

San José, 26 de mayo de 2020
Criterio DJ-C-268-2020

Señora
Licda. Silvia Navarro Romanini
Secretaria General de la Corte
S.D

Estimada señora:

Nos referimos a los oficios 11229-19 y 11320-19 de fechas 28 y 29 de octubre de 2019, en los cuales se transcribe los acuerdos del Consejo Superior tomados en las sesiones número 85-19 y 88-19, artículos XXI y XV celebradas el 1 y 10 del mismo mes y año.

Al respecto, nos permitimos expresar lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES. –

a.- En oficio número 2736-19 del 18 de marzo de 2019, se trasladó la solicitud de criterio expresada por el Consejo Superior en la sesión número 17-2019 del 26 de febrero del año en curso, artículo XXII. La petición versaba literalmente *“En relación a las capacitaciones en las se invitan a funcionarios judiciales para que colaboren como expositores, y de acuerdo a la aplicación de los artículos 33 y 34 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y su Reglamento, se acordó: Solicitar a la Dirección Jurídica que emita un criterio, de forma concreta en cuanto a la aplicación de los artículos anteriormente citados y los permisos que otorga el Consejo para capacitaciones o cursos.”* (sic).

b.- Esa petición fue atendida mediante el criterio de esta Dirección DJ-C-383-2019 de fecha 17 de setiembre de 2019. En ese documento se recomendó al Consejo Superior mantenerse a la espera de un acuerdo de Corte Plena que resolvería una cuestión planteada por la Asociación Costarricense de la Judicatura con fecha 26 de abril del mismo año, relacionada con el otorgamiento de permisos para que los abogados que laboran en el Poder Judicial, pudieran realizar actividades docentes fuera de la jornada laboral.

c.- El criterio DJ-C-428-2019 del 01 de octubre de 2019, que fue remitido desde la cuenta oficial de este Despacho a la Secretaría General de la Corte ese mismo día; señaló *“...por parte del Jeraarca no existe autorización para que los profesionales en derecho del Poder Judicial puedan realizar actividades docentes fuera de la jornada laboral con remuneración, excepto el ejercicio docente en universidades.”*

d.- El Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 88-19 celebrada el 10 de octubre de 2019 artículo XV, acordó reiterarle a esta Dirección que se encuentra a la espera de lo solicitado en la sesión 85-19, artículo XXI celebrada el 01 de octubre del mismo año. El acuerdo tomado en la sesión 85-19 citado refiere a la solicitud por parte del Consejo Superior para que esta Dirección indique en forma concreta sobre la posibilidad de otorgar permisos a las personas servidoras judiciales que brindan capacitaciones o cursos **sin percibir ninguna retribución económica.**

e. El Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, en el oficio JD-09-811-19, de 18 de setiembre de 2019, comunicó a la Corte Plena que había planteado un recurso de reconsideración contra el acuerdo de ese órgano jerárquico en el que se descartó la posibilidad de que funcionarios del Poder Judicial impartan cursos en el Colegio de Abogados y Abogadas, fuera del horario de trabajo; y en nota posterior número JD-10-933-19 de 16 de octubre de 2019, insertó en sus argumentaciones el criterio C-224-2018 de la Procuraduría General de la República, de modo que adicionó su recurso de reconsideración.

f. Esta Dirección tuvo presente en aquel momento el recurso interpuesto por el colegio profesional en cuestión, por lo que estimó suspender la emisión del criterio ordenado en la sesión descrita en el antecedente “d”. Así se hizo ver en el oficio de esta Dirección DJ-4331-2019 del 12 de noviembre de 2019.

g. Esta Dirección mediante oficio DJ-1825-2020 del 13 de mayo de 2020, comunicado desde la cuenta oficial de este despacho en horas de la mañana, respondió el oficio de la Secretaría General de la Corte número 4411-2020 del 11 de mayo de 2020, en el que se otorgó a esta Dirección un plazo de diez días contados a partir de la comunicación de dicho oficio, para presentar el informe pedido por el Consejo Superior en el oficio 12408-19, o indicar la razón por la cual no se había emitido el criterio pedido. El oficio de esta Dirección DJ-1825-2020, le señaló a la Secretaría General de la Corte que no se había emitido el criterio respectivo porque se requería el análisis de unos acuerdos de la Corte Plena que resolvían el recurso de reconsideración referido en el antecedente “e” y que se estimaba posible la emisión del criterio en el plazo de quince días.

h. La Secretaría General de la Corte hasta el 13 de mayo de 2020 en horas de la tarde, comunicó a esta Dirección mediante oficios 4483-2020 y 4488-2020 de la Secretaría General de la Corte, los acuerdos de la Corte Plena números 002-2020 del 13 de enero de 2020 artículo XLIV y 005-2020 del 03 de febrero 2020 artículo XX. Ambos acuerdos son los que estaba requiriendo esta Dirección para poder emitir el criterio pedido en el antecedente “d”

i. La Corte Plena en la sesión 002-2020 del 13 de enero de 2020, artículo XLIV, acordó:

“Modificar los acuerdos adoptados por esta Corte en sesión N° 37-19 del 2 de setiembre de 2019, artículo XIX y la N° 42-19 del 7 de octubre de 2019, artículo VI, en el sentido de que se autoriza a los profesionales en derecho del Poder Judicial a realizar actividades docentes fuera de la jornada laboral con remuneración en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, lo anterior siempre y cuando esta labor no interfiera en las labores que realizan las y los profesionales en derecho en sus funciones dentro de Poder de la República.” (sic).

j. La Corte Plena en la sesión 005-2020 del 03 de febrero de 2020, artículo XX, dispuso:

“ (...) 2.) Acoger la solicitud del licenciado Juan Carlos Sebiani Serrano, en su condición de Presidente de la Asociación Nacional de Profesionales del Poder Judicial (ANPROJUD), en consecuencia, hacer extensivo el acuerdo adoptado en sesión N° 2-2020, celebrada el 13 de enero de 2020, artículo XLIV, al resto de Colegios Profesionales, en iguales condiciones que las señaladas en el citado acuerdo.”

II.- CRITERIO. –

a.- Cuestiones previas.

Inicialmente por parte de la Corte Plena existía consenso de mayoría en que al menos los profesionales en derecho que laboran dentro del Poder Judicial no podían realizar actividades docentes fuera de la jornada laboral con remuneración, excepto las realizadas en las universidades¹. Lo anterior se indicó en el dictamen DJ-C-428-2019 del 01 de octubre del 2019, en el que además se atendió lo peticionado por el Consejo Superior en la sesión número 52-19 celebrada el 7 de junio de 2019 artículo LXXVI, respecto de algunas inquietudes planteadas por la Licenciada Maureen Solís Madrigal.

Ahora bien, ese acuerdo de Corte Plena cambió ya que ese Órgano en la sesión 002-2020 del 13 de enero de 2020, artículo XLIV, actualmente permite que los profesionales en derecho que sirven en el Poder Judicial puedan concretamente brindar capacitaciones en el Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica, fuera de la jornada laboral y con remuneración, siempre que esa situación no interfiera en las labores propias del cargo que se ostente dentro del Poder Judicial (**antecedente i**) y en la sesión 005-2020 del 03 de febrero de 2020, artículo XX (**antecedente j**), dispuso extender el acuerdo 002-2020 dicho *“al resto de Colegios Profesionales”*.

¹ Acuerdo de Corte Plena tomado en la sesión número 37-2019 del 02 de setiembre, artículo XIX modificado por el acuerdo de ese mismo órgano tomado en la sesión número 002-2020 del 13 de enero de 2020 artículo XLIV.

Como se puede ver esos dos consensos validan que toda la población profesional que labora en este Poder de la República, tiene la posibilidad de brindar capacitaciones o cursos con remuneración en los distintos colegios profesionales con las condiciones indicadas en esos dos acuerdos. Empero, no se vislumbra si se pueden ofrecer dichas capacitaciones o cursos sin percibir ninguna retribución económica, cuestión que ahora plantea el Consejo Superior (**antecedente d**).

En virtud de lo anterior, lo que somete a consideración el Consejo Superior ha de analizarse desde la perspectiva de los regímenes que limitan el ejercicio profesional liberal de una persona funcionaria judicial y el deber de probidad que se exige a todas las personas funcionarias públicas, en aquellos casos que no se desprenden de los acuerdos de la Corte Plena 002-2020 y 005-2020 dichos.

b.- La limitación al ejercicio liberal profesional.

El ejercicio profesional privado que una persona realice se ha concebido como un derecho fundamental que sólo se puede gravar de forma impositiva por ley o bien limitarse mediante un contrato. Precisamente en el ordenamiento jurídico costarricense orbitan dos regímenes que limitan ese ejercicio; por una parte, el de la prohibición, que es impositivo y por ende legal; y, por otra, el de dedicación exclusiva, que es de naturaleza contractual².

Ambos han sido positivizados por lo que hay que atenerse a la ley para observar si pueden restringir que una persona servidora judicial profesional imparta capacitaciones o cursos sin remuneración fuera de la jornada laboral; pero, primero ha de hacerse énfasis a un tema primordial que trasciende la esfera de ambos regímenes, como lo son el deber de probidad que rige la función pública; y, el conflicto de intereses que pueda darse con el ejercicio particular en relación con el fin público.

c. El deber de probidad y el conflicto de intereses.

El artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, señala al deber de probidad que rige la función pública, que es en palabras de la Contraloría General de la República:

“una obligación básica de todo funcionario público, mismo que ya se encontraba establecida en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, cual es que “el servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfaga primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados”, en donde el interés público se distingue y prevalece sobre el interés de la Administración (véase el inciso 2 del mismo ordinal 113) y en

² El criterio DJ-C-398-2019 de esta Dirección Jurídica, configura un marco general sobre ambos regímenes.

cuya apreciación ha de tenerse en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. (véase el inciso 3 del mismo ordinal 113). Es decir, las leyes presentan al funcionario público como un servidor de los administrados –artículo 114 de la Ley General de la Administración Pública-, y por lo tanto, como un promotor y garante del interés público y del bienestar social, por encima de cualquier otro interés personal, privado, de grupo o incluso de la propia Administración, sobre los cuales ha de prevalecer el interés público. La novedad que trae al ordenamiento jurídico el deber de probidad es que introduce elementos más concretos y apreciables que permiten orientar la labor del funcionario público, a efecto de que su gestión verdaderamente responda al mandato de que es depositario al servicio de la comunidad, estableciendo elementos mínimos que deben necesariamente seguirse para que el trabajo del servidor público sea el que se espera de él (...).”³.

En cuanto al tema del conflicto de interés, la Procuraduría General de la República ha señalado:

“(...) El tema del “conflicto de intereses” en la función pública, ha sido abordado por esta Procuraduría General en muchas ocasiones, y por ende, ha sido objeto de desarrollo a través de los dictámenes y opiniones jurídicas emitidos en el ejercicio de la función consultiva que se nos ha atribuido legalmente.

Es menester traer a colación la opinión jurídica OJ-035-2007 de fecha 23 de abril del 2007, la cual recoge el criterio que ha venido sosteniendo este Órgano Asesor sobre el particular. En lo pertinente, se manifestó lo siguiente:

II.-Los principios éticos de la función pública y los conflictos de intereses

Antes de entrar al análisis del tema de fondo, cabe hacer la observación de que la gestión de mérito no hace mención alguna acerca de la posible sujeción del ingeniero municipal al régimen de prohibición o dedicación exclusiva, de tal suerte que el análisis que a continuación exponemos parte de la premisa de que este funcionario se encuentra en posibilidad de ejercer liberalmente su profesión, desde luego, una vez cumplida su jornada laboral, toda vez que la superposición horaria constituye una grave falta en la función pública, tal como lo ha señalado reiteradamente este Despacho.

Una vez aclarado lo anterior, a modo de marco general sobre el tema que involucra la consulta, resulta de especial importancia recalcar que todo funcionario debe garantizar la prevalencia del interés público y el interés institucional sobre cualquier tipo de interés privado. Al respecto, el artículo 3 de

³ Oficio N° 16645 (DAGJ-3689) del 9 de diciembre de 2005.

la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley N° 8422), dispone:

“Artículo 3°—Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente”. De modo complementario, el inciso 11) del artículo 1° del reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito establece en lo conducente:

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

(...)

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

a) Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República;

b) Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley;

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

(...)

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

g) Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público.” (Énfasis agregado)

Asimismo, resulta importante tener en cuenta que el artículo 4° de la citada Ley N° 8422 dispone expresamente que “sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal”.

De igual modo, eventualmente puede resultar aplicable el artículo 38 inciso b) del mismo cuerpo normativo, que a la letra dispone:

“Artículo 38.-

Causales de responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que:

(...)

b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público. Sin que esta ejemplificación sea taxativa, se incluyen en el supuesto los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en los que se encuentre interesado el posible empleador.

Así las cosas, debe tenerse presente que la condición de funcionario público implica el cumplimiento de deberes y obligaciones de carácter ético consagrados en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el funcionario está llamado a proteger y a defender el interés público y el interés de la institución a la cual sirve, así como a actuar con rectitud en todo momento, las actividades de cualquier índole que realice a nivel privado –aún cuando sea fuera de horas de trabajo– no pueden entrañar un conflicto de intereses respecto de sus funciones como servidor público.

Por consiguiente, aun cuando el servidor se encuentre legalmente autorizado para ejercer de modo liberal su profesión, ello no puede aparejar la violación de postulados básicos del servicio público, que le obligan a observar una conducta apegada a los más altos principios éticos, mostrando en todo momento el respeto al deber de probidad, la lealtad al cargo que ejerce y la defensa de los intereses públicos que persigue la institución para la cual presta sus servicios. Es decir, no debe en modo alguno comprometer su imparcialidad, generando conflictos de intereses al propiciar el favorecimiento del interés privado –incluyendo el suyo propio– en detrimento del interés público.

Bajo este orden de ideas, si un funcionario ocupa el cargo de ingeniero municipal, en el ejercicio liberal de su profesión no podría asumir la dirección profesional de un proyecto que debe ser conocido y aprobado en la propia Municipalidad para la cual labora, situación que innegablemente lo colocaría en un evidente conflicto de intereses.

En efecto, en este punto no puede perderse de vista que el ingeniero municipal ejerce una serie de potestades respecto del visado o aprobación con que debe contar toda obra que se vaya a construir en el respectivo cantón, situación que resulta claramente inconciliable con la posibilidad de dirigir profesionalmente proyectos de obra a nivel privado, que serán construidos dentro de la jurisdicción de ese municipio, pues justamente son esas obras las que le corresponde aprobar y fiscalizar. Entra en juego aquí el principio de que quien ostenta la autoridad para fiscalizar no puede a su vez ocupar la posición del sujeto fiscalizado, como una garantía básica de imparcialidad, transparencia y prevención de conflictos de intereses. Admitir lo contrario vendría a propiciar una situación que genera un grave daño para la credibilidad del gobierno local y para el ejercicio transparente de la función pública. (...)

Debe recordarse que en el ejercicio de la función pública existen principios cuyo cumplimiento resulta indispensable, tales como el de imparcialidad e independencia, pilares fundamentales del régimen de incompatibilidades.

Acerca de este tema, viene al caso mencionar lo expuesto por este órgano asesor en el Dictamen número C-079-2000 de 24 de abril del 2000, en el que se expresó lo siguiente:

“En este sentido, es válido afirmar que la imparcialidad constituye uno de los principios rectores en el ejercicio de la función pública, derivado de lo dispuesto en el artículo 11 Constitucional. Así lo ha reconocido la Sala Constitucional:

“(...) el artículo 11 de la Constitución Política establece el principio de legalidad, así como también sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que éstos están sometidos a la Constitución y a las leyes; aquí nace el fundamento de las incompatibilidades, el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre interés público e interés privado”. (Sentencia N°. ° 3932-95 de las 15:33 hrs. del 8 de junio de 1995).

Se desprende de lo anterior, que el principio de imparcialidad, conjuntamente con el de independencia en la gestión pública, constituye el pilar en el que se asienta toda legislación sobre incompatibilidades. En efecto, para obviar los conflictos de intereses y salvaguardar el interés público, el legislador ha elaborado un conjunto de reglas éticas que deben ser observadas por los funcionarios en el ejercicio de la función pública.

Entre tales reglas están las referentes a la abstención y recusación (artículos 230 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública).

En el dictamen número C-112-98 de 15 de junio de 1998, la Procuraduría General de la República sostuvo que el fundamento de la incompatibilidad es la existencia o eventualidad de un conflicto de intereses, de tal manera que en todo

aspecto en que pueda existir un conflicto entre el interés público y privado existe una incompatibilidad.

El anterior razonamiento lo encontramos implícitamente en la resolución de la Sala Constitucional N° 2883-96 de las 17:00 hrs. del 13 de junio de 1996, cuando expresa:

"... al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que puede inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad o independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los funcionarios, del principio – deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública. En el fondo lo que existe es una exigencia moral de parte de la sociedad en relación (sic) a la prestación del servicio público. El régimen de incompatibilidades persigue evitar que corra peligro la función pública, con el consecuente perjuicio para la administración y los usuarios, que resultaría inaceptable. El sistema de garantías para el ejercicio de la función pública, tiene un soporte ético relacionado con el principio de igualdad de trato para todos los administrados..." (Opinión Jurídica OJ-035-2007 de fecha 23 de abril del 2007. En igual sentido ver dictámenes C-128-2007 de fecha 27 de abril del 2007 y C-278-2006 de fecha 7 de julio del 2006. El énfasis es nuestro) Viene de la transcripción hecha, que la función pública se rige bajo principios éticos tendientes a garantizar el ejercicio transparente de ésta, de suerte que los funcionarios públicos, independientemente de si están sujetos a un régimen de dedicación exclusiva o si por el contrario están en posibilidad de ejercer libremente su profesión, deben guiar el ejercicio de sus competencias conforme al deber de probidad, de manera que en todo momento su gestión vaya dirigida a la persecución y efectiva satisfacción del interés público sobre cualquier interés particular que pueda mediar.

Desde esta perspectiva, se busca evitar colocar a sus servidores en un potencial conflicto de intereses que ponga en riesgo el adecuado cumplimiento de sus competencias y el ejercicio transparente de la función pública. Así las cosas, si bien es cierto hay casos en los que no existe una prohibición expresa para que sus funcionarios realicen actividades propias de su profesión de forma privada y fuera de las horas laborales –lo cual evita la superposición horaria-, es claro que en tanto dichas actividades puedan significar un conflicto entre el interés público y su interés particular –en los términos antes definidos-, al coincidir la actividad privada con las funciones propias de su cargo como funcionarios público, o bien, propias del órgano para el cual labora -en cuyo caso el formar parte de la estructura orgánica le permitiría tener una ventaja de toda índole que no tendrían terceras personas y la cual le podría eventualmente significar un provecho-, estamos en presencia de un claro conflicto de intereses.

Consecuencia de lo anterior, debe entenderse que siempre que exista la posibilidad de un conflicto de intereses, como ocurre en el supuesto antes referido, existe una prohibición para que el funcionario realice de forma privada actividades cuya naturaleza pueda comprometer la transparencia y apego a la legalidad de la función pública, prohibición que como hemos dicho, se deriva de los principios éticos que rigen la función pública –contenidos en la Ley No. 8422 y su Reglamento-.”⁴.

Todo lo anterior evidencia los principios de objetividad, lealtad, imparcialidad, transparencia, neutralidad y ética que rigen la función pública. En virtud de ellos “...el servidor siempre se encontrará cubierto por las responsabilidades éticas derivadas de su función, y que le impiden ponerse en una situación de conflicto de intereses, por lo que el ejercicio privado de cualquier otra profesión que ostente el servidor, sea remunerada o ad honorem, estará restringido por éstas responsabilidades éticas que resultan inherentes al cargo que ostenta”⁵.

En ese último sentido ha señalado la Procuraduría que:

“en virtud del carácter que tiene la función pública en nuestro ordenamiento jurídico, se ha intentado regular en alguna medida la incompatibilidad de intereses que pudieran surgir entre aquellos propios del cargo que ocupa un funcionario público y los derivados del ejercicio de la profesión que ostenta como tal, pues de darse una confrontación entre ambos conceptos, podría contravenirse con los principios de la objetividad, lealtad, imparcialidad, transparencia y neutralidad. Mismos que derivan de la máxima constitucional del artículo 11, según la cual todo funcionario público, una vez sometido al régimen jurídico que le rige, se encuentra obligado a cumplir a cabalidad con cada uno de los deberes y obligaciones que su puesto le demanda. De este modo y con el fin de prevenir cualquier colisión de estos intereses, se han desarrollado los institutos jurídicos de la dedicación exclusiva y la prohibición para el ejercicio particular de la profesión.”⁶.

Aunado a ello, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, establece en su artículo 38 inciso b) que el funcionario público independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva al que esté sometido será responsable administrativamente cuando:

⁴ Dictamen C-192-2008 del 4 de junio del 2008.

⁵ Dictamen N° C-282-2009 del 13 de octubre de 2009 de la Procuraduría General de la República.

⁶ Dictamen C-193-2008 del 04 de junio de 2008.

“ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público. Sin que esta ejemplificación sea taxativa, se incluyen en el supuesto los siguientes casos: el estudio, la revisión, la emisión de criterio verbal o escrito, la preparación de borradores relacionados con trámites en reclamo o con ocasión de ellos, los recursos administrativos, las ofertas en procedimientos de contratación administrativa, la búsqueda o negociación de empleos que estén en conflicto con sus deberes, sin dar aviso al superior o sin separarse del conocimiento de asuntos en los que se encuentre interesado el posible empleador.” (el resaltado es suplido).

Por su parte, la Contraloría General de la República ha definido al conflicto de intereses como sigue:

“toda situación o evento en que los intereses personales, directos o indirectos, de los asociados, administradores o funcionarios de una organización o institución, se encuentren en oposición con los de la entidad; interfieran con los deberes que le competen a ella, o los lleven a actuar en su desempeño por motivaciones diferentes al recto y real cumplimiento de sus responsabilidades. En resumen, existe conflicto de intereses cuando en el ejercicio de las labores dentro de una institución, sobreviene una contraposición entre los intereses propios y los de la institución.

Ahora bien, el eventual –real o potencial- conflicto de intereses que pueda surgir entre la entidad y sus representantes, entre el interés personal y el de la institución, el funcionario público está llamado a evitarlo (es obligatorio), excusándose o absteniéndose (los instrumentos de la excusa, abstención o recusación) de atender todas aquellas situaciones que puedan generarle este tipo de roces; el principio de imparcialidad debe regir en la sana administración de la cosa pública. El artículo 11 de la Constitución Política establece el principio de legalidad, y sienta las bases constitucionales del deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, al señalar que éstos están sometidos a la Constitución y a las leyes. Aquí nace el fundamento de este régimen de incompatibilidades e impedimentos; el funcionario público no puede estar en una situación donde haya colisión entre el interés público y su interés privado. Así las cosas, el principio de imparcialidad, conjuntamente con el de independencia en la gestión pública, constituye el pilar en el que se asienta toda la legislación sobre incompatibilidades.

En efecto, para obviar los conflictos de intereses y salvaguardar el interés público, el legislador ha elaborado un conjunto de reglas éticas que deben ser

observadas por los funcionarios en el ejercicio de la función pública. Entre tales reglas están las referentes a la abstención y recusación (artículos 230 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública).”⁷.

De lo transcrito puede observarse que el deber de probidad juega un papel preponderante en la función pública, que permea toda posibilidad del ejercicio particular de una persona funcionaria pública y que, debe estimarse en aquellos casos que se pueda ejercer una actividad profesional privada.

En materia de los conflictos de intereses y de más reciente data es importante observar la “*REGULACIÓN PARA LA PREVENCIÓN, IDENTIFICACIÓN Y LA GESTIÓN ADECUADA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL PODER JUDICIAL*”, cuerpo normativo aprobado en la sesión de Corte Plena 014-2019 del 01 de abril de 2019, artículo XIII y que entró en vigor el 01 de marzo del presente año.

Dicho instrumento “*busca dotar al Poder Judicial de una normativa que oriente y regule la prevención, la identificación y la debida gestión de los conflictos de interés del personal del Poder Judicial, y contribuya al aseguramiento de la imparcialidad y la probidad en el ejercicio de sus funciones y en la satisfacción del interés público*”⁸. Según su artículo 2, un conflicto de interés de naturaleza pública “*es aquel que involucra un conflicto entre el deber público y los intereses privados de una persona servidora pública, en el que esta tiene un interés privado con capacidad de influir indebidamente en el ejercicio de sus deberes y responsabilidades oficiales*”.

Por su parte el artículo 7 hace responsable a la persona servidora judicial “*de vigilar que sus intereses privados no afecten las funciones a cargo del Poder Judicial, la confianza y credibilidad institucional*” y “*evitar colocarse en situaciones de conflictos de interés que menoscaben o pongan en riesgo su imparcialidad, independencia e integridad para el ejercicio de las funciones de su cargo o puedan generar dudas razonables acerca de su objetividad o independencia o la del Poder Judicial*”.

Merece muy particular atención lo reglado en el numeral 22, el cual reza:
“*Artículo 22. Pago por discursos, conferencias o actividades similares. Las personas servidoras judiciales no podrán aceptar honorarios ni ningún tipo de regalía o remuneración por su participación en discursos, conferencias, o actividades similares, cuando hayan sido invitados a participar en razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones o del cargo que desempeñan. Quedan exceptuadas las actividades académicas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley*

⁷ Oficio N° 7728 (DJ-0346-2009) del 22 de julio de 2009.

⁸ Artículo 1.

Orgánica del Poder Judicial y los gastos de traslado, viáticos y hospedaje, todo condicionado a la autorización previa del Consejo Superior o Corte Plena, según corresponda.”.

Según el artículo anterior, es prohibido a las personas servidoras judiciales que participan en discursos, conferencias, o actividades similares con ocasión del ejercicio de sus funciones o del cargo público que desarrollan; recibir remuneración, honorarios o regalías⁹, con las excepciones que ahí se consignan.

No es óbice señalar que la Regulación apuntada, es útil para la identificación de todas aquellas situaciones que podrían constituir conflicto de intereses; por lo cual, cada persona servidora judicial deberá tener presente la normativa citada cuando se encuentre ante la posibilidad de realizar actividades de capacitación o docentes.

d. Ley de Salarios de la Administración Pública.

Una vez analizado lo anterior, ha de observarse la Ley de Salarios de la Administración Pública, para verificar si cabe la opción de que todas las personas funcionarias judiciales profesionales en el Poder Judicial puedan ejercer la docencia o participar de actividades académicas o de capacitación como facilitadores o conferencistas, en centros de enseñanza superior o fuera de estos **sin remuneración**.

Para ello se tiene que la Ley 9635 que modificó la Ley de Salarios de la Administración Pública, redujo en los capítulos III y IV de esa Ley aspectos relativos a los regímenes de dedicación exclusiva y prohibición, que en lo que corresponda se estudiarán a continuación.

d.1. El capítulo III.

El numeral 27 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, sienta algunas definiciones entre las cuales se encuentran la de los dos regímenes apuntados.

Sobre la dedicación exclusiva indica que es un régimen de naturaleza contractual que surge por iniciativa de la Administración cuando se identifica la necesidad de que quien ostente un cargo público se desempeñe en ese puesto de manera exclusiva, lo cual implica que **no ejerza su profesión liberal ni profesiones relacionadas con dicho cargo en ninguna otra institución pública o privada, por un periodo de tiempo definido**. Es de carácter potestativo y únicamente podrá ser otorgada a los funcionarios del sector público que firmen el respectivo contrato. Su compensación económica se otorga dependiendo del grado académico y las características del puesto.

⁹ Ver en lo que corresponde el acuerdo del Consejo Superior N° 017-2019 del 26 de febrero de 2019, artículo XXIV.

A la prohibición, la define como una restricción impuesta legalmente a quienes ocupen determinados cargos públicos, con la finalidad de asegurar una dedicación absoluta de tales servidores a las labores y las responsabilidades públicas que les han sido encomendadas. Todo funcionario público que reciba el pago por prohibición **tendrá imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo**, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, **o incluso ad honorem**.

A partir de esas definiciones puede concluirse de primera mano lo siguiente:

- El ejercicio de forma exclusiva al que se compromete una persona servidora pública cuando suscribe un contrato de dedicación exclusiva con la Administración, implica que no ejerza su profesión liberal ni profesiones relacionadas con el cargo que ejecuta en ninguna otra institución pública o privada, por un periodo de tiempo definido.
- Todo funcionario público que esté sometido al régimen de la prohibición tendrá imposibilidad de desempeñar su profesión o profesiones en cualquier otro puesto, en el sector público o privado, estén o no relacionadas con su cargo, sean retribuidas mediante sueldo, salario, dietas, honorarios o cualquier otra forma, en dinero o en especie, o incluso *ad honorem*.

Lo anterior debe matizarse con lo consignado en el capítulo IV de la Ley adicionada.

d.2. El capítulo IV.

Es importante denotar que los efectos del capítulo IV en lo correspondiente a los regímenes bajo análisis han sido adoptados por el Poder Judicial¹⁰.

Este capítulo vislumbra en el numeral 28, la naturaleza contractual del régimen de dedicación exclusiva, pues señala aspectos de su vigencia, prestación y contraprestación (característica sinalagmática propia de los contratos bilaterales), la mutabilidad presente en materia de convenios que desemboca en la imposibilidad de estos de crear derechos adquiridos; por último, y no menos importante, eso sí ajeno al aspecto contractual apuntado, la exigencia que se establece a toda persona funcionaria pública que no esté bajo ningún régimen limitativo de su ejercicio profesional particular de *“abstenerse de participar en actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de interés o*

¹⁰ Acuerdo de Corte Plena tomado en la sesión 11-19 del 18 de marzo de 2019, artículo XIV.

favorezcan el interés privado en detrimento del interés público”, aspecto ya tratado en el punto “c” anterior.

Al seguir con el análisis del capítulo referido, se encuentra que el artículo 32 dicta las obligaciones a las que se someten las personas servidoras públicas cuando están cubiertas por alguno de esos dos regímenes.

Para el caso de la dedicación exclusiva se establece que la persona servidora que ostente más de una profesión no puede ejercer, de forma particular o *ad honorem*, la profesión o profesiones que tengan relación con el cargo que desempeña y que constituyen un requisito para el desempeño del puesto que ocupa, ni otra actividad relacionada con el compromiso contractual de exclusividad en la función. Esto complementa la definición dada al régimen de dedicación exclusiva en el capítulo III.

Respecto de la prohibición, determina que quienes estén sujetos por ley a ese régimen no podrán ejercer su profesión o profesiones, independientemente de que cumplan o no con los requisitos para hacerse acreedores a la compensación por este concepto; de modo que, es consecuente también con la definición dada en el capítulo III de cita.

Por su parte, el ordinal 33 define que la persona servidora pública puede ejercer aquellas profesiones que no hayan sido cubiertas por el contrato de dedicación exclusiva, siempre y cuando las que se encuentren relacionadas con el cargo por el que suscribe el contrato, no contravengan el horario de la institución, ni los **intereses del Estado**.

De lo anterior y lo expuesto en cuanto al conflicto de intereses, queda claro que el régimen de dedicación exclusiva no le impide, en principio, a la persona funcionaria pública sujeta a un contrato de dedicación exclusiva realizar otras actividades en el ámbito privado, que no tengan relación con la profesión que configura el requisito para un puesto, sean estas remuneradas o *ad-honorem*. Tampoco le impide, en principio, ejercer otra profesión que no es objeto de la dedicación exclusiva.

Así que, en el caso de que el funcionario tenga dos o más profesiones, fuera del horario laboral y siempre y cuando no se dé ningún conflicto de intereses con la institución para la cual presta su servicio, podrá ejercer válidamente la otra profesión no cubierta por el contrato o no relacionada con el puesto que se ostenta, esto para los casos de quienes estén cubiertos por el régimen de dedicación exclusiva.

Esto significa que, **en cuanto al régimen de dedicación exclusiva y en relación con las profesiones no cubiertas por el contrato o que no tengan vinculación con el puesto,**

las personas sujetas a ese régimen podrían dar capacitaciones o conferencias con remuneración, siempre que no exista una superposición horaria, ni conflictos de intereses.

En cuanto a la prohibición, el capítulo IV de la Ley de Salarios de la Administración Pública determina que las personas sujetas a ese régimen **no podrán ejercer de manera privada, de forma remunerada o *ad honorem*** la profesión o las profesiones que ostenten; lo cual, deja observar en conjunto con la definición dada en el capítulo III de esa misma ley, que es más rígido el régimen de la prohibición que el de la dedicación exclusiva.

Ahora bien, el artículo 34 establece algunas excepciones a la aplicación del 33. En lo que corresponde al presente análisis, la docencia en centros de enseñanza superior fuera de la jornada ordinaria constituye una excepción para ambos regímenes, siempre y cuando no se afecte además el desempeño normal e imparcial del cargo y no exista un conflicto de intereses. Es decir que, **todas las personas profesionales que laboran en el Poder Judicial pueden de forma remunerada ofrecer servicios de docencia en centros de enseñanza superior -v.g. universidades públicas o privadas- fuera de sus jornadas laborales siempre y cuando no se afecte el desempeño normal e imparcial del cargo y no posibiliten un conflicto de intereses.**

No está demás recalcar que la Sala Constitucional ha señalado que la cantidad de horas de docencia que se pueden dar fuera de la jornada laboral debe estar limitada. Así en la sentencia 5012-2001 de las 10:09 horas del 12 de junio de 2001, se señaló que:

“En resumen, esta Sala considera que la prohibición de ejercer la profesión implica la prohibición de ejercer docencia, aunque debe entenderse como de principio que se exceptuó la docencia universitaria hasta un máximo de un cuarto de tiempo, según es común en el sector público; que en horas de trabajo solo pueden laborar para ese fin un máximo de cinco horas semanales, único caso en que se requiere autorización del Consejo Superior del Poder Judicial; que es correcto limitar el total de horas dedicadas a la docencia universitaria a un cuarto de tiempo; y que por docencias universitarias se entiende la desarrollada tanto en centros públicos como privados.” (sic).

La Sala entiende ese “cuarto de tiempo”, como el resultado de la operación aritmética de dividir la cantidad de horas de trabajo semanales de jornada ordinaria, entre cuatro, todo lo cual resulta, en diez horas semanales de labores docentes ¹¹.

El razonamiento que señala la Sala Constitucional puede extrapolarse también a aquellos casos en los que la persona funcionaria pública se encuentre cubierta por el régimen

¹¹ Puede tomarse en cuenta en lo que corresponda el criterio de esta Dirección DJ-AJ-4259-2017.

de dedicación exclusiva; ya que la persona se somete a la limitación de su ejercicio profesional privado en los términos y excepciones en que apunta la ley (artículos 33 y 34 de la Ley de Salarios de la Administración Pública), y en eso no se diferencia del régimen de la prohibición.

Hasta aquí se puede decir que, si el ejercicio docente con remuneración ejecutado por parte de las personas servidoras públicas profesionales en centros de enseñanza superior, escuelas universitarias o establecimientos oficiales de enseñanza, es decir en **universidades públicas o privadas** es lícito; con mucha más razón en dichos lugares podría darse ese ejercicio de manera **no remunerada**, eso sí de modo que se respete siempre el deber de probidad y el buen desempeño del cargo público.

Por otra parte, esta Dirección Jurídica considera que **sí es posible que una persona servidora judicial sometida al régimen de la prohibición o dedicación exclusiva, pueda capacitar o dar cursos sin remuneración en centros distintos a los señalados antes siempre y cuando las ponencias o exposiciones en congresos, seminarios o charlas sean de interés Institucional atinentes al cargo que ostentan**¹². Lo anterior puesto que esos profesionales lo harían en ejercicio de su función pública.

Por último, es importante indicar que el criterio C-224-2018 de la Procuraduría General de la República, señala que:

“los funcionarios sujetos a la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión contemplada en el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública sí pueden participar en “... charlas, talleres, conferencias y capacitación en general de manera remunerada, sea a entidades públicas, privadas, nacionales y extranjeras...”, pues tales actividades no constituyen una forma de ejercicio liberal de la profesión. No obstante, esa posibilidad está sujeta a dos condiciones: que no exista superposición horaria, es decir, que no se utilice tiempo de la jornada ordinaria para dedicarlo a ese tipo de actividades; y que tales actividades no impliquen la violación al deber de probidad, ni generen conflictos de interés.”.

El criterio anterior, es claro al indicar que quienes estén sujetos a la prohibición establecida en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, sí podrían participar en actividades de capacitación o docente en entidades públicas, privadas, nacionales o internacionales con remuneración y bajo las

¹² Acuerdo del Consejo Superior N° 017-2019 del 26 de febrero de 2019, artículo XXIV y artículo 22 de la Regulación para la prevención, identificación y la gestión adecuada de los conflictos de interés en el Poder Judicial.

condiciones ahí planteadas, puesto que según lo determina la Procuraduría General de la República, esas actividades no representan una forma de ejercicio liberal de la profesión.

Sin embargo, a pesar de que dicho criterio constituye jurisprudencia administrativa, esta Dirección no respalda las respetables consideraciones de la Procuraduría, puesto que el artículo 14 en cuestión, excepciona a las actividades docentes en centros universitarios del régimen de prohibición ahí contenido, por lo que el legislador claramente entendió que las actividades docentes fuera de esos centros a *contrario sensu*, estaría prohibido independientemente de constituir una actividad profesional liberal o no, ya que de no ser así no hubiera previsto tal excepción.

III.- CONCLUSIONES. –

a. Todas las personas servidoras judiciales profesionales que están sujetas al régimen de dedicación exclusiva o prohibición, podrían ejercer la docencia en **centros superiores de enseñanza -universidades públicas y privadas-, con remuneración y sin remuneración.**

b. Todas las personas servidoras judiciales profesionales que estén limitadas en el ejercicio liberal de su profesión podrían capacitar o dar cursos **sin remuneración** en centros distintos a los señalados antes; siempre y cuando, las ponencias o exposiciones en Congresos, Seminarios o Charlas sean de interés Institucional, atinentes al cargo que ostentan y no reciban remuneración alguna por su participación ni se posibilite un conflicto de intereses, con las excepciones señaladas en el artículo 22 de la “*Regulación para la prevención, identificación y la gestión adecuada de los conflictos de interés en el Poder Judicial*”.

c. Todas las personas profesionales que laboren en el Poder Judicial, puede desarrollar actividades docentes fuera de la jornada laboral en los distintos colegios profesionales, según los acuerdos de la Corte Plena dichos en los antecedentes “i” y “j”.

d. Los profesionales cubiertos por el régimen de prohibición establecido en el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, sí podrían participar en actividades de capacitación o docente en entidades públicas, privadas, nacionales o internacionales con remuneración según lo determina la Procuraduría General de la República en el dictamen C-224-2018.

e. En todos los casos, siempre deberá contemplarse el principio de probidad y del buen desempeño del cargo. También debería respetarse el límite de horas en que pueden realizarse las actividades de docencia, tal como lo indica la Sala Constitucional en su resolución 5012-2001 de las 10:09 horas del 12 de junio de 2001. Es decir, el tiempo máximo de ese ejercicio debería ser de “*un cuarto de tiempo*”, lo cual entiende esa Sala, resulta de la operación aritmética de dividir la cantidad de horas de trabajo semanales de jornada ordinaria, entre

cuatro, todo lo cual resulta, en diez horas semanales de labores docentes. Aunado a lo anterior, debe contemplarse la “*Regulación para la prevención, identificación y la gestión adecuada de los conflictos de interés en el Poder Judicial*” en lo que refiere a la materia de conflicto de intereses dentro del Poder Judicial.

f. Esta unidad asesora emite el presente informe en aplicación de los criterios y acuerdos mencionados *ut supra*, empero mantiene su criterio en el sentido de que la norma de aplicación restringe la posibilidad de ejercicio de docencia únicamente a centros de enseñanza superior.

Dejamos así evacuada su solicitud de criterio al respecto.

Atentamente:

***Lic. Roberth Fallas Gamboa
Profesional en Derecho 3B***

***MSc. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Directora Jurídica a.i.***

Ref: (1329-19)