

**ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA
REPÚBLICA DE COSTA RICA**

COMISION PERMANENTE DE ASUNTOS JURIDICOS

**“ADICIÓN A LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA,
LEY N° 8422”**

EXPEDIENTE N° 18.746

DICTAMEN NEGATIVO DE MAYORÍA
(09 de diciembre de 2014)

PRIMERA LEGISLATURA
(Del 1° de mayo de 2014 al 30 de abril de 2015)

SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES EXTRAORDINARIAS
(Del 1° de diciembre de 2014 al 30 de abril de 2015)

**“ADICIÓN A LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA,
LEY N° 8422”**

EXPEDIENTE N° 18.746

DICTAMEN NEGATIVO DE MAYORÍA

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Los suscritos, Diputados y Diputada de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, rendimos el presente **Dictamen Negativo de Mayoría** sobre el proyecto de ley intitulado **“ADICIÓN A LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, LEY N° 8422”**, **EXPEDIENTE N° 18.746**, presentado el 10 de abril de 2013, por el Diputado Walter Céspedes Salazar, recomendando su archivo, por las razones que exponemos a continuación:

I. RESUMEN DEL PROYECTO

El proyecto de ley propone adicionar un artículo 17 bis a la Ley N° 8422: Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública de 6 de octubre de 2004, con el fin de prohibir de manera expresa que los servidores públicos creen o formen parte de estructuras paralelas o de comisiones que tengan como objetivo sustituir o avocarse competencias o funciones que corresponde ejecutar a la organización formal de las instituciones públicas. Se establece además, que el incumplimiento de esta disposición será objeto de sanciones y responsabilidades administrativas y penales.

II. CONSULTAS Y RESPUESTAS RECIBIDAS:

El proyecto de ley no requirió consultas preceptivas.

Se realizaron entre otras las siguientes consultas que resultaron con criterios negativos:

- **Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPECA)**, refiriendo en oficio PESJ-465-10-2013: “... No prejuzga este Instituto sobre la conveniencia y el trámite del presente proyecto básicamente para establecer un artículo 17bis en la Ley No. 8422, que se denominará “Prohibición de estructuras paralelas”, sin embargo si deseamos indicar que consideramos que la redacción del artículo propuesto es demasiado amplio y ambiguo, sobretudo por aspectos de seguridad o certeza jurídica...” (Folio 189)

- **Defensoría de los Habitantes de la República**, en oficio DH-0657-2013, recomienda: "... la Defensoría no se encuentra en capacidad de recomendar, resulta necesario que se defina con claridad el concepto de "estructuras paralelas" y "comisiones"; si la reforma no viene acompañada de una descripción clara de estas figuras, la posibilidad de tipificar la conducta del funcionario que se desea prohibir sería prácticamente imposible de concretar, esto debido a que los conceptos utilizados no son claros..." (Folios 192-193)
- **Bancrédito**, mediante oficio GG-164-2013, concluye: "... el artículo está redactado de tal manera que contiene términos jurídicos indeterminados y violenta el principio del derecho de defensa del imputado, razón por la cual, mi representado no está de acuerdo con la propuesta en consulta." (Folios 193-194)
- **Fiscalía Adjunta de Fraudes, del Ministerio Público**, en su oficio FAPTA-1452-2013, concluye: "... se sugiere debe buscarse una redacción más precisa tomando en cuenta el ordenamiento jurídico y, además, la potenciación de los órganos de control, que incluso tienen facultades preventivas de las actuaciones de la Administración." (Folios 201 a 204)
- **Banco Nacional**, mediante oficio D.J./2408-2013, indica: "... al respecto, esta Dirección Jurídica considera, que dicha reforma no es técnica, ni jurídicamente correcta, pues el término "estructura paralela" es un término coloquial y subjetivo; siendo que para que la norma tenga eficacia, el operador jurídico debe interpretar y comprobar lo que éste entienda por "estructura paralela", lo cual no es viable en materia sancionatoria." (Folio 219-220)
- **Caja Costarricense del Seguro Social**, en oficio No. 54.466, emite entre otras la siguiente conclusión: "... se considera importante recomendar que en el texto del proyecto se determine y precise la definición de "estructuras paralelas" en apego al principio de seguridad jurídica." (folios 224 a 231)
- **Contraloría General de la República**, mediante documento DJ-0904-2013, emite su criterio concluyendo: "en conclusión, se estima que la propuesta contenida en el presente proyecto de ley resulta innecesaria. La sala Constitucional ha avalado la constitucionalidad del deber de probidad a pesar de su definición genérica y de su relativa indeterminación... el supuesto que plantea el proyecto ya quedaría cubierto por dicha norma, sin perjuicio, desde luego, de otras normas y principios legales aplicables a la materia..." (folios 234 a 240)

III. INFORME DE SERVICIOS TÉCNICOS

Con el fin de contar con elementos previos para el análisis de la iniciativa, se desarrollan conceptos claves dentro de la propuesta legislativa, a saber: “los servidores públicos”, “las estructuras paralelas” y “la avocación y la sustitución”.

A. Servidor público

Para los efectos de este proyecto de ley, se entenderá por “servidores públicos” todos los que están definidos en el primer párrafo del artículo 2 de la **Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública**, N° 8422 de 6 de octubre de 2004, que dice:

“Artículo 2º—Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley...” (Lo destacado en negrita es nuestro)

Por su parte, el numeral 44 del artículo 1 del **Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública**, decreto ejecutivo N° 32333 de 12 de abril de 2005 establece lo siguiente:

“Artículo 1º—Definiciones. Para la aplicación del presente Reglamento, los términos siguientes tienen el significado que a continuación se indican:

(. . .)

44) Servidor Público: Toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal o no estatal, a nombre y por cuenta de Ésta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público son equivalentes (...).”

En igual sentido, la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978, en su artículo 111 define al servidor público de la siguiente manera:

“Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con

entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considéranse equivalentes los términos 'funcionario público', 'servidor público', 'empleado público', 'encargado de servicio público' y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.”

B. Estructuras paralelas en el marco del nuevo paradigma de la gestión pública

El denominado “*nuevo paradigma de la gestión pública*”, que se inserta en un proceso global de transformación del Estado y que se ha difundido enérgicamente a nivel mundial como eje central para el cambio y la modernización de las administraciones públicas, se ha caracterizado por una serie de conceptos y técnicas que buscan ampliar la capacidad institucional y la eficacia de la acción estatal para el buen funcionamiento de los mercados.

En esto se resume la gran disyuntiva: si bien la flexibilización administrativa se presenta como alternativa frente al exceso de normas y procedimientos que en ocasiones terminan difuminando las responsabilidades frente a la ciudadanía, también existe el peligro de que la desregulación indiscriminada termine afectando intereses colectivos básicos, en la medida en que la norma se constituye como garantía de justicia y previsibilidad.

Afirma López que la aplicación amplia del Nueva Gestión Pública en sistemas administrativos inmaduros como los que predominan en América Latina “*no es recomendable debido a que la ganancia potencial de eficiencia será casi con seguridad opacada por los mayores costos que resultan de los problemas de coordinación y por la gran inestabilidad*”.¹

C. La avocación y la sustitución

El proyecto de ley en estudio hace referencia a “*estructuras paralelas o comisiones que tengan como objetivo **sustituir o avocarse** competencias o funciones que corresponde ejecutar a la organización formal de las instituciones públicas*”. En este sentido, conviene hacer referencia a estas dos figuras del Derecho Administrativo reguladas en la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978 y sus reformas, por los artículos 70, 84, 93, 94, 97 y 98

¹ Ibid.

Sobre el artículo único esta Asesoría hace los siguientes comentarios:

1. A partir de lo estipulado en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978; el artículo 2 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 de 6 de octubre de 2004; y el numeral 44 del artículo 1 del Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, decreto ejecutivo N° 32333 de 12 de abril de 2005, la prohibición indicada en la presente propuesta legislativa será aplicable para toda persona que preste sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Asimismo, para los efectos de esta ley se equiparan los términos funcionario, servidor y empleado público.
2. **Como se indicó en un apartado anterior, las dos figuras del Derecho Administrativo referidas a la transferencia de competencias a las que hace alusión la presente propuesta: la avocación y la sustitución, se encuentran autorizadas y reguladas en la Ley General de la Administración Pública, N° 6227 de 2 de mayo de 1978 y sus reformas, donde se establecen también con claridad sus límites. Ambas figuras tienen en común que mediante ellas el superior es quien se transfiere la competencia del inferior, de lo que se desprende la intención del proponente de evitar la creación de estructuras paralelas o comisiones mediante las cuales se transfieran competencias del inferior al superior.**
3. **Es claro que la disposición propuesta no se refiere al supuesto indicado en el artículo 17 vigente “*Desempeño simultáneo de cargos públicos*”, mediante el cual se prohíbe desempeñar, simultáneamente (lo que implica una superposición horaria o una jornada superior al tiempo completo de trabajo, en el desempeño de dos cargos públicos) en los órganos y las entidades de la Administración Pública, más de un cargo remunerado salarialmente.**
4. La regulación propuesta se ubica dentro del Capítulo II sobre “*Régimen preventivo*”, mediante el cual se establecen una serie de prohibiciones que buscan prevenir situaciones que contraríen o pongan en riesgo el deber de probidad que ha de caracterizar la labor del servidor público.
5. La propuesta no sólo establece una prohibición expresa, sino que también estipula que su incumplimiento será objeto de las sanciones y

responsabilidades administrativas y penales que establece la Ley N° 8422, para que la prohibición no quede en letra muerta.

6. La normativa aplicable sobre las sanciones y responsabilidades administrativas ante el incumplimiento de la citada prohibición sería aquella establecida en el Capítulo IV “Responsabilidad administrativa y civil” de la Ley N° 8422, especialmente los artículos 38 inciso a (sobre causales de responsabilidad administrativa), 39 (sobre sanciones administrativas), 40 (sobre el órgano competente para declarar responsabilidades), 41 (sobre los criterios por considerar a la hora de valorar la conducta) y 44 (sobre el plazo de prescripción de la responsabilidad administrativa).
7. Finalmente, el incumplimiento de la prohibición que pretende adicionar este proyecto de ley también sería objeto de las sanciones y responsabilidades penales que establece la Ley N° 8422. En este sentido la normativa aplicable sería la dispuesta en el Capítulo V “*Delitos*” de la citada ley, pero sólo en el caso de que producto de la acción prohibida se configure alguna de las conductas delictivas o tipos penales contenidos en este Capítulo, a saber: enriquecimiento ilícito (artículo 45); falsedad en la declaración jurada (artículo 46); receptación, legalización o encubrimiento de bienes (artículo 47); legislación o administración en provecho propio (artículo 48); sobreprecio irregular (artículo 49); falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados (artículo 50); pago irregular de contratos administrativos (artículo 51); tráfico de influencias (artículo 52); prohibiciones posteriores al servicio del cargo (artículo 53); apropiación de bienes obsequiados al Estado (artículo 54); soborno transnacional (artículo 55); reconocimiento ilegal de beneficios laborales (artículo 56); influencia en contra de la Hacienda Pública (artículo 57); fraude de ley en la función administrativa (artículo 58); y violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas (artículo 60). Por otra parte, también serían aplicables, en caso de que se llegue a configurar el tipo penal, los delitos de “*penalidad del corruptor*”, “*peculado*” y “*malversación*”, establecidos en los artículos 345, 354 y 356 del Código Penal.

IV. **INFORME DE SUBCOMISIÓN**

Se conformó una subcomisión para el estudio del expediente, en cuyo informe se recomienda el archivo, basándose en los criterios expuestos en este Dictamen. Dicho Informe resultó aprobado por unanimidad en sesión ordinaria número 31, del 09 de diciembre de 2014.

V. **CONSIDERACIONES FINALES:**

De conformidad con lo expuesto, los suscritos diputados rendimos el presente **Dictamen Negativo** sobre el proyecto de ley “**ADICIÓN A LA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, LEY N° 8422**”, **EXPEDIENTE N° 18.746**”, y recomendamos respetuosamente el archivo.

DADO EN LA SALA DE SESIONES DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS JURÍDICOS. SAN JOSÉ, A LOS NUEVE DÍAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE.

**Rafael Ángel Ortiz Fábrega
Presidente**

**Marvin Atencio Delgado
Secretario**

Laura Garro Sánchez

Oscar López

Edgardo Araya Sibaja

José Alberto Alfaro Jiménez

Carlos Ml. Arguedas Ramírez

Juan Luis Jiménez Succar

Antonio Álvarez Desanti

DIPUTADOS