



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Señor
Miguel Ángel Sibaja Miranda
Director
Dirección Regional de Educación Occidente

ASUNTO: Atención a oficio N.ºDREO-1033-2023

Estimado señor

Me dirijo a usted con ocasión de saludarle. En atención a la solicitud presente en el oficio de cita, ingresado en esta dependencia en la referencia interna N.º6601, expediente interno N.ºDAJ-DCAJ-EXP-1021-2023, me permito manifestar lo siguiente:

1. Objeto de la consulta

En la gestión se solicita se emita un criterio jurídico que verse sobre las siguientes interrogantes:

“1) ¿Incorre en infracción al deber de probidad aquel funcionario que con motivo y durante su relación laboral con el Ministerio de Educación Pública, desarrolla actos de petición o denuncia detectados como abuso del derecho, máxime si tal abuso es así declarado en sentencia o resolución firme por un tribunal judicial?”

2) ¿Ante tal caso, qué tipo de sanción disciplinaria administrativa corresponde aplicar y qué plazo de prescripción opera?”



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 2

2. Análisis de admisibilidad

La potestad consultiva ante esta Dirección, como órgano superior consultivo técnico-jurídico, se desprende del Decreto Ejecutivo N.º 38170-MEP del 30 de enero de 2014, denominado *“Organización Administrativa de las Oficinas Centrales del Ministerio de Educación Pública”*, en su artículo 13, donde se dispone que le *“corresponde asesorar a las autoridades superiores y dependencias institucionales sobre los asuntos de su competencia, así como emitir criterios técnico-jurídicos que serán de acatamiento obligatorio. También podrá asesorar al nivel regional, según los lineamientos técnicos establecidos para tales efectos.”*

Así, el ejercicio de esta potestad consultiva se encuentra enmarcado por un ámbito objetivo y otro subjetivo: Asesorar y brindar criterios de índole legal, lo cual constituye el aspecto objetivo de dicha función; y por su parte, el ámbito subjetivo se circunscribe, únicamente a las autoridades superiores del Ministerio de Educación, los Directores de las Oficinas Centrales y los Directores Regionales de Educación, de modo que toda gestión que no encuadre dentro de las competencias indicadas, son devueltas sin el análisis pretendido, ya que tales concreciones en la admisibilidad de la consulta ante esta Dirección, obedecen a la finalidad propia de esta dependencia en concordancia con el fin del ejercicio de esta función, siendo que **no se pretende sustituir a las distintas oficinas en la toma de decisiones y en su accionar competencial, sino orientar a la administración desde la perspectiva del derecho**, lo cual se refleja en la imposibilidad de conocer y resolver casos concretos, pues tal situación podría derivar



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 3

en transfigurar la función asesora, para asumir un rol decisor, lo cual implica trasgredir la esfera de actuación determinada por la norma, violentando el principio de legalidad.

Lo anterior es conforme a lo establecido el Decreto Ejecutivo N.º38170-MEP y se concreta en la Directriz número DM-774-06-2018 denominada "*Parámetros para solicitud de criterio jurídico ante la DAJ*" emitida por el Despacho Ministerial y la Circular DAJ-0012-12-2021 emanada por esta Dirección, de manera que, toda gestión debe superar el respectivo análisis de cumplimiento de los requerimientos dispuestos para ser considerada por el fondo.

Una vez efectuado dicho estudio en el presente trámite se determina que se cumple con lo requerido, por lo que se procede con la emisión del criterio pertinente en términos generales, conforme a la normativa aplicable y no sobre las acciones que tendrán que tomarse en el caso en concreto.

3. Criterio técnico aportado

Se cuenta con el criterio requerido para efectos de la valoración por el fondo por parte de esta Dirección, el cual fue esbozado en el mismo oficio de consulta e indica:

"- Aquel funcionario que con motivo y durante su relación laboral con el Ministerio de Educación Pública, desarrolla actos de petición o denuncia detectados como abuso del derecho,



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 4

desvirtúa la presunción de rectitud y en su favor, provocando un perjuicio directo al interés público inmerso.

– La rectitud y buena fe, son parte de los valores éticos que integran el deber de probidad. Por consiguiente, el funcionario involucrado en abuso del derecho, incurre en infracción al deber de probidad por inobservancia e irrespeto a sus elementos constitutivos, lo que acarrea un perjuicio directo a un bien jurídico fundamental protegido (interés público).

– Bajo el supuesto de que el abuso del derecho sea determinado de manera notoria vía resolución o sentencia judicial en firme, deberá procederse conforme lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley número 8422, siendo que la infracción al deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituye justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.

– En el presente caso opera un plazo de prescripción de 5 años, por lo que teniendo conocimiento de la infracción al deber de probidad cometida por abuso del derecho de parte del funcionario ministerial; el Ministerio de Educación Pública (en el departamento competente para la tramitación de faltas graves) se encuentra en el deber de iniciar oportunamente, sea de oficio inclusive, el proceso disciplinario correspondiente.”



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 5

4. Estudio de fondo

a. Ejercicio abusivo de un derecho

Un derecho concedido por el ordenamiento da a su titular la facultad jurídica de ejercitarlo, ejercicio que se enmarca en ciertos límites que se extraen del propio ámbito normativo. No obstante, desde la praxis se ha observado que, en ocasiones un individuo ejerce algún derecho sobrepasando el marco de acción permitido. Así, existen casos en que un acto, desde una perspectiva objetiva o externa aparenta legalidad; sin embargo, en la realidad subyace un fin ilegítimo y produce como consecuencia un perjuicio al interés general, afectación que podría calificarse como *“inmoral e injusta”*, elementos que se juzgan a partir de dos planos: un enfoque subjetivo que involucra que el derecho se utiliza con la intención de perjudicar (criterio intencional) o implica un perjuicio para otro antes que un beneficiario propio (*animus nocendi*); o bien, desde el punto de vista objetivo, cuando no existe *“un fin serio y legítimo para el titular”*, o su utilidad no es actual ni futura, aspectos reflejados en *“la excesiva y anormal forma en que se ha utilizado ese derecho.”*¹

Los juristas han desarrollado la noción de abuso del derecho señalando como un **criterio categórico la desviación del derecho de su función social**, lo cual conjugan con los factores mencionados en el

¹ Solano, L. (1991) *El artículo 22 del Código Civil a la luz de la Teoría del Abuso del Derecho*. Tesis de graduación para optar por el grado de licenciatura en derecho. San José Costa Rica. Universidad de Costa Rica.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 6

párrafo anterior que alimentan el análisis, concluyendo que el acto abusivo constituye una acción irregular por ejercerse fuera de los parámetros previstos, pervierte además la finalidad para la que ha surgido el derecho implicado, lo que contraría la “moral social” y deviene en ilicitud pues se aparta de los principios de la buena fe y de las buenas costumbres consagrados en el ordenamiento, tal y como se lee en el siguiente extracto:

“(...) el criterio decisivo para caracterizar el acto abusivo es la desviación del derecho de su función social. Pero al lado de este factor determinante, hay otros criterios complementarios para la configuración del abuso del derecho. Se mencionan: intención de dañar como elemento subjetivo, la culpa en la ejecución como presencia de una nota de carácter técnico y la falta de interés serio y legítimo, que supone, en su concepto, la existencia de un factor económico. Propone el autor Josserand, para caracterizar el acto abusivo, el conocido criterio funcional o finalista, "el mismo que conjuga la desviación del derecho de su específica función social, en cuanto elemento objetivo, con el motivo ilegítimo de la gente, el que configura el factor de carácter subjetivo". El criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social, que jurídicamente se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular, es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral, y se refleja en los principios de la buena fe y de las buenas costumbres. El abuso cae en lo ilícito, lo cual es,



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 7

finalmente, lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.”² (Destacado personal)

Igualmente, la Sala Constitucional se ha referido al tema al conocer diversas gestiones que ha desestimado por considerarlas resultado de un ejercicio abusivo del derecho; asimismo, jurisprudencia emitida por otros tribunales contiene análisis que enriquece el razonamiento aquí expuesto, señalando la **afectación al interés público** y el quebranto a la buena fe, la moralidad y las buenas costumbres:

“Sobre este particular, la Sala ha indicado que el derecho de petición puede ser ejercitado de manera abusiva, al solicitarse supuestas informaciones que, en el fondo, persiguen una finalidad distinta a la que tutela la Constitución Política. En tales situaciones, una persona afirma ser afectada por la autoridad pública y somete a la Administración a una multitud de peticiones –unas veces repetitivas y desmesuradas, otras sin sentido aparente–, motivo por el cual la jurisprudencia opta por resguardar la regularidad del servicio público brindado por la Administración y la autoridad que la encabeza, en tanto su quehacer, en principio destinado al cumplimiento de fines públicos, valga decir, dirigidos a satisfacer necesidades de la comunidad, no puede quedar cautivo del capricho de una persona que se dedica a asediarla con ese tipo de peticiones. En

² Parajeles, G. (2005) *El abuso procesal*. Primera Edición. San José Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 8

este sentido, según se ha indicado de forma reiterada, el derecho de petición está concebido para la satisfacción de alguna necesidad personal de quien lo ejerce, sin que, en principio, se requiera que aquella la indique en su gestión. Sin embargo, en ciertas situaciones resulta claro que, en el fondo, lo que existe es la velada intención de ejercer abusivamente un derecho con la finalidad de perturbar el quehacer normal de la Administración. Véase, a manera de ejemplo, que en la Sentencia N° 1999-01747 de las 10:39 horas del 9 de marzo de 1999, la Sala desestimó un amparo luego de advertir que el petente gestionaba que se le respondieran una serie de peticiones abusivas (...)

IV.- RAZONES DIFERENTES DE LA MAGISTRADA G.V.. Estimo que el presente recurso de amparo debe ser declarado sin lugar porque ha existido un abuso del derecho. (...) este órgano jurisdiccional no debe cohonestar con el ejercicio abusivo de estos derechos. Tal abuso se configura cuando los administrados, lejos de procurar razonablemente el amparo de sus derechos fundamentales, dan muestras fehacientes de tender a obstaculizar –aunque quizá no lo deseen formalmente así– el normal y eficiente funcionamiento de la Administración Pública y de la Administración de Justicia.

Considero que hay cinco presupuestos que son útiles para determinar si se está ante un fenómeno de abuso de derecho: a) cuantitativo: un número importante de gestiones presentadas; b) identidad de la parte activa: que las gestiones hayan sido presentadas por o a favor de una misma persona o grupo de



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 9

personas; c) identidad de la parte pasiva: que las gestiones hayan sido presentadas ante o contra una misma autoridad; d) temporal: si el lapso en el que se hicieron las gestiones es extremadamente corto; d) cualitativo: si las gestiones hacen relación a la misma problemática. (...) estimo que en el sub judice podría asomarse una posible lesión al principio de buena fe, pues el elevado número de recursos de amparo podría tener también claro un verdadero interés patrimonial. Esto porque dentro de las pretensiones de la parte recurrente está el “pago de ambas costas, generadas por este recurso de amparo” y que “se condene a la indemnización por daños y perjuicios al causar afectación directa”.³ (El resaltado no corresponde al original)

“(...) el comportamiento del recurrente evidencia un patrón de conducta similar al que fue objeto de reproche en la sentencia N.º1999-01747 de las 10:39 horas del 9 de marzo de 1999 y otros votos similares, razón por la cual concluye que, al igual que en dichos precedentes, en este caso el recurrente también ha hecho un uso abusivo del derecho de petición —el cual también se extiende al derecho de acceso a la información—, toda vez que lo que aparenta ser el legítimo ejercicio de un derecho constitucional, en realidad no es otra cosa sino una actuación desproporcionada y (sic) irracional de un individuo. Ante este fenómeno, se estima y se reitera, que el ejercicio de un derecho constitucional no puede desnaturalizarse al punto de que se

³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2021) Sentencia N.º2021001196.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 10

*haga un uso desorbitado del mismo. Por todo lo señalado, se rechaza por el fondo el recurso”.*⁴ (Énfasis propio)

“VII.– El acto abusivo es un acto de índole antifuncional, contrario o desviado del espíritu, destino o función económico social de un derecho determinado. Lo característico de este acto es su desarmonía con el fin económico social merced al cual el derecho subjetivo se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico, es decir, implica un divorcio absoluto entre la finalidad perseguida y el espíritu de la institución. El derecho subjetivo debe ejercerse según fines confesables, dentro del ámbito de la institución, y de consuno con su espíritu, pues de lo contrario deja de ser una facultad tutelada por el ordenamiento jurídico. Son varios los criterios reveladores del abuso, los cuales permiten, al propio tiempo, concretar el concepto de función económico-social de los derechos subjetivos, entre los cuales se pueden citar, por su trascendencia, los siguientes : a) Intención de dañar; b) elección, entre los varios modos posibles de ejercer un derecho, del más gravoso o dañino para el tercero; c) ausencia de un interés o móvil serio y legítimo, (...) de modo que el acto deviene en antifuncional cuando se propende a la obtención de intereses ilegítimos contrarios a la probidad que orienta la actuación humana. (...) d) quebranto de la regla moral, todo derecho subjetivo debe ejercerse de conformidad con la buena fe, la moralidad y las buenas costumbres, (...) los cuales

⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2020) Sentencia N.º 2020013473



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 11

imponen una conducta socialmente media, obligatoria en el tráfico jurídico.”⁵ (El resaltado no corresponde al original)

A nivel normativo, la temática en estudio se encuentra recogida en el Código Civil, Ley N.º 63, artículos 21 y 22 que disponen:

“ARTÍCULO 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.

ARTÍCULO 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”
(Énfasis propio)

El alcance de este último numeral en lo referente a la institución bajo examen, fue analizado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia determinando:

“IX.- El numeral 22 del Título Preliminar de nuestro Código Civil (...) contempla de manera expresa el susodicho

⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (1992) Resolución N.º 0106-1992



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 12

*principio. Puede ser dividido, para su análisis, en dos partes cuya distinción es menester resaltar. La primera es "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste..." Esta enunciación contiene una declaración general y abstracta, dejándose la **determinación de los supuestos de abuso en manos del juez**, criterio acertado del legislador. No carece de contenido normativo, ni se trata de un mero enunciado de política legislativa. Tiene un profundo contenido normativo pues sienta una regla de hermenéutica jurídica dirigida a los jueces.*

(...)

*El acto abusivo debe reputarse como **especie del género de los actos ilícitos**, tal y como ya se indicó; (...) el acto abusivo es una de las varias situaciones que puede presentarse en relación a la responsabilidad por hecho ilícito. Para lo anterior, según ya se acotó, debe tenerse en consideración no un concepto formal de ilicitud (lo contrario a la ley) sino material donde **la ilicitud no se agote en la estrechez de la ley escrita y comprenda nociones amplias tales como el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe y la equidad** (v. artículos 28 de la Constitución Política, 11, 21, 631, inciso 2, del Código Civil), es decir, no puede identificarse ilicitud con ilegalidad. **Acto ilícito no es sólo el que contraría la ley (en sentido formal o material) sino también aquél que estando de consuno con la ley quebranta un principio de carácter superior y difuso subyacente en la base del ordenamiento jurídico. Tal interpretación, de índole sistemática, permite integrar el artículo 22 dentro del régimen general de la responsabilidad emergente (...)** de esa manera habrá acto*



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 13

abusivo cuando formalmente se actúa de manera lícita, pero sustancialmente ilícita, y le sea subjetivamente imputable ese comportamiento al titular del derecho. El acto abusivo se especifica en relación a los actos ilícitos, al ser realizado en ejercicio de un derecho pero sobrepasando sus límites normales. (...) Los límites normales del ejercicio de un derecho pueden trasponerse por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias como se realice, y que se produzca un daño para terceros o la contraparte.”⁶ (Destacado personal)

De lo expuesto, se extrae la determinación de los supuestos de abuso a cargo del juez y la notoria identificación de la figura de abuso del derecho con el quebranto a la moralidad, buena fe y buenas costumbres, nociones exigibles en el actuar de toda persona funcionaria pública tal y como se desarrollará de seguido.

b. Principios que rigen el accionar de la persona funcionaria pública

El servidor público es *“la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización,”⁷* de manera que **no actúa por cuenta propia en el cumplimiento de sus funciones.** Sobre el tema, nuestra Constitución Política dispone en términos generales la responsabilidad que atañe:

⁶ Idem. op. cita 6.

⁷ Ley N.º 6227 art. 111 y Ley N.º 8422 art. 22.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 14

“ARTÍCULO 11.-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.” (El resaltado no corresponde al original)

A nivel legal se desarrolla el contenido de dicha exigencia en diferentes instrumentos y bajo distintas figuras y aristas, de las cuales se enfatizan:

i. Principio de legalidad

En primera instancia, resulta fundamental mencionar el **principio de legalidad**, cuya aplicación deriva de caracterizarse en ser la base del derecho administrativo y el **límite de actuación del Estado y por consiguiente de sus servidores**. Postula una forma especial de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico, consagrado en los numerales 11 de la Constitución Política transcrito supra y de la *“Ley General de la Administración Pública”*, Ley N.º 6227, *“significa*



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 15

que los actos y comportamientos de la Administración deben estar sometidos a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como el principio de juridicidad de la Administración, sea que las instituciones públicas solo pueden actuar en la medida en la que se encuentre apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso, en consecuencia solo le es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma expresa y todo lo que no les esté autorizado, les está vedado.”⁸ Desde la perspectiva positiva, otorga potestades administrativas, habilita la actuación de la administración pública, y le concede la posibilidad de actuar. Desde un punto de vista negativo, invalida todo lo que se oponga al ordenamiento jurídico.

ii. Deber de probidad

La normativización de los principios éticos en la función pública se viene a dar en el llamado deber de probidad. Ya no son meros enunciados, sino que fueron puestos en una ley: la “*Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública*”, Ley N.º8422 en su numeral tercero y su reglamento, Decreto Ejecutivo N.º32333 en el ordinal 1 inciso 14) punto b). Este deber encierra la **demostración de “rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley”**, aristas que han sido desarrolladas por la doctrina sosteniendo:

⁸ Sata Constitucional (2012) Sentencia N°0962-12



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 16

*“(...) todo funcionario público se entiende compelido a mostrar rectitud (...) no solo porque ello lo ordena el deber de probidad estatuido en la Ley anticorrupción, sino porque ello de por sí debería ser una acción personal permanente que no necesita de un imperativo legal; pero, asimismo, se exige porque el artículo 13, inciso a) de la Ley general de control interno dispone como deber de los jéarcas y titulares subordinados el: a) Mantener y **demostrar integridad y valores éticos** en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, así como contribuir con su liderazgo y sus acciones a **promoverlos en el resto de la organización, para el cumplimiento efectivo por parte de los demás funcionarios**”, pretensión que incluye a todo servidor público (...) algunos de los enunciados aplicables serían: **honestidad, transparencia, evaluación, uso adecuado de los bienes, del tiempo, rectitud, justicia, equidad, buena fe, colaboración, obligación de denunciar, dignidad que es lo mismo que honor, decoro, austeridad y templanza.**”⁹ (Énfasis propio)*

En la misma línea de pensamiento, la Procuraduría General de la República (PGR) ha afirmado la incuestionable cobertura ética que cobija la conducta del personal de la Administración Pública y que se plasma en el deber de probidad:

⁹ Campos C. (2006) *El deber de probidad y el ejercicio de la abogacía en la función pública*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 109 (235-269) enero-abril 2006.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 17

*“(...) el deber de probidad tiene un vasto contenido, toda vez que implica que la conducta de funcionario debe apegarse en todo momento a postulados de transparencia, rendición de cuentas, honradez, rectitud, respeto, discreción, integridad, imparcialidad, lealtad, espíritu de servicio, buena fe, etc. (...)”.*¹⁰

“En ningún momento puede perderse de vista que la función pública debe ser inseparable de la ética, como único modo de responder íntegramente a la confianza que los ciudadanos han depositado en el Estado para la realización del bien común.

En este sentido, reviste importancia recalcar que el funcionario público, cuando asume su cargo, debe tener claridad suficiente sobre el hecho de que su juramento y compromiso de servicio apareja el cumplimiento no sólo de la legalidad en el desarrollo de sus funciones, sino que esa misión debe además apegarse a postulados de transparencia, honradez, rectitud, respeto, integridad, lealtad y buena fe.

Así, de los múltiples elementos que encierra esta definición del deber de probidad, interesa rescatar lo referido al campo estrictamente ético, el cual debe constituirse en un mandato que el funcionario está obligado a honrar en todo momento, tanto en el ejercicio de su cargo como fuera de él, pues la lealtad, transparencia y buena fe hacia su función y hacia la propia Administración –en este caso, en carácter de patrono– deben mantenerse intactas en todo momento y situación.

¹⁰ Procuraduría General de la República (2013) dictamen N.º C-118-2013.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 18

Estamos ahí frente al contenido sustancial del deber de probidad, que normativamente se ha definido, con especial acierto, como “la conducta moralmente intachable del servidor del Estado, unida a su entrega leal y honesta al desempeño del cargo, con primacía del interés público sobre el privado”. De ahí que si la ética se puede entender como “las reglas de la vida, los principios que norman los pensamientos, las acciones y las conductas humanas... y que las orientan al correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas” (José Abigail Cruz Infante), debe remarcarse que en “un Estado de Derecho se impone que la actuación de la Administración Pública se haga con base en criterios de probidad administrativa, esto entraña una moralidad, ética y rectitud en el obrar. Los criterios de probidad administrativa importan la formación de conciencia del individuo y aquellos que desempeñan labores en el sector público deben demostrar en la tarea diaria un absoluto respeto a los valores que conlleva la ética” (Osvaldo Oelckers).”¹¹

De lo anterior se rescata la mención de la transparencia, rectitud, integridad y en referencia a la **buena fe**, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su voto 96-2004 de las 14:50 horas del 18 de febrero de 2004 manifestó que *“Este principio general exige observar una **actitud de respeto, de lealtad y de honradez, en el tráfico jurídico (...)**”.*

¹¹ Procuraduría General de la República (2021) Criterio PGR-C-309-2021



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 19

Todo lo anterior implica un **comportamiento ético, no solo en el ejercicio de la labor, sino también en el ámbito privado**, tal y como lo sostiene la PGR al señalar que *“(...) por el hecho de que un funcionario no esté sujeto a limitaciones como las derivadas del régimen de prohibición, de dedicación exclusiva o cualquier otra incompatibilidad legalmente establecida, ello no significa que en sus actividades privadas –aún fuera de su horario de trabajo habitual– esté exento de cumplir con los deberes éticos y legales que entraña el ejercicio de la función pública (...)”*¹²

c. Sanciones y prescripción disciplinaria por violación al deber de probidad

Teniendo claro el contenido del deber de probidad y dada la exigibilidad de este, es menester hacer referencia a las consecuencias atribuibles a su quebrantamiento. Al respecto, la autoridad Procuradora en su Dictamen N.°C-008-2008, apuntó sobre el deber de probidad *“(...) que constituye un deber ya no de carácter ético, sino también legal (...) consagrado expresamente en el artículo 3° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N.°8422 del 6 de octubre de 2004). (...) Por otra parte, la acreditación efectiva de un incumplimiento al deber de probidad puede traer además de la imposición de una sanción administrativa, la imposición de una sanción penal (...)”*.

¹² Procuraduría General de la República (2005) Criterio N.°C-429-3005.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 20

De forma más concreta, a nivel legal se definen las posibles sanciones aplicables, destacándose por parte del legislador el **despido sin responsabilidad patronal**, esto sin detrimento de aquellas en materia civil y penal que correspondan, según la letra de la Ley N.º8422:

“Artículo 4º-Violación al deber de probidad. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.”

Cabe anotar que este mismo cuerpo normativo, en el ordinal 40, atribuye la competencia para efectuar el procedimiento correspondiente al **órgano “que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, de acuerdo con las reglamentaciones aplicables”** respectando **“los principios y procedimientos aplicables, con arreglo a los principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública y se les asegurarán a las partes las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, sin perjuicio de las medidas cautelares necesarias.”**

En cuanto al plazo de prescripción, la misma Ley N.º8422 dispone en el artículo 44 que **“La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley, (...) prescribirá, según el artículo 43 de la Ley General de Control Interno y el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la**



12 de febrero de 2024
DAJ-C-0017-2024
Página 21

República, N°7428, de 7 de setiembre de 1994". Esta última estipula un tiempo de **cinco años** que se computan conforme a las pautas que la misma desarrolla:

"Artículo 71.-Prescripción de la responsabilidad disciplinaria. La responsabilidad administrativa del funcionario público (...) prescribirá de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En los casos en que el hecho irregular sea notorio, la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir del acaecimiento del hecho.

b) En los casos en que el hecho irregular no sea notorio - entendido este como aquel hecho que requiere una indagación o un estudio de auditoría para informar de su posible irregularidad- la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir de la fecha en que el informe sobre la indagación o la auditoría respectiva se ponga en conocimiento del jerarca o el funcionario competente para dar inicio al procedimiento respectivo. (...)"

Así, la **"Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública"**, determina un plazo de prescripción especial para sus regulaciones en aras de reducir la impunidad en el tema que aborda, lo cual responde, no solo al compromiso asumido por nuestro país al ratificar mediante Ley N.°7670 de 17 de abril de 1997, la **"Convención Interamericana contra la corrupción"**, suscrita en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996, sino también, **al interés social internacional e interno, en virtud de la transcendencia de la**



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 22

materia, pues las consecuencias de las prácticas corruptas redundan en el deterioro de los servicios públicos y por ende, en la calidad de vida de la ciudadanía, cuyo garante es el Estado.

Ahora bien, en este punto se debe hacer mención a la *“Ley Marco de Empleo Público”* (Ley Marco), Ley N.º10159, que en sus numerales 20 y 21 establece las causales de cese de la relación laboral, que incluye la sanción disciplinaria de despido, instaura el procedimiento especial de despido y fija el plazo de prescripción en un mes a partir de que el jerarca o la jerarca tenga conocimiento de la falta (artículo 20 inciso a), por lo que nos encontramos frente a **normas de igual rango, que regulan una situación jurídica de forma distinta, resultando imposible aplicarlas simultáneamente, ello obliga a efectuar un ejercicio interpretativo** aplicando los principios establecidos para tales efectos; pero incluso al efectuar tal labor, es posible que existan situaciones que se encuadren en dos o más criterios cuyos resultados se contraponen, caos que se han denominado como *“antinomias de segundo grado.”*¹³

La situación descrita para la consulta que nos ocupa, responde precisamente a una antinomia de segundo grado, ya que le son aplicables el principio de interpretación de temporalidad o cronología normativa (resuelve la controversia bajo el aforismo: *“ley posterior deroga ley anterior”*) y el principio de especialidad (*“ley especial deroga ley general”*).

¹³ Gascón, M. (1997) *Lecciones de Teoría del Derecho*. Ed. Mcgraw Hill.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 23

En el primer método, se extraña la indicación expresa en la nueva norma sobre las regulaciones anteriores, pero debido a sus alcances y siendo incompatibles, se recurre a la derogación tácita, prevaleciendo así la nueva norma sobre lo dispuesto anteriormente, con la salvedad que la primera no pierde su vigencia, sino que se da una suspensión de sus efectos o inaplicabilidad al caso concreto.¹⁴

En cuanto al **principio de especialidad de la norma**, se hace referencia a la materia regulada, supone una esfera de imperio de una regla general que recae sobre un género, del cual se aparta a cierta clase o especie, para someterla a una disposición especial.¹⁵

Para dilucidar cuál principio debe aplicarse, es necesario efectuar el estudio de forma casuística, pues –como disciplina viva que busca proveer soluciones a realidades sociales en constante transformación– en el derecho, no existen máximas absolutas en esta arista; sin embargo, la solución se percibe a partir de un razonamiento armónico basado en otras premisas contempladas en el ordenamiento jurídico, que para el presente asunto interesa rescatar:

- El fin de la norma general: Prevalece la norma general si el cumplimiento del fin de esta se ve afectado o no es posible que se concrete si supervive la especial.¹⁶

¹⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2010) sentencia No. 928–F–S1–2010 de 05 de agosto de 2010.

¹⁵ Irti, N. (1992) *La edad de la descodificación*. J.M. Boch Editor.

¹⁶ Procuraduría General de la República (2001) Criterio C–253–2001, retomado en C–102–2020



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 24

- La intención del legislador (voluntas legis): Se analiza el objetivo: sea establecer un único régimen sin diferencias, o se observa la tolerancia de excepciones.¹⁷
- El interés público inmerso¹⁸: Debe procurarse la eficiencia y adaptación a la necesidad social que se pretenda satisfacer en aras de garantizar el servicio público en las condiciones óptimas.¹⁹

Aplicadas al presente razonamiento, se considera lo siguiente:

- El fin de la norma general: Cuando se analiza el texto de la Ley N.º8422 se observa que refiere a “*los principios y procedimientos aplicables*”, de modo que en estos aspectos se respetan las disposiciones contenidas en la Ley Marco, manteniendo el fin de esta: la unificación de procesos, lo cual no se desvirtúa por la diferenciación del plazo de prescripción que responde a la materia y no a una clase de servidor o dependencia.
- La intención del legislador: Esta arista fue señalada por la PGR al referirse al proyecto de la Ley N.º10159, al indicar que se pretende “*establecer postulados y normas que en líneas generales tiendan a la unificación, simplificación y coherencia de*

¹⁷ Tardío, J (2003) *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*. Revista de Administración Pública N° 162.

¹⁸ LGAP art. 7. “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.*”

¹⁹ LGAP art. 4.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 25

los diferentes subsistemas existentes de la gestión de los recursos humanos en el Sector Público, y que denomina “familias de puestos”²⁰. Como se desprende del contenido de dicha norma, tales generalidades se orientan a ordenar el recurso humano, sin abordar la temática de corrupción, la cual es atendida de forma específica por la Ley N.º 8422.

- El interés público inmerso: Existe una demanda social significativa que versa sobre la exigencia del componente ético en el actuar de las personas servidoras públicas, por lo que subyace el deber estatal de evitar la impunidad ante faltas cometidas por sus servidores, que sea atribuible a la imposibilidad material de accionar en tiempo por parte de la Administración Pública, por lo que un plazo prescriptivo amplio es razonable para efectos de facilitar el cumplimiento de tal deber.

En virtud de lo mencionado, específicamente respecto al plazo de prescripción en materia disciplinaria por la falta al deber de probidad, por ser un tema desarrollado en *“Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”* e implicar una temática sensible de trasfondo internacional, **se estima que corresponde el empleo del criterio hermenéutico de especialidad, de manera que se aplicaría lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (cinco años);** no obstante, por los alcances de esta interpretación y de considerarlo

²⁰ Procuraduría General de la República Opiniones N° OJ-132-2019, OJ-107-2020, OJ-178-2020, OJ-180-2021.



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 26

oportuno, se recomienda a la instancia consultante coordinar con las autoridades superiores del Ministerio de Educación Pública el planteamiento de la consulta ante la PGR a efectos de contar con el pronunciamiento al respecto.

5. Conclusiones

En virtud de las consideraciones precedentes se concluye:

- **El ejercicio de un derecho debe efectuarse bajo el marco de acción establecido por el ordenamiento jurídico.** Como norma base, el Código Civil establece en sus artículos 21 y 22, el deber de actuar con buena fe y no abusar del derecho en cuestión.

- **El abuso del derecho consiste en un acto que formalmente es lícito; sin embargo, en la realidad subyace un fin ilegítimo y produce como consecuencia un perjuicio al interés general.** Es una acción irregular donde se ejerce un derecho fuera de los parámetros previstos pervirtiendo su finalidad, deviene en ilicitud pues afecta al interés público e infringe los principios de la buena fe, la moralidad y de las buenas costumbres consagrados en el ordenamiento.

- **La persona servidora pública es aquella que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, por tanto, no actúa por cuenta propia en el cumplimiento de sus funciones.** Tiene el deber de acatar una serie de principios tanto en su



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 27

gestión, como en su actuar personal, entre ellos el principio de legalidad (solo le es permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa) y el deber de probidad (que normativiza los principios éticos).

- El alcance del **deber de probidad** ha sido desarrollado normativamente en la *“Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”*, Ley N.º8422 en su numeral tercero y su reglamento, Decreto Ejecutivo N.º32333 en el ordinal 1 inciso 14) punto b), por la doctrina y la jurisprudencia indicando que **abarca postulados éticos exigibles a las personas funcionarias públicas** tanto en el ejercicio de la labor como en el ámbito privado, entre estos se subraya la **transparencia, rendición de cuentas, honradez, rectitud, respeto, integridad, lealtad y buena fe.**
- La infracción al deber de probidad se encuentra prevista en la Ley N.º8422 artículo 4º, disponiéndose por parte del legislador entre las sanciones aplicables, la cita textual al despido sin responsabilidad patronal.
- El desarrollo de cualquier procedimiento sancionatorio asociado a infracciones al deber de probidad, aunado a la identificación e imposición de las sanciones de carácter administrativo que correspondan, es competencia del órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública, en el caso del Ministerio de Educación Pública, entiéndase la Dirección de Gestión del Talento Humano y su Departamento de Gestión



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 28

Disciplinaria. Para lo anterior, corresponde a dicha dependencia garantizar la observancia de las reglamentaciones vigentes, respetando los principios y procedimientos aplicables, con arreglo a los principios establecidos en la Ley General de la Administración Pública; asegurando a las partes las garantías constitucionales relativas al debido proceso y la defensa previa, real y efectiva, sin perjuicio de las medidas cautelares necesarias.

- Respecto al plazo de prescripción en materia disciplinaria por la falta al deber de probidad, ante una aparente antinomia entre la Ley N.º8422 y la Ley N.º10159, luego de efectuar el razonamiento requerido, se considera adecuado recurrir el criterio hermenéutico de especialidad, aplicando la *“Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”*, por contener disposiciones que garantizan mejor el interés público en juego, respetando en las demás aristas los postulados generales y fin de la Ley Marco, por lo que se aplicaría lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (cinco años).
- Se recuerda a la instancia consultante la posibilidad de someter la interrogante o interrogantes planteadas a conocimiento de la Procuraduría General de la República, órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública. En caso de considerarse pertinente la consulta adicional, el presente Criterio Jurídico resulta idóneo para el cumplimiento de



12 de febrero de 2024

DAJ-C-0017-2024

Página 29

los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley N.º 6815,
Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Atentamente,

Daniel Alejandro Jurado Laurentin
Director

Elaborado por: DCN

Revisado por: FSP

Aprobado por: MLB

Anexos: N/A

C. Srs. Despacho Ministerial

Dirección de Programas de Equidad

Archivo

