de legalidad.* (destacado no es del original)

Ahora bien, una de las particularidades del control de legalidad atribuido a la Defensoría de los Habitantes, es que lo ejerce a través de recomendaciones que no tienen carácter vinculante para los órganos o funcionarios a los que se dirigen. Su actuación tiende a recomendar o proponer, cuáles son las medidas que considera deben ser adoptadas en resguardo del buen funcionamiento de la Administración y del respeto de los derechos de los ciudadanos, sin que se exprese un poder de decisión unilateral y susceptible de afectar la esfera jurídica de la Administración y de los administrados.

⁷ ORTIZ (Eduardo) El Defensor de los Derechos del Pueblo. *El Defensor de los Habitantes: Ombudsman.* ed. Gerardo Trejos. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992. Pp.30-31.

⁸ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.* Resolución de las catorce horas cuarenta y siete minutos del 30 de agosto del año 2000.

Esa “*magistratura de influencia*”, rasgo común a otras de las instituciones homólogas, es consecuencia misma de la imparcialidad del órgano y de sus funcionarios, de las cualidades morales que se afirman como propias, de la seriedad con que se avoque al conocimiento de los asuntos y al análisis profundo de los casos. Esto hace que sus resoluciones estén impregnadas de una autoridad difícil de evadir y en algunas ocasiones, aún más efectivas que la que se desprende de la ley misma, especialmente, en los casos en que el incumplimiento puede ser objeto de reproche político en perjuicio del funcionario que procede. En este sentido cabe recordar el dictamen N° C-050-95 del 15 de marzo de 1995, en el que se partió de la existencia de un *ministerio ético*.

Sobre este mismo aspecto, en la resolución 4079-95, la Sala Constitucional estableció:

"En cuanto al fondo, la Sala también ha establecido que las recomendaciones que el Defensor de los Habitantes incluya en un informe final acerca del incumplimiento de deberes legales o de otra índole de un funcionario público, dirigidas al superior o jerarca del funcionario a que se refiere su intervención, no tienen carácter vinculante, sino que corresponderá a ese superior o jerarca, en ejercicio de sus propias competencias, tomar la decisión que estime apropiada. Por ejemplo, si al Presidente de la República se le recomienda que al haber actuado el Ministro con negligencia o en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico, debe aquél proceder a separar a éste, si la Constitución Política le deja una libre decisión para nombrar y separar? Qué pasa si el Presidente no atiende una "recomendación"? En opinión de la Sala, lo que está de por medio es la naturaleza y esencia del Defensor de los Habitantes (Defensor del Pueblo u Ombudsman en otras latitudes), que es magistratura de influencia como lo señala la doctrina. De tal modo, por su seriedad y los fines que le asigna la ley, las decisiones del Defensor (o la Defensoría) no son actos jurídicos de imperio, sino recomendaciones que, como tales, y a riesgo de la reprobación social o política que le quepa, el jerarca o superior del investigado podrá acoger o no, según las reglas de su propia competencia. En este sentido, debemos remitirnos a lo establecido por esta Sala en la sentencia número 4078-95: (...).

"Por lo anteriormente expuesto, dado que en el presente caso lo actuado por la Defensoría de los Habitantes se encuentra ajustado a derecho y su informe no cuestiona ni perjudica al accionante en su condición personal, en tanto será la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo la que, como órgano superior de la Institución y, de ser procedente, determine las responsabilidades, el presente recurso debe ser declarado sin lugar". (Considerando IV, in fine).

1. La Defensoría de los Habitantes, su Naturaleza Jurídica.

En el año de 1996, con motivo de haberse adoptado por parte de la Defensoría de los Habitantes un acuerdo, por el que se ordena una equiparación de su escala salarial con la de la Asamblea Legislativa, el entonces Director General de Presupuesto Nacional, elevó ante a la Procuraduría

General de la República una consulta, en relación con las atribuciones de la Defensoría de los Habitantes. Su objeto era poder determinar, si por medio de Acuerdos-Reglamentos dictados por el Defensor de los Habitantes era legalmente posible, fijar el salario para sus funcionarios, establecer el pago de prohibición y sus porcentajes, así como otros beneficios salariales y finalmente, si era posible adoptar, por parte de esta institución, la escala salarial de la Asamblea Legislativa.

La tesis sostenida para ese momento por la Dirección General de Presupuesto Nacional, se sustentó en que pese a que la Defensoría tiene independencia funcional, administrativa y de criterio, es la Asamblea Legislativa – acorde con lo que establecen los transitorios 2 y 3 de la Ley N° 7319- la que debe tomar las providencias necesarias para su buen funcionamiento y su financiamiento está incluido en el presupuesto de ese Poder. Es por lo anterior, que a criterio del Director de Presupuesto, no se puede inferir el otorgamiento de potestades especiales, excepción hecha de las que debe ejercer en cumplimiento de sus funciones, pero que ese órgano actúa como si estuviera investido de autonomía de gobierno, por lo que emitió acuerdos, bajo el disfraz de reglamentos, arrogándose funciones que no le correspondían y violando el principio de legalidad.

El 16 de diciembre de 1996, la Procuraduría General de la República, previa audiencia otorgada al entonces Defensor de los Habitantes, emitió el dictamen N° C-202-96. En el citado dictamen, la Procuraduría analizó, entre otros aspectos, la naturaleza jurídica de la Defensoría de los Habitantes, desarrollando aspectos como su independencia y su adscripción a la Asamblea Legislativa, entre otros.

El motivo por el que es oportuno retomar este tema, pese a que han transcurrido ya casi siete años desde que se emitió el dictamen por parte de la Procuraduría, se debe a que los elementos jurídicos sobre los que se basan sus conclusiones mantienen su vigencia al día de hoy en el desarrollo institucional de la Defensoría de los Habitantes, al punto, que es posible firmar sin temor a equivocarse, que el dictamen nunca fue valorado en la magnitud de su importancia para la institución, lo que ha perpetuado la existencia de vacíos y contradicciones en la normativa que rige el accionar institucional.

2. Defensoría de los Habitantes: Organo Independiente.

Es criterio de la doctrina y del derecho comparado, que la única manera de garantizar el ejercicio de un control efectivo sobre la actividad de las instituciones del sector público es a través de un

órgano que disfrute de independencia funcional, administrativa y de criterio. Esta consideración adquiere todavía mayor relevancia en el caso de una institución, que como la Defensoría de los Habitantes ejerce el control de legalidad a través de una “magistratura de influencia”, que se fundamenta en la confianza que generan sus actuaciones. Por ese motivo, en el caso de la institución de Costa Rica, más que un rango formal que define su ubicación en el régimen institucional, la independencia constituye un elemento esencial y consustancial con la función que se desempeña. Para Víctor Fairén Guillén⁹, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el ideal es llegar a esa “total” independencia del *Ombudsman*, difícil de adquirir en la práctica, habida cuenta de su origen parlamentario.

Sobre este punto, Alvaro Gil Robles, Ex – Defensor del Pueblo de España y autor de varios estudios sobre el tema, señala que “puesto que el Defensor del Pueblo se configura no solo como fiscalizador sino también como un mediador entre el ciudadano y la administración, no debía estar nunca bajo la influencia directa de los grupos parlamentarios ni al servicio de los intereses partidarios, por muy legítimos que fueran. Por tanto, primero los constituyentes y luego el legislador ordinario, le dotaron de una independencia absoluta, la sitúa en el marco parlamentario y siendo elegido por una calificación, evitando así su dependencia del Ejecutivo, pero prohibiendo también todo mandato imperativo dirigido al Defensor del Pueblo por ninguna autoridad, ni siquiera por el propio parlamento”.¹⁰

Al amparo de lo anterior, el artículo 2º de la Ley de creación de la Defensoría de los Habitantes, establece su carácter de órgano “adscrito” al Poder Legislativo, la cual desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio.

Para la Defensoría de los Habitantes, este artículo resume claramente una de las características más importantes de la institución: su independencia. En efecto, para ejercer la función de control de legalidad que la ley le atribuye, se debe contar con una absoluta independencia funcional, administrativa y de criterio, especialmente frente a los órganos que debe controlar.

⁹ FAIRÉN GUILLÉN (Víctor) El Defensor del Pueblo de la Constitución Española, relacionado con otros Ombudsmen. *El Defensor de los Habitantes: Ombudsman.*/ ed. Gerardo Trejos. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992. Pag.50.

¹⁰ GIL ROBLES (Alvaro) *El Defensor del Pueblo y su Impacto en España y América Latina*. Ponencia presentada con ocasión del Primer Taller de Defensor del Pueblo y Procuradores de Derechos Humanos de América Latina, organizado por el Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José, Costa Rica. 1994. P. 6

Es esa la razón por la que el legislador decidió crearla, como un órgano del Poder Legislativo, junto con la Asamblea Legislativa y la Contraloría General de la República. De hecho, durante el proceso de discusión del proyecto de Ley de la Defensoría, hubo varias manifestaciones que hacen evidente el espíritu de esta normativa. Así por ejemplo, Hugo Alfonso Muñoz indicó lo siguiente en relación con el contenido del artículo segundo.

“ su naturaleza jurídica es la de un órgano auxiliar del parlamento, en la protección de los derechos de los individuos, y en la función de contralor del funcionamiento de la administración pública. De acuerdo con la ley se señala que el defensor de los habitantes estará adscrito al Poder Legislativo, y desempeñará sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio, no estará sujeta a mandato alguno. Lo que se quiso decir en este primer artículo es el carácter parlamentario de la institución, de estar adscrita a la Asamblea, pero se le quiso garantizar su independencia tanto funcional, para que no haya interferencias sobre todo del Poder Ejecutivo, o del propio Poder Legislativo en perjuicio de su función, por que obviamente los parlamentarios podrían pedirle que investigue determinados servicios públicos que no funcionan bien, es también su independencia administrativa y de criterio para evitar que de alguna manera los informes que haga al Parlamento o a la opinión pública los haga presionados de algún órgano”¹¹

Por su parte, el dictamen afirmativo de mayoría, al analizar algunos de los artículos del proyecto, incluyó la siguiente manifestación en relación con la norma de comentario:

“b) (...) Por el origen de su nombramiento y por la naturaleza de su función, este órgano del Estado tiene el carácter de órgano parlamentario.

Sin embargo, se consagra la autonomía funcional, administrativa y de criterio. Esta independencia resulta ser una garantía para su buen funcionamiento. Someterla directamente a la Asamblea Legislativa, por la naturaleza política de esta última, puede afectar el cumplimiento de su cometido. Lo anterior no significa que se va a desligar del Parlamento; al contrario, no sólo debe mantener informado de su actividad al Parlamento, sino de la naturaleza de su función, como se indicó, constituye un complemento de la actividad que ejercen los diputados como auténticos representantes del pueblo. El Defensor también ayuda a cumplir el papel representativo de la Asamblea, la proteger a los ciudadanos. Muchas denuncias que los diputados reciben de sus conciudadanos se canalizan por medio del Defensor, cuya función se asimila bastante a la del Diputado en lo que se refiere a mediar entre la Administración y los administrados, a conciliar los intereses de los administrados entre estos y los distintos servicios público, y a interceder a favor de los habitantes ante los funcionarios. Pero esta estrecha relación del Defensor con la Asamblea Legislativa y con sus miembros, no debe confundirse con una situación de subordinación jerárquica; el Defensor goza de autonomía en el desempeño de sus tareas.”¹²

¹¹ Expediente Legislativo N° 10218. Comisión Permanente de Gobierno y Administración. Acta N° 2 de la Subcomisión nombrada para rendir informe del proyecto “Ley del Defensor de los Habitantes de la República”, pag. 47, Tomo I.

¹² Expediente Legislativo N° 10218. Comisión Permanente de Gobierno y Administración. Acta N° 2 de la Subcomisión nombrada para rendir informe del proyecto “Ley del Defensor de los Habitantes de la República”(Pp. 376-377) citado en Oficio N° DH-411-96 del 22 de Noviembre de 1996.

En todo caso, la Procuraduría General de la República¹³ expresó, que la independencia a la que hace alusión la Ley de la Defensoría de los Habitantes, no se trata de una independencia absoluta y que por el contrario, la misma está determinada por la competencia legalmente atribuida a la institución. Sostiene en este sentido la Procuraduría, que la norma es clara al señalar: "desempeña sus actividades" y estas actividades no son otras que las que puede realizar conforme la definición de competencia hecha por la ley, es por lo tanto, dentro de ese ámbito competencial, que cobra sentido la independencia "funcional, administrativa y de criterio", términos que reproducen la situación institucional de la Procuraduría General de la República. En todo caso, concluye el órgano consultivo del Estado, "la independencia funcional significa la posibilidad de ejercicio de la competencia sin interferencias del órgano al cual se pertenece. Independencia de criterio que faculta para resolver sin sujeción a instrucciones, direcciones u órdenes emanadas del superior; es decir, la actuación de la Defensoría está fundada en la valoración que ella misma haga y no en la apreciación de la Asamblea Legislativa. Independencia administrativa dirigida a asegurar el cumplimiento propio de la competencia atribuida. Dentro del ámbito definido por la ley, la Defensoría precisa cómo ejerce su competencia legal, la distribución interna de funciones, los criterios que la enmarcarán, etc., sin presión o sujeción alguna a la Asamblea".

3. Defensoría de los Habitantes: Órgano Adscrito

Ya se habría señalado, que de conformidad con lo que establece la Constitución Política en su artículo 121 inciso 1, 20 y 23, la Asamblea Legislativa tiene la potestad de crear órganos públicos adscritos a ella para que ejerzan funciones de tutela de legalidad sobre los demás poderes.

Al amparo de lo anterior, el artículo 2º de la Ley de creación de la Defensoría de los Habitantes, establece su carácter de órgano "adscrito" al Poder Legislativo, el cual, como se indicó líneas atrás, desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio.

En primer término, resultaría imperioso establecer que se debe entender por "adscrito al Poder Legislativo." Sobre este punto, ya la Procuraduría habría señalado en reiteradas ocasiones a partir del dictamen N° 055-87 de 10 de marzo de 1987, que el término "*adscrito*" carece de significado jurídico propio, en este sentido, su utilización ha estado marcada por la necesidad de establecer una relación estrecha de un organismo público, ente u órgano, con el Poder Ejecutivo, en este caso Poder Legislativo.

¹³ *Procuraduría General de la República*. Dictamen N° C-202-91 del 16 de diciembre de 1996.

Ahora bien, tal y como se indicó en dicha oportunidad por la Procuraduría, no obstante que desde el punto de vista estrictamente jurídico no puede considerarse que "el carácter de adscrito" atribuya una mayor o menor libertad de acción al organismo al que se le aplique, sí puede señalarse que en relación con órganos, ese "carácter" señala una pertenencia: puede, así, afirmarse que el órgano "adscrito" es un órgano del sujeto al cual se adscribe. Lo cual es importante a fin de determinar a qué órgano corresponden las competencias no desconcentradas en el "adscrito".

Ante las citadas apreciaciones, el término adscrito resulta irrelevante al momento de hacer un análisis de la naturaleza jurídica de la Defensoría de los Habitantes, al carecer el mismo de sentido jurídico, según apunta supra la Procuraduría General de la República.

Para la Defensoría de los Habitantes tal distinción adquiere mayor relevancia, si se considera que la ley establece su adscripción a un Poder del Estado – el Poder Legislativo – y no a un órgano, por lo que esta ha de entenderse en un sentido diverso y con un contenido diferente a la relación de ‘adscripción’ que puede existir entre un ente mayor y un Ministerio, como es el caso de la Junta de la Imprenta Nacional y de la Junta del Teatro Nacional, entre otros. Es por este motivo, que el criterio sostenido por la institución¹⁴ es que la ‘adscripción’ de la Defensoría de los Habitantes a un Poder de la República la coloca en una situación de independencia del gobierno y administración similar a la que posee la Contraloría General de la República como órganos del Poder Legislativo. De hecho, ambas instituciones cuentan con características comunes en su relación con el máximo órgano del Poder Legislativo- la Asamblea Legislativa- pues colaboran con el Parlamento realizando funciones de control que resultan exclusivas en relación con el resto de las instituciones y poderes de la República, además de que tiene el deber de presentarle un Informe Anual de las actividades que realicen en el ejercicio de su competencia¹⁵.

¹⁴ Ver Oficio de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Defensoría de los Habitantes, N° RSC-344-98.

¹⁵ Respecto de lo anterior el autor desea aclarar que comparte la posición de la Procuraduría General de la República en su dictamen N° C-202-96 del 16 de diciembre de 1996, en el que claramente señala que “lo anterior es de principio y puesto que la Constitución no contiene previsión alguna respecto de la Defensoría, no puede considerarse tampoco órgano de relevancia constitucional, aún cuando se considere que las funciones que desempeña sean importantes. Mucho menos podría considerársele órgano constitucional. Por consiguiente, no puede pretenderse una identidad de régimen jurídico con los órganos constitucionales. Concretamente, Poder Legislativo y Contraloría General de la República, órganos esenciales para el funcionamiento del

4. Defensoría de los Habitantes: Persona Jurídica

De conformidad con lo que se establece por parte de la Procuraduría General de la República, cuando el ordenamiento atribuye a una organización la condición de persona jurídica, la establece como un centro último de poderes y de deberes jurídicos. Es por ello, que la personalidad jurídica, unida al carácter exclusivo y excluyente de la competencia descentralizada, son los elementos distintivos de la descentralización administrativa y por ende, del ente descentralizado.

De conformidad con lo anterior, la personalidad atribuye al ente una serie de deberes y derechos en forma independiente, que justifica su autonomía patrimonial y marca la relación con el Estado: una relación de confianza, de tutela administrativa. Se sigue de lo anterior, indica la Procuraduría que, en principio, un órgano no es persona jurídica.

La atribución de la personalidad a los entes públicos, está determinada por la ley de creación, es decir, deriva de la ley, por lo que un ente u órgano no puede atribuirse esa calidad y definir su propia naturaleza jurídica.

Dispone el artículo 33 del Código Civil:

"La existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley. El Estado es de pleno derecho persona jurídica".

Al amparo de lo anterior, la Procuraduría General de la República estableció, respecto de la Defensoría de los Habitantes que, en tanto órgano, los poderes y deberes que le han sido reconocidos no le son imputables en último término ni son definitivos, sino que están referidos al Estado: el órgano es un medio para trasladar conductas y efectos jurídicos a la persona jurídica, que en este caso no es otro que el Estado. Por consiguiente concluye, la Defensoría es un órgano más de la persona jurídica Estado.

Efectivamente, un análisis de la Ley N° 7319 permite evidenciar que no existe ninguna referencia a la personalidad jurídica de la institución, ni siquiera existe referencia a una personería jurídica instrumental.

Estado, cuya organización suprema y competencia tienen su fuente directa en la Constitución".

La inexistencia de personería jurídica, resulta desapercibida por muchos y su ausencia no ha representado mayor dificultad en el ejercicio de la competencia atribuida a la institución durante los presentes diez años.

Esta situación podría derivar para muchos de la naturaleza misma de la Defensoría de los Habitantes, al carecer sus resoluciones de carácter vinculante, es decir, al no depender las mismas de la imposición o coacción, sino de la persuasión que el Defensor realice.

Sin embargo, lo cierto es que la atribución a la independencia funcional y de criterio se extrae del propio artículo 28 de la Ley N 7319, por el que señala que la Defensoría de los Habitantes está legitimada para interponer de oficio o a solicitud del interesado, cualquier acción jurisdiccional o administrativa de las previstas en el ordenamiento jurídico, las que tendrán por finalidad el cumplimiento de sus atribuciones y la tutela de los derechos o intereses de los habitantes.

Ejemplo claro de lo anterior, se encuentra en el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el que otorga legitimación la Defensor/a de los Habitantes para interponer acciones de inconstitucionalidad sin que sea necesaria la existencia de un asunto pendiente de resolver ante los tribunales.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que la Ley no atribuye a la Defensoría de los Habitantes personería jurídica alguna, fundamentando muchas de sus actuaciones en la teoría de la ejecutoriedad de los actos administrativos, sobre la cual la Sala Constitucional señaló en su resolución N° 6326 del 1 de noviembre de 1994, que “aún cuando no expresamente formulada en el texto de la Constitución, obedece a la teoría de las facultades implícitas de los órganos públicos, por lo que, ante el vacío legislativo, debe considerarse al órgano investido de aquellas facultades suficientes y necesarias para cumplir con los fines impuestos por el legislador –y no más-. De otra manera, la Administración se enfrentaría a la disyuntiva de tener que producir determinados resultados impuestos por la ley, pero carecer de las atribuciones y potestades para ello”.

5. Defensoría de los Habitantes: Órgano Desconcentrado

En orden a las competencias asignadas por ley a la Defensoría de los Habitantes, conjuntamente con la independencia atribuida por el artículo segundo de su ley constitutiva, institucionalmente se ha sostenido que la Defensoría de los Habitantes es un órgano desconcentrado. No obstante, la

Procuraduría General de la República¹⁶ se aparta nuevamente de ésta posición y por el contrario, señala que si se parte del concepto jurídico de desconcentración, habría que considerar que no es correcto utilizar ese término para referirse a la Defensoría, particularmente si se considera su integración al Poder Legislativo. En este contexto, resulta evidente para la Procuraduría, que no podría entenderse que la Asamblea Legislativa ha transferido parte de sus competencias de control a un órgano creado por ella, de forma que exista imposibilidad jurídica -salvo los casos de avocación o recurso jerárquico- de conocer de la competencia desconcentrada, consecuencia, por la cual se concluye que la asignación de competencias del la Ley N° 7319 no puede ser comprendida como una transferencia de competencias propia de la Asamblea Legislativa en la Defensoría de los Habitantes.

2. Criterio de la Procuraduría General de la República: Conclusiones del dictamen N° C-202-1996

El dictamen N° C-202-1996 de la Procuraduría General de la República, significó un duro golpe a la moral de una incipiente institución. La alegada independencia constitucional entre los poderes del Estado, la independencia administrativa, funcional y de criterio y la existencia de una personería jurídica propia de la institución, fueron desmitificadas en por la Procuraduría General con su dictamen.

Sin embargo, y pese a los criterios que en contra externó la Defensoría de los Habitantes, las conclusiones a las que llegó el dictamen N° C-202-1996 han sido acatadas por la Institución.

Las referidas conclusiones señalan lo siguiente:

- 1-. La Defensoría de los Habitantes es un órgano del Poder Legislativo que carece de rango de órgano constitucional.
- 2-. La independencia funcional, administrativa y de criterio que ha sido garantizada a la Defensoría por la Ley N° 7319 de 17 de noviembre de 1992 está referida a la competencia legalmente asignada y a la satisfacción del fin público que justifica la existencia de la Defensoría.
- 3-. Conforme con la naturaleza jurídica de ese Órgano, no existe en la Ley N° 7319 de cita, disposición legal alguna que atribuya a la Defensoría potestad para establecer el régimen salarial de sus funcionarios.
- 4-. La atribución de competencia para regular el régimen de clasificación, valoración y otros aspectos de remuneración de su personal deriva del Decreto Ejecutivo N° 22266-J de 15 de junio de 1993, artículos 24 y 61. Disposiciones que no encuentran fundamento en la Ley que ejecutan ni en la resolución de la Sala que se menciona.

¹⁶Procuraduría General de la República. Dictamen N° C-202-96 del 16 de diciembre de 1996.

5-. Corresponde a la Ley establecer el régimen de prohibiciones e incompatibilidades de los funcionarios públicos. El reglamento solo podría intervenir en este ámbito como consecuencia de una regulación legal.

6-. Conforme lo expuesto, compete al Poder Legislativo determinar el régimen salarial de los funcionarios de la Defensoría.

7-. Salvo disposición legal en contrario, la normativa emitida por el Poder Ejecutivo en orden al régimen salarial de los funcionarios públicos no resulta aplicable a la Defensoría de los Habitantes de la República.

En razón de lo anterior y al no resultar aplicable a los servidores de Defensoría de los Habitantes la normativa emitida por el Poder Ejecutivo en orden al régimen salarial, se ha procedido a solicitar al Poder Legislativo, representado por el Directorio de la Asamblea Legislativa, la ratificación de los acuerdos adoptados por el Defensor/a de los Habitantes, en dicha materia. Así mismo, mediante Ley N° 7741 de 19 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, N° 2 de 19 de enero de 1998, se adoptó en la Ley de la Defensoría de los Habitantes del régimen de prohibición e incompatibilidades para los funcionarios profesionales de la institución.¹⁷

¹⁷ Artículo 9. Ley de N° 7319. Incompatibilidades y prohibiciones (*)

1.- El cargo de Defensor de los Habitantes de la República es incompatible con cualquier otro cargo, público o privado, que no sea docencia o la investigación universitarias.

2.- El Defensor de los Habitantes de la República debe renunciar a todo cargo incompatible con su función, dentro del término de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de su juramentación.

3.- Ningún funcionario de la Defensoría de los Habitantes de la República, podrá participar en actividades político-partidista.

4.- El Defensor de los Habitantes de la República no podrá ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, los de su cónyuge, hermanos, ascendientes y descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, excepto que haya impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto de la propia Defensoría de los Habitantes de la República.

La prohibición del inciso 4) de este artículo se extiende solamente a los servidores profesionales que ocupen plazas de profesional en la Defensoría de los Habitantes. A estos funcionarios se les compensará económicamente, de manera porcentual sobre su salario base. Los porcentajes que se pagarán para compensar la prohibición son: un sesenta y cinco por ciento (65%) para los licenciados, un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados universitarios y un treinta por ciento (30%) para los bachilleres universitarios.

La violación de las incompatibilidades y prohibiciones anteriores por parte de los servidores mencionados en este artículo, constituirá una falta grave del servidor y dará lugar a su destitución por justa causa.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley N° 7741 de 19 de diciembre de 1997. LG N° 12 de 19 de enero de 1998

Institucionalmente, se considera que las acciones adoptadas por la Defensoría de los Habitantes han sido suficientes para cumplir con lo establecido por la Procuraduría General de la República. Esto quizás permitió dejar de lado el tema del dictamen N° C-202-96 y continuar en el ejercicio de sus competencias.

Sin embargo, el tema retoma nuevamente vida al conocerse del dictamen N° C-354-2001, del 20 de diciembre del 2001, por el que la Procuraduría General de la República ante una consulta del propio Defensor de los Habitantes, revalida el dictamen N° C-202-96 al señalar en sus conclusiones:

“En virtud de la Ley Número N° 7319 de 17 de noviembre de 1992, inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública (*reformado por la Ley Número 6835 de 22 de diciembre de 1982*), Dictamen N° C-202-96 del 16 de diciembre de 1996, así como la citada jurisprudencia administrativa y judicial, este Despacho arriba a la conclusión de que la Defensoría de los Habitantes no se encuentra autorizada legalmente para reconocer, vía reglamento, el tiempo que laboró un funcionario de esa institución en cualquiera de los colegios profesionales de consulta”.

Tal y como se indicara desde un inicio, el presente trabajo implica analizar las consideraciones del criterio de la Procuraduría, ya no sólo en materia salarial, sino determinar sus efectos sobre el régimen de servicio de la Defensoría de los Habitantes.

Por tal motivo, los siguientes capítulos tendrán por objetivo profundizar en lo que el autor Sánchez Morón ha definido como *contenido necesario del estatuto de la función pública*, refiriéndose a que, ante todo, la legislación de la función pública debe regular garantías de acceso, la pérdida de la condición de empleado público, el sistema de promoción interna, la provisión de puestos de trabajo, las peculiaridades del ejercicio de los derechos sindicales y el sistema de incompatibilidades y garantías de imparcialidad, estas últimas guardan relación directa con el régimen disciplinario, de responsabilidad y de inamovilidad, por lo que considera el autor también deben formar parte del estatuto de la función pública.¹⁸

¹⁸ SANCHES MORON (Miguel) *Derecho de la Función Pública* Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1996. Pag. 61

Capítulo II

Acceso a la función pública de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes

A. Acceso a la función pública de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes

En palabras del profesor Vega Robert¹⁹, con la creación de la Defensoría, se pretendió acentuar el proceso de democratización del Estado Costarricense, que con el transcurso del tiempo habría ido acumulando una importante experiencia en materia de controles análogos de protección a derechos fundamentales, tal y como lo representaron en su momento de la Procuraduría de los Derechos Humanos y el Procurador del Consumidor,²⁰ el Defensor de los Derechos Humanos del Sistema Penitenciario y el Defensor de los Usuarios del Registro Nacional.²¹

La existencia de un personal suficientemente capacitado y con la experiencia requerida en materia de defensa de derechos fundamentales en dichas instituciones, pero sobre todo en la Procuraduría de Derechos Humanos, permitió establecer de modo imperativo en el transitorio I del Proyecto de Ley de creación de la Defensoría de los Habitantes, que el personal del Poder Ejecutivo dedicado en ese momento a la protección de los derechos de los habitantes, pasara con todos los derechos adquiridos al servicio de la Defensoría.

Fue con fundamento en el citado transitorio, que personas como el Dr. Enrique Rojas Franco²² en su comparecencia ante la Subcomisión de Administración y Gobierno, y haciendo una referencia sobre el tema de la burocratización, manifestó vehementemente que “no aumentará la burocracia”, aduciendo que los recursos humanos existentes en la Procuraduría General de la República, dedicados a esa labor específica, pasarían a formar parte de la Defensoría, una vez creada.

¹⁹ VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 40

²⁰ Instituidas mediante Ley N° 6815 del 27 de setiembre de 1982. Citado por VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 40.

²¹ Instituidos mediante Decreto Ejecutivo N° 16491-J, dependencias adscritas al Ministerio de Justicia. VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 40

²² ROJAS (Enrique). Expediente Legislativo N° 10218, folio 60. **Citado por** VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 88.

Exactamente en ese mismo sentido se expresó el Dr. Hugo Alfonso Muñoz²³, cuando compareció ante los Diputados, señalando que la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Procuraduría de Defensa del Consumidor, el Defensor de los Derechos del Interno y el Defensor de los Derechos del Usuario en el Registro Nacional, se integrarían a la Defensoría de los Habitantes.

No obstante lo anterior y como bien lo señaló Vega Robert²⁴, la situación quedó bastante confusa en la Ley N° 7319, ya que de acuerdo con el artículo transitorio I de la ley aprobada por los señores diputados, se indicó que dicho personal “puede” pasar al servicio de la Defensoría, estableciéndose con un carácter facultativo y sin ni siquiera contemplar a juicio de quien se decidiría el traslado de personal.

Lo cierto es que el esperado traslado de funcionarios a la nueva institución nunca se llegó a concretar, por lo que el personal de la institución se fue constituyendo poco a poco, fundamentalmente con profesionales jóvenes, de escasa experiencia en el sector público y al servicio de una institución que tuvo que comenzar de la nada.

En muy poco tiempo quedaron en el olvido las palabras del Dr. Hugo Alfonso Muñoz,²⁵ el cuál, cuando se refirió al tema de la anti-burocratización de la nueva institución manifestó “que si en España con una población de muchos millones de habitantes, el Defensor del Pueblo funcionaba con 70 personas, en Costa Rica tendrían que ser entre 20 y 30 servidores no más.”

Nueve años después, la Defensoría de los Habitantes cuenta con más de un centenar de funcionarios, lo que ha obligado a la institución a adoptar las medidas normativas correspondientes, con el objeto de regular el ingreso de servidores en la relación de servicio con la Defensoría de los Habitantes, en respeto de los principios constitucionales consagrados en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política.

²³ MUÑOZ (Hugo). Expediente Legislativo N° 10218, folio 54. **Citado por** VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 69.

²⁴ VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 54.

²⁵ MUÑOZ (Hugo). Expediente Legislativo N° 10218, folio 60. **Citado por** VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 74.

Bases constitucionales para el acceso a la función pública

Los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, constituyen los pilares normativos por los que se rige la relación de servicio, habida entre los servidores públicos y el Estado, encargándose a la ley de ajustar sus presupuestos, a todo el ámbito de la función pública.

No obstante, queda claro de la lectura del voto N° 1696-92, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, qué falta por hacer en el plano jurídico del empleo público, cuando en la actualidad, aún no se ha conformado la regulación del servicio público, en un régimen estatutario único y uniforme, que cubra a todo el sector estatal, en garantía no sólo del servidor, sino en aras del bienestar común.

Pese a la intención de la Asamblea Nacional Constituyente, para que, en un tiempo determinado se lograra un cuerpo jurídico que cubriera igualmente todo el empleo estatal, es lo cierto que, a la fecha no ha sido posible cumplirse con la encomendada tarea; empero, esa circunstancia no permite a las instituciones públicas, ayunas de una legislación propia, separarse de esos principios superiores, en tanto *"un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración"*²⁶, a través de un personal altamente calificado, nombrado a base de idoneidad, que sólo podrá ser removido por las causales de despido justificado que exprese la normativa correspondiente, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya se por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

Y es que tal y como lo indica la Sala Constitucional en el voto de cita, los principios expuestos no son exclusivos de los funcionarios al servicio de la administración central, sino de todos los entes descentralizados y agregamos, de toda normativa que rija la relación con los funcionarios públicos, independientemente de la administración para la que sirva.

“No obstante, a pesar de que el legislador no recogió la idea del constituyente y reguló sólo parcialmente el servicio público, es lo cierto que los principios básicos del régimen (escogencia por idoneidad, estabilidad en el empleo) cubren a todos los funcionarios al servicio del Estado, tanto de la administración central, como de los entes descentralizados. Mas, esto en principio, porque el artículo 192 constitucional introduce otros elementos importantes al disponer al inicio "con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen", frase que obliga a

²⁶ Artículo 11. *Constitución Política de Costa Rica.*

matizar las conclusiones anteriores, respecto al ámbito de aplicación del régimen o estatuto de servicio civil”²⁷.

La aplicación de los principios de escogencia por idoneidad y estabilidad en el empleo, consagrados en los artículos 191 y 192 constitucionales, que se consagran en las administraciones públicas de Costa Rica, permiten concluir que los constituyentes del 49 apostaron por el establecimiento de un sistema de carrera, que rigiera el régimen de empleo público en nuestro país, el cual se plasma en todos los estatutos o reglamentos que regulen la relación de servicio con el Estado.

2. De la Normativa que rige la materia de acceso a la Defensoría de los Habitantes
Previo a cualquier análisis que tenga por objeto establecer un estudio de la normativa en materia de nombramientos del personal de la Defensoría de los Habitantes, se hace más que necesario, indispensable, realizar un recuento de las normas legales que han regido en la materia a nueve años de creación de la Institución.

3. Acceso a la Defensoría de los Habitantes: fundamento legal

Bajo el encabezado de órganos especiales, el texto original de la Ley N° 7319, en su artículo 11 estableció expresamente lo siguiente:

Artículo 11. – Órganos Especiales. La Defensoría de los Habitantes contará con los órganos especiales que determine el Reglamento. ***Los nombramientos y remociones corresponden al Defensor de los Habitantes de la República*** (destacado no es del original)

Pese a que a juicio de la Procuraduría General de la República²⁸ la ley debería especificar los órganos que conformarían la Institución, para que existiera una estructura legal que protegiera su organización, su propuesta no fue aceptada al momento de aprobarse la ley, con lo cual la regulación de la estructura orgánica fue dejada para la vía reglamentaria.

En lo que no parecía existir duda alguna, fue en que correspondía al Defensor de los Habitantes los nombramientos y remociones del personal a su cargo. Lo que definitivamente no quedó claro en relación con el tema, fue si debería existir estabilidad para los servidores de la institución, ya

²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1119-90 de las catorce horas del 18 de setiembre de 1990.

²⁸ VEGA ROBERT (Rolando). *Op Cit.* Pag. 43

que el Decreto N°22266-J, por el cual se reglamentó la Ley de la Defensoría de los Habitantes, amplió la competencia dada al jerarca originalmente en la Ley N° 7319, al establecer que la designación y remoción del personal se haría “libremente”.

Artículo 24.- Personal:

El Defensor de los Habitantes de la República contará con el personal profesional, técnico y administrativo que requiera.

El Defensor de los Habitantes de la República *designará y removerá libremente* al personal necesario para el cumplimiento de sus atribuciones y competencias. [...] (destacado no es del original)

Si bien corresponde mas adelante desarrollar el tema de la remoción, si es evidente, que de manera flagrante, el texto vigente del Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, es contrario a los principios constitucionales consagrados en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, ya que vía reglamentaria otorga al Defensor/a de los Habitantes una potestad de “libre nombramiento y remoción” de todos los servidores de la institución, sin contemplar el respeto a los principios constitucionales de “escogencia por idoneidad”, “estabilidad en el empleo” y el principio de reserva de ley.

Es precisamente sobre este último punto, que la Sala Constitucional ya ha establecido que las limitaciones y con mucha más razón, la extinción de derechos fundamentales, no puede hacerse a través de reglamento autónomo. Sobre este punto la sentencia N° 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992 señaló:

- "a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales - todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables -;
- b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"; y,
- c) En tercero, que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer."

Ahora bien, en este recuento normativo, resulta igualmente fundamental señalar, que ante una evidentemente mala técnica legislativa, la Ley N° 7935 del 25 de octubre de 1999, al modificar el primer párrafo del citado artículo 11 de la Ley N° 7319, no contempló lo relativo a los nombramientos y remociones, eliminándolo por completo. El texto vigente del artículo 11 de la ley N° 7319 se lee de la siguiente forma:

Artículo 11.- Organos especiales

La Defensoría de los Habitantes de la República contará con una Defensoría para la protección de la persona adulta mayor y con los órganos especiales necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones y competencias. La Defensoría para la protección de la persona adulta mayor deberá estar abierta las veinticuatro horas del día, todos los días del año, y será la encargada de velar por la no discriminación y la exigencia de trato preferencial para las personas adultas mayores en las instituciones del Estado y en la prestación de los servicios públicos, así como de cualquier otra situación o queja relativa a este sector de la población.

Con fundamento en lo anterior, se hace evidente la necesidad de modificar el artículo 11 de la Ley N° 7319, con el objeto de restablecer la norma que otorga al Defensor/a de los Habitantes su legitimación en materia de nombramientos y remoción, ya que si bien nadie hasta el momento ha puesto en duda esta competencia y aunque el artículo 104 de la Ley General de la Administración Pública lo faculte,²⁹ continúa presente el fantasma de dictamen N° 202-96, el cual podría utilizarse con el fin de establecer, que al carecer de norma legal que le autorice los nombramientos y remociones del personal al Defensor/a de los Habitantes, los mismo deberán ser aprobados por la Asamblea Legislativa, específicamente por el Directorio de dicho órgano Legislativo. Lo anterior, tal y como se indicó, no ha sido expuesto nunca antes en la institución, pero no es jurídicamente irracional dicha idea, pues tal y como se desarrollo en el primer capítulo, ya antes, bajo el mismo argumento le fue cercenada dicha competencia en materia salarial.

En todo caso, dejando de lado la norma reglamentaria que señala, que los nombramientos y remociones del personal se harán libremente, por su evidente violación al principio constitucional, el actual Defensor de los Habitantes, Licenciado José Manuel Echandi Meza, emitió el Estatuto Autónomo de Servicios y el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos,

²⁹ *Ley General de la Administración Pública*. Artículo 104.- inciso 1. En silencio de la ley, el jerarca podrá nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente, de conformidad con los artículos 191, 192 y de la Constitución Política.

instrumentos por los que se establecen los requisitos de acceso, sistemas selectivos, órganos de selección y procedimientos selectivos del personal al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

A efectos de ahondar en el presente estudio, se abordará el tema del ingreso al servicio de la Defensoría, tratando de abarcar las diferencias existentes para el nombramiento del personal de la institución en las modalidades de nombramiento en propiedad, interino, de confianza y laboral.

4. Modalidades de nombramientos que permiten el acceso a la Defensoría de los Habitantes

El Estatuto Autónomo de Servicio vigente, ensaya un primer acercamiento para establecer una clasificación de las diversas modalidades de nombramiento que permiten el acceso a la Defensoría de los Habitantes.

En primer término, el Estatuto señala en su artículo sexto, que la relación de servicio podrá establecerse mediante contrato por tiempo indeterminado, a plazo fijo u obra determinada.

A tales efectos, en el Estatuto³⁰ se entiende por nombramiento por tiempo indeterminado aquel que tiene por objeto desarrollar las actividades propias, permanentes y todas aquellas indispensables para la adecuada prestación del servicio de la Defensoría de los Habitantes. Por nombramiento a plazo fijo u obra determinada, se entiende aquel en el cual el trabajador es nombrado para prestar sus servicios por un período u obra determinada, cuya iniciación y terminación se conocen previamente.

Esta primera clasificación, utilizada en otros cuerpos normativos de la administración pública, se sustenta en la propia clasificación del Código de Trabajo, propio de las relaciones laborales del derecho privado, lo que poco ayuda a establecer una idea clara, que permita acercarse a la realidad en materia de nombramientos de la relación de servicio en la administración. Esta falta de claridad, ha requerido la intervención de instancias judiciales, las que vía jurisprudencial, han ido adaptando la normativa a dicha realidad, como resulta el típico caso del trabajador/a interino en la función pública.

Seguidamente, el Estatuto³¹ individualiza dos modalidades de nombramientos en la Institución, los nombramientos en propiedad, el cual permite ocupar las plazas que se encuentren vacantes y

³⁰ Ver artículo 6 del Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes.

³¹ Ver artículos 8 y 9 del *Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes*.

los nombramientos interinos, que son aquellos para reemplazar temporalmente a un servidor/a regular por cualquier causa de suspensión de la relación de servicio o para ocupar una plaza vacante –mientras esta sale a concurso- y cuya limitación es, acorde con el propio estatuto, no superar el plazo de un año, caso en el cual opera la adquisición de los derechos de los cuales es titular el trabajador en propiedad, mas el sólo transcurso del tiempo no implica que el interino deba ser nombrado en el puesto.

Ahora bien, y sin que se desarrolle su especificidad en la normativa interna de la institución, se encuentran la modalidad de nombramientos en puestos de confianza y los nombramientos profesionales, distinguiendo dentro de estos últimos dos opciones para la contratación especial de servicios.³² La primera distinción es la de una típica "contratación de servicios técnicos o profesionales" donde no media ninguna clase de relación de empleo público, pues los profesionales son contratados por la figura procedimental de la "licitación", ya sea pública, por registro o por licitación restringida. La segunda se trata de la contratación por "servicios profesionales con sueldo fijo", que son nombrados por el propio procedimiento utilizado para los funcionarios/as; sujetos, por ende, al régimen de empleo público, como claramente lo prescribe el artículo 69.2 del Reglamento de la Ley de la Contratación Administrativa y con cargo a una partida presupuestaria denominada 080, con cargo a servicios profesionales.

En relación con el “servidor de confianza”, el Decreto N°28692-H, relativo a los Procedimientos para la aplicación de las directrices y regulaciones generales de políticas salariales, empleo y clasificación de puestos de los ministerios, demás órganos según corresponda y entidades públicas cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria para el año 2001, establece que los puestos de confianza son aquellos puestos definidos por la Autoridad Presupuestaria, que están a disposición permanente del presidente ejecutivo, director ejecutivo y gerente, así como los establecidos en el Estatuto del Servicio Civil N° 1581. Por lo tanto y al remitir el estatuto autónomo de servicio en ausencia de norma al referido Estatuto del servicio Civil, se debe tomar como referencia a lo que este cuerpo normativo establece en los artículos 3 y 4.

Artículo 3.-

No se considerarán incluidos en este Estatuto:

- c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. (Reformado por Ley N° 1918 de 5 de agosto de 1955).

³² Ver Dictamen de la Procuraduría General de la República N° C-114-2001, del 17 de abril del 2001.

Artículo 4.- (*)

Se considerará 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 (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.
- g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.

TRANSITORIO

Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza.

(*) Reformado por leyes N°s. 1918 de 5 de agosto de 1955 y 6440 de 16 de mayo de 1980.

(*) Promulgado mediante ley No. 1581 de 30 de mayo de 1953.

(*) El inciso g) y el transitorio del presente artículo han sido adicionados mediante Ley N° 7767 de 24 de abril de 1998. Alcance 13 a LG N° 91 de 13 de mayo de 1998.

Una vez determinadas modalidades de ingreso ala Defensoría de los Habitantes, se debe continuar con los requisitos de acceso, acorde con cada una de las modalidades establecidas.

5. De los requisitos de acceso al a Defensoría de los Habitantes

De conformidad con lo que establece el artículo 7 del Estatuto Autónomo de Servicio vigente, para ocupar una plaza de la Defensoría de los Habitantes, todo oferente deberá cumplir con los requisitos académicos, legales y los demás establecidos por el Manual Descriptivo de Puestos. De este modo y con el propósito de demostrar su idoneidad, los aspirantes a un puesto, deberán ajustarse al Estatuto de selección, ascensos y nombramientos y demás disposiciones vigentes en esta materia y cumplir con los requisitos del perfil institucional y el específico del cargo, el cual se encuentra normado, tal y como se indicó, en un Manual Descriptivo de Clases o Puestos,

elaborado por el Departamento de Recursos Humanos y aprobado mediante acuerdo por el Defensor/a de los Habitantes.

Acorde con lo que establece el citado Decreto N° 28692-H, el Manual Descriptivo de Clases o Puestos específicos de la entidad, es aquel que ordena los procesos de trabajo, en que participan los diferentes puestos de la organización.

Para comprender la naturaleza misma del Manual Descriptivo de Puestos, ahondaremos en el artículo 16 del citado decreto N° 28692-H, el cual señala en su capítulo III, de los cambios en los Manuales Descriptivos de Puestos, lo siguiente:

Artículo 16

Las entidades públicas no homologadas al Régimen de Servicio Civil, que tuvieran que modificar su manual institucional, ya sea con la inclusión de nuevas clases, la reestructuración de las existentes o la variación de los factores de clasificación, no podrán apartarse de la política salarial establecida en las Directrices y Regulaciones Generales de Política Salarial, Empleo y de Clasificación de Puestos vigente, cumpliendo con lo siguiente:

- a) Elaborar un estudio técnico en que contemple entre otros aspectos, lo siguiente.
 - a.1) Metodología empleada para su realización
 - a.2) Análisis de la estructura orgánica, ocupacional y salarial de la entidad, para determinar la consistencia del cambio propuesto.
 - a.3) Análisis de los procesos y productos o servicios de la entidad.
 - a.4) Análisis comparativo de los factores de clasificación antes y después del estudio respectivo
 - a.5) Propuesta de valoración, para lo cual, en casos de realizar estudios de mercado, deberán considerar en la muestra de entidades, aquellas de preferencia públicas que sean afines a su naturaleza.
 - a.6) Contar con grupos ocupacionales claramente definidos.
- b) Afectar con el cambio en el manual, únicamente el grupo ocupacional al que pertenece la clase en estudio.

Es por lo tanto el Manual de Puestos o Clases, producto de un estudio técnico, cuyo objetivo es ordenar los procesos de trabajo en que participan los diferentes puestos de la organización, tras un análisis de procesos, productos y servicios, factores de clasificación, considerando al menos, como señala el propio decreto de cita, las condiciones organizacionales (supervisión recibida, supervisión ejercida, responsabilidades) y las condiciones de trabajo y ambientales, consecuencia del error, características personales deseadas, requisitos, ubicación en la estructura ocupacional, necesidades de la entidad y recomendación.

La duda que se presenta, al establecer el artículo 7 del Estatuto Autónomo de Servicio vigente, que para ocupar una plaza de la Defensoría, todo oferente deberá cumplir con los requisitos académicos, legales y los demás establecidos por el Manual Descriptivo de Puestos, es precisamente determinar si el oferente, debe cumplir con lo establecido en el citado manual, independientemente de la modalidad de nombramiento que se utilice.

La respuesta a dicha interrogante resulta clara, al referirse a las modalidades de nombramientos en propiedad e interinos en plazas de la institución, ya que el mismo Estatuto Autónomo de Servicio así lo establece en sus artículos 9 y 10 antes citados.

Igualmente, los nombramientos por servicios profesionales en la modalidad de contratación por "servicios profesionales con sueldo fijo", ya que se deberá seguir el propio procedimiento utilizado para los funcionarios, quedando sujetos al régimen de empleo público, como claramente lo prescribe el artículo 69.2 del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa, que en lo conducente dice:

"...salvo si la contratación se celebra en los términos de los numerales 69.5 y 69.6, en cuyo caso los profesionales o técnicos quedan sujetos a una relación de empleo público remunerada con sueldo fijo." (Decreto N° 25038-H de 6 de marzo de 1996.)

En lo que se ha denominado, por la Procuraduría General de la República en su dictamen N° C-114-2001, como la típica "contratación de servicios técnicos o profesionales" y en donde no media ninguna clase de relación de empleo público, los profesionales son contratados por la figura procedimental de la "licitación" ya sea pública, por registro o por licitación restringida, ateniéndose los participantes a las prohibiciones generales del artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa.

Por la especialidad de los servicios profesionales contratados, los requisitos deberán ajustarse a los requerimientos propios de los servicios prestados, sean estos profesionales o técnicos, establecidos en los propios carteles de licitación y debidamente ratificados en los contratos suscritos por la administración.

Finalmente, tal y como se habría acreditado anteriormente, la Ley de la Defensoría de los Habitantes no determina la existencia de plazas de confianza en la Institución y pese a que se

haga en el propio estatuto una remisión en la normativa general del Estatuto de Servicios Civil, los criterios para determinar una plaza como de confianza debe generarse tras un análisis de procesos, productos y servicios, factores de clasificación, considerando al menos, como señala el propio decreto N° 28692-H, las condiciones organizacionales, de trabajo y ambientales propias de la institución.

Adicionalmente al estudio establecido para la determinación de una plaza como de confianza, es claro que dicha determinación debe necesariamente establecerse en la ley y no en un reglamento autónomo de servicios, pues queda claro que se rompe con el principio de estabilidad propio de los servidores públicos, violentando el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta, que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo, es posible regular y en su caso restringir, los derechos y libertades fundamentales.

Otra particularidad que debe tenerse en presente al momento de valorar la calificación de una plaza como de confianza, surge de la reforma al inciso g) del artículo 4 del Estatuto del Servicio Civil, por el que se otorga dicha categoría a los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, muchas veces, cargos de naturaleza técnica, mas que política.

Por lo tanto, se considera que a efectos de establecer una calificación de plazas de confianza en la Defensoría de los Habitantes, se deberá tomar en consideración lo establecido por la Procuraduría General de la República dictamen N° C- 171-98 del 19 de agosto de 1998, en relación a la exigencia de idoneidad y cumplimiento de requisitos a cargos de confianza.

En este sentido, la Procuraduría señaló:

“En abono de lo expuesto, cobra relevancia lo establecido en la parte final del citado inciso g), donde la propia norma que introdujo el cambio, definiendo como de confianza esos cargos, obliga a quien pretenda ocuparlos a "...cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.". Tal exigencia, a juicio de este Despacho, se convierte en un argumento contundente en apoyo de la tesis de que la concurrencia de la preparación académica ha subsistido, a pesar de la exclusión que se hizo del régimen estatutario. Ha de advertirse que si bien el término "idoneidad" allí utilizado, técnicamente no fue el más apropiado, resulta evidente que en la norma en análisis lo que se tuvo en mente por el legislador fue el cumplimiento de los requisitos legales que pudieran existir. De lo contrario, habría una exigencia, absolutamente incompatible con el acceso a un cargo de confianza, como sería el sometimiento a "pruebas, exámenes o concursos", que son los requisitos a cumplir para demostrar la idoneidad, según la definición técnica que de ella da el artículo 20

del Estatuto de Servicio Civil. *En otras palabras, que al quedar descartado para optar por un cargo de confianza el tener que someterse al indicado proceso de selección, la única explicación razonable que puede darse sobre la utilización que hizo el legislador del término "idoneidad", fue que lo refirió al cumplimiento de los requisitos que, para ocupar ciertos cargos en instituciones públicas, usualmente se exigen en las leyes que las rigen*" (Destacado no es del original)

6. Sistemas selectivos de acceso al a Defensoría de los Habitantes

Acorde con lo dispuesto en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, antes analizados, se deriva un régimen especial de servicio para el sector público, que cubre a todos los funcionarios del Estado, los que están sometidos a los principios fundamentales de escogencia por idoneidad comprobada, estabilidad en el cargo y acceso en condiciones generales de igualdad.

Referente al primero de estos principios, el artículo 192 Constitucional establece que "los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada", lo cual significa, que los interesados deben tener o reunir las características y condiciones que los faculten para desempeñarse óptimamente en el trabajo, puesto o cargo público de que se trate, es decir, reunir los méritos que la función demande.

En este mismo sentido, la Sala Constitucional en su resolución N° 5530-96,³³ de las 8 horas 57 minutos del 18 de octubre de 1996, estableció que "el artículo 192 sienta el criterio medular para el acceso a la función pública: la idoneidad comprobada. En este sentido, estudios y dictámenes escuetos relativos no a habilidades intelectuales más o menos mensurables sino a «características emocionales y sociolaborales» figuran en el proceso de selección aquí cuestionado como obstáculo insalvable para el acceso a un cargo público, y es notoria la proclividad de tal tipo de pruebas a los juicios de valor. Por el contrario, las pruebas relativas a la idoneidad intelectual están más sujetas a la fiscalización formal e informal de la comunidad jurídica, y por tanto se acercan más al criterio de la idoneidad comprobada"

La doctrina que cita la Procuraduría General, sostiene en forma mayoritaria, que el concurso constituye el sistema normal de provisión de puestos, mientras que por el sistema de libre designación sólo deben cubrirse aquellos casos que la ley determine, en atención a la naturaleza de sus funciones.³⁴ Es ante esta obligación constitucional de determinar si una persona reúne las

³³ **Citado por** Procuraduría General de la República No. C-255-2000 del 12 de octubre del 2000.

³⁴ RICARDO DE VICENTE (Domingo). *El Puesto de Trabajo en el Derecho de la Función Pública*. Editorial Tirant Lo Blanck, Valencia, España, 1997, págs. 85 y siguientes. **Citado por** Procuraduría General de la República N° C-255-2000 del 12 de octubre del 2000.

condiciones de idoneidad necesarias para desempeñar un determinado cargo público, que necesariamente, concluye la Procuraduría, que deberá seguirse un sistema de concurso de antecedentes o de méritos sobre el cual ha señalado la Sala Constitucional:

"..... los concursos para llenar plazas es el medio natural mediante el cual se abre la posibilidad a todos aquellos sujetos que cumpliendo los requisitos académicos, y de experiencia laboral sean aptos para ocupar el puesto que se sacó a concurso, para con ello cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 192, de la «idoneidad comprobada» garantizándose la eficiencia de la función de la administración".³⁵

El Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes, estableció el concurso de antecedentes, como mecanismo para la escogencia de los nombramientos en propiedad de las plazas vacantes de la institución. A tales efectos, se entiende por concurso la participación de al menos una persona en un procedimiento establecido, el cual debe tomar en consideración los procedimientos y requisitos establecidos en el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos de la Defensoría de los Habitantes de la República.

El artículo 4 del Estatuto de selección, ascensos y nombramientos de la Defensoría de los Habitantes, establece la obligación de la Administración de llevar a cabo un concurso interno de antecedentes u oposición, cuando se desee llenar un puesto vacante y su objetivo, acorde con lo que se establece en los artículos 191 y 192, es reclutar y seleccionar funcionarios/as de comprobada idoneidad, así como para seleccionar al funcionario/a que deberá pasar por vía de promoción de un puesto a otro de clase superior y diferente, que se encuentre vacante.

En torno al procedimiento de concurso como sistemas selectivo de acceso al a Defensoría de los Habitantes, resulta prudente traer a colación lo señalado en el dictamen N° C-242-2000, del 2 de octubre del 2000, en el que se aclara desde una perspectiva constitucional su naturaleza jurídica. Acorde con lo establecido en el dictamen de cita, el concurso interno es un mecanismo cuya finalidad es mejorar la carrera administrativa, fomentado la participación de los servidores regulares (en propiedad) para que ocupen puestos superiores y de esa forma, retener los funcionarios más idóneos dentro de la Administración Pública.

³⁵ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Resolución N° 1764-94, de las 8:57 horas del 18 de octubre de 1996.

Al amparo de esta posición doctrinal, la Procuraduría concluye consecuentemente, que por su filosofía o propósito, el concurso interno no es un mecanismo idóneo para el reclutamiento de personal, aun cuando quien ocupa la plaza lo haga en forma interina.

Sobre este aspecto, la Sala Constitucional no ha adoptado una posición concluyente, que avale la sostenida por la Procuraduría. En este sentido es ampliamente conocido que los Magistrados de la Sala Constitucional han indicado que es inconstitucional impedir que un interino participe en un concurso interno, señalando al respecto:

" VIII. En cuanto a la imposibilidad para elegir y ser electa como miembro de la Comisión Técnica General de Microbiología y Química Clínica que tiene la recurrente, por ser interina, ya la Sala se manifestó sobre el punto mediante el voto número 3467-93 del 20 de julio de 1993, declarando inconstitucional el artículo 45 del Decreto número 21034-S, Reglamento de Estatuto de Servicios en Microbiología Química Clínica por ser violatorio del principio de igualdad, al ser irrazonable la diferencia que entre la condición de propietario e interino para basar un tratamiento desigual entre profesionales de la misma institución y restringir el concurso, establecía el inciso a) del artículo 4 del Reglamento mencionado, razón por la cual procede declarar con lugar el recurso, también en cuanto al impedimento al que se ha hecho referencia.

En similar sentido se ha manifestado este Tribunal en las sentencias número 1230-94 de las nueve horas con doce minutos del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro; 1775-94 de las nueve horas treinta y tres minutos y 1771-94 de las nueve horas veintiún minutos, ambas del quince de abril de mil novecientos noventa y cuatro; y 5596-94 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, en casos donde se rechazó la solicitud de participación en concursos internos de empleados de la Caja Costarricense del Seguro Social, por encontrarse ahí nombrados interinamente³⁶

Sin embargo, también la Sala Constitucional, como lo indica la propia Procuraduría, ha cuestionado fuertemente el hecho de que este tipo de mecanismo sea un instrumento idóneo para ingresar a la carrera administrativa. En efecto, señaló en el voto N° 5621-95, lo siguiente:

"Prima facie es incierta la pretensión del recurrente: Parece reclamar, simple y llanamente, que los funcionarios interinos puedan participar en los procedimientos tendientes a la selección del personal al mismo título que los funcionarios propietarios, petición evidentemente razonable, así declarada en casos similares, pero que no está claro que le esté siendo denegada en la especie,

³⁶ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Resolución N° 021-95. En igual sentido ver resoluciones N° 4845-99 y N° 4846-99

según se dirá de seguido. La alusión del recurrente a los ‘concursos internos’, que por lo común comportan una ventaja no siempre legítima para quienes transitoriamente ocupan el cargo, vendría a significar que un funcionario interino podría acceder en propiedad al cargo sin valerse de procedimiento al que sí acudieron los potenciales concursantes que ya ostentan la propiedad, y sin competencia de los ciudadanos ajenos a la planilla de la institución. En este sentido podría llegar a constituir un mecanismo distorsionador del acceso igualitario y competitivo a los cargos públicos. Aún con las dudas que suscita la demanda, el amparado se inclina más bien por esta segunda posibilidad: En efecto, manifiesta el 10 de agosto pasado el recurrido que, según su criterio, ‘ un servidor nombrado interinamente que participe en un concurso interno, y una vez concluido el mismo, integre la nómina de candidatos, puede ser nombrado en propiedad...’ (folio 14). Así las cosas, el recurso debe desestimarse."

Con fundamento en lo anterior, la Procuraduría concluye preliminarmente, que el concurso interno no es un mecanismo idóneo para que una persona pueda ingresar a la carrera administrativa en el sector público, lo anterior no significa, que los interinos no puedan participar en un concurso interno, siempre y cuando se ajusten verdaderamente a los objetivos que se persiguen con este tipo de mecanismo.

Adicionalmente, la Procuraduría establece que existe otro impedimento de orden constitucional para utilizar el concurso interno para hacer nombramientos en propiedad, o sea, para ingresar a la carrera administrativa, ya que la propia Constitución reconoce a favor de todos los habitantes de la República, el libre acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad.

Al respecto, en el voto N° 3529-96, señaló lo siguiente:

"III. Hay que encarar ahora el tema del derecho de acceso a los cargos públicos. A diferencia de lo que sucede en otras latitudes, la Constitución no contiene ningún artículo donde se reconozca de modo expreso la existencia de un derecho fundamental a acceder a las funciones y cargos públicos. Aun en los casos en que ese derecho se reconoce explícitamente, puede concebirse -en tanto derecho fundamental, posible de protección, pues, mediante el recurso de amparo-limitado al acceso a cargos de elección popular (Téngase en cuenta, sin embargo, lo que dispone el art. 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). No obstante, constantes resoluciones de esta Sala han declarado, expresamente o implícitamente, la existencia de ese derecho como derecho fundamental, entendiéndose que es un corolario imprescindible e ineludible del principio de igualdad, que impregna diversas disposiciones constitucionales y es el sustrato de diversos derechos de aquella naturaleza, del derecho al trabajo, y, en esencia, del carácter democrático de la comunidad nacional. En consecuencia, apenas es necesario insistir en el reconocimiento del derecho de todos a acceder a los cargos públicos -y no solamente a los de elección popular- en condiciones de igualdad, descontado desde luego el régimen de requisitos aplicable en cada caso. A partir de este reconocimiento, también ha declarado este tribunal que el

derecho es comprensivo no solo del ingreso al cargo, sino de la permanencia en él -noción que adhiere a la llamada "estabilidad laboral", de manera que el funcionario o servidor público puede ser removido del cargo al que accedió a condición de que, por regla general, existan causas legalmente previstas para ese efecto, y atendiendo a procedimientos respetuosos de sus derechos de audiencia y defensa-, y, en fin, del derecho al ejercicio mismo del cargo con su bagaje de facultades, deberes y responsabilidades, valga decir, el derecho a desempeñar el cargo de acuerdo con lo que está legalmente establecido. La Sala no tiene razones para variar de criterio sobre ninguno de los extremos enunciados hasta aquí: por el contrario, entiende que el derecho de acceso a los cargos públicos, cuyo fundamento constitucional ha quedado explicado, y cuya cobertura excede el mero hecho del ingreso al cargo, que de ese modo comprende también la estabilidad y el desempeño mismo del cargo, es un derecho fundamental, y que el recurso de amparo es idóneo para garantizar ese derecho."

Por lo antes expuesto, concluye ahora si la Procuraduría en su dictamen de cita, que para que una persona acceda a un cargo público en nuestro medio, no sólo debe demostrar la idoneidad, sino que también es necesario garantizar a todos los habitantes de la República el libre acceso en condiciones de igualdad, es decir, la idoneidad comprobada es un elemento necesario, pero no suficiente, para cumplir con los requerimientos que impone el derecho de la constitución a la administración pública para hacer los nombramientos de personal. Por lo tanto, se respeta el derecho de la constitución cuando el nombramiento se hace basándose en idoneidad comprobada, cuando existe un curso en el cual se permite el libre acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y por último, cuando se le garantiza al servidor su permanencia en él.

De regreso a lo que establece la normativa interna de la Defensoría de los Habitantes, es importante destacar que se establece la posibilidad de realizar un concurso externo en caso que, previo concurso interno, se determine que no existen candidatos o éstos no satisfacen las características del puesto vacante en la Institución. Tal norma, queda claro, no excluye el hecho de que la misma este sujeta a una acción de inconstitucionalidad, por violentar el libre acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, aunque si bien lo cierto, es que la Defensoría es una institución en donde el interinazgo crea la regla y no la excepción. Por lo tanto, es necesario recomendar la revisión la normativa interna a efecto de cumplir con la Constitución y establecer los procedimientos de selección que permitan valorar las diferencias que existen entre los/as funcionarios/as interinos/as y el libre acceso a los cargos públicos.

En relación con el personal de confianza, por el ligamen subjetivo, particular y hasta político que tiene con las altas esferas de la Administración Pública, es nombrado y removido libremente, aunque líneas atrás se indicó que el mismo puede estar sujeto a requisitos que demuestren la

idoneidad para el cargo, si así se llegara a determinar previamente, en la normativa interna de la institución.

Respecto del personal nombrado por contratos por servicios profesionales, ya se ha establecido que el procedimiento de nombramiento dependerá si se esta en presencia de una contratación de servicios técnicos o profesionales propiamente dicha, en donde no media ninguna clase de relación de empleo público y en donde los profesionales son contratados por la figura procedimental de la "licitación" ya sea pública, por registro o por licitación restringida; o si se está en presencia de una contratación por "servicios profesionales con sueldo fijo", en donde los nombramientos, pese a no existir norma expresa en la normativa interna, deberá realizarse utilizando el procedimiento establecido por el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos, en vista de que los servidores quedaran sujetos al régimen de empleo público.

Ahora bien, una vez que se ha determinado que los nombramientos en la Defensoría de los Habitante se realizan fundamentalmente en función de la figura del concurso, es oportuno hacer patente que existe en el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos vigente, un capítulo que brinda una guía a seguir para la elaboración de estos concursos, estableciendo en él los elementos básicos del mismo.

Es a tales efectos, que el artículo 12 de dicho cuerpo normativo, establece que la definición de los predictores de selección para cada proceso de selección y nombramiento con sus respectivas ponderaciones, deberá estar en función de las características de los puestos, de las necesidades de la Institución y de la oferta de trabajo institucional.

En los procesos de selección y nombramiento que llevan a cabo la institución, podrán aplicarse y tómesese en cuenta que es una norma facultativa, los siguientes predictores de selección:

- a) Actividades de capacitación:** los cursos, seminarios, talleres y similares recibidos, que tengan relación con las actividades y funciones del puesto.
- b) Entrevistas:** Técnica que consiste en una conversación previamente estructurada, con el propósito de obtener información objetiva y evaluar aspectos tales como características de personalidad, intereses, preferencias, actitudes, aptitudes, motivación, experiencia laboral y estudios de la persona entrevistada.
- c) Evaluación del desempeño:** proceso para determinar el nivel de eficiencia y actuación del personal durante un determinado período laboral, que se efectúa mediante la calificación de servicios que estipula el Estatuto Autónomo de Servicio.

d) Experiencia: el conocimiento que se acumula por el desempeño en: Instituciones del Estado u Organismos Internacionales, la Defensoría de los Habitantes y por el desempeño en puestos similares o relacionados con el que está sometido a concurso.

e) Experiencia en el ejercicio profesional: Conocimiento adquirido en su especialidad posterior a la obtención del respectivo grado académico.

f) Grado o condición académica: enseñanza recibida en centros de educación formal extendidos o reconocidos y equiparados por el Ministerio de Educación Pública o las instituciones estatales de educación superior legalmente facultadas, que llevan a la obtención de un diploma, certificado o grado o condición académica. Pueden ser otorgados por un centro universitario o parauniversitario, centros de educación secundaria o primaria

g) Información biográfica: el cuestionario estandarizado, mediante el cual se obtiene información sobre los antecedentes personales, laborales y académicos de cada candidato (a) a un puesto de trabajo.

h) Muestra de trabajo: un conjunto estandarizado de tareas relevantes de un puesto mediante las cuales se prueba a los aspirantes observando y midiendo directamente su desempeño en el puesto.

i) Pruebas de conocimiento: el instrumento a través del cual se mide lo que ha aprendido un candidato (a) a partir de muestras objetivas del respectivo proceso de aprendizaje.

j) Prueba oral grupal (POG): la prueba de situación, en la que se asigna a un grupo de personas que participan como candidatos para un puesto de trabajo, uno o varios temas de discusión durante un período especificado, mientras dos examinadores observan y estiman la actuación de cada persona, pero sin participar en la discusión o análisis que se genera en el proceso de grupo.

k) Pruebas psicométricas: las muestras del comportamiento humanos de condiciones estandarizadas, que verifican la capacidad o aptitud para generalizar y prever el comportamiento en determinado trabajo.

La selección de los distintos predictores, en los diversos procesos de selección, corresponderá a los órganos competentes y de los se hará referencia seguidamente.

7. Órganos de Selección competentes en el procedimiento de acceso al a Defensoría de los Habitantes

La normativa interna de la Defensoría de los Habitantes distingue durante el proceso de selección y nombramiento en la institución tres órganos competentes, a quienes les corresponde llevar hasta el final dicho proceso.

En primer término se establece como responsable de dicho proceso al Defensor/ a de los Habitantes. Tal y como se señalara líneas atrás, pese a establecerse como una atribución propia en su condición de jerarca, la reforma del artículo 11 de la Ley N° 7319, no contempló el párrafo relativo a los nombramientos y remociones, eliminándolo por completo. En todo caso, tal y como

se indicó, no es una atribución que se cuestione al Defensor/a, aunque pese a ello, se reitera la propuesta de modificar la Ley de la Defensoría de los Habitantes.

Corresponde entonces al Defensor/a de los Habitantes, según lo indica el artículo 7 del cuerpo normativo en estudio:

- a) Nombrar bajo criterios objetivos al personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de las funciones de la Defensoría de los Habitantes.
- b) Supervisar y controlar al Departamento de Recursos Humanos y la Comisión de Selección y Nombramientos en la aplicación de este Estatuto.
- c) Establecer y desarrollar mecanismos de control y evaluación de este procedimiento.
- d) Mantener formas de comunicación oportunas y ágiles con el Departamento de Recursos Humanos y la Comisión de Selección y Nombramientos.
- e) Mediante resolución motivada seleccionar al candidato (a) idóneo (a) de la terna remitida por el Departamento de Recursos Humanos en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir del momento en que ésta es recibida.
- f) Resolver en segunda instancia los recursos que contra los acuerdos de nombramiento y contra las decisiones de la Comisión de Selección y Nombramientos se interpongan.

De conformidad con lo anterior, es importante destacar que, pese a la existencia del Estatuto de selección, ascensos y nombramientos, el Defensor/a de los Habitantes mantiene incólume su potestad de nombramiento, sin que medie delegación alguna en los órganos que participan de la selección y nombramientos del personal, que lo que buscan es otorgar mayor transparencia al proceso mismo. Incluso, es clara la posición del Defensor/a de los Habitantes, el cual actúa en condición de segunda instancia en caso de existir inconformidad con la actuación de las demás instancias.

En segundo término se encuentra el Departamento de Recursos Humanos, el cual desarrolla un doble carácter durante el proceso de nombramiento y selección. En primer término, le corresponde brindar todo el apoyo técnico en la materia que requiera, tanto el Defensor/a de los Habitantes como la Comisión de Nombramientos, la que le corresponde precidir. Igualmente, el Departamento desarrolla una función meramente administrativa durante el proceso, al corresponderle el desarrollo de la planeación y ejecución en materia de nombramientos de la institución. En relación con las facultades y competencias de este Departamento, el Estatuto en su artículo 8 establece lo siguiente:

- a) Comunicar al Defensor (a) de los Habitantes cuando un puesto quede vacante.
- b) Convocar a los miembros de la Comisión de Selección y Nombramientos y presidir las reuniones.
- c) Divulgar por medio idóneo los procesos de selección y nombramiento de manera que sean de conocimiento de todo el personal de la institución.
- d) Plantear los predictores de selección para cada procesos de selección y nombramiento con sus respectivas ponderaciones. Esta tarea debe realizarse en coordinación con el Director (a) respectivo.
- e) Estudiar las ofertas y rechazar justificadamente las que no satisfagan los requisitos del puesto de conformidad con el Manual de Puestos y los predictores de selección previstos.
- f) Recibir y organizar la información de los candidatos que hayan manifestado por escrito su deseo de participar en los procesos de selección y nombramiento.
- g) Efectuar la evaluación de los candidatos y obtener los resultados finales. Una vez evaluados los candidatos el Departamento de Recursos Humanos presentará a la Comisión de Selección y Nombramientos las puntuaciones alcanzadas por cada persona y los documentos necesarios para su verificación.
- h) Preparar los documentos que requiera la Comisión de Selección y Nombramientos referente a los predictores de selección, ponderaciones, listas de candidatos, calificaciones, nóminas resultantes y otros que sean necesarios para la toma de decisiones.
- i) Informar con prontitud, en forma debida y directa a los candidatos el resultado de los procesos de selección y nombramiento.
- j) Mantener debidamente ordenados y actualizados los expedientes de los funcionarios (as), a efecto de contar con toda la información requerida para una valoración justa y completa de los candidatos. Al respecto, es responsabilidad de cada funcionario (a), presentar oportunamente toda la documentación necesaria.
- k) El Departamento de Recursos Humanos integrará la nómina correspondiente y la trasladará al Director (a) del Area o Jefe (a) de Departamento a fin de que éste emita en el plazo de tres días una recomendación fundamentada al Defensor (a) de los Habitantes.
- l) Junto con la recomendación del Director (a) del Area o Jefe (a) de Departamento, el Departamento de Recursos Humanos remitirá la nómina al Defensor (a) para que éste haga la escogencia en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir del momento en que ésta es recibida.

En tercer lugar, mediante el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos, se crea en la Defensoría de los Habitantes la Comisión de Selección de Nombramientos, a la que corresponde velar porque se cumplan las disposiciones de dicho Estatuto.

La comisión, de carácter paritario y bipartito, se integra por cuatro funcionarios/as, correspondiendo al Defensor/a la elección de cuatro representantes –dos titulares y dos suplentes – entre los que estarán al menos una persona representante de su despacho y otra funcionario/a del Departamento de Recursos Humanos.

Por parte de los funcionarios/as, la Comisión de selección y nombramientos está igualmente integrada por dos representantes propietarios y dos suplentes de los trabajadores/as, escogidos por la Junta Directiva de la organización más representativa de los servidores de la Institución.

En relación con su integración, es importante resaltar la posición institucional de rescate de una visión de género, al establecer dicha normativa, que en la escogencia de los miembros de la comisión, tanto de los representantes de la administración, como de los representantes de la organización más representativa de los trabajadores, se deberá procurar mantener la equidad de género en su integración, lo que permite que de los ocho miembros – entre titulares y suplentes- cuatro mujeres ocupen un puesto dentro de la comisión.

Otro aspecto que debe destacarse es el hecho de que la normativa interna de la Defensoría de los Habitantes, en materia de nombramientos, autoriza la participación de sus funcionarios, electos por la Junta Directiva de la organización más representativa de la institución, no limitando la participación de los representantes del sector sindical, aspecto que se analizará más adelante, enfocando las ventajas y desventajas del mismo.

Ahora bien, acorde con lo que establece el Profesor Alexander Godínez, la importancia del escogimiento del órgano de representación depende de las funciones que se le asignen³⁷. En este sentido, el artículo 10 del Estatuto establece como funciones de la Comisión las siguientes:

- a) Velar por que el procedimiento de selección y nombramiento seguido por el Departamento de Recursos Humanos se ajuste al presente Estatuto, el Manual Descriptivo de Puestos y demás normativa y políticas vigentes en materia de nombramientos.
- b) Aprobar los predictores y sus ponderaciones para cada proceso de selección y nombramiento.
- c) Dar el visto bueno a las puntuaciones finales.
- d) Solicitar al Departamento de Recursos Humanos la revisión de las evaluaciones cuando estimen que no se ajustan a la realidad o bien cuando se presenten dudas por los resultados de éstas.
- e) Conocer y resolver en primera instancia sobre los recursos de reconsideración que efectúen las personas interesadas en los procesos de selección y nombramiento, sobre los predictores y sus ponderaciones.
- f) Guardar discreción sobre la documentación y los casos sometidos a su conocimiento.

³⁷ GODINEZ VARGAS (Alexander). *El derecho de participación de los trabajadores en el ámbito de empresa*. Premio Alberto Brenes Córdoba. Editado por el Colegio de Abogados. San José: Litografía e Imprenta LIL. S.A. Pag. 106

g) Levantar un acta de cada sesión en donde se incluyan los nombres de los candidatos, los predictores, las ponderaciones y puntuaciones aprobadas, fecha, lugar y hora de inicio y finalización de las sesiones y miembros asistentes, quienes refrendan con sus firmas los resultados de cada sesión. Para tal efecto se nombrará un secretario (a), quien será el responsable de las actas y quien además las distribuirá y solicitará la firma de los participantes. Los asuntos tratados, deberán citarse en orden numérico, indicando los acuerdos tomados en cada uno de ellos.

8. Procedimientos selectivos de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes

Una vez que se han identificado los requisitos de acceso, los sistemas selectivos y los órganos de selección, corresponde analizar los procedimientos selectivos del personal al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

Fundamentalmente, el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos distingue dos procedimientos selectivos de los funcionarios y que se determinan en función de la clase de nombramiento que se trate: nombramiento en propiedad y nombramiento interino.

En relación con la contratación por "servicios profesionales con sueldo fijo", si bien el estatuto no la contempla, tal y como ya se habría indicado líneas atrás, se considera que dichas contrataciones se deberán ajustar a lo dispuesto en el procedimiento establecido por el Estatuto, en vista de que los servidores quedarán sujetos al régimen de empleo público.

En lo referente a la contratación por servicios profesionales, los procedimientos de contratación se desarrollan en la Ley de Contratación Administrativa, mientras que los nombramientos de confianza, tal y como corresponden, si bien no deberán someterse al indicado proceso de selección, si podrían quedar sujetos al cumplimiento de los requisitos que se exijan en la ley.

Volviendo pues, al procedimiento establecido en el Estatuto en estudio, se indica que corresponde al Departamento de Recursos, en coordinación con el Director/a del Area o Jefe/a de Departamento donde se encuentre el cargo vacante, un análisis de los predictores de selección y las puntuaciones acorde al puesto vacante. Una vez que se definan los mismos, el Departamento de Recursos Humanos lo someterá a la Comisión de Nombramientos, la que podrá solicitar, a dicho departamento –de forma justificada- que efectúe las modificaciones necesarias.

La aplicación propiamente de la evaluación o del concurso, se definirá en función de los predictores de selección previamente adoptados por el Departamento de Recursos Humanos y el Director/a o Jefe/a del Area donde se encuentre la vacante y ratificados por la Comisión de Selección de Nombramientos.

Superado este proceso, corresponde al Departamento de Recursos Humanos efectuar la evaluación de los/as candidatos/as y obtener los resultados finales. Es hasta una vez evaluados los candidatos, que el Departamento de Recursos Humanos presenta a la Comisión de Selección y Nombramientos las puntuaciones alcanzadas por cada persona y los documentos necesarios para su verificación.

Sin embargo, la evaluación de los candidatos durante los procesos de selección y nombramiento realizados desde la entrada en vigencia de Estatuto en comentario, ha recaído sobre la Comisión de Selección y Nombramientos y no como corresponde sobre el Departamento de Recursos Humanos, el que si bien precide la Comisión, se mantiene como un órgano evaluador objetivo; distinta a la posición de los miembros de la Comisión de evaluación que representan, en la mayoría de los casos, a los propios evaluados.

Los procesos de Selección y nombramiento deberán caracterizarse, acorde con lo que establece el estatuto, por su transparencia y objetividad. Corresponde precisamente al Departamento de Recursos Humanos y a la Comisión de Selección y Nombramientos la responsabilidad de velar por que dicha aspiración se cumpla, por lo que deberán acudir a los medios más apropiados que garanticen la seguridad, la agilidad y oportunidad requeridas. En este sentido, es evidente, que la posición de representantes de los trabajadores, que justifica la integración de la comisión paritarias, tienda a la defensa de los intereses de los trabajadores afiliados a la organización que legitima su participación. Es de comprender que no es posible guardar la objetividad durante los procesos de evaluación, sobre todo en aquellos que requiera de la valoración de aspectos subjetivos de los funcionarios/as concursantes.

B. Extinción de la relación de servicio de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes Tal y como se determinó en el presente capítulo, la Constitución Política a través de sus artículos 191 y 192, buscó dotar a la Administración Pública de un estatuto de servicio civil que regulara las relaciones entre el Estado y los servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración, a través de un personal altamente calificado, nombrado a base de idoneidad, que

sólo podría ser removido por las causales de despido justificado que exprese la normativa correspondiente, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya se por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

Este principio de estabilidad laboral, que se consagra en el artículo 18 de Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes, determina que los servidores/as de la Defensoría de los Habitantes nombrados en propiedad y que hayan aprobado el período de prueba, sólo podrán ser removidos por justa causa, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En este sentido, el concepto de justa causa, no se limita en el caso concreto, según se verá, a la comisión de una falta grave sancionada con el despido, pues se contemplan dentro del Estatuto lo que en doctrina se ha denominado “causales objetivas” de la terminación laboral, que permite la aplicación del despido sin que se requiera la apreciación subjetiva de culpa o dolo en el accionar del servidor/a, bastando únicamente constatar una situación determinada.

Bajo estas apreciaciones, se establecen con causales de terminación de la relación de servicio las siguientes:

La violación a las obligaciones y prohibiciones consagradas en el Estatuto Autónomo de Servicio y la demás normativa de aplicación interna o supletoria que rige el accionar de la Institución, de conformidad con los mecanismos previstos por el propio estatuto en materia del procedimiento administrativo, tema que se desarrollará ampliamente.

En relación con las denominadas causales objetivas, se establece que la relación de servicio con la Defensoría podrá terminar:

- acogerse a la jubilación,
- por incapacidad mayor a un año o
- por la supresión de plazas.

Como causal objetiva adicional, se incluye por parte del Estatuto Autónomo, que en aquellos casos estrictamente necesarios, a juicio del Defensor/a, el servidor/a que permaneciere incapacitado por un período mayor a tres meses, podrá ser separado de su puesto mediante el pago del importe del preaviso y el auxilio de cesantía, vacaciones y otros extremos laborales que correspondan al trabajador, quedando a salvo de esta disposición las licencias por maternidad y lo establecido en el artículo 95 del Código de Trabajo.

En relación con esta última disposición se estableció la necesidad de realizar la modificación del caso, toda vez que la normativa interna contradice su posición al permitir en un primer término, que un funcionario/a permanezca incapacitado hasta por un año, limitándolo por “casos estrictamente necesarios” a tres meses, acorde con lo que establece el propio Código de Trabajo.

Otro de los temas que fueron muy discutidos durante la elaboración de Estatuto Autónomo, se fijó en la referida causal de supresión de plazas, para el cual se destinó todo un capítulo en el que se partió de la definición misma de la reestructuración organizacional, entendiéndose por ésta un cambio en la organización funcional, que conlleva a la creación o supresión de unidades administrativas, así como la transformación de funciones y objetivos de las mismas.

A efectos de salvaguardar el derecho a la estabilidad de los funcionarios/as, el Estatuto previó como requerimiento a todo proceso de reestructuración organizacional y con mayor razón en aquellos que conlleve a la supresión de plazas y la consecuente finalización de la relación de servicio de sus titulares, la obligación de ajustarse al siguiente procedimiento:

- a.- Elaboración de un estudio técnico que determine la necesidad de la reestructuración organizacional y de la supresión de la plaza como parte de aquella.
- b.- El acto de traslado de la posible supresión de plaza será emitido mediante resolución motivada del Defensor/a.
- c.- Al funcionario/a o funcionarios/as potencialmente afectados se le concederá traslado por tres días hábiles para que ejerza su derecho de defensa.
- d.- La supresión de la plaza por reestructuración organizacional será emitida mediante resolución razonada del Defensor/a.
- e.- El funcionario/a o funcionarios/as que cese su relación de servicio por la supresión de su plaza, será indemnizado en los términos que establece el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento.

Al igual que en los casos previstos por el Estatuto del Servicio Civil para la “reasignación hacia abajo”, el Estatuto Autónomo prevé el pago correspondiente de una la indemnización, para aquellos servidores/as que puedan ocupar puestos de inferior categoría y remuneración, en cuyo caso serán indemnizados, por una sola vez, con un pago único y suficiente.

Capítulo III

La carrera Administrativa de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes

A. Concepto, de carrera administrativa

En nuestro medio, este concepto tiene su origen en los numerales 191 y 192 de la Carta Política, a través de los cuales, deriva una serie de garantías y beneficios a la persona que ingresa al empleo público, concurriendo para esos efectos, el principio de la idoneidad comprobada, que es el que le otorga la estabilidad del cargo. A partir de este momento, el funcionario se introduce a la potencialidad de oportunidades administrativas, como lo podrían ser, el acceder a un ascenso de puesto, o bien, a la dación de reconocimientos económicos- sociales; ello, en la medida en que vaya adquiriendo, fundamentalmente, experiencia, capacitación y profesionalización en la función pública y así, por supuesto, lo ofrezca el ordenamiento jurídico a que se encuentra sujeto.

Por su parte, Miguel Sánchez Morón³⁸ ha establecido que en el marco de la Administración tradicional, la carrera del funcionario, rígidamente reglamentada, constituía una garantía y una compensación de su identificación permanente con el Estado. Hoy día, esta percepción ha perdido buena parte de ese carácter y se concibe mas bien, o al menos en teoría, desde una perspectiva funcional, como un conjunto de oportunidades de ascenso o movilidad que la ley le ofrece a todos los funcionarios en el seno mismo del empleo público. A criterio del autor, la regulación de una carrera administrativa resulta imprescindible, incluso por imperativo constitucional, ya que la misma debe fundarse en criterios objetivos de mérito y capacidad, tanto para ascender o acceder a otro puesto o categoría en la función pública.

Tanto en el artículo 4 del Estatuto de Servicio, como en el artículo primero del Estatuto de selección, ascensos y nombramientos de la Defensoría de los Habitantes, la normativa interna de la Institución instaura la denominada “Carrera Administrativa” dentro de la Defensoría de los Habitantes.

Acorde con lo que se establece, la carrera administrativa tiene como finalidad regular, por medio de concurso de antecedentes o de oposición, los ascensos y nombramientos del personal, con

³⁸ SANCHEZ MORON (Miguel) *Ob. Cit.* Pag. 138

excepción de los cargos de Defensor/a y Defensor/a Adjunto/a y los cargos denominados como de confianza.

B. Modalidades de carrera administrativa

Para autores como Sanchez Morón,³⁹ más que otros aspectos, las modalidades de la carrera administrativa son las que han contribuido a diferenciar dos sistemas prototipo del empleo público. En primer término, se identifica claramente el sistema de carrera, que se funda en la existencia de categorías personales jerarquizadas, a las que se accede por antigüedad, por méritos o por ambos factores. Por otra parte, se establece el sistema de puestos de trabajo, por el cual, los puestos de trabajo se asignarían a los mejores servidores/as, a través de procedimientos formalizados de selección o sin ellos, con independencia de su antigüedad o posición en el escalafón. Aunque tal y como indica Sanchez Morón, no es fácil encontrar en la actualidad diseños normativos de carrera que respondan a uno u otro modelo en estado puro, siendo en la mayoría de los casos una combinación de elementos característicos de ambos.

Como ya se señaló anteriormente, en la normativa interna de la Defensoría de los Habitantes se estableció que la carrera administrativa tiene como finalidad regular, por medio de concurso de antecedentes o de oposición, los ascensos y nombramientos del personal. Estos concursos, acorde con lo que se estableció anteriormente, resultan una combinación de elementos característicos de ambos sistemas de empleo público, al tomarse en consideración predictores que entremezclan antigüedad y experiencia, con habilidades y conocimientos.

Sobre este aspecto, es oportuno reiterar que en el presente trabajo se adopta la posición de la Procuraduría General de la República, en relación a que el concurso interno es un mecanismo de carrera administrativa que debe regular los ascensos y nombramientos del personal, mas no es el instrumento idóneo para ingresar a la carrera administrativa, acorde con lo establecido por la propia Sala Constitucional, según se analizó en el capítulo anterior.

El antecedente jurídico de la carrera administrativa se encuentra en el artículo 34 del Estatuto de Servicio Civil y en el numeral 21 de su Reglamento, en donde se dispone que las promociones se harán mediante solicitud de los interesados y un examen de prueba que hará la Dirección General de Servicio Civil.

³⁹ SANCHEZ MORON (Miguel) *Ob. Cit.* Pag. 139

Por su parte, el Decreto Ejecutivo N° 24025-MP del 13 de enero 1995 y por el que se regula el concurso interno, establece en su artículo segundo que los concursos internos son aquellos mecanismos por los se reclutan y seleccionan servidores regulares de comprobada idoneidad, para pasar por vía de promoción, de un puesto a otro diferente de clase inmediata superior.

Acorde con lo anterior, la Procuraduría General⁴⁰ señala que dentro de los objetivos fundamentales de la promoción por concursos internos están:

- a) Estimular la carrera administrativa de los funcionarios cubiertos por el Régimen del Servicio Civil.
- b) Retener los servidores más idóneos en las distintas áreas de la actividad de la Administración Pública cubierta por el Régimen del Servicio Civil.
- c) Aumentar el nivel de consistencia entre las promociones de los servidores y los puestos que ocuparán, de manera que exista la mayor compatibilidad posible entre las aptitudes, capacidades e intereses de los primeros con las tareas, responsabilidades y demás características de los últimos.
- d) Aumentar el grado de motivación del personal, dándole la posibilidad de ocupar puestos de mayor categoría.

Todo lo antes referido, lleva a la conclusión de que el concurso interno es aquel mecanismo – entre otros que se analizarán más adelante, - que promueve y fomenta la promoción interna, entendida esta, como el ascenso de una categoría a otra inmediata superior.

Desde esta perspectiva, se han de aplicar a los concursos internos, todo lo anteriormente visto en relación a los requisitos de acceso, sistemas selectivos, órganos de selección y procedimientos selectivos del personal al servicio de la Defensoría de los Habitantes, lo que quiere decir, que los aspirantes a ocupar un puesto en ascenso, deberán cumplir con los procedimientos establecidos en el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos vigente y cumplir con requisitos académicos y legales establecidos por el Manual Descriptivo de Puestos y demás normativa aplicable.

Y es que, según lo establece el Estatuto Autónomo de Servicio⁴¹ de la Institución, los ascensos, según corresponda, se producirán en forma interina o en propiedad. Los ascensos en propiedad serán realizados por medio de concurso interno de antecedente, de conformidad con lo que establece la normativa interna institucional. Por su parte, el ascenso interino entre puestos, podrá producirse en forma directa al grado inmediato superior, hasta por un período continuo de un año

⁴⁰ Procuraduría General de la República N° -242-2000, del 2 de octubre del 2000

⁴¹ Ver artículo 49 del Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes.

y en caso de que dicho plazo haya transcurrido, opera la adquisición de los derechos de los cuales es titular el trabajador en propiedad, sin entenderse con ello que adquiriera la propiedad automática de la plaza si quedare vacante.

C. Movilidad y traslado

Tal y como se ha analizado, la carrera administrativa del funcionario/a se desarrolla, hoy en día, a través de su acceso a distintos puestos de trabajo, mismos que están clasificados en la Relación de Puestos de Trabajo⁴² y el Manual Descriptivo de Clases o Puestos⁴³.

En la Defensoría de los Habitantes y de conformidad con lo que se estableció en el capítulo anterior, la vacante a un puesto de trabajo procede cubrirla mediante el cumplimiento de los procedimientos contemplados en el Estatuto Autónomo de Servicio y el Estatuto de selección, ascensos y nombramientos de la institución.

Ahora bien, la normativa, tanto de la Institución, como la que rige el resto del sector público, en el marco de la carrera administrativa, contempla, además de los procedimientos de concurso, procedimiento por su naturaleza voluntario, otra categoría de procedimientos que regulan los movimientos de personal, en los que el cambio del puesto de trabajo se produce forzosamente por decisión de la administración o por voluntad del/la funcionario/a, con una limitada participación, en virtud de las causas justificadas previstas por la normativa.

En este sentido, es necesario establecer que el funcionario que accede a un puesto en propiedad goza de un cierto derecho, no sólo al cargo, es decir, a ejercer sus funciones mientras lo desempeña y a los derechos y deberes inherentes al mismo, sino también a la inamovilidad, sólo que este último, como lo establece Sanchez Morón, es un derecho relativo.⁴⁴ En concreto y aparte

⁴² *Relación de Puestos*: Documento técnico legal que refleja la agrupación de todos los puestos según la clasificación, unidades administrativas y la asignación presupuestaria mensual y anual, correspondiente a los salarios base y pluses salariales legalmente establecidos. **Ver** el *Decreto N°28692-H*.

⁴³ *Manual Institucional*: Es el Manual Descriptivo de Clases de Puestos específicos de la entidad, que ordena los procesos de trabajo, en que participan los diferentes puestos de la organización. **Ver** el *Decreto N°28692-H*.

⁴⁴ En forma reiterada esta Sala ha señalado que el Estatuto del Servicio Civil garantiza al funcionario público adscrito a su Régimen, la estabilidad en el puesto y su categoría, mas no la inamovilidad en determinado cargo. En efecto, por disposición de los artículos 140 inciso 8) de la Constitución Política es deber del Poder Ejecutivo vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas que en los términos del artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública implica orientar la actividad de los entes públicos de manera que se asegure su continuidad, su eficiencia y su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen. Consecuentemente, si el servicio público lo requiere, las autoridades administrativas pueden disponer el traslado de un servidor público,

de otras causas mas generales, que se analizaran más adelante, en virtud de una sanción administrativa, el funcionario puede ser removido o trasladado o puede igualmente sufrir cambio en la clasificación de su puesto. Lo anterior, cuyo referente doctrinal y jurisprudencial se desarrolla en el instituto jurídico del *uis variandi*, en atención al principio de legalidad se encuentra de modo expreso en las normativas internas de las distintas administraciones públicas y cuenta con su referente legal en el Estatuto del Servicio Civil, fuente de carácter supletoria.

Los movimientos de personal que regula el Estatuto Autonomo de Servicio, se desarrolla en dos ámbitos principalmente. El primero, se encuentra en función de cambios que operan sin que esto genere una afectación en la categoría o funciones, de conformidad con lo que se establece en el Manual de Puestos. En este sentido, el Estatuto Autónomo de Servicio regula el traslado y la permuta, figuras jurídicas que se adoptan del Estatuto del Servicio Civil.

El traslado, de conformidad con lo antes dicho, es un movimiento de personal que no implica un cambio en la clasificación de un puesto. De conformidad con lo que establece el Estatuto Autónomo de Servicio, tanto el Jefe inmediato, como el funcionario/a mismo podrán solicitar el traslado al Defensor/a de los Habitantes, quien también podrá acordarlo unilateralmente, previa resolución motivada y sin demérito de los derechos adquiridos del servidor/a. Dicho traslado opera a lo interno de la Defensoría y aunque puede existir el traslado a otras instancias dentro de la administración pública o a organismos de derecho internacional que ejerzan funciones en materia de derechos humanos, dicho movimiento de personal deberá operar al amparo de un convenio, acorde con lo establecido por la Contraloría General de la República.⁴⁵

El otro movimiento de personal que regula el Estatuto interno, es el de la permuta o intercambio entre los funcionarios/as, el cual, al igual que el traslado, no genera un cambio en la clasificación de un puesto y se produce a solicitud de las jefaturas de dos servidores/as que ocupen puestos de la misma categoría, o cuando éstos mismos se lo propongan al Defensor/a, a quien corresponde, mediante resolución motivada comunicar a los funcionarios/as interesados la decisión que tome al respecto. De igual forma, la permuta puede operar entre dos instancias dentro de la administración pública o con organismos de derecho internacional que ejerzan funciones en

imponiéndose como limite a esta potestad, que la necesidad del servicio este debidamente justificada y que no altere elementos esenciales en el contrato del trabajador. Sala Constitucional. Resolución N 743-92)

⁴⁵ Ver oficio de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Defensoría de los Habitantes N° 449-99.

materia de derechos humanos, para lo cual también se deberá suscribir un convenio, acorde con lo establecido por la Contraloría General de la República.

Distintas a las dos anteriores, se regula en la normativa interna dos figuras jurídicas en las que sí se opera un cambio en la clasificación de un puesto,⁴⁶ que aunque no se reconozcan como figuras jurídicas que romuevan o fomenten la promoción interna, podrían incluso conllevar a un nivel salarial mayor. Estas figuras son la reasignación⁴⁷ y la reclasificación.

La reasignación opera, con motivo de haber experimentado el funcionario/a una variación sustancial y permanente en las tareas y niveles de responsabilidad que conforma su puesto, producto de las modificaciones en los objetivos y procesos de trabajo de las unidades donde se ubican. Si bien la reasignación puede conllevar a un nivel salarial mayor, de igual forma, los cambios pueden generarse entre puestos de una misma categoría salarial e incluso en una inferior.

La reasignación es un proceso administrativo que tiene por objetivo el verificar que los cambios se hayan consolidado debidamente, por lo que debe mediar entre el inicio de dichos cambios y la presentación de la solicitud de reasignación, un período no menor de seis meses consecutivos. Corresponde al Departamento de Recursos Humanos, mediante un estudio técnico, verificar, antes de que se consolide este cambio, que las nuevas funciones sean de interés institucional.

Al tratarse de una variación sustancial y permanente en las tareas y niveles de responsabilidad, la reasignación del puesto opera únicamente para funcionarios/as nombrados en propiedad y en el ejercicio del puesto a reasignar y cuando el servidor/a que ocupe el puesto sujeto a estudio, reúna los requisitos académicos, legales y otros que la nueva clase señale en el Manual Descriptivo de Puestos vigente.

La reasignación excepcional opera cuando un servidor/a es trasladado con carácter transitorio a desempeñar otro cargo, como consecuencia de las siguientes situaciones:

⁴⁶ *Puesto*: Conjunto de tareas, deberes y responsabilidades de una clase de puesto, asignados por una autoridad competente para que sean atendidas por un servidor durante un tiempo ordinario de trabajo, para el cual exista el contenido presupuestario del respectivo pago. **Ver** el *Decreto N°28692-H*.

⁴⁷ *Reasignación de Puestos*: Cambio en la clasificación de un puesto que conlleva a un nivel salarial mayor, menor o igual, con motivo de haber experimentado una variación sustancial y permanente en sus tareas y niveles de responsabilidad. **Ver** el *Decreto N°28692-H*.

- a.- Para desempeñarse en otras Instituciones del Estado o asignados como personal de contraparte en Convenios Institucionales o Internacionales debidamente formalizados.
- b.- Por designación de la Administración superior para que ejerza la dirección y/o desarrollo de un proyecto, programa o proceso institucional significativamente importante, siempre y cuando no exista el recurso previamente designado para atender esas necesidades y funciones.

Por su carácter provisional, una vez finalizada las causas que motivaron la reasignación, el servidor/a volverá a tener la clasificación y valoración original, sin que ello dé lugar a reclamaciones ni indemnizaciones en contra de la Institución o del Estado.

Aunque no se regula dentro de la normativa interna de la institución, el Estatuto del Servicio Civil⁴⁸ contempla la posibilidad de reasignar un puesto a una categoría inferior de la original. En caso de que opere dicho procedimiento, el funcionario/a podrá ser trasladado a otro puesto de igual clase, a la del puesto que venía desempeñando antes de producirse la reasignación o bien, ser promovido a otro puesto si reuniese los requisitos para ocuparlo. Sin embargo, si la reubicación no fuere posible, o si no fuese aceptado por el funcionario, se procederá al pago de la indemnización que se indica en el artículo 37 del Estatuto del Servicio Civil.

Por su parte, la reclasificación⁴⁹ de puestos es el acto mediante el cual, lo que se rectifica es la clasificación de un puesto, por haber sido asignado o reasignado erróneamente, es decir, que la reclasificación no opera por haber experimentado una variación sustancial y permanente en las tareas y niveles de responsabilidad o producto de las modificaciones en los objetivos y procesos de trabajo de las unidades donde se ubica el funcionario/a, sino, que ya desde un inicio, el puesto asignado al funcionario fue erróneamente clasificado o reasignado, en otras palabras, opera un cambio en la categoría, en el nombre, no en las funciones que se vienen desarrollando.

⁴⁸ Ver artículo 36 del Estatuto del Servicio Civil y el artículo 111 inciso d) del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil. Decreto Ejecutivo N° 21 de 14 de diciembre de 1954.

⁴⁹ “Cabe agregar que la reasignación que, por razones obvias, va a resultar más favorable salarialmente para el servidor, se sale totalmente de los supuestos en que se hace necesario ese cambio en la clasificación de un puesto. En efecto, técnicamente una reasignación se justifica cuando sobreviene una variación en las tareas y responsabilidades, pero como producto de las necesidades del servicio; o sea, de que por alguna razón (por ejemplo, modernización), con el transcurso del tiempo surge la imperiosa necesidad de cambiar la clasificación, en razón de que las funciones y responsabilidades requeridas para la debida prestación del servicio son diferentes. Por el contrario, el extraño procedimiento que se describe en la consulta, y que culmina con la reasignación a un puesto de confianza, si no lo constituye, por lo menos linda o se aproxima a un fraude a la ley, producto de un forzamiento de la realidad, que en manera alguna tiene relación con necesidades del servicio surgidas con el paso del tiempo”. *Procuraduría General de la República*. Dictamen N° C- 190-2001, del 04 de julio de 2001

En relación con ambos procedimientos, tanto para reasignación, como para la reclasificación, corresponde al Departamento de Recursos Humanos realizar, una vez recibidas las solicitudes, un estudio técnico que contenga como mínimo: un análisis de procesos, productos o servicios, factores de clasificación, necesidad de la entidad de contar con el desempeño de las tareas en forma permanente, consistencia de la estructura orgánica, ocupacional y salarial de la entidad con la propuesta de reasignación. Este estudio, que deberá ser realizado dentro de los quince días naturales posteriores a la fecha de recibido, servirá de fundamento técnico para la decisión final que adopte el Defensor/a de los Habitantes.

D. Formación profesional del funcionario/a

El profesor Sanchez Morón hace una afirmación muy válida cuando se habla de este tema y es que la formación profesional del funcionario/a es un instrumento esencial de la carrera administrativa misma, a su criterio “lo ha sido siempre, pero hoy, si cabe, lo es más, porque la celeridad con que se producen los cambios sociales y tecnológicos obliga al personal al servicio de la Administración Pública a realizar un continuo esfuerzo de actualización y de preparación para las nuevas tareas.”⁵⁰

El propio Estatuto de selección, ascensos y nombramientos de la Defensoría, recoge esta preocupación, al instaurar como objetivos fundamentales del estatuto, en función de la carrera administrativa los siguientes:

- a) Fomentar el desarrollo del personal y fortalecer la carrera administrativa de los funcionarios/as de la Defensoría de los Habitantes de la República.
- b) Mantener al personal idóneo en las distintas áreas de actividad de la Institución.
- c) Aumentar el nivel de consistencia entre las promociones de los funcionarios/as y los puestos que ocuparán de manera que exista la mayor compatibilidad posible entre las aptitudes, capacidades e intereses de los primeros, con las tareas, responsabilidades y demás características de los últimos.
- d) Aumentar el grado de motivación del personal, dándole la posibilidad de ocupar puestos de mayor categoría, en orden a la responsabilidad y remuneración.

Sin embargo, la institución es ayuna al desarrollo de programas de capacitación, que permitan elevar los niveles técnicos y profesionales de los funcionarios/as. Poco o nada se ha desarrollado en este campo por parte del Departamento de Recursos Humanos. Igualmente, el presupuesto asignado para capacitación es mínimo - no supera el millón de colones al año – si se toma en

⁵⁰ SANCHEZ MORON (Miguel). *Op. Cit.*159

consideración la importancia que se le ha dado a la experiencia y a la antigüedad como predictores de los concursos de selección y nombramiento.

Es en este sentido, que se llama la atención a la Administración, con el fin de adoptar las medidas normativas, administrativas y financieras, que permita la elaboración de programas permanentes de capacitación, para lo cual, se recomienda en primer término la suscripción de un Estatuto de becas y otros beneficios e incentivos para la capacitación y desarrollo de los funcionarios de la Defensoría de los Habitantes. Dicha normativa, deberá tener como finalidad el incentivar el mejoramiento de la condición profesional del personal y su identificación con los fines de la Defensoría, ofreciendo a los servidores/as las oportunidades de capacitación con el fin de que se cuente con personal altamente cualificado, de forma tal, que repercuta positivamente en las actividades encomendadas a la institución.

Igualmente, se debe recomendar a la Institución, la creación de una unidad o comisión de capacitación, que conjuntamente con la suscripción de convenios de cooperación con otras entidades del Estado como universidades nacionales y extranjeras, así como con otros organismos y agencias de cooperación internacional, permitan financiar el desarrollo programas de capacitación a sus funcionarios.

En abono a lo anterior, es importante destacar las facilidades que se le han brindado a distintos funcionarios de la institución para realizar estudios en el extranjero, sin que lamentablemente se desarrolle bajo un programa de capacitación permanente ya que por el contrario, salvo escasas situaciones, obedece a esfuerzos individuales de los propios funcionarios/as.

Finalmente, es menester aclarar en este apartado, que en materia de carrera administrativa, sí opera un pequeño estímulo de carácter económico en función de la superación académica y laboral de los profesionales al servicio de la Administración. La aplicación de dicho incentivo salarial se fundamenta en el Decreto Ejecutivo N° 4949-P, que se desarrolla a través de la Resolución N° DG-080-96 de la Dirección General del Servicio Civil y que se retomará mas adelante.

Capítulo IV

Derechos de los funcionarios al servicio de la Defensoría de los Habitantes

La burocracia constituye, para muchos, una especie de casta de individuos privilegiados, ajenos a los problemas cotidianos del común de los trabajadores, sin embargo, señala Sanchez Morón⁵¹, no es tan exacto que el régimen jurídico de la función pública se resume en un conjunto de privilegios; por ejemplo, desde un punto de vista retributivo, su situación no resulta tan ventajosa respecto de personas que realizan funciones similares en el sector privado, además, el funcionario/a sufre limitaciones de su derecho al trabajo, al encontrarse sometido a un régimen de incompatibilidades o a restricciones en el ejercicio de determinados derechos ciudadanos –sobre todo los derechos de participación política- en virtud de la funciones que se desempeñan, de conformidad con lo que se analizará mas adelante.

En este sentido, para el autor de cita, los beneficios casi se ciñen a la estabilidad en el empleo, en donde ya se empieza hacer evidente las primeras grietas al principios de inamovilidad. Igualmente, aquella idea de que el funcionario/a goza de una situación más relajada en su puesto de trabajo, en cuanto a que la administración suele ser más tolerante que la empresa privada en cuanto al cumplimiento estricto de una jornada, el horario de trabajo, el otorgamiento de permisos o la fijación de turnos de vacaciones, también comienza a dar los primeros destellos de desquebrajamiento, ya que en la medida que la organización se moderniza, el nivel de tolerancia se reduce.

Aún así, lo cierto es que existe un régimen de derechos de los servidores públicos consagrados algunos, en las garantías que la Constitución ofrece a todo trabajador y otros distintos, por la naturaleza pública de la relación de servicio, al ser patrono el Estado.

Y es que, como en reiteradas ocasiones la Sala Segunda ha venido puntualizando "cuando se trata de relaciones de empleo público, rigen principios distintos, a los que se aplican en las relaciones propias del empleo privado; lo que, al fin de cuentas, marca importantes diferencias, en cuanto a los principios y a las normativa que debe ser aplicada en un caso concreto."⁵²

⁵¹ SANCHEZ MORON (Migue) *Ob. Cit.* Pag 20

⁵² *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.* N° 23-99 de 9:20 horas del 29 de enero de 1999. Ver además en ese sentido: N° 159 de 14:20 horas del 23 de junio de 1994; N°166 de 10:15 horas del 24 de mayo de 1995; N°155 de 15:20 horas, del 22 de mayo de 1996; N°17 de 14:40 horas del 22 de enero de 1997.

La Procuraduría General de la República también ha emitido reiterada jurisprudencia administrativa en esa misma dirección,⁵³ en donde se ha dejado claro en que la figura del reglamento interno de trabajo fue sustituido por el reglamento autónomo de trabajo, en el ámbito del sector público, a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública. Por ello es que no sólo es procedente sustituir los referidos reglamentos internos de trabajo por los denominados autónomos de trabajo, sino que, tal y como se apuntó en uno de esos dictámenes, "... la adopción de este tipo de reglamentos constituye una consecuencia jurídica de la generalización del régimen de empleo público en toda la administración pública, con la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública." ⁵⁴

De conformidad con lo anterior, el Estatuto Autónomo de Servicio, por el que se regula la relación de servicio entre los servidores/as y la Defensoría de los Habitantes, establece en dicha normativa una serie de derechos que, con arreglo a las normas que el propio Estatuto y la demás normativa vigente, se confieren para el sector público. A efectos del presente estudio, se analizará este régimen de derechos, clasificando los mismos en derechos funcionales, laborales y económicos

A. Derechos funcionales

Los derechos funcionales, son aquellos que corresponden a la condición de funcionario/a, los que están inherentemente ligados a su status particular como servidores públicos y a la carrera administrativa, a la que ya se ha hecho referencia. Asimismo, el derecho al cargo, acorde con lo que establece Sanchez Morón, tiene un segundo significado, que está vinculado a la inamovilidad del funcionario y consagrado en la Constitución Política en los artículos 191 y 192 constitucional.

En relación con los derechos funcionales y en particular al referido derecho a la estabilidad, el Estatuto Autónomo reconoce el derecho a la estabilidad en su artículo 18, señalándose que los servidores/as de la Defensoría, nombrados en propiedad y que hayan aprobado el período de prueba, gozarán de la misma y no podrán ser removidos sino por justa causa, tema que se verá mas adelante.

⁵³ Ver al respecto los dictámenes de la *Procuraduría General de la República* números C-241-79 de 16 de octubre de 1979, C-316-85 de 4 de diciembre de 1985, C-142-90 de 3 de setiembre de 1990, C-082-98 de 6 de mayo de 1998 y C-143-99 de 13 de julio de 1999

⁵⁴ Ver Dictamen de la *Procuraduría General de la República* N° 142-90 de 3 de setiembre de 1990.

Se destaca de lo anterior, que el referido derecho a la estabilidad hace únicamente referencia a los nombramientos en propiedad, dejando de lado los demás nombramientos a los que se hizo referencia líneas atrás. Aunque esto es cierto en tesis de principio, en reiteradas ocasiones la Sala Constitucional⁵⁵ ha sostenido que, aunque los servidores interinos no gozan del derecho de inamovilidad que consagra el artículo 192 de la Constitución Política a favor de los funcionarios/as que se encuentran bajo el régimen de servicio civil, sí existe a favor de éstos el derecho constitucional al trabajo, consagrado en el artículo 56 de la Carta Magna. Acorde con este criterio, la Sala Constitucional, de conformidad con dicha disposición, ha señalado que el trabajo se establece como un derecho y una obligación del individuo, lo cual permite concluir que todo individuo tiene también el derecho a la estabilidad en el empleo.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial sí existe un criterio claro de que los nombramientos interinos, por tratarse de una situación prevista con carácter temporal, requieren que el cese del interinazgo se produzca en virtud de que el puesto sea ocupado por un funcionario/a nombrado en propiedad, lo contrario daría cabida a que en forma arbitraria la administración removiera a un servidor interino y nombrara a otro en las mismas condiciones, no sólo lesionando el derecho a la estabilidad en el empleo, desvirtuando el derecho a la inamovilidad de los servidores públicos, ya que mediante nombramientos interinos sucesivos y por tiempo indeterminado se podrían nombrar funcionarios sin las garantías mínimas que nuestro ordenamiento reconoce.⁵⁶

En este sentido, según lo ha manifestado la propia Sala Constitucional en diversas oportunidades, los funcionarios/as interinos a pesar de no gozar de los beneficios de un régimen que les garantice la inamovilidad en los puestos que ocupan, no pueden ser destituidos nombrándose a otro interino en su puesto o sin que la plaza sea ocupada por otro funcionario/a en propiedad, esto con el objeto de que no se violente el principio de razonabilidad y proporcionalidad que debe imperar en todos los actos de los entes públicos y no se configure una violación al principio de igualdad y al derecho a la estabilidad laboral, con que cuentan dichos funcionarios/as por el plazo de sus nombramientos o hasta tanto no se nombre a otro funcionario/a en propiedad.⁵⁷

⁵⁵ Como puede observarse, la jurisprudencia constitucional ha marcado una limitación a las posibilidades de libre remoción de los servidores interinos, posición que dicha Sala Constitucional ha reiterado en los Votos N° 2790-92; N° 3467-92 y N° 5025-93, entre otros.

⁵⁶ **Ver** *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Resolución N° 743-91.

⁵⁷ **Ver** *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Resolución N° 139-95.

Porpiamente relacionados con los derechos funcionales, el Estatuto Autónomo de Servicio, en su artículo 42 establece una lista, que lejos de ser taxativa, resulta enunciativa de los principales derechos funcionales de los servidores/as, los que en ningún caso podrán quedar en inferioridad de condiciones a las establecidas en las leyes de trabajo y en el Estatuto de Servicio Civil, según se indica. En este sentido se señala:

El servidor/a tiene derecho a:

- a.- Carrera administrativa en la Institución, la que significa que debe preferirse en igualdad de condiciones y requisitos en cada plaza vacante a los servidores/as regulares más antiguos que por su capacidad y responsabilidad resulten idóneos para el cargo, conforme con los procedimientos establecidos.
- b.- Los medios necesarios y facilidades para que pueda efectuar las labores a su cargo con el alto grado de eficiencia que se le pide.
- c.- La información necesaria para comprender las actividades que se realizan y los objetivos que se buscan.
- d.- Las instrucciones y explicaciones adecuadas para definir las responsabilidades y la posición de cada uno dentro de la organización funcional del Defensor (a).
- e.- Contar con las medidas mínimas de seguridad para prevenir accidentes durante la prestación del servicio.
- f.- Recibir una identificación como servidor (a) de la Institución.
- g.- Recibir instrucciones claras sobre sus labores y responsabilidades.
- h.- Tener igualdad de condiciones, las mismas medidas disciplinarias de sus compañeros y los mismos derechos y consideraciones.
- i.- Tener igualdad de condiciones derecho a su mejoramiento, ascenso y mayor retribución salarial, cuando así le corresponda.
- j.- Ser atendido en sus sugerencias sobre lo que crea conveniente para el mejor desempeño de su trabajo y en general, todo aquello que estimule la iniciativa personal, la eficiencia y el mejoramiento de las condiciones de trabajo.
- k.- Defenderse en cualquier oportunidad que se presentaren quejas sobre su actuación o se le acusare de cometer faltas.
- l.- Tener oportunidad para capacitarse y especializarse, haciendo uso de las facilidades que en determinados casos pueda ofrecer la Institución, tales como becas o cursos especiales.
- m.- Conocer y recurrir ante las instancias respectivas la evaluación de sus superiores en relación con su labor y actuación.
- n.- Los servidores/as en ningún caso podrán quedar en inferioridad de condiciones a las establecidas en las leyes de trabajo y en el Estatuto de Servicio Civil.

B. Derechos laborales

El funcionario/a es un profesional, un trabajador/a por cuenta ajena, aunque sometido a un régimen especial y como tal, señala Sanchez Morón⁵⁸, la ley le reconoce derechos similares a los que tiene cualquier trabajador en su empresa. Sin embargo, más que reconocer derechos similares, quizás lo correcto es establecer que en el régimen de empleo público se hace uso de instituciones jurídicas propias de las relaciones de derechos privado, aunque con requerimientos

⁵⁸ SANCHEZ MORON (Migue). *Op Cit.* Pag. 189

propios para cumplir con los principios del derecho administrativo, como por ejemplo el principio de continuidad de los servicios públicos⁵⁹. En este sentido, ya habría señalado la Sala Constitucional “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 hay una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente.”⁶⁰

No será pues, hasta que se emita en Costa Rica una ley de empleo público que entre a regular la relación entre el Estado y sus servidores/as, que en respeto al principio de legalidad, se podrá hablar de una verdadera relación del servicio público. Por el momento y como muestra se tiene todo lo que se ha sucedido en materia de derecho colectivo, seguirán existiendo contradicciones entre lo establecido por la Sala Constitucional en materia de servicio de los funcionarios y lo que opera en la realidad. Ejemplo claro de lo anterior, es el caso de la prescripción. Actualmente, el instituto jurídico de la prescripción en materia de empleo público se rige en aplicación a lo que establece el Código de Trabajo, siendo que la regulación que del mismo se hacía para la relación del empleo público fue declarada inconstitucional, al encontrarse establecido en una norma reglamentaria, como lo era el Reglamento al Estatuto del Servicio Civil.⁶¹

Son situaciones como la anterior, que lo que viene a crear es una gran confusión al operador jurídico, ya que por un lado, se señala que institutos como el arreglo directo, la conciliación y el arbitraje, todas figuras jurídicas para la solución de conflictos, reguladas en el Código de Trabajo se declaran inconstitucionales para la administración pública, por transgredir el principio de legalidad, es decir, por no encontrarse regulado en una norma específica como una ley de empleo público. Sin embargo, por el otro lado, la propia Sala ordena la aplicación del instituto jurídico

⁵⁹ **Ver** *Ley General de la Administración Pública*. Artículo 4º.- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.

⁶⁰ **Ver** *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* Resolución N° 1696-92.

⁶¹ **Ver** *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* Resolución N° 5969-93.

de la prescripción laboral del Código de Trabajo a la relación de empleo público, en ausencia de una regulación específica.

En todo caso, lo cierto es que en materia⁶² de derechos laborales, el Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes, buscó retomar todo lo establecido en dicha materia por parte del Estatuto del Servicio Civil, el cual, ineludiblemente, remite a su vez a lo establecido en el Código de Trabajo y otra normativa vigente, dispersa en nuestro ordenamiento.

En este sentido se pueden indentificar – sin ser concluyentes - los siguientes derechos laborales de los servidores/as públicos en general, aplicables a los servidores/as de la Defensoría de los Habitantes:

1- Laborar la jornada máxima semanal y diaria permitida

El artículo 20 del Estatuto Autónomo establece una jornada continua de trabajo de nueve horas diarias, con una hora para almuerzo, de lunes a viernes, la cual inicia a las ocho horas y finalizará a las diecisiete horas. Es de este modo que se establece una jornada semanal de cuarenta y cinco horas, las que por circunstancias excepcionales del servicio y cuando así lo requiera, podrá ser ampliada hasta por un máximo de doce horas diarias con el correspondiente cómputo como horas extra.

Acorde con lo que se establece, el almuerzo se otorgará en coordinación con el jefe/a inmediato, a quien corresponde velar por la continua prestación del servicio. Asimismo, se otorgará un descanso máximo de quince minutos una sola vez al día, denominado “tiempo del café”

Tal y como puede observarse, el Estatuto Autónomo de Servicio no es claro al entrar a regular la jornada de trabajo en la Defensoría de los Habitantes, siendo que lo que se debió reglar desde un inicio, fue una jornada discontinua, tal y como se establece en la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, la continuidad del servicio siempre ha sido una verdadera preocupación en la Institución.

⁶² Extraído del libro “Curso. Derecho Estaturario de la Función Pública”. Elaborado con la colaboración del Ministerio de la Presidencia, Dirección de Servicio Civil y la Asociación Nacional de Educadores. Tomo I. Abril, 1999. Pp. 145 s.s.

En todo caso, la redacción del artículo permitió establecer de algún modo la regulación de esta jornada discontinua, al establecer el derecho de los funcionarios/as a una hora de almuerzo y no ha cuarenta y cinco minutos, lo que rompe en la práctica la continuidad de la jornada.

Derivado del establecimiento de la jornada, la Defensoría de los Habitantes estableció un horario de servicio al público de forma continua, de las ocho horas a las diecisiete horas. Según corresponde, el Defensor/a podrá, mediante acuerdo, modificar temporal o definitivamente los horarios establecidos en el Estatuto, para garantizar el buen servicio o cuando circunstancias especiales así lo justifiquen.

2 – Derecho a recibir salario mínimo de la categoría de puesto que ocupe

Acorde con lo que establece la Ley de Salarios de la Administración Pública, el servidor/a tendrá derecho a recibir el salario mínimo de la categoría del puesto que ocupe, además, tendrá derecho a recibir otros complementos salariales conforme a las distintas disposiciones y normativas que los fundamentan, según se verá mas adelante.

3 - Derecho al descanso o al reposo (semanal o anual vacacional según corresponda)

El derecho a recibir vacaciones anuales pagadas, se desarrolla en el artículo 59 de la Constitución Política, el artículo 37 inciso b) del Estatuto de Servicio Civil y el artículo 28 y siguientes de su reglamento.

El Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes desarrolla, en su artículo 37, el derecho a vacaciones estableciendo lo siguiente:

ARTÍCULO 32.- De las vacaciones

Todo servidor/a de la Defensoría disfrutará de vacaciones anuales de conformidad con este Estatuto y el artículo 153 del Código de Trabajo.

El tiempo trabajado en otras instituciones del sector público central se tomará en cuenta para determinar la cantidad de días de vacaciones que le corresponde al servidor (a). En este caso se reconocerán los períodos anuales completos. Si hubiese trabajado fracciones en una o varias instituciones, el tiempo se sumará para determinar los años completos por reconocer.

Según los años de servicio las vacaciones se computarán de la siguiente manera:

a.- Quince días hábiles, si ha laborado durante cincuenta semanas continuas, hasta que alcance los cinco años de servicio inclusive.

b.- Veinte días hábiles, si ha prestado servicio por más de seis años y hasta los diez inclusive.

c.- Veintiséis días hábiles, si ha trabajado por más de once años en adelante y hasta diecinueve inclusive.

d.- Treinta días hábiles si ha trabajado por más de veinte años.

Pese a señalarse que las vacaciones son incompensables en dinero, salvo las excepciones del artículo 156 del Código de Trabajo, la Contraloría General de la República ha mantenido una férrea posición en denegar las solicitudes de compensación de vacaciones, en aras de una buena administración financiera de la institución. Caso contrario ocurre si la relación de servicio finaliza antes de cumplirse las cincuenta semanas de trabajo continuo para el Estado, ya que el servidor/a podrá disfrutar de la proporción de vacaciones o recibir el pago correspondiente. El mismo derecho a vacaciones, pero en forma proporcional, adquieren los servidores/as a quienes la acción de personal no les exija trabajar todas las horas de la jornada ordinaria, ni todos los días de la semana.

La administración no está facultada para autorizar a los funcionarios/as el disfrute de días o períodos de vacaciones por adelantado, sin embargo, sí podrá disfrutar de días proporcionales al tiempo laborado, cuando sea autorizado por el jefe/a respectivo, por razones justificadas.

En relación con la acumulación de vacaciones, previa consulta al Departamento de Recursos Humanos, el Director/a o Jefe/a del Departamento podrán autorizar la acumulación de vacaciones por una única vez. Aunque para evitar estas situaciones el Departamento de Recursos Humanos en coordinación con los Directores/as y Jefas/as de Departamento y los servidores/as elaborarán un plan de vacaciones, en el que se deberá establecer, que al menos, los servidores disfrutarán en forma continua una tercera parte del período de vacaciones que le corresponde. En todo caso, podrán dividir el resto de su período de vacaciones en las fracciones que mejor les convenga.

Sin detrimento de las funciones propias de la institución, pasadas quince semanas desde que se cumplieron las respectivas cincuenta semanas de trabajo continuo, el servidor/a deberá reclamar por escrito sus vacaciones.

4 – Permisos y Licencias

Sanchez Morón señala que las licencias son interrupciones de la actividad profesional por las causas previstas por la ley, por su parte, los permisos son interrupciones breves, debidas a otras causas previstas⁶³.

Pese a que el autor remite a que dichos permisos o licencias deben estar contemplados en la ley, en el caso particular de la Defensoría de los Habitantes, nuevamente se deberá aclarar que su ley orgánica es omisa en establecer cualquier aspecto de la relación de servicio entre la institución y los funcionarios/as y que si bien, su regulación se ha establecido vía reglamentaria, su fundamento legal continúa estando en el Estatuto del Servicio Civil, el cual regula las licencias, por delegación del propio estatuto, en su reglamento, según lo disponen los artículos 33 y siguientes.

En el caso de la Defensoría, lo primero que se debe indicar es que, al igual que el Estatuto de Servicio Civil, no se hace diferencia entre lo que se establece como permiso o como licencia, haciendo una referencias indistinta sobre ambos.

Sobre las licencias, establece el artículo 36 del Estatuto Autónomo de Servicio, que se conceden a los servidores/as sin goce de sueldo, con excepción, es decir con goce de sueldo, las expresamente autorizadas por el Estatuto y en aquellos casos previstos en la legislación vigente.

Pese a que se hace una regulación sobre licencias, el Estatuto Autónomo deja abierta la posibilidad para que, en casos muy calificados, el Defensor/a pueda autorizar licencias diferentes a las que se encuentran reguladas.

Respecto de la continuidad, el Estatuto señala que no se interrumpe la relación de servicio en los casos de licencias con goce de sueldo, licencias sin goce de sueldo para atender estudios atinentes al puesto de trabajo, ausencias por enfermedad justificada y por ninguna otra causa legal de suspensión temporal de la relación de servicio.

Ahora bien, se establecen como licencias con goce de sueldo las siguientes situaciones:

- a.-Por siete días naturales en caso de su matrimonio.

⁶³ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op Cit.* 190 y 191.

- b.-Por siete días naturales cuando sobrevenga el fallecimiento de cualquiera de sus padres, hermanos, hijos, cónyuge o conviviente.
- c.-Hasta por diez días naturales en caso de enfermedad o accidente grave de los parientes citados.
- d.-Tratándose de varones cinco días naturales por nacimiento u adopción de hijos.
- e.-En caso de las personas designadas para el cuidado de pacientes en fase terminal se aplicará lo establecido en la Ley N° 7756 del 20 de marzo de 1998.
- f.- Un día natural cuando sobrevenga el fallecimiento de familiares hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad

Acorde con lo que estableció Sanchez Morón, a excepción de las personas designadas para el cuidado de pacientes en fase terminal, cuya regulación se hace en una ley especial, las demás situaciones reguladas, por su corta duración, corresponden a verdaderos permisos con goce de salario y no licencias propiamente.

En cuanto a las licencias sin goce de salario, estas deberán ser autorizadas por el Defensor/a, para lo cual el Departamento de Recursos Humanos elaborará una recomendación, en la cual se deben valorar los efectos, que sobre el servicio puede causar el permiso. Estas licencias se podrán otorgar en supuestos como los siguientes: para atender asuntos graves de familia, por convalecencia, tratamiento médico, para prestar servicios en otra institución pública u organismo internacional, así como para atender asuntos personales, siempre y cuando no haya contradicción con los fines perseguidos por la Defensoría de los Habitantes.

Podrán concederse con estricto apego a las siguientes disposiciones:

- Seis meses para asuntos personales del servidor/a. Esta licencia podrá ser prorrogada hasta por seis meses más en casos muy especiales a juicio del Defensor/a de la Institución.
- Un año para atender asuntos graves de familia, tales como enfermedad, convalecencia, tratamiento médico cuando así lo requiera la salud del servidor/a. Dicho plazo podrá prorrogarse hasta por un año más, a juicio del Defensor/a, en los casos específicos de tratamiento, previa demostración y comprobación.
- Cuatro años, a instancia de cualquier institución del Estado o cuando se trate del cónyuge de un funcionario/a nombrado en el Servicio Exterior- o en los casos de los funcionarios/as nombrados en otros cargos públicos. El plazo anterior podrá ampliarse hasta por un período igual, cuando subsistan las causas que motivaron la licencia original. Igual plazo regirá cuando a instancia de un gobierno extranjero o de un organismo internacional o regional debidamente acreditado en el país, o de fundaciones cuyos fines beneficien directamente al Estado, o cuando se trate del cónyuge de un becario que deba acompañarlo en su viaje al exterior.

A juicio del Defensor/a, estas licencias podrán prorrogarse hasta por un período igual siempre y cuando prevalezcan las condiciones que la originaron.

En relación con las licencias para estudio, las cuales podrán otorgarse con o sin goce de salario, según corresponda, el Estatuto Autónomo de Servicio trasladó todo este capítulo para que fuese regulado por un Estatuto para la Adjudicación de Becas y Subsidios para Estudios y Capacitación de Servidores/as, el cual no ha sido aprobado por la Administración. Actualmente, no existe regulación interna para los casos previstos de estudio, por lo que se debe recurrir al Estatuto del Servicio Civil y a la Ley de Licencias para Adiestramientos de Servidores Públicos, Ley N° 3009 y su reglamento Decreto Ejecutivo N° 17339-P

5- Conocer la calificaciones periódicas de sus servicios

El servidor/a no sólo cuenta con el derecho a conocer las calificaciones, sino que se reconoce el derecho a reclamar si fuera del caso, contra su resultado.

En el caso de la Defensoría de los Habitantes, si bien es cierto los artículos 46 y 47 regulan el tema de la evaluación de servicio, ésta no se ha aplicado en los últimos 6 años, existiendo una constante oposición a los mecanismos de evaluación del servicio que se han querido establecer.

Respecto del punto, es obvia la necesidad de poder establecer mecanismos de evaluación, los cuales no sólo son exigibles en materias como el reglamento de carrera profesional, sino que estas evaluaciones permiten elaborar planes estratégicos para el desarrollo del servicio, tanto a lo interno, como a lo externo de la institución.

ARTICULO 46.- De la evaluación del desempeño laboral.

En la segunda quincena del mes de noviembre de cada año se hará una evaluación individual del personal regular de la Institución. Para calificación de los funcionarios/as se utilizará un sistema de evaluación bidireccional. El sistema será preparado por el Departamento de Recursos Humanos, tomando en cuenta el perfil laboral de cada puesto. El resultado de la calificación durante el año respectivo se dará en orden de méritos de cada uno/a, como Excelente, Muy Bueno, Bueno, Insuficiente o Inaceptable.

ARTICULO 47.- De la reglamentación.

La evaluación de los servicios de cada funcionario/a se hará conforme con las normas (manuales, formulario, estatuto) de procedimientos que dicte el Defensor/a de los Habitantes.

6 - Derecho al aguinaldo

A falta de regulación interna, el derecho al aguinaldo se fundamenta de la regulación existente en el artículo 37 inciso h) del Estatuto de Servicio Civil y de la Ley de Aguinaldo.

Artículo 37.- Los servidores del Poder Ejecutivo protegidos por esta ley gozarán de los siguientes derechos: h) 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 servido.

El sueldo a que se refiere este inciso no puede ser objeto de venta, traspaso o gravamen de ninguna especie ni puede ser perseguido por acreedores, excepto para el pago de pensiones alimenticias, en el tanto que determina el Código de Trabajo. Para los efectos de calcular el sueldo adicional a que tienen derecho los servidores del Gobierno, el año para el cómputo de las sumas recibidas y tiempo servido, será el comprendido entre el 1° de noviembre del año anterior y el 31 de octubre del año respectivo. En cuanto a los trabajadores pagados por el sistema de jornales o planillas, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá adoptar el procedimiento que estime más apropiado al caso. (Párrafo adicionado por el artículo 2° de la ley N° 1835 de 11 de diciembre de 1954 y luego reformado por el artículo 2° de la ley N° 3929 de 8 de agosto de 1967)

En relación con este aspecto del aguinaldo, resulta interesante traer a colación el inciso e) del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil, por el que se da una protección extra al aguinaldo:

e) Cuando el trabajador hubiere disfrutado de licencia para no asistir a su trabajo, sin goce de salario, o hubiere sido suspendido, el sueldo adicional se calculará con base en el promedio que resulte durante el respectivo año. En los demás casos de suspensión de la relación de trabajo con responsabilidad para el Estado, tales como la enfermedad del servidor, permisos con goce de salario y otros, el sueldo adicional de diciembre se reconocerá completo

7 – Derecho a indemnización por suspensión de la plaza por reestructuración

La citada indemnización se pagará de conformidad con lo que establece el artículo 37 inciso f) del Estatuto de Servicio Civil, el cual, es igualmente aplicable en casos en que la reasignación hacia abajo no sea posible, acorde con el artículo 111 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil.

8 - Derecho a jubilación

Una vez alcanzados los requisitos dispuestos por la ley, acorde con el régimen de pensiones adoptado, todo servidor público tendrá derecho al retiro con pensión, después de haber servido a la Administración Pública, según se indica en el inciso i) del artículo 37 del Estatuto de Servicio Civil.

9 – Derecho a sindicación y negociación colectiva

Aunque no se hace una referencia expresa en la normativa vigente, el derecho de sindicación o de libre asociación para los servidores/as públicos, se extrae del numeral 60 de la Constitución Política y los convenios de derecho internacional adoptados por Costa Rica.

En el caso de la Defensoría de los Habitante, los funcionarios/as constituyeron, a finales del año 2000, el SÍDEF, o Sindicato de Empleados/as de la Defensoría de los Habitantes, el cual, tal y como se ha evidenciado en el presente trabajo, cuentan con importantes espacios de participación en materia de selección y procedimientos disciplinarios, como órgano mas representativo de los trabajadores actualmente.

En relación con la negociación colectiva, el Sindicato de Empleados de la Defensoría de los Habitantes y según se desprende del Decreto Ejecutivo N° 29576-MTSS,⁶⁴ se encuentre facultado para solicitar al Defensor/a de los Habitantes la negociación de una convención colectiva, acorde con los procedimientos establecidos en el citado cuerpo legal, para ello, habrá que esperar el desarrollo de la citada normativa y el interés mismo por parte de dicha organización.

Unido al tema propuesto, en materia de derechos colectivos, queda aún sin esclarecerse el punto respecto al derecho a huelga de los servidores/as públicos, hasta tanto no quede resuelto la Resolución 1317-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y se defina de una vez por todas los procedimientos de acceso a dicho derecho constitucional, acorde con lo expuesto por la misma Sala.

C. Derechos económicos

Por principio, acorde con Sanchez Morón,⁶⁵ todos los sistemas de función pública se fundan en la pretensión de compensar al funcionario/a sus servicios mediante una retribución justa, adecuada a su trabajo y a su dignidad. El problema consiste en determinar que es una retribución justa, adecuada y digna. En cualquier caso, un sistema retributivo moderno debe prestar atención prioritaria a organizar una función pública profesionalizada, eficaz y motivada.

En Costa Rica, en los primeros días del mes de abril del año dos mil dos, una Comisión ad-hoc de Exministros de Hacienda, integrada por el entonces Ministro de Hacienda Alberto Dent y los

⁶⁴ **Decreto Ejecutivo N° 29576-MTSS. Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el Sector Público Artículo 2°—Quedan excluidos de la aplicación de este Reglamento, en forma automática: a) Los Ministros, Viceministros, Oficiales Mayores, el Procurador General y Procurador General Adjunto, el Contralor General y Subcontralor General y el Defensor y Defensor Adjunto de los Habitantes de la República. (Destacado no es del original).**

⁶⁵ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op Cit.* Pag. 194.

Ex – Ministros señores, Leonel Baruch, Francisco de Paula Gutiérrez Gutiérrez, Bernal Jiménez Monge, Rodolfo Méndez Mata, Thelmo Vargas Madrigal y Federico Vargas Peralta, realizaron la presentación al entonces Presidente de la República, Dr. Miguel Angel Rodríguez Echeverría, del informe denominado “Agenda de Transformación Fiscal para el Desarrollo” cuya finalidad es analizar la difícil situación de las finanzas del Estado costarricense y proponer, según su leal saber y entender al Gobierno de la República, las medidas correctivas que procediera tomar.

En dicho informe la Comisión consideró que los principios fundamentales para el manejo de una política sostenible y responsable del gasto público deben estar referidos, entre otros, a los siguientes aspectos medulares:

Reformar los estatutos del Régimen de Servicio Civil con el propósito de flexibilizar los procesos de contratación y despido de los funcionarios públicos, sin que se pierdan los objetivos que dieron origen a este régimen.

Revisar los incentivos que reciben los servidores públicos para que estos correspondan a criterios de productividad y no a criterios automáticos de antigüedad u otros injustificados.

Es a partir de las recomendaciones hechas por los Exministros de Hacienda, que la retribución salarial de los servidores públicos estará próximamente como tema de discusión en una agenda a nivel nacional.

Si bien la presente sección no pretende agotar el tema de incentivos salariales en la administración Pública y de la Defensoría de los Habitantes, su desarrollo tiene por objetivo entablar un primer acercamiento, a partir de un análisis del desarrollo administrativo y judicial que ha recibido el mismo.

1. Régimen Salarial de los funcionarios/as públicos

Si bien el Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría señala que la remuneración de sus servidores/as está integrada por el salario base, las anualidades, la prohibición, el reconocimiento de carrera profesional y el zonaje según corresponda, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente de la Institución, lo cierto es que a falta de una regulación propia el régimen salarial, se debe tomar en consideración lo establecido en el capítulo X del propio Estatuto de Servicio Civil, el que en su artículo 48 dispone lo siguiente:

Artículo 48.- Los sueldos de los funcionarios y empleados protegidos por esta ley, se regirán de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Ningún empleado o funcionario devengará un sueldo inferior al mínimo que corresponda al desempeño del cargo que ocupe.

- b) Los salarios de los servidores del Poder Ejecutivo serán determinados por una Ley de Salarios que fijará las sumas mínimas, intermedias y máximas correspondientes a cada categoría de empleos.
- c) Para la fijación de sueldos se tomarán en cuenta las condiciones fiscales, las modalidades de cada clase de trabajo, el costo de la vida en las distintas regiones, los salarios que prevalezcan en las empresas privadas para puestos análogos y los demás factores que estipula el Código de Trabajo.
- d) Dentro de las cifras mínimas y máximas de que habla el inciso b), los Jefes respectivos podrán acordar aumentos de sueldos, atendiendo a factores como la eficiencia, la antigüedad, la conducta, las aptitudes y demás cualidades que resulten de la calificación periódica de sus servidores, todo esto con sujeción a lo que al efecto disponga la Ley de Salarios. Los Jefes de las diversas secciones del personal administrativo, deberán obtener, de previo a tales aumentos, la venia del supervisor jerárquico; aumentos que estarán sujetos a lo dispuesto en el inciso e) de este mismo artículo; y
- e) Queda prohibido a la Tesorería Nacional extender giros a favor de empleados o funcionarios, por sumas distintas a las mínimas fijadas en el Presupuesto o Ley de Salarios; y en el caso del inciso anterior, el aumento no se hará efectivo sino cuando esté incluido en la Ley de Presupuesto Ordinario, o en un presupuesto extraordinario. La Dirección General de Servicio Civil, informará a la Tesorería Nacional de los aumentos de los sueldos de los servidores públicos.

De conformidad con lo previsto en el inciso b), se crea mediante Ley N° 2166 la Ley de Salarios de la Administración Pública, la que dispone en su artículo primero, que su objetivo es garantizar la eficiencia de la Administración Pública y constituirá el sistema oficial de retribución para todas las clases de puestos clasificados en el Manual Descriptivo de Puestos, conforme lo dispone el Capítulo X del Estatuto de Servicio Civil.

De conformidad con lo ya señalado, el mecanismo para la fijación salarial en la Administración Pública, se desarrolla a partir de los manuales de puestos, que en esencia, lo que buscan es la descripción de tareas, deberes, responsabilidades de una clase de puestos asignados por una autoridad competente, para que sean atendidos por un servidor/a durante el período ordinario de trabajo. Respecto de cada clase, existe un contenido presupuestario para el respectivo pago. En este sentido, el Manual de Puesto tiene la función de ordenar los procesos de trabajo, en que participan los diferentes puestos de la organización. Es a partir de dicha estructura funcional, que se asignan el nivel salarial, con un código con el que se identifica cada uno de los salarios base que se determinan.

Es propiamente en la Ley de Salarios de la Administración Pública y la reforma al artículo 4 de esa ley, efectuada por ley N° 6835, del 22 de diciembre de 1982, que se hace la distinción entre en lo que se debe entender por salario base, salario de clase, salario total y sobresueldo⁶⁶.

El Salario base es, tal y como se indicó, un elemento del salario total de los trabajadores del sector público y está concebido fundamentalmente en función de las políticas presupuestarias, manejadas a través de escalas salariales, con categorías de puestos establecidos por la Ley de Salarios de la Administración Pública. Para cada categoría de puesto existe un salario -salario de clase-, al cual deben sumarse los aumentos decretados por el Poder Ejecutivo, por concepto de la elevación en el costo de la vida. Esos aumentos, tienen como objeto restablecer el valor adquisitivo de la remuneración de los trabajadores a fin de mantenerlos, en la medida de las posibilidades macroeconómicas de la nación, equiparados con la inflación y así, por razones de equidad y justicia distributiva, procurar el bienestar y la existencia digna de los trabajadores. En este sentido, el salario busca ser elástico, ajustándose al ritmo del costo de la vida.

El salario total, por su parte, es un concepto que comprende no sólo el salario base (salario de clase más aumentos por costo de la vida), sino que engloba el total de las remuneraciones que por otros conceptos percibe el trabajador; esto en razón de que la palabra "sobresueldo", utilizada en el artículo 4 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, interpretada en su contexto y al amparo de los antecedentes legislativos y jurisprudenciales que precedieron la reforma del ordinal citado, designa los aumentos por costo de la vida y no los pluses que componen el salario total, como por ejemplo las anualidades, la prohibición, o el zonaje.

Sobre el particular reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda ha expresado:

"II.- En el presente asunto interesa determinar el alcance del artículo 4 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, reformada por la Ley N° 6835 de 22 de diciembre de 1982, puesto que con fundamento en ella los juzgadores denegaron las diferencias reclamadas en una interpretación que impugna el actor. El ordinal en comentario dispone en lo que interesa: "... La suma del salario de clase, más los sobresueldos, constituyen el nuevo salario base, el cual servirá para la correspondiente ubicación en la presente escala salarial.". Al respecto, la Sala en el Voto N° 309, de las 10 horas, del 3 de diciembre de 1997 y después de efectuar un análisis de los antecedentes de la Ley N° 6835, del 22 de diciembre de 1982, expediente legislativo N° 9509 y la jurisprudencia que antecedió la

⁶⁶ *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia* Resolución N° 68 del 27 de febrero de 1998.

reforma indicada (fundamentalmente el Voto N° 111, de las 15:20 horas, del 30 de octubre de 1981), concluyó que el término "sobresueldos", empleado en esa norma, se refiere única y exclusivamente a los aumentos efectuados periódicamente por costo de la vida. De tal suerte que el cómputo de las anualidades se debe realizar a partir del salario base y no en relación con el salario total...)"⁶⁷

a. Implementación del régimen Salarial de la Administración Pública Recientemente, la Sala Constitucional tuvo oportunidad de desarrollar el tema de la materia salarial en la administración pública, a partir de la resolución N° 1822-2001, por la que se resuelve la acción de inconstitucionalidad promovida por el Regulador General de la República, Lic. Leonel Fonseca Cubillo, bajo el expediente N° 00-009333-0007-CO, en contra del artículo 6 del Decreto Ejecutivo N° 23646-H, del 14 de setiembre de 1994.

Del análisis que realiza la Sala Constitucional, se desprende que la materia salarial, parte de la política de gobierno, correspondiendo entonces al Poder Ejecutivo adoptar, con carácter vinculante, las decisiones en ese campo del sector público centralizado, quedando las entidades autónomas sometidas a las directrices de carácter general que en materia de salarios dicte ese poder de la república.

Bajo esta consideración, la Sala estableció que la fijación de la política salarial para el sector público, es por lo tanto, una competencia constitucionalmente atribuida al Poder Ejecutivo, de manera que éste no puede delegarla vía decreto en la Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público, sin transgredir el artículo 140 inciso 7) de la Constitución Política. Y es que tal y como ya lo habría señalado la Sala Constitucional en otras oportunidades, es un principio general del derecho de la constitución, el que ninguno de los poderes pueda delegar el ejercicio de funciones que le son propias (párrafo segundo del Artículo 9 constitucional) y en desarrollo de este principio, el artículo 86 de la Ley General de la Administración Pública, ha dispuesto que no se pueden transferir competencias de los órganos constitucionales de la Administración que estén regulados únicamente en la Constitución.

b. Sobre la Autonomía Salarial de los entes autónomos y órganos constitucionales Acorde con lo que establece el voto de cita, se parte por lo tanto, que la fijación de la política salarial para el sector público, es una competencia constitucionalmente atribuida al Poder Ejecutivo, sin embargo, en el ámbito de la administración pública se habrían generado algunas

⁶⁷ Ver resoluciones de la misma *Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, N° 111 del 30 de octubre de 1981 y N° 309 del 3 de diciembre de 1997.

dudas que surgen con ocasión de la alegada independencia, que diversas leyes atribuyen a órganos administrativos, la cual habría sido asumida en algunas ocasiones, con la pretendida autonomía salarial. En este sentido, la fijación de la política salarial para el sector público, es por lo tanto, una competencia constitucionalmente atribuida al Poder Ejecutivo. De conformidad con lo que se estableció en el capítulo I, el dictamen de la Procuraduría General de la República, N° C-202-96, estableció la necesidad de diferenciar la autonomía administrativa (libertad de actuación concreta del ente) de la autonomía que la Constitución consagra en favor de los entes descentralizados y que está referida a la posibilidad de ejecutar las tareas y dar cumplimiento a las obligaciones legales. Acorde con lo que establece la Procuraduría General, la autonomía se ejerce dentro del principio de legalidad, lo que significa que los entes gozan de las facultades administrativas atribuidas para llevar a cabo su fin. Por lo tanto concluye la Procuraduría, si no existe contraposición entre autonomía y legalidad tampoco debe haberlo entre "independencia funcional, administrativa y de criterio" y legalidad. Asimismo, si esa autonomía administrativa no cubre la materia salarial, tampoco puede considerarse que la "independencia administrativa" determine una libertad para fijar remuneraciones. En este sentido, la Sala Constitucional ya habría expresado lo siguiente:

"...el régimen de autonomía administrativa concedido a las instituciones descentralizadas por el artículo 188 de la constitución Política, no comprende el régimen del Servicio Civil, respecto del cual el legislador está facultado para definir las condiciones generales de trabajo que deben imperar en toda la Administración Pública. en este sentido, la política de salarios de Gobierno es parte integrante de la política de gobierno, que debe constituir un régimen estatal de empleo público uniforme y universal".

Agregando la Sala que:

"... ni las potestades de gobierno que hoy ejerce el Poder Ejecutivo Central (sic), ni las de administración que se reservaron a las entidades descentralizadas, pretendieron nunca dejar al libre albedrío de estas últimas la política laboral y con ello constituir dos o muchos más regímenes de servicio público en detrimento de los funcionarios y empleados de la administración central...Por el contrario, los efectos que sobre las finanzas públicas y por ende, para el país en general producen los desequilibrios en el régimen salarial del Estado, hacen plenamente justificable y hasta constitucionalmente necesario someter a criterios uniformes todo lo concerniente a la política salarial de la Administración Pública"⁶⁸

⁶⁸ *Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia*. Resolución N° 3309- 94 del 5 de julio de 1994.

Es a partir de los criterios expresados por la Sala Constitucional y la Procuraduría, que se establece que el régimen salarial, más que de una autonomía administrativa y con mayor razón, de la independencia administrativa, corresponde a la autonomía política, por lo que la titularidad de una independencia administrativa no puede ser fundamento para una potestad de autoregulación de la materia salarial.

Por su parte, en relación con la referida autonomía salarial otorgada a los órganos constitucionales, la Sala Constitucional hace descansar el fundamento de la potestad para autofijarse el régimen salarial en la propia independencia constitucional. Es la condición de órganos constitucionales regidos por una relación de independencia entre sí, lo que determina esa potestad. En este sentido, la Sala Constitucional señaló:

"... Además, en el caso de los poderes, su propia independencia constitucional, garantizada en general por el artículo 9° de la Constitución y, en los del Poder Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones por las de los artículos 99 y siguientes, 152 y siguientes y 177 de la misma, así como sus propias normas orgánicas, imponen a sus jefes la atribución y la responsabilidad de fijar la remuneración, gastos de representación y otras facilidades inherentes a los cargos, de sus propios miembros y subalternos, dentro, naturalmente, de sus disponibilidades presupuestarias, independientemente, desde luego, de que sus montos puedan coincidir o no con los de los diputados."⁶⁹

Ahora bien, existe un hecho, que tal y como lo señala la Procuraduría General de la República en su dictamen N° C-182-2000, no se puede, ni se debe pasar por alto y es que cualquier decisión en materia salarial tiene una incidencia directa sobre los fondos públicos y en el presupuesto de la entidad. En este sentido, si bien ya se ha analizado las referidas competencias para adoptar las decisiones en materia salarial en la administración pública y en particular en relación con los emolumentos que devengan los funcionarios públicos, tema objeto del presente apartado, al incidir esos acuerdos sobre los niveles de gastos del ente y por ende, ubicarse en la materia presupuestaria, emerge por ello una competencia a favor del órgano contralor quien debe determinar, si lo acordado y resuelto se ajusta o no a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad cuando aprueba el presupuesto del ente o sus modificaciones presupuestarias.

En este sentido, tal y como lo señala el Dictamen de la Procuraduría N° C-182-2000, el control, que por imperativo constitucional y legal el ordenamiento jurídico le asigna a la Contraloría

⁶⁹ *Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia*. Resolución N° 0550-91 del marzo de 1991.

General de la República, no es renunciable, por el contrario, este imperativo es dentro de la terminología iuspublicista, un poder-deber, el cual debe ser ejercido cada vez que se adopta una decisión en materia salarial, sobre todo cuando lo acordado está relacionado con los salarios que devengan los servidores públicos de una entidad.

c. Del principio de razonabilidad y proporcionalidad
Otro aspecto referido a la materia salarial en el sector público, acorde con el dictamen de la Procuraduría N° C-182-2000, es la existencia o no de reglas para fijar las bases salariales, pluses salariales y aumentos periódicos, caso en el cual, en razón de que el Estado democrático está sometido en el ejercicio del poder al derecho y este poder sólo se puede expresar a través del derecho, constituyendo este el lenguaje ética y jurídicamente válido por medio del cual se manifiesta aquel. Esta vinculación ética y jurídica le impone a quienes ejercen el poder un compromiso con una serie de valores, principios y normas que informan el sistema jurídico.

La Sala Constitucional, en abundante jurisprudencia, ha establecido la vinculación del Estado, sus órganos y los entes públicos a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Sobre estos importantes principios ha señalado lo siguiente:

"... una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De manera que se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados de una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que los indispensables para que funcionen razonablemente en la vida en sociedad."⁷⁰

De esta importante resolución del tribunal Constitucional, la Procuraduría extraer algunos criterios heurísticos u orientadores.

- a) En primer lugar, cualquier decisión que se adopte debe estar plenamente justificada, es decir, se ha de contar con los estudios técnicos en los cuales se sustenta la decisión adoptada.

⁷⁰ Citado por *Procuraduría General de la República*. Dictamen N° C-182-2000, 11 de agosto del 2000

- b) Por otra parte, debe existir una relación lógica, justa y de conveniencia entre los fines que se persiguen con la decisión y el medio que se utiliza para ello.
- c) En tercer lugar, y tal y como lo afirma la asesoría del órgano consultante, se deben de tomar en cuenta una serie de parámetros objetivos, tales como: naturaleza y complejidad de las funciones que desempeña el funcionario público, grados de responsabilidad e importancia del trabajo, atestados académicos y profesionales, experiencia del funcionario en otros puestos similares o de características parecidas, etc., para adoptar la decisión.

d. Régimen Salarial de los funcionarios/as de la Defensoría de los Habitantes

Para desarrollar el tema del régimen salarial de los funcionarios/as de la Defensoría, es necesario retomar el dictamen de la Procuraduría General de la República N° C-202-96, en el que tal y como se indicó en el capítulo primero, parte de que la Defensoría no es un órgano constitucional y la independencia de que goza, tiene un alcance específico. Dicho alcance nuevamente, obliga a cuestionarse de dónde derivaría la alegada competencia en materia salarial.

La Procuraduría inicia examinando el ordenamiento jurídico interno de la institución, en el que el Reglamento Ejecutivo a la Ley de la Defensoría, N° 22266-J, del 15 de junio de 1993, establece en lo que interesa:

"Artículo 24.- Personal

(...).Las bases jurídicas del régimen del personal al servicio de la Defensoría de los Habitantes de la República serán establecidas en un Reglamento Autónomo de Servicio que deberá dictar el jerarca de la institución. Asimismo, el Defensor de los Habitantes de la República regulará lo relacionado con la valoración, la remuneración y la clasificación de puestos de la institución.

El personal profesional remunerado de la institución tendrá las mismas prohibiciones e incompatibilidades que el Defensor de los Habitantes de la República y el Defensor Adjunto. Se exceptúan los casos indicados en el artículo 19 de este Reglamento y el ejercicio de cargos ad-honorem en instituciones u organizaciones sin fines de lucro, todo a juicio del Defensor de los Habitantes de la República.

En concordancia con dicho artículo, se dispone además que:

"Artículo 66.- Otros reglamentos

Dentro de los noventa días siguientes a la vigencia del presente Reglamento, el Defensor de los Habitantes de la República dictará el Reglamento Autónomo de Organización, el Reglamento Autónomo de Servicio, el Manual de Clasificación de Puestos de la Institución y cualquier otro instrumento relacionado con la regulación del régimen de empleo y las remuneraciones del personal de la institución".

Según se desprende de la citadas normas, se autoriza a la Defensoría para regular por reglamento la clasificación, valoración y remuneración de los puestos del órgano.

No queda duda para la Procuraduría General de la República, que al establecerse dicha autorización, vía reglamento, se excede ampliamente el margen de la potestad reglamentaria ejecutiva y es que tal y como se ha indicado, no existe disposición alguna en la ley que atribuya a la Defensoría la potestad para establecer un régimen salarial y de incentivos económicos para su personal, a excepción del pago de prohibición.

Por lo tanto, al encontrarse ante una norma que desarrolla, precisa o complementa la ley, los citados artículos del Reglamento innovan el ordenamiento, atribuyendo una potestad que desconoce la situación institucional de la Defensoría, que tal y con se dijo reiteradamente por la Procuraduría en el citado dictamen, no es sino un órgano de un Poder y que por ende, carece de una facultad para fijar por sí misma, ese régimen salarial.

Lo anterior, permitió a la Procuraduría concluir respecto al régimen salarial de la Defensoría:

“En fin, si cada Poder determina el régimen salarial de sus propios órganos, debe colegirse que corresponde al Poder Legislativo establecer dicho régimen respecto de la Defensoría y de sus funcionarios, sin que en ausencia de una autorización legal para hacerlo sea posible concebir que la propia Defensoría cree ese régimen y disponga sobre el sistema salarial del personal a su servicio.

La disposición del artículo 24 antes transcrita y lo actuado por la Defensoría parten de una indebida apreciación de la posición institucional de ese órgano, que lo ha llevado a considerar que tiene la condición de órgano constitucional, que está en situación de igualdad con los miembros de los Supremos Poderes y a desconocer la relación que debe existir con la Asamblea Legislativa. Así, como la debida aplicación del principio de legalidad por cuya concreción está obligada a velar”.

Y es que, a partir de lo dispuesto por la Procuraduría General de la República y al establecer su ley constitutiva la obligatoriedad del acatamiento de sus dictámenes, el régimen salarial de los funcionarios/as de la Defensoría de los Habitantes ha quedado sujeto a la autorización del Directorio Legislativo del acuerdo interno del Defensor/a de los Habitantes, tal y como se indicó en el capítulo primero.

2. Sobre los Pluses Salariales en la Administración Pública

Acorde con la jurisprudencia de la Sala Segunda antes vista, el salario base es un elemento del salario total de los trabajadores del sector público y está concebido fundamentalmente en función de las políticas presupuestarias, manejadas a través de escalas salariales, con categorías de puestos establecidos por la Ley de Salarios de la Administración Pública.

En este sentido, ya se ha explicado que para cada categoría de puesto existe un salario -salario de clase-, al cual deben sumarse los aumentos decretados por el Poder Ejecutivo, por concepto de la elevación en el costo de la vida. Esos aumentos, tienen como objeto restablecer el valor adquisitivo de la remuneración de los trabajadores a fin de mantenerlos, en la medida de las posibilidades macroeconómicas de la nación, equiparados con la inflación y así, por razones de equidad y justicia distributiva procurar el bienestar y la existencia digna de los trabajadores. En este sentido, se señala que el salario busca ser elástico, ajustándose al ritmo del costo de la vida. El salario total, por su parte, es un concepto que comprende no sólo el salario base (salario de clase más aumentos por costo de la vida, según el numeral citado), sino que engloba el total de las remuneraciones que por otros conceptos percibe el trabajador.

El concepto de "plus salarial" establecido en el artículo 4 de la referida Ley de Salarios de la Administración Pública, se encuentra desarrollado en la resolución de la Sala Segunda N° 129 del 27 de mayo de mil novecientos noventa y ocho, señalando que "plus" corresponde a la lengua francesa, por lo que siguiendo la jurisprudencia de la antigua Sala de Casación,⁷¹ es una acepción gramatical y semántica que significa "más" y es aceptada como un galicismo jurídico.

El Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas,⁷² define "plus" como "... "sobresueldo o bonificación" que se da a las tropas en campaña por servicios especiales. Cualquier pago suplementario; como gratificaciones, dietas, viáticos, primas, premios, etc...". Con fundamento en esa definición, se afirmó que el "plus salarial", se funda en otro "servicio especial" a remunerar, extendiéndose a cualquier pago suplementario, como los indicados (anualidades, la prohibición, o el zonaje).

⁷¹ Véase *Sala de Casación* Voto N° 10, de las 16:00 horas, del 21 de enero de 1975.

⁷² **Citado por** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 129 del 27 de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

En el Manual de Derecho de Trabajo Cabanellas⁷³ los define también como "emolumentos que se agregan a la retribución base para compensar trabajos generales o especiales...". Esa compensación, entonces, no es gratuita ni general; es especial, directa y personal, o sea, se funda en la compensación por la relación laboral particular de cada trabajador. Constituyen pluses los aumentos por antigüedad que se le hace al trabajador en reconocimiento de los años de servicio, a su buen desempeño y a la mayor experiencia adquirida en sus labores, como también lo que percibe por zonaje, puesto que con este rubro se compensan los mayores desembolsos que debe hacer el trabajador que tiene que ejecutar sus labores en lugares distintos al centro de trabajo. El "MAS" trabajo se gratifica con un suplemento salarial y afecta, mejorando, el salario total, pero no el salario base. No se debe hablar de un "plus de costo de la vida", ni de "plus de carestía de la vida", porque el costo de la vida y su carestía, no se origina en un sacrificio de rendimiento a compensarse de una labor especial o particular del trabajador, sino que responde a las circunstancias económicas que hacen necesario el ajuste salarial. Por ello, los aumentos de salario por aumento en el costo de la vida, no son "pluses" adicionales o particulares para pagar o compensar rendimientos o sacrificios especiales o complementarios. El aumento por la elevación en el costo de la vida, no es otra cosa que la elevación del salario para satisfacer la necesidad de comentario.⁷⁴

De conformidad con lo anterior y al no existir una normativa especial en materia salarial para los funcionarios de la Defensoría de los Habitantes, se hará un análisis de los denominados pluses salariales, definidos en el Estatuto del Servicio Civil, haciendo especial referencia a los criterios, que sobre estos temas ha establecido la Procuraduría General de la República y que resultan por lo tanto, de aplicación directa para los funcionarios de la institución.

a. Reconocimiento y pago de los aumentos anuales o antigüedad
A través de la Ley N° 6835, del 22 de diciembre de 1982, (que reforma la Ley de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957) se ha dado en reconocer con los aumentos de salario a que alude el artículo 5 de la Ley de Salarios, todo el tiempo laborado por el

⁷³ **Citado por** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 129 del 27 de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

⁷⁴ Sobre los extremos tratados, pueden consultarse el Voto de la antigua Sala de Casación, N° 127, de las 15:00 horas del 25 de octubre de 1968 y los de la Sala Segunda, N° 111, de las 15:20 horas del 30 de octubre de 1981; 13, de las 16:15 horas del 9 de marzo de 1982; N° 176, de las 14:50 horas del 20 de agosto de 1997 y N° 223, de las 14:30 horas del 26 de setiembre de 1997. **Citado por** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 129 del 27 de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

funcionario en cualquier institución del Estado, derivándose de esa forma, la teoría del "Estado como patrono único". Así, el artículo 12 de la Ley de Salarios reza:

"Artículo 12.- Los aumentos de sueldo a que hace referencia el artículo 5 se concederán el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso del servidor y de acuerdo con las siguientes normas:

a) Si el servidor fuere trasladado a un puesto de igual o inferior categoría a la del puesto que estuviere ocupando, no habrá interrupción alguna en cuanto al cómputo del tiempo para el aumento de salario;

b) Si el servidor fuere ascendido, comenzará a percibir el mínimo de la nueva categoría; sin embargo, si en el antiguo puesto hubiere adquirido derecho a uno o más aumentos anuales, éstos se le computarán de acuerdo con la categoría del cargo al cual se le asciende;

c) Las vacaciones, la enfermedad justificada, el desempeño temporal de otro puesto público, aunque éste estuviere excluido del Régimen de Servicio Civil, los permisos sin goce de salario para realizar estudios en organismos internacionales de los cuales Costa Rica sea miembro y las licencias para adiestramiento o estudios relativos a la función propia que desempeña el funcionario o en una disciplina afín, en la cual regresara a trabajar por comprobada necesidad nacional, no interrumpen el período de un año requerido para el aumento de sueldo.

d) A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5 anterior, el tiempo de servicio prestado en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo..."

Conforme lo han señalado reiteradamente los altos tribunales de trabajo del país, en plena concordancia con la autorizada doctrina de la función pública, el indicado rubro se paga al servidor como una manera de incentivarlo por la experiencia acumulada en la prestación de sus servicios con el Estado, en el tanto, la antigüedad alcanzada por el servidor dentro de la Administración Pública, es estimada jurídicamente por la señalada normativa, a efecto del pago de los aumentos anuales.

Acorde con lo que indica Cabanellas "casi siempre sumas uniformes por anualidad, trienios, quinquenios, para recompensar la compenetración que el tiempo suele originar entre el personal y la empresa donde obtiene su subsistencia, además de reconocer el valor de la experiencia y el reconocimiento de la entidad a que se pertenezca;..."⁷⁵ De este modo, tal y como se ha señalado, la intención del legislador, plasmada en la legislación de cita, es la de incentivar la experiencia del servidor en la función pública, que a través del tiempo, ha logrado acumular con el Estado,

⁷⁵ CABANELLAS (Guillermo) "*Compendio de Derecho Laboral*", Tomo I, Buenos Aires 1968, pag. 614 citado por *Procuraduría General de la República* N° C-114-2001 del 17 de abril del 2001.

concediéndosele por ese hecho, un reconocimiento económico, el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso a la Administración Pública. De ahí que, por la naturaleza de tal emolumento, valga repetir, se ha establecido en el mencionado numeral, que: "A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5 anterior, el tiempo de servicio prestado en otras entidades del Sector Público...."

Así por ejemplo la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente, ha señalado que:

"...Según se ha entendido, estas disposiciones vienen a poner de manifiesto, en la Administración Pública, la teoría "del Estado como patrono único" cuya aplicación práctica busca un propósito bien claro: corregir la injusticia que sufrían las personas que se trasladaban a trabajar de una institución a otra, dentro de ese mismo sector, sin derecho, por la distinción formal que se hacía, a disfrutar de los beneficios que, se obtienen de la antigüedad en la prestación del servicio con un patrono, de modo que se eviten discriminaciones chocantes con el Derecho Laboral. Como es sabido, la aplicación de esta tesis ha venido dándose en forma progresiva, primero para ciertos efectos, como vacaciones, jubilaciones y pensiones, cesantía, aumentos anuales, y se plasmó en la Ley N° 6835 antes citada, para los fines que en ella se indican, cuya aplicación, no obstante que las modificaciones se hicieran en la Ley General de Salarios de la Administración Pública, N° 2166 de 9 de octubre de 1957, y sus reformas, que se dictó de acuerdo con previsiones del Estatuto de Servicio Civil en materia de Salarios del Poder Ejecutivo, debe ser general, porque, amén de llenar su cometido dentro de ese contexto específico, el espíritu de la norma es diáfana en establecer mecanismos para tratar de igual manera, en ese campo, a todos los servidores del sector público, lo que no puede desconocerse, no solo por la forma expresa de las normas, sino porque, como se dijo, las mismas no son sino parte de la evolución de ideas sobre la materia que han venido forjándose desde hace tiempo. Si el legislador hubiera querido darle a la reforma una aplicación específica o particular no había hecho otras manifestaciones, de modo que si las hizo expresando que regirá "...para todo el Sector Público..." y dejó a salvo los derechos adquiridos a través de convenciones colectivas que pudieran haberse dado en algunas áreas de ese Sector (cuya práctica lleva a concebirlo ya como general), lo que necesariamente debe concluirse es lo que dedujo la Sala, o sea la aplicación extensiva. ..." (N° 8 de las 9:50 horas del 13 de enero. Proceso Ordinario Laboral de C.A.M.A. contra Municipalidad de S.J.)

A raíz de ese reiterado criterio, precisamente, Procuraduría ha determinado entonces, que:

"la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente ha delimitado los alcances del inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en el sentido de que a todos los servidores públicos se les debe reconocer el tiempo servido con anterioridad en

otras instituciones públicas, para efectos de la determinación de los aumentos anuales que deban corresponderles.

En consecuencia, si aplicamos lo dispuesto por el inciso 1 del numeral 7 de la Ley General de la Administración Pública a la situación consultada, tenemos que la jurisprudencia de la Sala que- repetimos- ha delimitado los alcances de la disposición legal salarial, adquiere, aunque sea una fuente no escrita de derecho, el rango de ley;..."⁷⁶

En relación con la aplicación de la citada norma, la Procuraduría señala que a partir de esa reforma legal, el aumento anual debía reconocérsele a todos los servidores públicos, sin distingo de cargo alguno. No obstante, posteriormente se emitió el Decreto Ejecutivo N° 18181, del 14 de junio de 1988, "Reglamento para el Procedimiento del pago de anualidades adeudadas", que mediante el artículo 2, Inciso 4) del aparte C), venía a limitar el pago en cuestión, de la siguiente manera: c) " en los casos en que el servidor haya sido despedido por justa causa o que en su separación haya mediado pago de prestaciones laborales, se reconocerán las anualidades a que se haya hecho acreedor el servidor posteriormente a su reingreso a la Administración Pública."⁷⁷

Dicha situación generó ciertas controversias, tanto en la vía administrativa, como en la judicial, siendo en esta última instancia, en donde se determinó que, en aplicación de lo estipulado por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente a esa fecha, lo dispuesto por el mencionado numeral encontraba yerros de ilegalidad, toda vez que las limitaciones normativas allí incorporadas eran de carácter ilegal, por no contemplarlos la Ley N° 6835 arriba citada.

A partir de ese momento, los Juzgadores optaron por desatender las limitantes expuestas y procedieron a otorgar el derecho al disfrute de la antigüedad, aún cuando el servidor hubiese sido despedido con justa causa o bien se le hubiesen cancelado los derechos laborales.

Ante la constante jurisprudencia en el sentido dicho, la Procuraduría General de la República, en dictamen N° C-039-93, del 27 de marzo de mil novecientos noventa y tres, recomendó la no aplicación en sede administrativa de las disposiciones que contenía el Aparte C) del inciso 4) del artículo 2) del Reglamento de cita y desde esa perspectiva, la Administración activa se vió compilada a derogarlo mediante el Decreto Ejecutivo N° 22781-H, del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y tres.

⁷⁶ **Ver** *Procuraduría General de la República* dictamen N° C-039-93, del 29 de marzo de 1993.

⁷⁷ **Ver** *Procuraduría General de la República* dictamen N° C-054-98, del 25 de marzo de 1998.

Con la derogatoria parcial de esa normativa, ya no debía comprobarse, para efectos de reconocimiento y pago de antigüedad, si el servidor había sido destituido por justa causa, o bien, si en la relación anterior con el Estado, le habían cancelado sus derechos laborales, situación que a la fecha se encuentra vigente, por lo que deviene en aplicable, el pago de aumentos anuales o antigüedad al servidor que así lo reclame, aún cuando hubiese estado en las circunstancias antes indicadas.

i. Número máximo de anualidades

Ahora bien, respecto al número máximo de reconocimiento de aumentos anuales, conforme lo estipula el artículo 5 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, se encuentra establecido en un máximo de treinta anualidades, que sería el total, a que se obliga la Administración reconocerle al servidor público por todo el tiempo laborado en el Sector Público.

Importante es agregar aquí, que precisamente el numeral 5 de recién cita, fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en cuanto al tope de anualidades a reconocer. Dicha impugnación fue resuelta por la Sala Constitucional la que en resolución N° 1309-99 de las dieciséis horas con treinta y seis minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve rechazó dicha acción, determinando lo siguiente:

III.- Sobre el fondo. El principal argumento del accionante hace referencia a que el tope de treinta anualidades que establece el artículo 5 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, quebranta el principio de igualdad en materia laboral, porque aún realizando el mismo trabajo, quienes tienen más de treinta años de laborar dejan de percibir nuevos aumentos por concepto de anualidades. Agrega que esta situación también resulta contraria al contenido del artículo 68 constitucional, porque la Administración continúa rebajando las cuotas correspondientes al ahorro obligatorio del Banco Popular y lo correspondiente al Régimen de la Caja del Seguro Social, pero cesa el aumento por concepto de anualidades. Todos los funcionarios públicos sujetos al régimen salarial que establece la legislación cuestionada resultan afectados en igual medida por la disposición sobre el tope al pago de las anualidades, por ello no es dable hablar de discriminación. El pago de anualidades no es un pago por el trabajo realizado, sino una retribución que tiene su origen en la capacitación en el trabajo. La justificación de que exista un límite legal al pago de anualidades, se relaciona con que la curva de aprendizaje también tiene un límite. No corresponde a esta jurisdicción valorar los criterios técnicos que llevaron a determinar que ese tope o límite sea de treinta años. Más que una cuestión de igualdad, el reclamo del accionante se refiere a la valoración del contenido técnico de una disposición del legislador sobre una forma de retribución económica o incentivo, el cual, según el informe técnico aportado por los representantes del Estado, corresponde al pago por aprendizaje en el puesto. Dentro de este contexto, la vía adecuada para

gestionar el rompimiento o modificación del tope de treinta años al pago de anualidades lo es a través de una reforma legislativa.-

ii. Pago de anualidades, aún si la relación de servicio entre el funcionario y el estado no hubiese sido continua

Tal y como se explicó en la sección anterior, el reconocimiento y pago de anualidades es procedente, aún cuando el servidor haya prestado funciones de manera discontinúa, interina o en propiedad.⁷⁸

iii. Del reconocimiento de anualidades a funcionarios que laboran jornadas de trabajo inferiores a las del tiempo completo:

En relación con el reconocimiento de anualidades a funcionarios que hayan laborado en jornadas de trabajo inferiores a tiempo completo, de conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 12 de la citada Ley de Salarios de la Administración Pública, así como de la reiterada jurisprudencia, tanto administrativa como la judicial, el dictamen de la Procuraduría N° C-192-98, del 10 de setiembre de 1998, ha señalado que todo funcionario público tiene derecho a que se les conceda el aumento anual de mención, desde el primer día del mes cercano al aniversario del ingreso o reingreso a la Administración Estatal, pese de que su jornada podría ser inferior a la que oficialmente existe para el resto de los funcionarios públicos, ya que en esa medida, se estaría también acumulando experiencia o antigüedad en la prestación de sus servicios con el Estado.

De ahí, la razón del contenido del numeral 8 de la recién citada ley cuando reza:

"Se entenderá que todo salario cubre el pago mensual de la respectiva jornada de trabajo. Si se conviniere en que el servidor público trabaje menos tiempo del señalado en el horario oficial, *devengará el sueldo proporcional a la jornada* que en tal caso hubiere autorizado el Ministro. Ningún servidor regular devengará un sueldo inferior al mínimo de la respectiva categoría." (Destacado no es del original)

Al respecto se estableció en el artículo 14 Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes:

De los años de servicio en la Administración Pública

Para todos los efectos legales, la Defensoría de los Habitantes, reconocerá a sus funcionarios/as los años de servicio laborados en otras instituciones del Sector Público Estatal, siempre que su jornada fuese completa. De lo contrario éstos se le reconocerán en forma proporcional a dicha jornada, con el fin de conceder los aumentos anuales que correspondan. Para ello el funcionario/a interesado deberá

⁷⁸ **Ver** Dictamen de Procuraduría General de la República N° C-054-98, del 25 marzo de 1998.

aportar los documentos que a criterio del Departamento de Recursos Humanos sean pertinentes.

El beneficio a que hace referencia este artículo se concederá el primer día del mes siguiente al aniversario.

b. Respecto al reconocimiento y pago de la carrera profesional Mediante Decreto Ejecutivo N° 4949-P, del 23 de junio de 1975, reformado por Decreto N° 5719-P, del 4 de febrero de 1976, se estipuló lo siguiente :

"Facúltase a la Dirección General de Servicio Civil, para que dentro del sistema de valoración de puestos, sea reconocido no solamente el pago por los deberes y obligaciones de los puestos ocupados por profesionales, sino también los méritos de éstos, por su grado académico, por el desempeño de una cátedra universitaria relacionado con materias atinentes a las funciones que realizan y por la experiencia tanto en labores complejas de jefatura como en labores propias de una especialización profesional. Las revaloraciones que se acuerden por este concepto serán reconocidas con el carácter de sobresueldos o sumas adicionales al salario que esté devengando el servidor dentro de la Escala de Sueldos de la Ley de Salarios de la Administración Pública".

Fundamentada en la anterior autorización, la Dirección General de Servicio Civil ha emitido distintas resoluciones (DG-078-92, DG-007-93, DG-014-94y DG038-95) que regulaban dicho incentivo salarial, al que se le denomina "carrera profesional" y del que, en principio, únicamente se beneficiaban los servidores del Poder Ejecutivo.

La denominada carrera profesional es concebida como un incentivo económico que se reconoce a los funcionarios de nivel profesional que laboran en la administración pública y empresas públicas, como un estímulo que procura la superación académica y laboral del servidor, tendiente a que éste pueda brindar un mejor servicio. Es a través de este incentivo salarial o plus salarial que, acorde con el dictamen de Procuraduría N° 54-98, se le da un valor real a la función, así como a la preparación académica, experiencia y capacitación de la persona que es objeto de contrato por parte de la Administración Pública, todo en aras de obtener un mejor servicio público que satisfaga las necesidades profesionales de la entidad estatal y evitar, en lo posible, la fuga de esos servidores calificados hacia el mercado laboral privado. El reconocimiento y pago de este incentivo, así como las demás regulaciones correspondientes a él, se encuentran en el Decreto Ejecutivo N° 24105-H, del 23 de diciembre de 1994, publicado en la Gaceta No. 62 del 28 de marzo de 1995.

Con fundamento en dicho Decreto, la Dirección General de Servicio Civil, mediante Resolución administrativa N° DG-080-96 de las ocho horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y seis, establece un cuerpo de normas para la aplicación de la Carrera Profesional, con el objeto de agilizar y hacer mas justa la aplicación y reconocimiento de dicho beneficio.

En su artículo primero, el documento anexo a la Resolución N° DG-080-96, denominado “Carrera Profesional, Normas para su aplicación, señala:

"Denomínase Carrera Profesional a uno de los procedimientos de la Administración de Recursos Humanos del Estado por medio del cual se concede un incentivo económico a los funcionarios que laboran en el Poder Ejecutivo y que posean como mínimo el título Universitario de Bachiller. Para los efectos de su aplicación y control, la Carrera Profesional constituirá un Subistema del Sistema de Administración de Recursos Humanos del Estado y por tanto, deberá concebirse estrechamente relacionada con los demás subistemas que conforman dicho Sistema. El incentivo se concederá con base en grados académicos, capacitación recibida, publicaciones especializadas, experiencia laboral de carácter profesional en el servicio público, nacional e internacional, colaboraciones prestadas como instructor en cursos promovidos por la Administración Pública, experiencia docente en centros universitarios o parauniversitarios."

Es importante agregar, conforme el Dictamen de Procuraduría N° C-054-98, del 25 marzo de 1998, con el citado Decreto, se emitió otra regulación normativa, por medio del Decreto Ejecutivo N° 24105-H, del 23 de diciembre de 1994, en el que se extendió dicho beneficio económico al resto del sector público, es decir, a las instituciones descentralizadas, empresas públicas y todas aquellas que se encuentren cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria.

Respecto de este tema, el artículo 2 del documento señala que como objetivos basicos de la Carrera Profesional:

- a) Reconocer por medio de un estímulo económico la superación académica y laboral de los profesionales al servicio de la Administración Pública.
- b) Coadyuvar en el reclutamiento y retención de los profesionales mejor calificados en cada área de actividad, para un adecuado desempeño de la función pública
- c) Incrementar la productividad de los profesionales

i. Procendencia del pago por concepto de Carrera Profesional

Para efectos de pago por concepto de Carrera Profesional, el decreto estableció el sistema de puntaje, el que se computará, en primer lugar, por el grado académico que ostente el servidor beneficiado con la aplicación de dicho plus salarial, avalándose desde el Bachillerato Universitario hasta el Doctorado.

Los requisitos para acogerse al pago del beneficio son los siguientes:

- a) Ocupar un puesto con una jornada no inferior al medio tiempo .
- b) Desempeñar un puesto que exija el grado académico de bachiller universitario, como mínimo.
- c) Poseer al menos el grado académico de Bachiller en una carrera universitaria que lo faculte para el desempeño del puesto; o bien un grado superior con base en el Bachillerato Universitario.

Así, para el ingreso a la carrera profesional, el numeral 3 de dicho instrumento normativo dispone lo siguiente:

"Para ingresar a la carrera profesional se requiere:

- a) Ocupar un puesto con una jornada no inferior a medio tiempo.
- b) Desempeñar un puesto que exija como mínimo el grado académico de bachillerato.
- c) Poseer al menos el grado académico de bachillerato, en unacarrera universitaria que faculte para el desempeño del puesto.
- d) Que estén incorporados al respectivo colegio profesional cuando exista esta entidad en el área correspondiente."

De tal manera, el funcionario que reúna las condiciones para la obtención del referido beneficio, deberá proceder a hacer la respectiva solicitud por escrito ante la Comisión Institucional prevista en el citado reglamento (artículo 31); ello por cuanto el artículo 7 establece que esa Comisión "no hará estudios de oficio", excepto en la ponderación del factor experiencia.

En este conjunto normativo, según se señala en el dictamen de Procuraduría N° C-203-98, del 30 de setiembre de 1998, se establecen, además, una serie de factores objeto de incentivo para la referida carrera, entre los cuales, en lo que interesa, se encuentra el de la "experiencia profesional en las instituciones del Estado", la cual, según lo establece el numeral 18 del supracitado reglamento, se reconocerá siempre que:

"(...)

- a) Haya sido obtenida en propiedad o en forma interina en un puesto de nivel profesional para cuyo desempeño se exija al menos el grado de bachillerato universitario y el servidor posea también dicho grado académico.
- b) Sea referida a años cumplidos respecto a la fecha de ingreso a un puesto profesional en el que se cumplan las condiciones especificadas en el artículo 3 de este reglamento.
- c) Haya sido calificada con nota no inferior a muy bueno (...)"

Así mismo, el artículo 26 dispone:

"Artículo 26.- No se considerará la calificación de servicios para efectos de acogerse al incentivo de carrera profesional. No obstante, para cualquier ajuste posterior, el funcionario de nivel profesional deberá haber obtenido una calificación de servicios no inferior a "muy bueno" durante el período anterior al momento de presentación de la solicitud del ajuste.

Aquellos puestos que por su naturaleza no sean susceptibles de calificación a juicio del máximo jerarca y declarados por resolución, estarán exentos de este requisito."

En concordancia con el anterior numeral, el artículo 28 establece:

"La obtención de una calificación inferior a Muy Bueno será motivo para no otorgar el ajuste que se solicita. El año de experiencia respectivo, no será tomado en cuenta por lo tanto en estudios posteriores".

Como puede verse, el Decreto Ejecutivo N° 24105-H establece claramente que para poder optar por el reconocimiento del factor "experiencia profesional", salvo los casos de excepción, deberá contarse con una calificación de servicios no inferior a "muy bueno" durante el período anterior a la solicitud. Indudablemente tal calificación constituye un requisito imprescindible para la obtención de dicho ajuste en lo que atañe al factor "experiencia profesional".

Por su parte, el artículo 30 del citado reglamento dispone lo siguiente:

"Artículo 30.- Para ser tomada en cuenta la calificación de servicios de los funcionarios de nivel profesional, deberá estar registrada en el departamento de personal de la institución, antes del 30 de agosto de cada año. Si no estuviera registrada la calificación de servicios en el departamento precitado, se considerará como "satisfactoria". Se exceptúan los casos de fuerza mayor debidamente justificados ante dicho departamento."

Evidentemente, dicha norma establece una condición para que la calificación de servicios del Capítulo VI, del supracitado reglamento, sea válida y eficaz y por ende, pueda ser tomada en cuenta a los efectos del incognito dicho.

Tal condición, según lo dispone la referida norma, consiste en que la calificación debe estar registrada en el departamento de personal de la institución, antes del 30 de agosto de cada año. De no ser así, la misma normativa prevé una calificación sustitutiva de "satisfactoria", con excepción de aquellos casos de fuerza mayor debidamente justificados ante el departamento de personal.

Así las cosas, queda claro que en aquellos casos en que la calificación de servicios sea de "satisfactoria", en los términos del referido artículo 30, resulta imposible el reconocimiento y ajuste del factor "experiencia profesional", dado su grado inferior al "Muy Bueno" que exige el decreto normativo para el reconocimiento del referido factor. Lo anterior es así, en razón del principio de legalidad a que está sometida la Administración Pública (doctrina de los artículos 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública)

Propiamente en relación con la Defensoría de los Habitantes, se encuentra pendiente de aprobación de un Estatuto de Carrera Profesional, que si bien recoge lo antes señalado por el Decreto Ejecutivo N° 24105-H, del 23 de diciembre de 1994 y la Resolución N° DG-080-96, tiene como particularidad que desaparece la Comisión de Carrera Profesional, encargando del proceso de reconocimiento de carrera profesional al Departamento de Recursos Humanos y limitando la participación de la Comisión a un ámbito consultivo, por lo que la integran miembros de Recursos Humanos, la Dirección de Asuntos Jurídicos y el Despacho.

c. Pago de prohibición

El pago de la prohibición responde a la imposibilidad e incompatibilidad que tienen los servidores públicos para desempeñarse en actividades particulares que puedan comprometer los deberes de imparcialidad, lealtad, objetividad e independencia de la función estatal. Responsabilidad funcional, que a no dudarlo, proviene de los artículos 11 de la Carta Política y su similar de la Ley General de la Administración Pública, por virtud de los cuales, todo funcionario público, una vez sometido al régimen jurídico que le rige, se encuentra obligado a cumplir cada uno de los deberes que el puesto o cargo le demande. Dicho reconocimiento únicamente puede ser otorgado

por norma de rango legal, acorde con el tantas veces citado principio de legalidad que debe regir la administración pública.

En esos términos lo ha expresado, reiteradamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al argumentar:

"La incompatibilidad es la imposibilidad de desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones. El fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades, es la necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir tiende a evitar la colisión de intereses - interés público e interés privado"⁷⁹

Conforme lo expone el dictamen de la Procuraduría General de la República N° 074-96, si bien dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país existía desde hace muchos años en diversas normativas prohibición para el ejercicio profesional de algunos grupos de servidores, no fue sino hasta que se emitió la Ley N° 5867 de 15 de diciembre de 1975, que se acordó una compensación económica por esa prohibición. En esa oportunidad se otorgó al personal de la Administración Tributaria, por la prohibición contenida en el artículo 113 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, una compensación porcentual sobre el salario base, que variaba de acuerdo con el nivel académico de cada servidor. Además, el artículo 5° de esa misma ley, dispuso que los beneficios establecidos en los incisos a) y b) de su artículo 1°, les serían aplicables a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo a que se refería el artículo 141 (en la actualidad el 244) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de la Facultad de Derecho.

Luego, la Ley N° 6008 de 9 de diciembre de 1976 reformó (adicionó) el artículo 5° de la citada Ley N° 5867, en el sentido de que los funcionarios del Poder Ejecutivo, aludidos en el párrafo anterior, recibirían el beneficio cuando "estén cumpliendo tales funciones". Además, con esta reforma se incluyó, dentro de los beneficiarios de la compensación, a los licenciados o egresados

⁷⁹ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Resolución N° 3932-95 de las 15 horas 33 minutos del 18 de julio de 1995. Véase además los votos N° 3502-94 de las 15:28 horas del 12 de julio de 1994, N° 642-94 de las 14:06 horas del 20 de diciembre de 1994 y N° 649-93 de las 14:45 horas del 9 de febrero de 1993, entre otros.

en Derecho, al servicio del Tribunal Supremo de Elecciones, Registro Civil y Contraloría General de la República.

Posteriormente, la Ley N° 6222 de 21 de abril de 1978, modificó el artículo 1° de la citada Ley N° 6008, con la finalidad de reconocer también a los funcionarios del Poder Judicial, los beneficios de la compensación económica. Luego se emitieron una serie de leyes mediante las cuales se otorgó la compensación, entre otros, al Tesorero Nacional, al Contador Nacional, al Proveedor Nacional, al Personal Técnico de la Auditoría General de Bancos, a los administradores de aduanas y, en general, a casi todos los funcionarios que tuvieran, en razón de sus cargos, una prohibición específica para el ejercicio de su profesión.

En la actualidad el artículo 5° de la Ley N° 5867 dispone textualmente:

" Los beneficios que establecen los incisos a) y b) del artículo 1° de esta ley son aplicables a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo a que se refiere el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de la Facultad de Derecho que estén cumpliendo tales funciones.
Estos beneficios se aplicarán, igualmente a los funcionarios que a nivel de licenciatura o de egresados, laboren para el Tribunal Supremo de Elecciones, Registro del Estado Civil y Contraloría General de la República.
Tal compensación se hará sobre el salario base que corresponda a cada institución."

Por su parte, el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (N° 8 de 29 de noviembre de 1937), que vino a sustituir el artículo 141 a que hace referencia la norma recién transcrita, según reforma integral realizada a dicha Ley mediante la N° 7333 de 5 de mayo de 1993, dispone en lo conducente:

"Aunque sean abogados, no podrán ejercer la profesión los servidores propietarios de los Poderes Ejecutivo y Judicial, del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República y de las municipalidades, salvo en sus propios negocios y en los de sus cónyuges, ascendientes o descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados... ".

Específicamente, para los funcionarios de la Defensoría de los Habitantes y con motivo del tantas veces citado dictamen N° C-202-96, mediante Ley N° 7741 de 19 de diciembre de 1997, publicada en la Gaceta número 12 de 19 de enero de 1998, se modifica el artículo 9 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes, al que se adiciona el siguiente párrafo:

Artículo 9.- Incompatibilidades y prohibiciones (*)

[....]

La prohibición del inciso 4) de este artículo se extiende solamente a los servidores profesionales que ocupen plazas de profesional en la Defensoría de los Habitantes. A estos funcionarios se les compensará económicamente, de manera porcentual sobre su salario base. Los porcentajes que se pagarán para compensar la prohibición son: un sesenta y cinco por ciento (65%) para los licenciados, un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados universitarios y un treinta por ciento (30%) para los bachilleres universitarios.

La violación de las incompatibilidades y prohibiciones anteriores por parte de los servidores mencionados en este artículo, constituirá un falta grave del servidor y dará lugar a su destitución por justa causa.

Capítulo V

Deberes de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes

A. Deberes genéricos para todos los funcionarios/as

Existen una serie de deberes genéricos para todos los funcionarios públicos que derivan de la propia Constitución Política, la Ley General de la Administración Pública y el Estatuto del Servicio Civil,⁸⁰ otros son particulares o característicos de la respectiva función pública que se desempeña.

1. Deber de Fidelidad a la Constitución y a las Leyes

Sanchez Morón,⁸¹ establece que el deber de fidelidad implica, la obligación del funcionario de abstenerse de cualquier actuación que ponga en peligro los valores y principios democráticos, sobre los que la Constitución se sustenta e implica también la obligación de adecuar a dichos valores, los principios de su actuación profesional en el ámbito de sus funciones. De alguna manera, señala el autor, se puede entender también, como manifestación de este deber, la obligación de los funcionarios de respetar el ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos y en su caso, de adoptar las conductas activas necesarias para defender estos derechos.

En el caso de Costa Rica, el deber de fidelidad a la Constitución se encuentra de modo expreso en la Constitución Política. El artículo 11, recientemente modificado, incluye no solo, la referencia al procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas de los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus deberes, sino que señala:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas." (*Así reformado por Ley N° 8003 del 8 de junio del 2000*)

⁸⁰ Extraído del libro “Curso. Derecho Estatutario de la Función Pública”. Elaborado con la colaboración del Ministerio de la Presidencia, Dirección de Servicio Civil y la Asociación Nacional de Educadores. Tomo I. Abril, 1999. Pp. 70 y S.s.

⁸¹ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op. Cit.* Pag. 240

En el caso de los funcionarios/as de la Defensoría de los Habitantes, su deber de fidelidad a la Constitución y a las leyes, está doblemente señalado, pues tal y como se indicó en el capítulo primero, corresponde a la Defensoría de los Habitantes velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. De tal modo, que la misión que encomienda el legislador a la Defensoría de los Habitantes, exige no sólo defender la Constitución, sino también los tratados y principios, a los que hacía referencia Sanchez Morón.

2. Deber obediencia

El autor Marienhoff⁸² lo define como “la obligación del agente público de cumplir con las órdenes de sus superiores. Fernández Pérez⁸³, señala que es “el deber en que se encunetra el funcionario público subalterno de actuar y cumplir órdenes a él impartidas por su legítimo superior jerárquico dadas con motivo del servicio y en forma legal”. El deber de obediencia, puede, de conformidad con lo que señala Sanchez Morón⁸⁴, resumirse en el deber de adecuación al ordenamiento jurídico.

En la Ley General de la Administración Pública, el deber de obediencia se extrae del desarrollo del principio de respeto a la jerarquía, el cual contempla no sólo el deber de obediencia, sino que además se establecen las respectivas atribuciones de mando, de vigilancia, de disciplina, de delegación, de dirimir conflictos de competencia de sus subalternos, de impartir órdenes, instrucciones y circulares y es que, tal y como indica el artículo 105 de la ley de cita, la potestad de ordenar y dirigir la conducta del inferior mediante órdenes, instrucciones o circulares será necesaria y suficiente para la existencia de la relación jerárquica, salvo limitaciones expresas del ordenamiento.

En este sentido, el artículo 102 otorga entre sus potestades al superior jerárquico:

- a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;

⁸² **Citado por** el libro “Curso. Derecho Estaturario de la Función Pública” Pag 71.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op. Cit.* Pags. 242-243

- b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;
- c) Ejercer la potestad disciplinaria;
- d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;
- e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y
- f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

En relación propiamente con debe de obediencia, el artículo 107, señala la Ley General de la Administración Pública, de modo expreso, que “todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior ...”, exepuando de este deber al servidor cuando se presente cualquiera de las circunstancias que indican en el artículo 107 inciso 2) y el artículo 108, circunstancias bajo las cuales producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativa como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber:

- El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato.
- Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y
- Que el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

Finalmente, el artículo 39 del Estatuto de Serivicio Civil, establece como deberes de los servidores públicos:

- a) Acatar esta ley y sus reglamentos y cumplir las obligaciones inherentes a sus cargos.

Con fundamento en lo anterior, es evidente que el desarrollo del deber de obediencia, conlleva, a una breve reflexión del principio de legalidad, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública. Dicho principio, tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional,⁸⁵ ordena que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el

⁸⁵ Ver *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, Resolución N° 7730-00

sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico, sea en última instancia, a lo que se conoce como principio de el "principio de juridicidad de la administración."⁸⁶

En este sentido la Sala ha dicho que existe un derecho general a la legalidad:

Aunque el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad -y, desde luego, por encima de todo, a la legalidad y legitimidad constitucionales- parecen referirse más a problemas de fondo que procesales, tienen sin embargo, repercusiones importantes en el debido proceso, aun en su sentido estrictamente procesal.

En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa ...“

3. Deber de servicio satisfaciendo el interés público.

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, prevaleciendo sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. En cumplimiento de lo anterior, el servidor/a será igualmente responsable con la administración de velar por el cumplimiento de los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.

4. Deber de discreción

Consagrado en el artículo 39 del Estatuto de Servicio, establece el deber de los funcionarios/as de 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. La violación de este deber produce sanciones tanto administrativas como penales, al tenor del artículo 37 del Código Penal.

⁸⁶ Ver *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, Resolución N° 897-98

Según lo establece el autor Blanco Odio⁸⁷, el deber de discreción incluye, además del secreto profesional, contemplado en normativas específicas de cada profesión, como por ejemplo los expedientes clínicos, las pruebas de evaluación y otros, cuyo incumplimiento malicioso para obtener beneficios, está tipificado en el artículo 345 del Código Penal.

En relación con los servidores de las Defensoría de los Habitantes, el artículo 43 del Estatuto Autónomo de Servicio, establece como una obligación de sus servidores/as el “guardar absoluta discreción y confidencialidad sobre los asuntos relacionados con su trabajo, sin perjuicio de la obligación de denunciar a través de la institución, o directamente, los hechos incorrectos o delictivos que lleguen a su conocimiento”.

5. Deber de denunciar delitos

Luego de establecer el artículo 39 del Estatuto de Servicio Civil el deber de discreción, señala, que sin perjuicio éste, los funcionarios/as públicos están en la obligación de denunciar cualquier hecho delictuoso conforme al artículo 281 inciso a), del Código de Procedimientos Penales.

El autor Marienhoff⁸⁸ indica que esta obligación de denunciar que la ley le impone a los funcionarios públicos y empleados públicos, tiende por un lado, a evitar que personas que actúan al margen de la legalidad sigan perteneciendo a la administración pública, y por otra parte, que la administración adopte medidas necesarias para impedir que los intereses públicos sigan siendo dañados por acciones delictuosas.

En la normativa interna, el Estatuto Autónomo de la Institución establece en su artículo 43 inciso h) la obligación de denunciar ante la instancia correspondiente, sin demora, cualquier irregularidad institucional de la que tuviera conocimiento, para la correcta marcha de la Defensoría y de las atribuciones de ésta.

6. Deber de integridad, dignidad y la calidad de servicio en el ejercicio de la función pública

Se desprenden igualmente del artículo 39 del Estatuto del Servicio Civil, tres deberes de los servidores/as públicos. El primero de ellos, se encuentra referido a la integridad, que consiste en rehusar dádivas, obsequios o recompensas que se les ofrezcan como retribución por actos inherentes a su cargo. Sobre este punto, el Magistrado de la Sala Segunda, Dr. Bernardo Van der

⁸⁷ BLANCO ODIO (Alfredo) Deberes y Responsabilidades de los Servidores Públicos. Patronato Nacional de la Infancia., 1999. Pag 52

⁸⁸ Citado por el libro “Curso. Derecho Estaturario de la Función Pública”, Pag 74.

Laat Echeverría, señalo en resolución N° 00123-98 del seis de mayo de mil novecientos noventa y ocho:

En consecuencia, no es extraño que una persona que desconoce el funcionamiento de un despacho judicial, se sienta comprometida a brindar ayuda económica a un empleado del mismo, porque de esta forma cree que recibiera una mejor atención o, aún una resolución favorable cuando acuda a esa oficina para cualquier diligencia. Es una situación normal y -hasta si se quiere-, cotidiana, el que una persona le solicite un préstamo de dinero a otra, no obstante cuando ese préstamo se lo pide una empleada judicial a alguien que se presenta al despacho únicamente para que se le brinde un servicio **-independientemente de que esa ayuda económica se solicite en la misma oficina judicial o fuera de ella-**, esa conducta normal se torna del todo cuestionable, puesto que se está valiendo de su puesto para obtener un eventual beneficio económico que, en otras circunstancias, quizás no hubiera obtenido y, lo que es peor afecta la imagen que de la institución puede tener el usuario, dado que llega a pensarse que la única forma de obtener un buen servicio es otorgándole favores a los funcionarios, por lo que constituye una falta grave a la relación laboral que vinculaba a la actora con el Poder Judicial. (Destacado no es del original)

Unido estrechamente al anterior, se señala el deber del funcionario/a público observar dignidad en el desempeño de sus cargos y en su vida social. Claramente se establece que el deber de dignidad se extiende al actuar del funcionario/a a su vida privada o social y es que, tal y como se indicó en la resolución N° 123-98, lo que está en juego es la imagen que de la institución pública en la que se presta el servicio.

Sobre este tema, el Magistrado van der Laat Echeverría cita al profesor Barreiro González, el cual señala:

"...la medida general de la diligencia del trabajador y de la trabajadora depende del contenido obligacional del contrato de trabajo, que puede de esta manera proyectar sobre su esfera la exigencia de una diligencia distinta a su comportamiento privado, siendo superior o inferior a la norma general, adquiriendo así la diligencia extralaboral un carácter más directo o conexo con sus deberes laborales, aunque de hecho su conducta tenga lugar en el campo privado. De esta forma, la especialidad de la situación o circunstancias en las que se puede encontrar el trabajador con motivo de las obligaciones asumidas en su relación laboral, actúa como un corrector del principio general de no considerar como negligentes los impedimentos que, eventual u ocasionalmente, puedan derivarse del comportamiento que de manera normal es observado por una persona de acuerdo con el desarrollo de la vida en comunidad. Esto puede determinar el que una conducta que, en principio no es de valorar como negligente, lo sea en atención a las obligaciones asumidas en la relación laboral, en atención a su personal posición frente a esa relación. Estas obligaciones pueden ser determinadas contractualmente, sin embargo, nada impide que surjan de una interpretación razonablemente amplia del puesto o de la función que se desempeña, en este sentido, resulta de ejemplos la conducta del cajero de un banco que participa en juegos de azar, así como el trabajador que ante una

importante función encomendada con carácter especial por la empresa se embriaga, encontrándose al día siguiente con sus facultades disminuidas para la realización del encargo encomendado..."⁸⁹

En relación con la calidad en el servicio, corresponde al funcionario/a público guardar al público, en sus relaciones 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.

Sobre este aspecto, la Defensoría de los Habitantes, ha mantenido un especial interés, al considerar el trato ciudadano como un derecho fundamental, sobre el que se debe prestar particular interés, en la relación entre el/la habitante y el servidor/a público. Bajo esta perspectiva, el Estatuto Autónomo de Servicio establece obligaciones a sus servidores/as, de los que se espera una adecuada conducta dentro y fuera de la institución. En este sentido, el artículo 43 del Estatuto Autónomo de Servicio señala como obligaciones:

- a.- Cumplir la jornada de trabajo que este Estatuto establece.
- c.- Ejecutar su trabajo con capacidad, dedicación y diligencia para el mejor desempeño de sus funciones y utilizando las técnicas y procedimientos correspondientes.
- d.- Atender con diligencia, afán de servicio, corrección y cortesía a sus Jefas/as, colaboradores, compañeros de trabajo y personas usuarias
- e.- Atender público cuando las necesidades de la institución así lo requieran.
- g.- Mantener la disciplina y buenas costumbres dentro y fuera del lugar de trabajo, durante la jornada laboral, con el fin de no afectar la imagen de la Institución y no comprometerla con actuaciones inadecuadas.

7. Deber de denunciar al querellante

Derivado de lo anterior y con el objeto de proteger el buen nombre del funcionario/a y en razón de la imagen institucional, el artículo 50 inciso f) del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil impone la obligación de "promover la acciones judiciales que corresponda cuando fueren objeto de imputaciones delictuosas"

8. Deber de imparcialidad

Para Sanchez Morón⁹⁰, se trata de garantizar la independencia e imparcialidad del empleo público, en este sentido, señala el autor, la imparcialidad del funcionario es uno de los dos

⁸⁹ BARREIRO GONZALEZ (German). "La Diligencia en la Relación Jurídica de Trabajo" citado en resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 00123-98 del seis de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

⁹⁰ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op. Cit.* Pags. 241-242

principios que deben regir las relaciones entre el gobierno y la administración. Ello se conecta con el principio de libertad ideológica, de expresión y de actuación política. Sobre este aspecto se hará especial referencia, al tratar el tema de prohibiciones e incompatibilidades.

9. Deber de Declarar los Haberes

Con la finalidad de prevenir y sancionar el enriquecimiento ilícito de los servidores/as públicos y con el propósito de garantizar el ejercicio honrado y decoroso de la función pública, la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, dispone que la Contraloría General de la República estableciera un registro de declaraciones juradas de bienes, en el cual, consta la declaración jurada de los bienes, renta y derechos de los funcionarios/as y empleados/as que la Constitución Política, las leyes y el ente contralor, determinan como obligados a ello, conforme lo dispone el reglamento emitido mediante Decreto Ejecutivo N° 24885 de 4 de diciembre de 1995, publicado en "La Gaceta" N° 23 del 1° de febrero de 1996.

En el caso particular de la Institución, el artículo 44 inciso j) contempla dentro de las obligaciones de los Directores/as y Jefas/as de departamento “presentar anualmente la declaración jurada ante la Contraloría General de la República, de conformidad con la Ley de Enriquecimiento Ilícito”.

10. Deber de asistir y aprovechar la capacitación

El funcionario/a público que se vea beneficiado con una ayuda económica o cualquier otra facilidad de adiestramiento, dentro de una modalidad relacionada con la naturaleza del cargo que desempeña, suscribirá un contrato de adiestramiento, en el cual se compromete a garantizar el mejor aprovechamiento de la beca o facilidad, a seguir prestando sus servicios al Estado por un período proporcional al otorgado por el Estado, así como a impartir los conocimientos adquiridos a otros servidores públicos, según se requiera, todo de conformidad con lo que establece la Ley de Licencias para Adiestramientos de Servidores Públicos, N° 3009.

En materia de capacitación, el artículo 43 inciso j), del Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría, establece la obligación de los servidores/as de “asistir a las conferencias, reuniones y eventos de capacitación a que fueren convocados dentro de la jornada laboral, siempre que no exista causa justa que se lo impida. Asimismo, deberá entregar en el Departamento de Archivo y Correspondencia el material original que le entreguen en dichas actividades”.

11. Deber de actualizar su expediente personal

Acorde con lo que establece el artículo 58 del Estatuto de Servicio Civil, es responsabilidad exclusiva del servidor aportar los documentos y atestados que permitan la actualización del expediente personal que lleva la respectiva oficina de recursos humanos, el cual sirve de base para distintos trámites, como el otorgamiento de puntaje por carrera profesional, anualidades, etc.

Este deber se encuentra consagrado en el inciso q) del artículo 43 del Estatuto Autónomo de Servicio en el cual, se establece como obligación de los servidores/as de la Defensoría “aportar al Departamento de Recursos Humanos la información personal que sea requerida y notificar a éste departamento cualquier variación de la misma”.

12. Deberes funcionales

Como el de cualquier otro trabajador, Sanchez Morón⁹¹ recuerda la obligación de todo servidor público de cumplir, de manera exacta y puntual, la funciones de su cargo. Aún haciendo una mezcla entre obligaciones y prohibiciones, el Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de señala como deberes funcionales los siguientes

Artículo 43, son obligaciones de los servidores/as de la Defensoría de los Habitantes las siguientes:

- a.- Cumplir la jornada de trabajo que este Estatuto establece.
- c.- Ejecutar su trabajo con capacidad, dedicación y diligencia para el mejor desempeño de sus funciones y utilizando las técnicas y procedimientos correspondientes.
- d.- Atender con diligencia, afán de servicio, corrección y cortesía a sus Jefas (as), colaboradores, compañeros de trabajo y personas usuarias
- e.- Atender público cuando las necesidades de la institución así lo requieran.
- g.- Mantener la disciplina y buenas costumbres dentro y fuera del lugar de trabajo, durante la jornada laboral, con el fin de no afectar la imagen de la Institución y no comprometerla con actuaciones inadecuadas.
- k.- Solicitar autorización al Jefe/a o Director/a antes de salir del centro de trabajo para atender cualquier asunto oficial o personal y reportar el lugar en que se encontrará.

⁹¹ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op. Cit.* Pags. 244.

l.- Informar al Jefe/a o Director/a lo antes posible, verbalmente o por escrito, la causa que le impide asistir a su trabajo. Por ningún motivo, salvo fuerza mayor o caso fortuito, deberá esperar hasta el segundo día de ausencia para hacerlo. Dicho aviso por sí sólo no justifica la ausencia, pues el servidor/a deberá comprobar ante su superior jerárquico la justa causa de la misma dentro de las veinticuatro horas siguientes a la reanudación de labores.

m.- Acatar las medidas que tiendan a prevenir el acaecimiento de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

n.- Asistir a laborar con una adecuada presentación personal.

o.- Llevar consigo el carné de identificación en todo momento e identificarse con los habitantes que utilizan los servicios de la institución.

p.- Prestar temporalmente sus servicios fuera de la sede de la Defensoría cuando las funciones de la institución así lo exigieren.

Artículo 45, en el ejercicio de sus competencias y las demás disposiciones conexas, está prohibido a los servidores/as de la Defensoría

a.- Distraer tiempo de sus horas de trabajo para dedicarse a asuntos de cualquier naturaleza ajenos a la institución.

c.- Ocupar útiles, papelería, máquinas, teléfonos y equipos de oficina o cualquier otra herramienta de trabajo en beneficio propio o de terceros. Salvo lo dispuesto en el Estatuto para la Adjudicación de Becas y Subsidios para Estudios y Capacitación de Servidores/as.

d.- Sacar de la oficina documentos y equipo, aún para dar cumplimiento a labores de la oficina, sin permiso de su superior. Toda salida de activos deberá hacerse mediante el procedimiento establecido por el Departamento de Proveeduría y Servicios Generales.

g.- Asistir al trabajo en estado de embriaguez u otra condición análoga.

h.- Hacer colectas, rifas, ventas, cobros y actividades similares dentro de las instalaciones de la Defensoría, salvo los casos autorizados.

j.- Extralimitarse en las funciones o deberes encomendados o tomarse atribuciones que no le corresponden.

k.- Realizar actos contrarios a la ley, a la moral y a las buenas costumbres.

n.- La exhibición de material pornográfico en cualquier lugar de la institución

o.- Utilizar el equipo de cómputo y los servicios de comunicación de la institución para acceder, observar o reproducir material pornográfico.

B. Régimen de Prohibiciones.

Quienes realizan su actividad profesional al servicio de la Administración, no sólo tienen el deber de cumplir fiel y puntualmente sus funciones, respetando la jornada y el horario establecido, además no pueden ejercer otra actividad profesional o lucrativa, ya sea en el sector privado o público, más que en los casos y con las condiciones previstas por ley, como se verá más adelante.

Estas limitaciones, tradicionales en el régimen de la función pública, se conoce con el nombre de incompatibilidades y su justificación se encuentra en el principio de imparcialidad y tiende a evitar la colusión de intereses entre las actividades públicas y privadas del empleo público.

En términos generales, en el régimen de incompatibilidades de los funcionarios/as públicos se encuentran fundamentalmente la incompatibilidad en el ejercicio de actividades económicas, funcionales y políticas.

1. En el ámbito de la actividad político - partidista

El artículo 40 inciso a) del Estatuto de Servicio Civil, señala que le está prohibido a los servidores públicos ejercer actividad política partidista en el desempeño de sus funciones, así como violar las normas de neutralidad que establece el Código Electoral, durante los procesos electorales.

En este sentido, el artículo 88 del Código Electoral es la norma de rango legal que prohíbe en forma general a los empleados/as y funcionarios/as públicos, dedicarse a trabajos o discusiones de carácter político electoral, durante las horas laborales y usar su cargo para beneficiar a un partido político.

De forma especial, el artículo 88 señala que 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.

A efectos del presente trabajo, se debe tener presente que tanto el Defensor/a de los Habitantes, como el Defensor/a Adjunto se encuentra bajo la prohibición que de forma especial hace el artículo 88 para un grupo de servidores públicos, lo que tendrá su repercusión en el ámbito de la Defensoría de los Habitantes, al encontrarse sometidos todos los funcionarios/as a las mismas prohibiciones a que se encuentra sujeto el Defensor/a de los Habitantes, acorde con lo que establece el artículo 24 del Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes. Con

fundamento en lo anterior, el Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría, establece en su artículo 45, la prohibición de participar en actividades político-partidistas.

2. En el ámbito Económico

En relación con el ámbito económico, la Ley de la Contratación Administrativa, propiamente en lo referido a la contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esa ley, se encuentran inhibidas de participar como oferentes, en forma directa o indirecta y las personas jurídicas en cuyo capital social participe, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros y los Viceministros, los Diputados a la Asamblea Legislativa, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Procurador General y el Procurador General Adjunto de la República, *el Defensor de los Habitantes y el Defensor Adjunto*, el Tesorero y el Subtesorero Nacionales, y el Proveedor y el Subproveedor Nacionales.

A los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes tanto de las instituciones descentralizadas como de las empresas públicas y los funcionarios públicos con injerencia o poder de decisión, se les prohíbe participar en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa, aunque la prohibición se concreta a la propia entidad en que sirven.

Guarda cuidado la Ley de Contratación Administrativa, de extender las prohibiciones a los parientes, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, de los funcionarios cubiertos por la prohibición; a las personas jurídicas en las cuales los parientes indicados en el inciso anterior sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.

Corresponde en todo caso a la Contraloría General de la República, mediante resolución razonada y previa solicitud del interesado, determinar en caso de duda, la existencia de injerencia de un funcionario específico en un negocio determinado.

3. En el ámbito funcional

Para el caso concreto de las incompatibilidades en el ámbito funcional, tres normas de rango legal son las que establecen la prohibición de los Servidores/as Públicos de ejercer profesiones liberales o cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas, salvo cuando esta representación sea otorgada por ley. Por interpretación de la Sala

Constitucional, en resolución N° 1749-01 del 17 de marzo de 2001, la incompatibilidad de ejercer cargos de administración, dirección o representación en empresas privadas o públicas, únicamente se refiere a actividades empresariales.

En este sentido se refieren la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, la Ley de Salarios y la Ley de Prohibición N° 5867.

La ley sobre Enriquecimiento ilícito de los Servidores Públicos, en su artículo 23, hace especial referencia a los funcionarios/as y empleados/as de los poderes del Estado y de las instituciones autónomas, de las universidades y de las municipalidades, que devenguen porcentajes de su salario o sumas de otra índole como indemnización por el no ejercicio particular o privado de su profesión, a los que señala, no tendrán derecho a percibir honorarios por los servicios profesionales que brinden en el ejercicio de sus funciones.

Prohibición que tal y como se establece en la Ley de Salarios de la Administración Pública, en su artículo 15, se extiende a la imposibilidad de los servidores públicos de devengar dos o más sueldos dentro de la misma Administración Pública, salvo que corresponda por puestos distintos, que no exista superposición horaria y que entre todos, no sobrepasen la jornada ordinaria.

En el caso particular de la Institución, tal y como se indicó capítulos atrás, mediante ley N° 7741, del 19 de diciembre de 1997, se modifica el artículo 9 de la Ley N° 7319, incluyendo de modo expreso el derechos de los funcionarios profesionales de recibir una compensación económica por concepto de prohibición, de la cual se deriva la imposibilidad de los servidores/as, acorde con el artículo 45 incisos a), b) e), f), i) del Estatuto Autonomo de Servicio de la Defensoría de:

a.-Distraer tiempo de sus horas de trabajo para dedicarse a asuntos de cualquier naturaleza ajenos a la institución.

b.-Devengar dos o más sueldos a cargo de la Administración Pública, salvo la docencia o investigación universitaria, siempre que no exista superposición de horario.

e.- Recibir gratificaciones y beneficios producto de sus servicios o que emanen de su intervención como servidor público.

f.- Ocuparse de negocios o actividades incompatibles con su condición de servidor (a) de la Defensoría.

i.- Recibir honorarios por su participación en eventos académicos nacionales o internacionales a los que haya sido invitado en calidad de servidor (a) de esta institución. En caso de ser percibir retribuciones de esta índole, deberá donarlos a alguna organización de bien común, con comunicación al Defensor (a) de los Habitantes.

C. Régimen de incompatibilidad de la Ley de la Defensoría de los Habitantes

Ley de la Defensoría de los Habitantes N° 7319, en su artículo 9, desarrolla el capítulo de las Incompatibilidades y prohibiciones aplicables al Defensor/a de los Habitantes de la República. En este sentido de forma expresa y tajante, la ley señala:

1.- El cargo de Defensor de los Habitantes de la República es incompatible con cualquier otro cargo, público o privado, que no sea docencia o la investigación universitarias.

Tómese en cuenta que el artículo de la ley no permite ningún tipo de interpretación en cuanto a la aplicación del mismo, ya que señala expresamente la incompatibilidad del cargo de Defensor/a con cualquier otro cargo, señalando únicamente como excepción la investigación y la docencia, obligando al Defensor/a de los Habitantes a renunciar a todo cargo incompatible con su función, dentro del término de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de su juramentación.

De conformidad con lo expuesto capítulos atrás, en el caso específico de la Prohibición, la ley N° 7319 establece en el mismo artículo 9, que el Defensor/a de los Habitantes de la República no podrá ejercer profesiones liberales fuera del cargo, salvo en asuntos estrictamente personales, los de su cónyuge, hermanos, ascendientes y descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, excepto que haya impedimento por la existencia de un interés directo o indirecto de la propia Defensoría de los Habitantes de la República.

La prohibición del inciso 4) de este artículo se extiende solamente a los servidores profesionales que ocupen plazas de profesional en la Defensoría de los Habitantes. A estos funcionarios se les compensará económicamente, de manera porcentual sobre su salario base. Los porcentajes que se pagarán para compensar la prohibición son: un sesenta y cinco por ciento (65%) para los licenciados, un cuarenta y cinco por ciento (45%) para los egresados universitarios y un treinta por ciento (30%) para los bachilleres universitarios.

1. De las incompatibilidades en el Reglamento de la Defensoría de los Habitantes N° 22266-J

El Reglamento a la Ley de la Defensoría de los Habitantes, desarrolla en su artículo 19 el capítulo de las Incompatibilidades, indicando al efecto:

Los cargos de Defensor de los Habitantes de la República y de Defensor Adjunto son incompatibles con el ejercicio de cualquier otro cargo público o privado que impida la dedicación exclusiva a la función. **Se exceptúan** de esta prohibición aquellas actividades que resulten de obligaciones familiares o personales no lucrativas, los cargos que deban ejercerse en el cumplimiento de las funciones y atribuciones de la institución, y la docencia e investigación universitarias.(el destacado no es del original)

Tal y como se observa, el desarrollo sobre las incompatibilidades en el reglamento, va mas allá de la ley, al establecer mas casos de excepción, que las que se establecen en el propio artículo 9 de la ley, la que únicamente exceptuaba la investigación y la docencia, adicionando por su parte, las siguientes:

- actividades que resulten de obligaciones familiares o personales no lucrativas,
- los cargos que deban ejercerse en el cumplimiento de las funciones y atribuciones de la institución,
- y la docencia e investigación universitarias, ya mencionadas en la ley.

Pese a esta situación, resulta aún más sorprendente que el Reglamento en el artículo 24, el cual es la norma que equipara las incompatibilidades y prohibiciones del Defensor/a a las del resto de los funcionarios, adiciona un caso mas de excepción a la prohibición genérica establecida en artículo 9° de la Ley.

Señala el artículo 24:

El personal profesional remunerado de la institución tendrá las mismas prohibiciones e incompatibilidades que el Defensor de los Habitantes de la República y el Defensor Adjunto. Se exceptúan los casos indicados en el artículo 19 de este Reglamento y el ejercicio de cargos ad-honorem en instituciones u organizaciones sin fines de lucro, todo ajuicio del Defensor de los Habitantes de la República.

En este sentido, tal y como se estableciera anteriormente, el artículo 24 del reglamento adiciona el ejercicio de cargos ad-honorem en instituciones u organizaciones sin fines de lucro, como una excepción mas a la prohibición genérica.

Tal y como se señaló al principio, la ley N° 7319, no deja margen a la interpretación del artículo 9°, ya que únicamente señala como excepciones a las incompatibilidades del cargo de Defensor/a

la investigación y la docencia, sin embargo, tal y como se ha podido determinar, es a través de un reglamento que se adicionan nuevas excepciones a la prohibición señalando las siguientes:

- actividades que resulten de obligaciones familiares o personales no lucrativas, (artículo 19)
- los cargos que deban ejercerse en el cumplimiento de las funciones y atribuciones de la institución, (artículo 19)
- el ejercicio de cargos ad-honorem en instituciones u organizaciones sin fines de lucro,(artículo 24)

La presente situación conlleva en primer plano la ilegalidad de la norma reglamentaria, ante una mala práctica normativa, toda vez que una norma de rango inferior como lo es un reglamento, crea excepciones a una ley que se encuentra en un rango superior.

La anterior reflexión debe servir para iniciar un proceso de revisión de la normativa institucional, con el fin de eliminar este tipo de contradicciones y llenar los vacíos jurídicos existentes, toda vez que no es la ley la que equipara las incompatibilidades de los funcionarios con las del Defensor/a de los Habitantes, sino que es el propio reglamento el que hace la equiparación y el que crea las excepciones. Esto permite al operador jurídico la posibilidad de interpretar que en caso de los funcionarios, estos se ven protegidos por todas las excepciones previstas por el mismo.

Capítulo VI

Régimen disciplinario y de Responsabilidad de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes

El incumplimiento de los deberes del funcionario/a genera una responsabilidad, que normalmente puede tener carácter patrimonial, penal o disciplinaria.

El primer tipo de responsabilidad, se genera cuando el empleado/a público causa con su actuación, un daño económicamente evaluable a terceros ajenos a la administración en la que sirve o a la propia administración.

Acorde con lo que establece la Ley General de la Administración Pública, será responsable personalmente ante terceros y ante la administración, el servidor/a público que haya causado daño efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo.⁹²

Para al determinación del daño, el funcionario/a debió haber actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.

Frente a la Administración, el servidor público será responsable por todos los daños que cause a ésta, aunque no se haya producido un daño a tercero.⁹³

En relación con el régimen de responsabilidad del servidor/a frente a terceros y frente a la propia administración, es necesario destacar que este abarca no sólo la responsabilidad por daños y perjuicios materiales causados, sino que también los daños de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente.⁹⁴

Por lo tanto, al resultar la administración solidariamente responsable con su servidor ante terceros, por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por la ley,⁹⁵ ésta deberá

⁹² Artículo 196, *Ley General de la Administración Pública*.

⁹³ Artículo 210, *Ley General de la Administración Pública*.

⁹⁴ Artículo 197, *Ley General de la Administración Pública*.

⁹⁵ Artículo 201, *Ley General de la Administración Pública*.

recobrar plenamente lo pagado para reparar los daños causados a un tercero por dolo o culpa grave de su servidor, tomando en cuenta su participación en la producción del daño, si la hubiere. Tal y como se indica en la Ley General de la Administración Pública, la recuperación deberá incluir también los daños y perjuicios causados por la erogación respectiva.⁹⁶

La responsabilidad penal presupone la comisión de uno de los delitos tipificados en el Código Penal, que contempla infracciones que el legislador ha estimado más graves.

Sin embargo, tal y como se verá, la mayoría de las infracciones, tiene naturaleza administrativa, según la legislación vigente y su regulación, lo que se conoce como régimen disciplinario de los funcionarios.

A. El régimen disciplinario: fundamento y finalidad

En lo que respecta propiamente al fundamento legal, la Ley General de la Administración Pública trata de la responsabilidad disciplinaria del servidor público de la siguiente forma:

De la Responsabilidad Disciplinaria del Servidor

Artículo 211.-

1. El servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave, sin perjuicio del régimen disciplinario más grave previsto por otras leyes.
2. El superior responderá también disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores, cuando él y estos últimos hayan actuado con dolo o culpa grave.
3. La sanción que corresponda no podrá imponerse sin formación previa de expediente, con amplia audiencia al servidor para que haga valer sus derechos y demuestre su inocencia.

Artículo 212.- Cuando el incumplimiento de la función se haya realizado en ejercicio de una facultad delegada, el delegante será responsable si ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado.

Artículo 213.- A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las

⁹⁶ Artículo 203, *Ley General de la Administración Pública*.

funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.

En doctrina, según lo señala Bolaños González⁹⁷, se discute acerca del fundamento del poder sancionatorio de la administración pública, encontrándose éste en lo que se conoce como las relaciones especiales de sujeción, sometimiento que en el caso de los servidores públicos se produce por el sólo hecho de serlos.

Sanchez Morón⁹⁸, señala que a pesar de ser un tema lo suficientemente discutido, retomarlo no resulta ocioso, toda vez que de su resultado derivan importantes consecuencias. A su criterio, el fundamento primero de la existencia reside en la necesidad de la administración de mantener la disciplina interna y asegurar que sus agentes cumplan con las obligaciones de su cargo. Desde este punto de vista, el poder disciplinario de la Administración guarda semejanza con las facultades de un empresario. Agrega Sanchez Moron, que el régimen disciplinario de los funcionarios adquirió sustantividad desde que el régimen de la función pública pasó a regirse por el derecho administrativo y como tal se mantiene y debe formar parte necesariamente régimen estatutario, lo que en Costa Rica sucede a partir de la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública en el año de 1979.

En relación con su finalidad, Bolaños González⁹⁹ establece que a pesar de lo que pueda creerse por el hecho de tener la administración la condición de juez y parte, no es la determinación de la responsabilidad del agente, sino la búsqueda imparcial de la realidad, o mejor aun, señala el autor, como lo llama la Ley General de la Administración Pública. La averiguación de la verdad real de los hechos, es lo que permite determinar que el procedimiento administrativo opera como garantía de que no debe haber burla o menoscabo ilícito de la posición jurídica del servidor por parte de la Administración, lo que necesariamente lleva al tema del debido proceso.

En este sentido, tal y como estableció la Procuraduría General de la República en el Dictamen N° C-128-2001, del 30 de abril del 2001, el órgano director del procedimiento es un órgano instructor y tiene, entre otros, el deber de "...adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o

⁹⁷ BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Derecho disciplinario de la función pública*. San José, Costa Rica. 2000. Pag. 38

⁹⁸ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op. Cit.* Pag 262

⁹⁹ BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 39

necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún contra la voluntad de ellas. Lo anterior con el fin de verificar de la forma más fiel y completa, los hechos que sirven de motivo al acto final. (Artículo 221)..."¹⁰⁰

B. Del procedimiento ordinario y del procedimiento sumario

En el capítulo primero, título sexto, de la Ley General de la Administración Pública, existen dos clases de procedimientos regulados: el procedimiento ordinario, regulado a partir del artículo 308 y el procedimiento sumario, que se encuentra a partir del artículo 320.

El procedimiento ordinario, acorde con lo que se señala, es de observancia obligatoria, cuando se este en presencia de los siguientes casos:

- a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y
- b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.

Asimismo y en relación con el tema que nos ocupa, el numeral segundo del citado artículo, establece que dicho procedimiento se aplicará a los procedimientos disciplinarios, cuando éstos conduzcan a la imposición de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad.

En relación con el procedimiento sumario, el artículo 320 establece que será aplicable para la administración, cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308, siendo característico en el mismo, que no presenta debates, defensas ni pruebas ofrecidas por las partes, pero la administración deberá comprobar exhaustivamente, de oficio, la verdad real de los hechos y elementos de juicio del caso.

C. Principios rectores del Procedimiento Administrativo sancionador

Eduardo Ortiz¹⁰¹, define el procedimiento como el conjunto de actos y operaciones administrativas necesarias para la formación del acto administrativo. A partir de dicha definición, Bolaños González construye una definición del procedimiento disciplinario, señalando que es

¹⁰⁰ Ver Dictamen Procuraduría General de la República. N° C-173, del 7 de agosto de 1995

¹⁰¹ ORTIZ (Eduardo) citado por BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 13

aquel conjunto de trámites y actuaciones que debe respetar la administración para imponer una sanción disciplinaria¹⁰².

En relación con este tema, fundamental resulta la aclaración que establece Bolaños González¹⁰³, en relación con el artículo 367 numeral 2 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública y por el cual se exceptúa de la aplicación de dicha ley, en lo relativo al procedimiento administrativo, “lo concerniente al personal”. En este sentido, tal y como lo aclara Bolaños González, si bien se deroga por dicha disposición los procedimientos de carácter general, de lo que se desprende que subsisten los procedimientos especiales, los principios del procedimiento administrativo contenidos en la citada ley han de ser utilizados cuando exista un vacío total o parcial de normas aplicables, aun y cuando, agrega el autor, dicha aplicación no es estricta, pues deberá siempre buscarse el respeto a los derechos fundamentales, los que igualmente se desarrollan a través de los principios, tanto sustantivos, como de procedimiento del derecho sancionador de los que se encuentra mayor desarrollo del principio de del debido proceso. Por ello y sin entrar en un detalle exhaustivo de los mismos, se hará una breve referencia, con el objeto de no olvidar su importancia.

D. Principios sustantivos del régimen disciplinario

Comenta Sanchez Morón¹⁰⁴ que la escueta regulación del régimen disciplinario en su país España, se sostiene y se integra por un conjunto de principios generales del derecho que, la jurisprudencia constitucional ha venido deduciendo del texto de la Constitución misma, aunque con algunos matices derivados de la especificidad de derecho sancionador y de las finalidades peculiares del régimen disciplinario de los funcionarios.

De modo tal, señala Sanchez Morón, con las necesarias modulaciones, se aplican al ámbito disciplinario los siguientes principios: el principio de legalidad, de tipicidad, irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, prohibición de analogías *in pejus*, el principio de *non bis in idem*, el principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad y personas responsables y finalmente, el principio de extinción de la responsabilidad y la prescripción.

¹⁰² BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 45

¹⁰³ BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 47

¹⁰⁴ SANCHEZ MORON (Miguel) *Op. Cit.* Pag 265

En el ámbito nacional, el desarrollo de los principios del derecho sancionador, se encuentran igualmente protegidos en la Constitución Política y por lo tanto, se consagran en la aplicación misma de los procedimientos disciplinarios. Pese a ello, el mayor desarrollo en relación con los principios del régimen disciplinario, surge a partir de la resolución No. 15-90 de la Sala Constitucional, que ratificada en diversos fallos posteriores, ha venido a dar un gran impulso al respeto del debido proceso en Costa Rica, que si bien se desarrollan en razón del análisis del desarrollo del proceso penal, ya la Sala ha establecido, que los mismos operan en cualquier clase de procedimiento, pues lo que se encuentra en juego es el respeto a derechos fundamentales.

E. Principios procedimentales del régimen disciplinario

De conformidad con el desarrollo que hace Bolaños González¹⁰⁵, los principios del procedimiento administrativo parten del principio mismo de legalidad, que son de plena aplicación al procedimiento administrativo sancionador. De este modo, el autor desarrolla los principios de verdad material o real, debido proceso, defensa y contradictorio, principio de imparcialidad mínima, de oficiocidad, de informalismo procedimental, economía procesal o celeridad, libertad de la prueba, de escritoriidad, legitimación mínima para ser parte y el principio de gratuidad.

F. El debido proceso en el procedimiento administrativo disciplinario

El debido proceso corresponde a la garantía del desarrollo de un procedimiento administrativo justo, que permita una adecuada oportunidad de defensa, tutelando a la persona frente al silencio, error o arbitrariedad de los aplicadores del derecho. Su desarrollo normativo se encuentra sustentado desde la Constitución Política en su artículo 39, así como en instrumentos de derecho internacional, como la propia Declaración de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, etc.

Y es que, pese a que es quizás uno de los derechos constitucionales más reconocidos, ha sido poco a poco, que se ha podido ir precisando y exigiendo, una serie de garantías que deben rodear el procedimiento administrativo y que deben ser cumplidas por la administración.

¹⁰⁵BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 14

En este sentido, la Procuraduría General de la República¹⁰⁶ ha venido resumiendo aquellos aspectos que la Sala Constitucional ha considerado integrantes del debido proceso, desarrollados a partir de la resolución 15-90 y sobre los que ha señalado lo siguiente:

- "De la lectura de las anteriores resoluciones, que son representativas de las múltiples que la Sala ha emitido sobre el tema, se pueden extraer que los aspectos sobre los que el Tribunal Constitucional ha enfatizado, como integrantes del debido proceso, entendiéndose éste como la forma de efectivización de los derechos fundamentales puestos en práctica, esto es su protección procesal. Se pueden resumir así:
- Nombramiento de un órgano director.
- Principios de intimación e imputación, que consisten en que debe indicarse, exactamente, cuáles son los hechos y cargos que se le imputan al administrado sujeto al procedimiento, en forma individualizada, concreta y oportuna.
- Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento.
- Derecho a ser oído y oportunidad del interesado para presentar argumentos.
- Oportunidad de preparar su alegación, lo que incluye el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate.
- Derecho a la audiencia.
- Derecho a producir pruebas pertinentes, y en el caso de la testimonial, de repreguntar a los testigos.
- Fundamentación o motivación de los actos administrativos, incluidas las resoluciones de procedimiento.
- Notificación adecuada de la decisión de la Administración.
- Derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas.
- Derecho a que se le indique el plazo para impugnar los actos contrarios a sus derechos.
- Derecho de recurrir la decisión tomada.
- Aplicación del principio de presunción de inocencia."

Es evidente que mucho de lo que hasta este momento se ha mencionado, se ha discutido hasta la saciedad, aunque esto no ha sido óbice para que las violaciones al debido proceso, sigan siendo una de las violaciones, más frecuentes por parte de la Administración Pública, que dan al traste con gran parte los procesos disciplinarios, lo que motiva comentarios que reprochan la inamovilidad de los funcionarios, los cuales esquivan las sanciones disciplinarias, alegando violación a sus derechos fundamentales.

¹⁰⁶ Dictamen Procuraduría General de la República N° 122, del 16 de mayo del 2002

A esta problemática, se une una evidente falta de capacitación por parte de los funcionarios/as que integran los órganos del procedimiento y en los que recae sin lugar a dudas la responsabilidad de las alegadas violaciones al debido proceso. Esta preocupación, obliga a tomar un espacio especial en el presente trabajo, con el objeto de evidenciar la importancia de las funciones del órgano director del procedimiento administrativo y que fueron establecidas en la jurisprudencia de la Procuraduría General de la República, especialmente en el Dictamen N° C-173-95, el cual se retoma en el Dictamen N° C-047-2000, del 29 de febrero del año 2000. Con la enunciación de las obligaciones del órgano director, es igualmente importante evidenciar, a modo de conclusión, como y cada uno de los principios, tanto sustantivos como de procedimiento, son incluidos dentro de las que se señalan como obligaciones del órgano director:

"... 1- Abstenerse de conocer y tramitar un asunto, cuando se incurra en alguna causal prevista por la ley, siguiendo para ello con el trámite correspondiente (artículo 230 al 238 LGAP)...

2- El órgano director debe impulsar de oficio el procedimiento (artículo 222 LGAP).

3- Cuando deba interpretar las normas del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, deberá hacerlo en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados (artículo 224 LGAP).

4- El órgano debe conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado (artículo 225.1 LGAP). Este deber reviste especial importancia si tomamos en consideración que ese mismo artículo indica que serán responsables la Administración y el servidor por cualquier retardo grave e injustificado.

5- Debe adoptar las resoluciones con apego al ordenamiento, y en caso de actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél (artículo 216 LGAP).

6- El órgano director debe observar las formalidades sustanciales del procedimiento, pues de lo contrario se causará nulidad de lo actuado en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. Así, por ejemplo, el numeral 247 del mismo cuerpo legal se refiere a la nulidad de la comunicación de actos del procedimiento, y el artículo 254 a la nulidad de la citación.

7- La actuación administrativa debe tener lugar en la sede normal del órgano y dentro de los límites territoriales de su competencia, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que éste por su naturaleza deba realizarse fuera. El servidor podrá actuar excepcionalmente fuera de sede por razones de urgente necesidad (artículo 268 LGAP).

8- El órgano director deberá resolver todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento, aunque entren en la competencia de otras autoridades administrativas; pero deberá consultarlas a éstas inmediatamente después de surgida la cuestión y el órgano consultado deberá dictaminar en el término de tres días (artículo 227.1 LGAP).

9- Debe garantizar el derecho de defensa de las partes. Por ejemplo permitirles el acceso al expediente (Artículo 217 LGAP). Las partes, sus representantes y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir su certificación, (el costo de las copias y certificaciones a cargo del petente) con las salvedades que indica el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública (artículo 272 LGAP). No se otorgará acceso al expediente cuyo conocimiento pueda comprender secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente (artículo 273 LGAP). Fuera de los casos citados, la Ley establece en el artículo 259.4 que se reputa fuerza mayor y por ende pueden suspenderse los plazos si la Administración ha negado u obstaculizado el examen del expediente.

10- Conservar en los supuestos de actos o actuaciones que deban consignarse en acta, aquellos objetos presentados que puedan desaparecer, dejando en la misma la constancia respectiva (artículo 270.6 LGAP).

11- Al órgano director le es prohibido hacer nuevos señalamientos o prórrogas de oficio (artículo 258 LGAP).

12- El órgano director del procedimiento deberá respetar los plazos establecidos en la Ley General de la Administración Pública. En el caso de suspensión de plazo por fuerza mayor o si por cualquiera otra razón el órgano no ha podido realizar los actos o actuaciones que le corresponden, previstos dentro de los plazos señalados por los artículos 261 y 262, deberá comunicarlo a las partes y al superior dando las razones para ello y fijando simultáneamente un nuevo plazo al efecto, que nunca podrá exceder de los allí indicados. Si ha mediado culpa del servidor en el retardo, cabrá sanción disciplinaria en su contra y, si la culpa es grave, responsabilidad civil ante el administrado tanto del servidor como de la Administración (artículo 263 LGAP).

13- No puede reducir o anticipar los términos destinados a las partes o terceros, pues ello corresponde al Poder Ejecutivo en virtud de razones de urgencia (artículo 265.3 LGAP)

14- El órgano director debe tomar en consideración que las reglas establecidas en los artículos 239 al 247 acerca de la comunicación de los actos del procedimiento deben ser observadas. Destaca dentro del articulado el numeral 245 que indica que la notificación debe contener el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá, de aquél ante el cual deberán interponerse y del plazo para interponerlos.

15- Asimismo debe observar las reglas establecidas en los artículos 248 a 254 acerca de las citaciones. El órgano director debe velar porque la citación incluya los requisitos enunciados en el numeral 249. Respecto al punto c) del artículo, debe tomarse en cuenta que al indicar el asunto a que se refiere la citación, el órgano director debe limitarse a indicar los hechos absteniéndose de calificarlos (artículo 249 LGAP).

16- Debe adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún contra la voluntad de ellas. Lo anterior con el fin de verificar de la forma más fiel y completa, los hechos que sirven de motivo al acto final. (Artículo 221 LGAP)

17- Celebrar la comparecencia en su sede, salvo supuestos de inspección ocular, prueba pericial, o bien, razones de economía de gastos o cualesquiera otras ventajas administrativas evidentes, siempre que ello no cause pérdida de tiempo y/o perjuicio grave para las partes (artículos 268 y 318 LGAP).

18- Además de dirigirla, debe señalar la hora y la fecha de la comparecencia oral y privada y citar a las partes con quince días de anticipación. Si el órgano es colegiado la comparecencia será dirigida por el Presidente o por el miembro designado al efecto (artículo 311 y 314 LGAP).

19- En la evacuación de prueba, dirigir y controlar las preguntas que se formulen (artículo 304.2 LGAP). Igualmente deberá intervenir el órgano director por iniciativa propia, con el fin de que la materia de cada pregunta quede agotada en lo posible inmediatamente después de cada respuesta (artículo 304.4 LGAP).

20- Evacuar la prueba ofrecida por la parte, incluso en ausencia de esta, gozando para ello de las mismas facultades y deberes que las autoridades judiciales (artículos 300 y 315.2 LGAP). En el procedimiento sumario el órgano director ordenará y tramitará las pruebas en la forma que crea más oportuna, determinará el orden, términos y plazos de los actos a realizar, así como la naturaleza de éstos, sujeto únicamente a las limitaciones que señala la Ley General de la Administración Pública (artículo 323 LGAP).

21- Imponer multa al citado a confesión cuando no comparezca sin justa causa (artículo 301.4 LGAP).

22- Cuando la comparecencia ha sido grabada, el acta respectiva podrá ser levantada posteriormente con la sola firma del funcionario director, antes de la decisión final (artículo 313 LGAP).

23- Recibir los recursos ordinarios que se formulen (artículos 342 y 349 LGAP).

24- Resolver el recurso de revocatoria dentro de los ocho días posteriores a su presentación, salvo la hipótesis prevista en el numeral 352.1.

25- Emplazar a las partes, en caso de recurso de apelación, ante el superior, remitiendo el expediente sin admitir ni rechazar el recurso y acompañando un informe sobre los motivos de éste (artículo 349.2 LGAP)."

G. Del Procedimiento Administrativo en la Defensoría de los Habitantes

De conformidad con lo que señalaba Bolaños González, del numeral 2 inciso e) del artículo 367 de la Ley General de la Administración Pública, se logra desprender, que subsisten los procedimientos especiales, ajenos al procedimiento establecido por la Ley de cita, como por ejemplo el procedimiento de despido que señala el Estatuto de Servicio Civil¹⁰⁷ o el propio Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes, a los cuales deberán integrarse los principios del procedimiento administrativo antes vistos, cuando exista un vacío total o parcial de las normas, conforme a los criterios de integración del ordenamiento jurídico administrativo, que señalan los artículos 7 y 8 de la misma ley.

Artículo 7º.- 1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.

Artículo 8º.-El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.

En relación propiamente con el procedimiento disciplinario en la Defensoría de los Habitantes, el capítulo XII del Estatuto Autónomo de Servicio regula “Del Procedimiento Administrativo Disciplinario”. La regulación propuesta por el Estatuto, de una forma modesta, se busca incertar un sello personal al procedimiento establecido, sin alejarse, del procedimiento mismo de la Ley General de la Administración Pública, ya que es el propio Estatuto Autónomo de Servicio, en su artículo 67, el que al regular el procedimiento administrativo ordinario, establece que su aplicación se dará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, correspondiendo su aplicación en aquellos casos que la eventual responsabilidad administrativa del servidor/a conduzca a las sanciones de suspensión sin goce de sueldo o al despido sin responsabilidad patronal.

¹⁰⁷ Ver artículo 64 y siguiente del Estatuto de Servicio Civil.

Por su parte el artículo 63 del propio Estatuto Autónomo, enuncia las garantías que debe guardar el procedimiento administrativo, aunque limita su propuesta a la audiencia, ordenando garantizar al afectado/a, al menos, las siguientes condiciones, ya que la omisión de tales garantías fundamentales al debido proceso, causarán la nulidad absoluta de todo lo actuado:

a.- Una intimación clara, detallada e individualizada de los cargos de los que se deriva su posible responsabilidad administrativa y la prevención de que su silencio no será tomado como aceptación de los mismos, sino que el asunto se decidirá con la evidencia que se encuentre válidamente introducida en el expediente administrativo.

Ejercer su defensa personalmente o por medio de un abogado a su exclusivo costo. En el ejercicio de su derecho de Defensa, el servidor/a contará con un plazo no menor a quince días hábiles antes de la audiencia.

b.- El lugar donde el interesado o su abogado podrán consultar el expediente administrativo, el cual se pondrá a su disposición y se le garantizará la posibilidad de examinar, leer y copiar cualquier pieza del mismo, así como pedir certificaciones sobre aquellos actos y documentos cuyo acceso no está vedado.

c.- La confidencialidad hacia terceros de la investigación, de conformidad con la normativa vigente

d.- La solicitud de señalar casa u oficina para atender notificaciones futuras bajo el apercibimiento de que de no hacerse, de no ser exacto o tornarse incierto el sitio indicado, se tendrán por notificados los actos de procedimiento que se dicten con el sólo transcurso de veinticuatro horas.

Como se observa, aún la propia enunciación hecha por el Estatuto, queda limitada a cuatro de los componentes que la Procuraduría¹⁰⁸ ha identificado como “componentes del debido proceso” y que deben estar contenidas en la resolución inicial de un procedimiento administrativo:

- Deber de indicar el carácter y los fines del procedimiento (artículo 249.1.c LGAP)
- Intimación e imputación de los hechos y cargos (artículo 249.1.c LGAP)
- Indicación de los integrantes del órgano director (a efectos de poder plantear recusaciones, artículos 230 y siguientes LGAP) (artículo 249.1.a LGAP)
- Dirección del órgano que cita (artículo 249.1.a LGAP)
- La convocatoria a comparencia (artículos 249.1.e y 218 LGAP)
- Los apercibimientos a que queda sujeto el citado (artículo 249.1.f LGAP)
- Recursos procedentes contra el acto, el órgano que los resolverá, el órgano ante el cual deben interponerse, y el plazo para hacerlo (artículo 245 LGAP)

Entre los elementos fundamentales que conforman el debido proceso, de aplicación manifiesta en sede administrativa, se encuentra la competencia de los órganos que deben participar en el procedimiento.

¹⁰⁸ Ver Dictamen de la Procuraduría General de la República N° 122, del 16 de mayo del 2002

Ya líneas atrás, se hacía referencia a la importancia de un detallado esquema del proceso y de las obligaciones que conlleva a los miembros integrantes de un órgano del procedimiento. El artículo 69 del Estatuto Autónomo de Servicio, hace eco de estas palabras, determinando al órgano director del procedimiento como el responsable de la correcta sustanciación del procedimiento; a quien le corresponde velar porque se haga llegar al mismo toda la evidencia pertinente para asegurar la obtención de la verdad real de los hechos, con objetividad, celeridad y eficacia, todo ello con el respeto al debido proceso y los demás principios antes citados.

Si bien, conforme lo indica la Procuraduría General de la República¹⁰⁹ no es unánime el criterio sobre el carácter imperativo de la emisión de una recomendación o resolución similar, por el órgano director del procedimiento ordinario, el Estatuto Autónomo de Servicio encomienda al órgano director emitir una recomendación al Defensor/a, la que podrá ser revisada a solicitud del servidor/a por una Junta de Relaciones laborales.

Igualmente, corresponde al órgano director, mediante resolución motivada, recomendar al Defensor/a la suspensión del funcionario/a sujeto a investigación, cuando se determine que su presencia puede poner en peligro el procedimiento.

En relación con el tema, Bolaños González¹¹⁰ señala que se denominan medidas cautelares en materia disciplinaria, a aquellos instrumentos creados y aplicables que poseen la finalidad de que mientras se tramita una investigación o procedimiento administrativo, la administración esté en capacidad de adoptar medidas útiles para asegurar que el procedimiento no se verá perjudicado, obstruido u obstaculizado en su sustanciación, ni se perturbará la normalidad del servicio público.

Doctrinariamente, señala Bolaños González, se afirma que la medida cautelar se caracteriza por su accesoriedad y dependencia del proceso principal, aunque contrariamente a lo expuesto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional¹¹¹ ha avalado que se dicte medidas cautelares, aún antes de que se inicie un procedimiento disciplinario.

¹⁰⁹ Ver Procuraduría General de la República N° C-128-2001, del 30 de abril de 2001

¹¹⁰ BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 54

¹¹¹ Ver Resolución 2961-98 de la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* citada por BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 56

Aunque el Estatuto Autónomo de Servicio establece únicamente la suspensión como medida cautelar, Bolaños González¹¹² establece que las medidas cautelares son relativamente escasas, e identifica además de la suspensión, el traslado o reubicación. Estas medidas podrán ser adoptadas de “*mutuo proprio*” en cualquier estado del procedimiento, sin necesidad de oír de previo al servidor/a afectado, indica Bolaños González.

Finalmente, en relación con el plazo, el autor se refiere a que por la precariedad y provisionalidad de las medidas cautelares, se fijan tanto en el derecho comparado como en la doctrina, por lo general, en un plazo razonable de cuatro meses, lo que conlleva la obligación de levantar la suspensión de forma automática cuando se haya cumplido el plazo máximo establecido.

De los comentarios anteriores, es importante destacar que sería oportuno, incluir dentro de la normativa interna de la institución la posibilidad de adicionar el traslado, como medida cautelar, lo que permitiría al servidor continuar normalmente en el ejercicio de sus funciones, en el lugar de la prestación de servicios habituales.

En todo caso, concluye el artículo 69 del Estatuto Autónomo, toda suspensión que se realice durante el procedimiento será con goce de sueldo, lo que respeta lo señalado por la Sala Constitucional en su resolución N° 927-94, por la que se declaró inconstitucional la interpretación y aplicación del artículo 190 inciso ch) del Estatuto de Servicio Civil, en cuanto implicaba que la suspensión acordada durante un procedimiento administrativo sancionatorio fuera sin goce de sueldo.

En cuanto a la integración del órgano director del Procedimiento, el artículo 68 del Estatuto Autónomo señala que será mediante acuerdo del Defensor/a de los Habitantes, que se ordenará su integración. En la medida de lo posible, se estima que el órgano deberá contar con al menos un funcionario/a del Departamento de Recursos Humanos y otro de la Dirección de Asuntos Jurídicos, ello con el fin de recoger la experticia de quienes integren el órgano y lograr así la correcta sustanciación del procedimiento, evitando violaciones a derechos fundamentales que den al traste con el mismo.

¹¹² BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 56

Un aspecto que llama la atención en la regulación que, del procedimiento administrativo disciplinario hace el Estatuto Autónomo de Servicio, es la creación del llamada Junta de Relaciones Laborales.

Acorde con lo que establece el artículo 70 del citado cuerpo legal, corresponde al Defensor/a de los Habitantes designar la integración de la Junta de Relaciones Laborales, la que estará integrada por cuatro funcionarios/as, correspondiendo a la administración designar cuatro funcionarios/as, dos propietarios y dos suplentes, manteniendo equidad de género en su integración.

Por parte de los trabajadores, la Junta de Relaciones laborales estará integrada por dos representantes propietarios y dos suplentes, escogidos por la Junta Directiva de la organización mas representativa de los funcionario/as de la Defensoría y en cuya integración, igualmente, se mantendrá equidad de género.

Corresponde a la Junta de Relaciones Laborales, en respeto al debido proceso y el derecho de defensa, la revisión, a solicitud del servidor/a, del procedimiento y recomendación emitida por el órgano director del procedimiento ordinario seguido en su contra y en la que podrá hacer valer su derecho de defensa en forma razonable y tendrá la oportunidad de ofrecer toda la prueba que estime necesaria, incluso, podrá aportar nuevos elementos probatorios, así como solicitar una nueva valoración de toda la evidencia pertinente, para asegurar la obtención de la verdad real de los hechos con objetividad, celeridad y eficacia.

En relación con el tema de la Junta de Relaciones Laborales, órgano propio de instrumentos de negociación colectiva, en principio permitiría traer a colación las palabras de recordado Mario Blanco Vado, en relación al tema de la convención colectiva de facto. Sin embargo, en el caso particular de la Defensoría de los Habitantes, tanto en el ámbito de participación durante los procesos de selección e ingreso a la institución, como la participación de representantes de los funcionarios/as en la Junta de Relaciones Laborales, obedece, más que a una solicitud expresa de la actual organización de trabajadores/as, a un interés real por parte de la Administración, en función de crear estructuras mas participativas, que generen procesos de transparencia a nivel institucional.

Respecto de su funcionamiento, a contrario de lo que sucede durante los procesos de selección y nombramiento, la Junta de Relaciones Laborales no ha entrado en funcionamiento, por lo que resulta imposible su evaluación.

Finalmente, es de interés destacar que, a efectos de contemplar la participación de la Junta de Relaciones Laborales, los plazos establecidos en el Estatuto Autónomo, para la finalización de la primera etapa del procedimiento, se extiende a sesenta días hábiles, de los cuales treinta corresponden al órgano director del procedimiento y treinta días hábiles, a partir de la presentación del recurso de revisión por parte del funcionario/a, a la Junta de Relaciones Laborales, en los cuales deberá emitir su recomendación ante el Defensor/a de los Habitantes.

En relación con los plazos establecidos por el Estatuto, en ambos casos, se deberá respetar al servidor/a un plazo de antelación a quince días hábiles para la audiencia, previo a ser notificado/a.

Por último, respecto de los órganos que participan del procedimiento disciplinario en la Defensoría de los Habitantes, se establece en el artículo 72, que corresponde al Defensor/a de los Habitantes, una vez emitidas las recomendaciones por parte del órgano director o en su caso por la Junta de Relaciones Laborales, dictar mediante resolución motivada, en el plazo perentorio de quince días hábiles. Contra el acto final, cabrá recurso de reconsideración, que será resuelto por el Defensor/a dentro del plazo de ocho días hábiles al recibo del expediente, de conformidad con lo que indica el artículo 74 del Estatuto.

H. Las Faltas Disciplinarias

Nuestro ordenamiento jurídico clasifica las faltas según el tradicional criterio tripartito de faltas leves, faltas de cierta o alguna gravedad y faltas graves¹¹³. Acorde con lo que establece el Bolaños González, en esta materia no hay reserva de ley, sino que la base legal existe cuando la ley remite en la especificación al reglamento correspondiente, estableciéndose las mismas, conforme las exigencias de un correcto y eficaz funcionamiento de la administración, ya que, concluye, en materia disciplinaria el principio de tipicidad opera con atenuado rigor, en virtud de la imposibilidad de precisar todas las posibles conductas u omisiones sancionables por la diversidad y variabilidad de esta materia, utilizando principios puramente deontológicos que suponen la valoración como idoneidad moral.

En todo caso, el Estatuto Autónomo de Servicio de la Defensoría de los Habitantes, no entra en principio, a definir las faltas disciplinarias, limitándose a establecer que las sanciones se harán efectivas de conformidad con la gravedad de la falta, la reincidencia y otros elementos de juicio

¹¹³ BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 43

similares, que como en el caso de la sanción en los casos de abandono de trabajo, llegadas tardías o ausencias injustificadas, la gravedad de la falta se encuentra, por llamarlo así, “tasada”, de conformidad con lo que establece el propio Estatuto, en cual entra a realizar una valoración de la gravedad en función de la falta.

I. Las sanciones

En el ámbito disciplinario, el autor Castillo Blanco,¹¹⁴ define las sanciones como aquellas que imponen a las personas que están en una relación de sujeción especial con la administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación.

A partir del artículo 78, el Estatuto Autónomo de Servicio regula el régimen de sanciones de la institución, que de conformidad con lo que establece la Ley General de la Administración Pública, establece un régimen de responsabilidad disciplinaria de los servidores/as de la Defensoría, quienes estarán sujetos a responsabilidad administrativa cuando, por dolo o culpa grave, incurran en algunas de las conductas sancionables según el Estatuto Autónomo y la demás normativa aplicable, ampliando las conductas tipificadas como sancionables, a normativa como el Estatuto de Servicio Civil, el Código de Trabajo, etc.

En todo caso y sin perjuicio de las leyes aplicables a la Defensoría de los Habitantes, el Estatuto Autónomo establece, como ya se indicó, que las sanciones se harán efectivas de conformidad con la gravedad de la falta, la reincidencia y otros elementos de juicio similares.

En relación con el régimen de sanciones, el Estatuto Autónomo las clasifica de la siguiente forma:

1. Amonestación verbal.

Esta se aplica cuando el servidor/a comete alguna falta leve a las obligaciones que le impone su relación de servicio, la que, como en el caso de las ausencias injustificadas, se encuentra prevista por el propio Estatuto.

2. Amonestación escrita

¹¹⁴ CASTILLO BLANCO (Federico) *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*. Editorial Cívitas. 1992. Pag 239. **citado por** BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Op. Cit.* Pag. 40

Puede incurrir el servidor/a en amonestación escrita cuando éste ya haya sido amonestado verbalmente e incurra nuevamente, dentro del plazo de tres meses, en la misma falta que motivó dicha sanción.

De igual forma y atendiendo a la gravedad de la falta, puede el servidor/a incurrir en dicha falta, cuando incumpla alguna de las obligaciones o prohibiciones estipuladas en el Estatuto, siempre y cuando, la falta no diera méritos para una sanción diferente, es decir, de mayor gravedad.

Asimismo, será sancionado con amonestación escrita, cuando el ordenamiento jurídico así lo exija, de previo a adoptar una sanción mayor, de acuerdo con los demás casos previstos por el Estatuto y demás normativa aplicable.

En ambos casos – amonestación verbal y escrita - y de previo a la inclusión de las amonestaciones en el expediente personal y en respeto al debido proceso y derecho de defensa, se le dará traslado al funcionario/a, quien en el plazo de tres días, podrá presentar sus alegatos de descargo. Dicho procedimiento sumarísimo, se realiza ante la Dirección de Asuntos Jurídicos, la que resolverá en un plazo de tres días. En caso de disconformidad con lo resuelto, el funcionario/a podrá presentar recurso de apelación ante el Defensor/a de los Habitantes, quien resolverá en el plazo de tres días y podrá dar por agotada la vía administrativa. Igual procedimiento se sigue en caso de aplicación de sanciones que surjan como consecuencia de los controles de asistencia y puntualidad, que determine el Departamento de Recursos Humanos, con base en la información suministrada por los funcionarios/as que tengan personal a cargo.

Como se puede observar, con el objeto de dar mayor objetividad a la aplicación del régimen disciplinario, el Estatuto Autónomo de Servicio, estableció un procedimiento sumarísimo, que permite, de previo a la inclusión de la sanción en el expediente personal, un debido proceso.

Por otra parte, al constituir la amonestación verbal un antecedente para la imposición de sanciones más graves, en razón de reincidencia en una misma falta, la administración consideró oportuno mantener un registro de dichas faltas en el expediente personal.

3. Suspensión del trabajo sin goce de sueldo hasta por un mes.

La suspensión del trabajo hasta por un mes sin goce de sueldo se aplicará cuando el servidor/a, después de haber sido amonestado por escrito, incurra nuevamente en la falta que motivó dicha sanción, salvo sanción diferente prevista por el Estatuto o la legislación vigente.

Igualmente y atendiendo a la gravedad de la falta, el servidor/a podrá ser suspendido cuando viole en forma notable, alguna de las obligaciones o prohibiciones del Estatuto.

La falta de suspensión sin goce de salario podría también ser aplicada cuando, habiendo el órgano director del procedimiento o la junta de relaciones laborales recomendado castigar la falta investigada con despido, el Defensor/a discrecionalmente y en atención a circunstancias muy especiales, disponga no acoger la recomendación, aplicando una sanción menor. Finalmente, se aplicará la sanción de suspensión sin goce de sueldo, cuando se incurra nuevamente en una falta que haya ameritado una suspensión temporal inferior al mes.

4. Del despido sin responsabilidad patronal

La máxima sanción que contempla el ordenamiento jurídico se dispondrá cuando se diere alguna de las causales de despido contempladas en el artículo 81 del Código de Trabajo, o cuando la gravedad de la falta amerite ésta sanción.

Tanto en el caso de las suspensión, como en el caso del despido, la aplicación de ésta sanción corresponderá al Defensor/a de los Habitantes, previa resolución motivada, en la que podrá apartarse de las recomendaciones emitidas por el órgano director y la junta de relaciones laborales, de conformidad con lo que se estableció líneas atrás

Conclusión

Más que una conclusión formal sobre los temas propuestos, se destinará el presente apartado a un espacio de reflexión sobre el tema de investigación: “Derecho de la función pública de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes de la República”, tratando de abandonar la posición del autor y adoptar la perspectiva de un lector crítico.

El tema del derecho de la función pública, por sí solo, resulta un tema, que por su amplitud, hubiese sido muy difícil de desarrollar en una sola investigación. Limitar su extensión a una institución como la Defensoría de los Habitantes, no facilitó su tratamiento, aunque sí permitió centrar su desarrollo sobre aspectos de mayor interés institucional, que unido a la estructura de trabajo propuesta por el autor Sánchez Morón, permitió focalizar los temas a desarrollar. Aún así, muchos temas no fueron tratados con la profundidad deseada, lo que no resta optimismo a la idea de haber cumplido con el objetivo deseado.

Desde las cátedras de derecho laboral de nuestras Universidades, se enseña a los estudiantes que los principios del derecho laboral no son de aplicación a las relaciones de servicio, pudiendo incluso ser contrapuestos a los principios laborales a los que debe regir en la administración pública.

Lamentablemente, muy pocas veces los alumnos tienen la oportunidad de entrar en “este otro mundo” que representa el derecho de la función pública, el que se sacrifica en los programas de derecho laboral, en aras de desarrollar temas de derecho privado.

De igual forma, no contar con una normativa única que rijas las relaciones entre el Estado y sus Servidores, como una ley de empleo público, dificulta este proceso de conocimiento sobre el tema, el cual, es además objeto de discusión entre laboristas y administrativistas, que lejos de querer para sí su desarrollo, lo rechazan, convirtiendo el tema en la oveja “negra” para su estudio.

El abundante desarrollo normativo en materia de derecho de la función pública, ha dificultado guardar una única línea de acción en esta materia, originando constantes roces entre las normas y sus interpretaciones.

El desarrollo normativo que se realiza en instituciones excluidas del régimen del servicio civil, tiende en gran medida a retomar la normativa general en diversos reglamentos o estatutos autónomos, que lo que hacen es multiplicar, la ya de por sí dispersa legislación. De este modo, la Defensoría de los Habitantes, cuenta actualmente, con siete reglamentos, que si bien tienden a aclarar las disposiciones que los cuerpos normativos generales, en última instancia terminan remitiendo a éstos últimos, ante cualquier vacío existente.

Durante la investigación, ya desde el capítulo primero, se fue enfático, sobre lo que se considera es el punto medular del tema propuesto y sobre el que ha girado cada uno de los aspectos desarrollados durante la investigación y que se señala de modo expreso en el capítulo segundo: la ausencia de regulación expresa en la Ley de la Defensoría de los Habitantes, en relación con las competencias asignadas al Defensor/a en materia de régimen de servicio.

Propiamente sobre el tema de investigación, el capítulo primero permitió hacer una radiografía institucional de la Defensoría de los Habitantes, desde una perspectiva externa, posición que permitió analizar objetivamente aspectos medulares de la institución, como su competencia, naturaleza, personería, etc. Paso a paso, de la mano de la Procuraduría General de la República, se analizaron los aspectos más relevantes que dejaron entrever la ausencia de una regulación por parte de la Ley Orgánica de la Defensoría, que otorgue sustento jurídico a las acciones que adopte el Defensor/a, ajenas a las que se fundamenten en la competencia asignada a la institución.

La ausencia de personería jurídica, sin ni siquiera hacer alusión a una personería instrumental, unido a la ausencia de regulación específica en materia de la relación de servicio, de donde se identifica que la ley es omisa en asignar autonomía o independencia funcional en materia salarial, crea un problema jurídico al aparecer en escena dicha autorización en un reglamento ejecutivo, ampliado competencias por los instrumentos autónomos, que buscan llenar un vacío legal y que obligan a la referencia a normativa general como lo es el Estatuto de Servicio Civil, su reglamento, el Código de Trabajo, etc.

Es patente la amenaza que representan las conclusiones adoptada por la Procuraduría General de la República en su dictamen N° C-202-96, sobre todo si se considera que 20 de diciembre del 2001, mediante el dictamen N° C-354-2001 estas se revalidan, cercenando, aún más, las competencias del Defensor/a y trasladando las mismas a Directorio Legislativo del Asamblea Legislativa.

Todavía hoy, a varias semanas de iniciado el trabajo, se considera que existen elementos suficientes para sostener que el alcance del dictamen N° C-202-96 no ha sido comprendido por las autoridades de la Defensoría de los Habitantes en toda su extensión, o lo que no ha existido quizás, es la voluntad política de hacer los ajustes necesarios para poder dejar atrás las consideraciones hechas en aquella oportunidad por la Procuraduría, al involucrar la solución una la modificación de la Ley de la Institución; pese a que sí se han dado pasos importantes para la modificación constitucional, que permita incluir la Defensoría dentro del grupo selecto de los órganos constitucionales. Sin embargo esto en nada modificaría la situación actual objeto del presente estudio, al carecer la institución de un cuerpo legal que sustente sus actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el principio de legalidad de los actos de la administración.

Es a partir de esta consideración preliminar, que se desarrolla el resto de la investigación, con algunos ajustes a lo actuado internamente por parte de las autoridades administrativas. Conforme la estructura propuesta, cinco son los temas que se desarrollaron durante la presente investigación y sobre los que se harán los comentarios finales:

Acceso a la función pública de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

La carrera Administrativa de los funcionarios al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

Derechos de los funcionarios al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

Deberes de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

Régimen disciplinario y de Responsabilidad de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes.

De modo expreso, al tratarse el tema del acceso a la función pública, específicamente en relación con caso de la Defensoría de los Habitantes, se hace indispensable señalar nuevamente, que mediante Ley N° 7935 del 25 de octubre de 1999, al modificar el primer párrafo del artículo 11 de la Ley N° 7319, no contempló la competencia del Defensor/a de los Habitantes en lo relativo a

los nombramientos y remociones. Dicho párrafo tal y como se indicó, fue eliminado por completo.

Y es que a pesar de que la Ley General de la Administración Pública en su artículo 104 inciso establezca que en silencio de la ley, el jerarca podrá nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente, de conformidad con los artículos 191, 192 y de la Constitución Política, lo cierto es que se mantiene vigente el argumento de la Procuraduría General de la República en su dictamen C-202-96, lo que obligaría en materia de nombramientos y remoción, a acudir ante el Directorio de la Asamblea Legislativa. Si bien como se indicó, esto nunca ha sido planteado, el vacío legislativo puede confabular para imaginar este desenlace.

Una reforma legislativa resulta indispensable a efectos de poder solventar la situación actual y que permita dar el fundamento legal a las acciones adoptadas por el Defensor/a de los Habitantes en dicha materia, a partir de la cual sí se podría desarrollar a nivel reglamentario, pero sólo a partir de una remisión legal.

Propiamente en relación con las modalidades de nombramientos que permiten el acceso a la Defensoría de los Habitantes, estas se encuentran ya predefinidas dentro de la administración pública, por lo que la ausencia de regulación interna se solventa con la referencia a la normativa general.

Tal y como se logró determinar específicamente, en la Defensoría de los Habitantes no existe una regulación adecuada al tratar internamente el tema de los nombramientos de confianza y los nombramientos por servicios profesionales en sus dos modalidades, la "contratación de servicios técnicos o profesionales" y la de "servicios profesionales con sueldo fijo." En el primer caso, no hace la ley de la institución referencia alguna en relación con las plazas de confianza, ni existe estas clasificación dentro del Manual de Clases y Puestos de la Defensoría de los Habitantes. No es aceptable por lo tanto, que un reglamento ejecutivo venga a determinar que los nombramientos y remociones se harán libremente por parte del Defensor/a de los Habitantes, ya que contraría los

artículos 191 y 192 constitucionales. Es fundamental que, mediante una modificación legislativa, se le permita como mínimo al Defensor/a establecer la categoría de las plazas como de confianza, sin afectar lo derechos adquiridos de los funcionarios, en caso de que las mismas se encuentren ocupadas.

En relación con los nombramientos por servicios profesionales, en cualquiera de sus dos modalidades, la ley de Contratación Administrativa y su reglamento son claros en definir los mecanismos de contratación: en el primer caso, por el procedimiento de contratación administrativa y en el segundo caso por el mecanismo de nombramientos definido por la institución, el cual no se habría aplicado hasta el momento, y que se justifica al quedar los servidores/as sujetos al régimen de servicio.

Por su parte, vistos los requisitos de acceso y los sistemas selectivos de acceso al a Defensoría de los Habitantes, es importante reconocer el esfuerzo de la administración Echandi Meza, por contar con una regulación propia, que le permita contar con un mecanismo objetivo y transparente de ingreso de servidores/as. Sin embargo, pese a contar una la normativa jurídicamente adecuada, al analizar los órganos competentes en el procedimiento de selección de los funcionarios/as al servicio de la Defensoría de los Habitantes, se hizo evidente una mala interpretación, que habría generado situaciones confusas durante los procesos de selección realizados hasta el día de hoy.

Asimismo, se hizo evidente, que tanto el Estatuto Autónomo de Servicio, como el Estatuto de Selección y Nombramientos, rozan con el principio constitucional que garantiza el acceso de todo ciudadano de acceder a cargos públicos, al contemplar únicamente la posibilidad de concursos internos para la asignación de plazas vacantes. En este sentido se recomienda ajustar la citada reglamentación a lo establecido por la Sala Constitucional, en materia de acceso a la función pública, sin perder de vista que los predictores deberán tomar en consideración la gran cantidad de población interina existente.

Otro aspecto, ya resuelto durante la presente investigación, surgió de la intervención del Sindicado, como organización mas representativa de los trabajadores, dentro de los procesos de selección, particularmente durante el proceso de evaluación. Fue a partir de la presente investigación, que se logro corregir esta práctica institucional, que generaba una gran desconfianza de la objetividad y transparencia con que debe realizarse el proceso.

Sobre los temas restantes, derechos y deberes de los servidores así como sobre los aspectos disciplinarios y de procedimiento, se recomienda integrar en un solo cuerpo normativo los aspectos no contemplados en la normativa institucional existente, así como los criterios jurisprudenciales analizados durante la presente investigación.

Bibliografía

BLANCO ODIO (Alfredo) Deberes y Responsabilidades de los Servidores Públicos. Patronato Nacional de la Infancia., 1999.

BOLAÑOS GONZALEZ (Jimmy) *Derecho disciplinario de la función pública*. San José, Costa Rica. 2000.

GIL ROBLES (Alvaro) El Defensor del Pueblo y su Impacto en España y América Latina. Ponencia presentada con ocasión del Primer Taller de Defensor del Pueblo y Procuradores de Derechos Humanos de América Latina, organizado por el Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José, Costa Rica. 1994.

GODINEZ VARGAS (Alexander). El derecho de participación de los trabajadores en el ámbito de empresa. Premio Alberto Brenes Córdoba. Editado por el Colegio de Abogados. San José: Litografía e Imprenta LIL. S.A.

Ministerio de la Presidencia, Dirección de Servicio Civil y la Asociación Nacional de Educadores. “Curso. Derecho Estatutario de la Función Pública”. Elaborado con la colaboración del Tomo I. Abril, 1999.

SANCHES MORON (Miguel) Derecho de la Función Pública Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1996.

TREJOS (Gerardo) El Defensor de los Habitantes. El Defensor de los Habitantes: Ombudsman./ ed. Gerardo Trejos. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992.

VEGA ROBERT, (Rolando) Ombudsman: el defensor de los habitanes. San José, Costa Rica. IJSA, 1993.

Oficios Internos Defensoría de los Habitantes

Oficio de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Defensoría de los Habitantes, N° 344-98.

Oficio de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Defensoría de los Habitantes N° 449-99.

Oficio Despacho del Defensor de los Habitantes, N° DH-411-96, del 22 de Noviembre de 1996.

Procuraduría General de la República

Procuraduría General de la República Dictamen N° C-241-79, de 16 de octubre de 1979

Procuraduría General de la República Dictamen N° C-316-85, de 4 de diciembre de 1985

Procuraduría General de la República Dictamen N° C-055-87, de 10 de marzo de 1987

Procuraduría General de la República Dictamen N° C-142-90 de 3 de setiembre de 1990

Procuraduría General de la República Dictamen N° C-039-93, de 29 de marzo de 1993
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-050-95, de 15 de marzo de 1995
Procuraduría General de la República. Dictamen N° C-173, del 7 de agosto de 1995
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-202-96, de 16 de diciembre de 1996
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-054-98, de 25 marzo de 1998.
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-192-98, de 10 de setiembre de 1998
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-171-98, de 19 de agosto de 1998
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-54-98, de 25 marzo de 1998
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-082-98, de 6 de mayo de 1998
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-203-98, de 30 de setiembre de 1998
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-143-99, de 13 de julio de 1999
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-182-00, de 11 de agosto del 2000
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-242-00, de 2 de octubre de 2000
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-255-00 de 12 de octubre del 2000.
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-114-01, de 17 de abril de 2001
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-128-01, de 30 de abril de 2001
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-354-01, de 20 de diciembre del 2001
Procuraduría General de la República. Dictamen N° C-190-01, del 04 de julio de 2001
Procuraduría General de la República Dictamen N° C-197-02, de 9 de agosto del 2002.
Procuraduría General de la República Dictamen N° 122-02, de 16 de mayo del 2002

Resoluciones de la Sala Constitucional

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1119-90
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 0743-91
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 0550-91
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2790-92
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3467-92
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 1696-92.
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1696-92
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3550-92
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 743-92
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5025-93
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 5969-93.
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 0649-93
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 6326-94
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 1764-94
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 3309- 94
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 3502-94
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 0642-94
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 0021-95

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 0139-95
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 4079-95
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3932-95
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5621-95
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5530-96
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3529-96
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución N° 2961-98
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 897-98
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4845-99
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4846-99
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1309-99
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 7730-00
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1822-01

Sala de Casación

Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, N° 10, de las 16:00 horas, del 21 de enero de 1975.

Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, N° 127, de las 15:00 horas del 25 de octubre de 1968

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 111 del 30 de octubre de 1981
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 013 del 9 de marzo de 1982
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 159 de 23 de junio de 1994
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 166 de 24 de mayo de 1995
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N°155 de 22 de mayo de 1996
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 017 de 22 de enero de 1997
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 176 del 20 de agosto de 1997
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 223 del 26 de setiembre de 1997
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 309 del 3 de diciembre de 1997
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 123 del seis de mayo de 1998
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 129 del 27 de mayo de 1998
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 68 del 27 de febrero de 1998.
Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. N° 23-99 del 29 de enero de 1999