



Los textos completos de los dictámenes y opiniones jurídicas que se ofrecen en esta publicación pueden consultarse directamente por Internet en la página <http://www.pgr.go.cr/scij> del Sistema Nacional de Legislación Vigente de la Procuraduría General de la República. Igualmente, en ese sitio encontrará la Constitución Política, convenios internacionales, leyes vigentes, decretos ejecutivos, reglamentos, acuerdos y cualquier otra norma de aplicación general publicados en La Gaceta, así como los informes sobre acciones de inconstitucionalidad presentadas ante la Sala Constitucional, todo ello de manera gratuita e ininterrumpida.

Además, como un nuevo servicio institucional y de soporte para la divulgación de la información jurídica, la Procuraduría General de la República ha creado la **Revista Electrónica** que contiene, entre otras novedades:

1. Los dictámenes y opiniones jurídicas más solicitados durante el trimestre.
2. Artículos y publicaciones jurídicas elaborados por funcionarios de la PGR.
3. Leyes, decretos y reglamentos de reciente publicación.

La Revista Electrónica se publica trimestralmente y puede consultarse por Internet.

Le invitamos a visitar nuestra página <http://www.pgr.go.cr> para mayores detalles sobre nuestros servicios.

CONTENIDO

DICTÁMENES

OPINIONES JURÍDICAS

Pág.
Nº
1
5

DICTÁMENES

Dictamen: 104 - 2020 Fecha: 31-03-2020

Consultante: Salazar Carvajal Irene

Cargo: Secretaria General

Institución: Consejo Superior de Educación

Informante: Elizabeth León Rodríguez

Temas: Consejo Superior de Educación. Colegio Universitario de Cartago. Autonomía Universitaria Alcances de la Ley Orgánica del Colegio Universitario de Cartago, No. 9625. Competencias del Consejo Superior de Educación. Regulación de Instituciones de Enseñanza Superior Parauniversitaria.

La Sra. Irene Salazar Carvajal, Secretaria General, Consejo Superior de Educación, mediante oficio CSE-SG-714-2019 de 7 de agosto de 2019, transcribe el acuerdo de ese Consejo no. 05-33-2019 que dispuso:

“Solicitar criterio a la Procuraduría General de la República sobre los alcances de la Ley No 9625 “Ley Orgánica del Colegio Universitario de Cartago”, en relación a las competencias del Consejo Superior de Educación asignadas por la Ley 6541 “regula instituciones de enseñanza superior parauniversitaria”, y el Decreto Ejecutivo 38639-MEP Reglamento a la ley que regula las instituciones de enseñanza superior parauniversitaria”, en el siguiente aspecto:

¿Está el Colegio Universitario de Cartago excluido de las obligaciones dispuestas en la Ley No 6541 y su reglamento de aportar al Consejo Superior de Educación información como nóminas de personal docente, registros de firmas, informes estadísticos de matrícula y graduados así como todos aquellos requisitos o trámites atinentes a las demás parauniversitarias incluidos los trámites de aprobación o autorización para la aplicación del requisito final de graduación y la inscripción de títulos?

Esta Procuraduría, en dictamen N°. C-104-2020 de 31 de marzo de 2020, suscrito por la Procuradora Licda. Elizabeth León Rodríguez, concluye que:

En lo que tiene que ver con la presentación de las nóminas de personal docente, debe señalarse que según la Ley 9625 el CUC puede nombrar personal docente y administrativo y que la Ley 6541 no contiene ninguna disposición relacionada. Por su parte, el artículo 25 del Reglamento dispone que cada institución parauniversitaria pública establecerá las normas de clasificación y selección del personal. Mientras que, la obligación de informar sobre la sustitución o nombramiento de personal a la Secretaría General del Consejo Superior de Educación, así como de actualizar la nómina de docentes una vez al año ante esa Secretaría, corresponde, exclusivamente, a las instituciones de educación parauniversitaria privadas, pues, el artículo 62 que la contiene, forma parte del Título III del Reglamento, destinado a regular las condiciones especiales de esos centros privados. En consecuencia, esa obligación particular de informar sobre la sustitución o nombramiento de personal y de actualizar la nómina de docentes una vez al año, no resulta aplicable al CUC.

Luego, se requiere que determinemos si el CUC debe presentar “informes estadísticos de matrícula y graduados así como todos aquellos requisitos o trámites atinentes a las demás parauniversitarias incluidos los trámites de aprobación o autorización para la aplicación del requisito final de graduación.”

Ante ello, se reitera que la Ley 9625 establece que el CUC será supervisado por el Consejo Superior de Educación en los temas de aprobación, creación y supresión de las carreras parauniversitarias (artículo 1°); sujeta el reconocimiento de los títulos que otorgue a los demás requisitos que establezca la ley (artículo 4 inciso d); dispone que la creación, modificación, ajustes y la supresión de carreras debe proponerse al Consejo Superior de Educación (artículo 13 inciso e); y establece que los títulos que otorgue deben estar reconocidos por el Consejo Superior de Educación y que éstos se regirán por las normas de ese Consejo y las nomenclaturas establecidas por el Consejo Nacional de Rectores, según corresponda; en lo relativo a la carga académica, las unidades de valor académico o créditos, los grados y cualquier otro aspecto. (artículo 23).

Asimismo, es importante considerar el artículo 4° de la Ley 6541 establece que el Consejo Superior de Educación es el órgano encargado de la creación, supervisión y supresión de las carreras de educación superior parauniversitaria, tanto oficiales como particulares, así como de los planes de

estudio, programas y perfiles de salida de los graduados, de acuerdo con los reglamentos que dicte, todo conforme al Plan Nacional de Desarrollo.

Sobre la presentación de informes estadísticos de matrícula y graduados, el artículo 18 del Reglamento lo establece como función del Decano.

A pesar de que la Ley 9625 no contempla lo anterior como una función del Decano, resulta evidente que la información referida a la cantidad de alumnos matriculados y graduados de las carreras ofrecidas por el CUC es necesaria para que el Consejo Superior de Educación ejerza la dirección general de la enseñanza parauniversitaria, pudiendo valorar la necesidad de crear, aprobar y suprimir carreras parauniversitarias y supervisar los planes de estudio, programas y perfiles de salida de los graduados.

Entonces, al tratarse de información necesaria para el cumplimiento del mandato constitucional y legal del Consejo Superior de Educación, el CUC se encuentra obligado a suministrarla. Y, de igual modo, se encontraría sujeto a cualquier otro requisito que tenga como fin permitir el cumplimiento de esas funciones por parte del Consejo Superior de Educación, lo cual debe ser valorado en cada supuesto concreto.

Dictamen: 105 - 2020 Fecha: 31-03-2020

Consultante: Espinoza Morales Xinia

Cargo: Secretaria Concejo Municipal

Institución: Municipalidad de Garabito

Informante: Silvia Patiño Cruz. Yolanda Mora Madrigal

Temas: Recusación. Alcalde municipal. Concejo municipal. Recusación del Alcalde municipal. Relación no jerárquica. Órgano superior supremo.

La Licda. Xinia Espinoza Morales Secretaria del Concejo Municipal de la Municipalidad de Garabito, atendiendo lo acordado por el Concejo Municipal en la Sesión Ordinaria N° 201, Artículo III, Inciso A) celebrada el 02 de marzo de 2019, solicita nuestro criterio sobre lo siguiente:

“1- ¿Corresponde al Presidente de la República o al Concejo Municipal conocer y resolver la recusación que se haya planteado directamente en contra de la Alcaldía dentro de un procedimiento disciplinario cuya resolución corresponde a aquellas materias de exclusiva competencia?”

2- ¿Ha cambiado o se mantiene vigente el criterio emitidos (sic) en los dictámenes C-196-2014, C-321-2011 y C-116-2006?”

Mediante dictamen C-105-2020 del 31 de marzo 2020, suscrito por la Licda. Silvia Patiño Cruz, Procuradora Adjunta y la Licda. Yolanda Mora Madrigal, Procuradora Adjunta, se concluyó lo siguiente:

1. Corresponde al Concejo Municipal conocer y resolver de la recusación planteada contra un-Alcalde dentro de un procedimiento administrativo que, por competencia, le corresponde resolver y en el cual agote vía administrativa;

2. Se mantienen los criterios emitidos en los dictámenes C-196-2014 del 19 de junio de 2014, C-321-2011 de 19 de diciembre de 2011 y C-116-2006 de 20 de marzo de 2006, toda vez que se ajustan a las reglas que sobre el tema impone nuestro ordenamiento jurídico.

Dictamen: 106 - 2020 Fecha: 31-03-2020

Consultante: Vega Villalobos Manuel

Cargo: Director Ejecutivo

Institución: Consejo de Transporte Público

Informante: Luis Guillermo Bonilla Herrera

Temas: Suspensión del contrato laboral. Aguinaldo. Régimen del Servicio Civil. Aguinaldo completo. Incapacidad. Funcionarios del título i y del título ii del Estatuto de Servicio Civil.

Por oficio DE-2020-0008, de fecha 06 de enero de 2020, el Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público nos consulta: *¿Si (sic) los funcionarios del régimen del Servicio Civil, tanto los del Título I, así como los del Título II de su Estatuto, deben reconocérseles por igual o en iguales condiciones, el aguinaldo o salario adicional, y que con fundamento en el artículo 49 inciso e) del reglamento al Estatuto de Servicio Civil, cuando tales funcionarios se encuentran incapacitados y medie el pago de subsidio por enfermedad, para efectos del reconocimiento del aguinaldo, éste debe ser reconocido de manera completa?*

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-106-2020, de 31 de marzo de 2020, el Procurador Adjunto Lic. Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, conforme a una consistente línea jurisprudencial administrativa, por demás vinculante (arts. 2 y 3 inciso b) de la Ley N° 6815), concluye y reafirma que:

“El artículo 49, inciso e) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, permite el pago completo del aguinaldo o sueldo adicional de diciembre, en casos de suspensión de la relación de trabajo con responsabilidad para el Estado, tales como la enfermedad – *enfermedad común o riesgos del trabajo*- de los servidores públicos amparados al Título I “De la Carrera Administrativa” del citado Estatuto.

El artículo 174, inciso c) del Estatuto de Servicio Civil, le atribuye carácter salarial a los subsidios que, por enfermedad, perciba el personal amparado al régimen de la “Carrera Docente” del Título II de dicho Estatuto. De modo tal, que deben ser tomados en cuenta para el cálculo de su aguinaldo.

Disposiciones normativas, por demás, aplicables exclusivamente a dichos funcionarios en cada **ámbito** diferenciado.”

Dictamen: 107 - 2020 Fecha: 31-03-2020

Consultante: Calero Álvarez Marvin

Cargo: Auditor Interno

Institución: Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico

Informante: Luis Guillermo Bonilla Herrera

Temas: Función consultiva de la Procuraduría General de la República. Competencia de la Contraloría General de la República. Criterios de admisibilidad Consultas de auditores. Inadmisibilidad de consulta.

Por oficio CR-INCOP-AI-2020-069, de fecha 26 de febrero de 2020, el Auditor Interno del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP) formula una serie de interrogantes acerca del otorgamiento de permisos sin goce de salario y becas a empleados de confianza, así como a la suscripción de convenios interinstitucionales de permuta de personal bajo determinadas condiciones particulares.

En concreto se consulta:

“1. *¿Qué derechos le asisten a un funcionario que ocupa un puesto regular y solicita permiso sin goce de salario para trasladarse a otra institución pública a realizar otro tipo de funciones; esto en ausencia de regulación interna al respecto?*

2. *¿Es procedente que la Administración Superior autorice a que el funcionario que goza de permiso sin goce de salario pueda llevarse a otra institución donde va a servir, equipo electrónico que tenía a su cargo (computador portátil, celular, otros)?*

3. *¿Le asiste el derecho al funcionario que se le otorgue un permiso sin goce de salario que mantenga activas las cuentas de correo institucional; aun cuando reglamentariamente se ha establecido la inactivación o eliminación de las cuentas de correo para el momento en que dicho funcionario (sic) encuentre en tales condiciones laborales?*

4. *¿Si un funcionario que ocupa un puesto de nivel gerencial (Gerencia o Subgerencia) y que con motivo de sus funciones la administración le ha autorizado una beca para estudios en el exterior, este funcionario renuncia dicho puesto regresando así a su puesto regular y en este último puesto pide un permiso sin goce de salario para trasladarse a otra institución, es factible que la administración deba continuar girando recursos por concepto de beca para estudios en el exterior, sobre todo si este aspecto no queda regulado en el contrato de beca?*
5. *¿Es procedente que la Administración Superior, o el funcionario con las competencias suficientes, suscriba un convenio interinstitucional para que el funcionario que goce de un permiso sin goce de salario, pueda seguir disfrutando de una beca que se haya otorgado en un puesto de confianza al cual renunció? ¿De concretarse un acto administrativo de este tipo, éste tipificaría enriquecimiento ilícito? ¿Debería dicho funcionario reintegrar a las arcas de la institución los recursos económicos girados hasta ese momento?"*

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-107-2020, de 31 de marzo de 2020, el Procurador Adjunto Lic. Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, concluye:

“Por las razones expuestas deviene inadmisiblesu gestión, y, por ende, se deniega su trámite y se archiva.”

Dictamen: 108 - 2020 Fecha: 31-03-2020

Consultante: Durán Salvatierra Sylvie

Cargo: Ministra

Institución: Ministerio de Cultura y Juventud

Informante: Julio César Mesén Montoya. Mariela Villavicencio Suárez

Temas: Beneficio salarial por prohibición. Ejercicio liberal de la profesión. Ministerio de Cultura y Juventud. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Prohibición. Compensación económica. Profesión liberal

El Ministerio de Cultura y Juventud nos consulta en relación con el carácter liberal de la profesión de antropología y con el pago de la compensación económica por la prohibición a la que se refieren los artículos 14 y 15 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422 de 6 de octubre de 2004.

Esta Procuraduría, en su dictamen C-108-2020, del 31 de marzo del 2020, suscrito por el Lic. Julio César Mesén Montoya, Procurador de Hacienda y por la Licda. Mariela Villavicencio Suárez Abogada de Procuraduría, arribó a las siguientes conclusiones:

- 1.- La consulta que se nos plantea sobre la naturaleza liberal o no de la profesión de antropología es una reiteración de la que se contestó mediante el dictamen C-155-2017 del 3 de julio del 2017, lo que justificaría su rechazo. A pesar de ello, en el siguiente apartado procederemos a hacer algunas referencias generales sobre las características que debe tener una profesión para que pueda ser catalogada como liberal, a efecto de que sea la propia Administración, con el auxilio de su asesoría legal, la que decida si la antropología cumple esos requisitos.
- 2.- Una profesión liberal es aquella cuyo ejercicio supone la existencia de un mercado de servicios que permita al profesional ofrecer habitualmente, por medio de una oficina, de un despacho o de un establecimiento abierto al público, a cambio de una retribución económica, la prestación de un servicio especializado, para cuya ejecución ha recibido formación académica, generalmente universitaria, que le faculta para proceder con independencia técnica,

sin sujeción a las órdenes que podría girarle su cliente. Además, otra característica importante, aunque no imprescindible, para que una profesión sea liberal es la existencia de un colegio profesional que fiscalice las relaciones entre el profesional y su cliente.

- 3.- Las características que distinguen a una profesión liberal de otra que no lo es podrían cambiar con el transcurso del tiempo, con el surgimiento de nuevas tecnologías de información y comunicación, con la aparición de nuevas áreas del conocimiento, etc., de manera tal que no puede afirmarse que los criterios distintivos sean inmutables. En todo caso, corresponderá a la Administración activa determinar si la profesión que ostenta un determinado funcionario puede catalogarse como liberal, atendiendo los parámetros que se han expuesto, así como las características que a su juicio justifiquen la decisión que se adopte.
- 4.- La prohibición prevista en el artículo 14 de la ley n.º 8422 afecta solamente a los funcionarios que estén en posibilidad efectiva de ejercer una profesión liberal. Los funcionarios que ocupen uno de los cargos a los que se refiere el artículo 14 mencionado, pero que no estén en posibilidad de ejercer una profesión liberal (porque no cuentan con el grado académico exigido para ello, porque su profesión no es liberal, o porque no están activos en el Colegio Profesional respectivo cuando así se requiera), no tendrían derecho al pago de la compensación económica a la que se refiere el artículo 15 de la misma ley.
- 5.- El reconocimiento retroactivo del pago de la compensación económica por prohibición solo aplicaría cuando se hayan cumplido todos los requisitos establecidos para ello en las normas que rigen la materia, y siempre que el derecho respectivo no se encuentre prescrito. Además, es imprescindible que la persona a la que se le vaya a cancelar ese sobresueldo se haya abstenido de ejercer la profesión a la que se refiere la prohibición, pues de no ser así, no se justificaría dicho pago.
- 6.- Para determinar el porcentaje que debe ser cancelado a un funcionario por concepto de prohibición, deberá considerarse si éste estuvo sujeto a algún régimen de prohibición antes de la entrada en vigencia de la ley N.º 9635. Así, los nuevos porcentajes de prohibición definidos en el artículo 15 de la ley N.º 8422, no son aplicables a los funcionarios que estuvieron sujetos a algún régimen de prohibición antes del 4 de diciembre del 2018 y mantienen la continuidad en el servicio.

Dictamen: 109 - 2020 Fecha: 31-03-2020

Consultante: Rojas Solano José Joaquín

Cargo: Auditor Interno

Institución: Sistema de Emergencias 911

Informante: Luis Guillermo Bonilla Herrera

Temas: Dedicación exclusiva. Emergencias 911 Transitorios xxv y xxviii del título iii de la Ley No. 9635, y los artículos 4 y 5 del Decreto Ejecutivo no. 41564-MIDEPLAN-H; Contratos de dedicación exclusiva suscritos y vigentes con antelación al 4 de diciembre de 2018; Contratos por dedicación exclusiva suscritos anteriormente a plazo indefinido o sin fecha de vencimiento; Adenda unilateral y rescisión contractual como última ratio.

Por oficio N.º 911-AI-2019-2137, de fecha 27 de agosto de 2019, el Auditor Interno del Sistema de Emergencias 9-1-1 formula una serie de interrogantes especialmente referidas a los contratos que, por dedicación exclusiva, se firmaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635, pues aduce que el criterio legal institucional solicitado al respecto por el Subproceso de Capital Humano –Oficio 911-AJ-2019-0864, de 25 de marzo de 2019-, le genera dudas.

En concreto se consulta:

1. **¿Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 9635 de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, las condiciones que se mantienen en los contratos de dedicación exclusiva, firmados con anterioridad a esa Ley, se refieren únicamente a los porcentajes de reconocimiento de la dedicación exclusiva, o incluyen también el plazo de vigencia de los contratos?**
2. **¿Los contratos por concepto de dedicación exclusiva firmados con anterioridad a esa Ley, que no tengan fecha de vencimiento, requieren cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento del Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, para así modificarse y sujetarse a un plazo definido?**
3. **¿En caso de que estos contratos firmados con anterioridad a la Ley 9635 y sin fecha de vigencia no deban sujetarse a un plazo de finalización, según el Reglamento de cita, significa que se tendrán por tiempo indefinido o puede el patrono eliminarlos, de considerarse que ya no se requiere la dedicación exclusiva del funcionario?**

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-109-2020, de 31 de marzo de 2020, el Procurador Adjunto, Lic Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, concluye:

“Conforme a lo dispuesto por los Transitorios XXV y XXVIII del Título III de la Ley No. 9635, y los artículos 4 y 5 del Decreto Ejecutivo No. 41564-MIDEPLAN-H vigente a la fecha, los contratos de Dedicación Exclusiva suscritos y vigentes con antelación al 4 de diciembre de 2018, surtirán efectos durante el plazo determinado convenido, según las particularidades pactadas de esa relación remunerativa. Pero una vez acaecido o fenecido aquél, en caso de que la Administración decida discrecionalmente prorrogarlos, deberán sujetarse a las nuevas disposiciones introducidas al régimen jurídico de la Dedicación Exclusiva por la citada Ley de Fortalecimiento; preservándose solo los porcentajes devengados previamente; esto bajo el principio de indemnidad salarial. La situación particular de los contratos por Dedicación Exclusiva suscritos anteriormente a plazo indefinido o sin fecha de vencimiento, rebasa los alcances mismos del Transitorio XXVI del Título III de la Ley No.9635, pues sin lugar a dudas la protección que genera aquella disposición de derecho intertemporal, es con respecto al plazo “fijo” del contrato de dedicación exclusiva suscrito anteriormente a la publicación de la Ley N°9635.

Por imperativo legal, no puede subsistir un régimen de Dedicación Exclusiva permanente que no se justifique y desarrolle dentro de los límites legales impuestos por la Ley No. 9635.

Debe valorar la Administración activa, al menos dos opciones, a fin de regularizar o normalizar aquellos anteriormente suscritos a plazo indeterminado o sin fecha de vencimiento, o en el peor de los casos, rescindirlos.

- Como primera opción sugerida, la Administración activa podría valorar introducir por adenda una modificación unilateral del plazo de los contratos de Dedicación Exclusiva que fueron originariamente suscritos sin límite de tiempo o a término indeterminado, y así lograr su sujeción a un período de tiempo definido, que podría ser de 1 a 5 años, conforme al nuevo régimen legal instaurado. Modificación que, a modo de convalidación, ajusta el contrato dentro de los límites fijados por el Ordenamiento Jurídico.
- Como segunda opción, ante la renuencia injustificada, por parte de los servidores, de acoger la modificación unilateral en los términos recomendados, como última ratio, podría valorarse la rescisión contractual por conveniencia al interés público.”

Dictamen: 110 - 2020 Fecha: 31-03-2020

Consultante: Chacón Martínez Lorna

Cargo: Presidente Consejo Ejecutivo

Institución: Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural

Informante: Luis Guillermo Bonilla Herrera

Temas: Derogación tácita. Régimen laboral de la empresa pública Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural. SINART; **Título** iii de la Ley no. 9635; Anualidades; Derogación tácita –total o parcial– por incompatibilidad normativa de sus contenidos.

Por oficio N.º CE-052-2019, de fecha 25 de abril de 2019 – recibido el 26 de ese mismo mes y año–, en virtud del acuerdo No. 1 tomado en sesión No. 14-2019 del Consejo Ejecutivo, el Presidente del Consejo Ejecutivo del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural (SINART) solicita el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría General con respecto a la existencia de un aparente conflicto normativo entre la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635, y el régimen retributivo especial instaurado legalmente por el artículo 9, inciso f) de la Ley Orgánica del SINART, No. 8346.

En concreto se consulta:

1. En vista que la Ley No. 8346 señala que el derecho privado regulará la actividad y los requerimientos del giro comercial de esta empresa, y que de este supuesto la misma Procuraduría ha dicho que el derecho aplicable en materia laboral es el derecho común; pero posteriormente, en virtud de la promulgación de la Ley No. 9635 se incorpora al ordenamiento jurídico el artículo 26 de la Ley No. 2166, que establece que las disposiciones en materia salarial del derecho público le son aplicables a las empresas estatales ¿Cuál de las normas debe aplicarse para regular las remuneraciones salariales a los trabajadores del SINART?
¿Es posible utilizar el principio de la norma especial prevalece sobre la general para resolver el conflicto entre las normas citadas?
2. *¿Puede este Consejo impedir o dejar de pagar la anualidad (cambio del contrato laboral) a los salarios compuestos sin contar con un estudio de mercado conforme la (sic) establece la Ley Orgánica del SINART?*

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-110-2020, de 31 de marzo de 2020, el Procurador Adjunto, Lic. Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, concluye:

“El SINART, como empresa pública del Estado, está innegablemente comprendido dentro del *ámbito* de aplicación del Título III de la Ley No. 9635. Y por tanto, le cobijan sus disposiciones.

Conforme a reglas hermenéuticas debida y razonadamente aplicadas, partiendo de un supuesto elemental, según el cual: el criterio de prevalencia de la norma especial sobre la norma general posterior, no es absoluto e incondicionado, hemos concluido que, dado su ámbito de aplicación general y su innegable vocación de uniformidad y homogeneidad, como una opción constitucionalmente válida de regular las condiciones retributivas del empleo en todo el sector público (art. 191 constitucional), las disposiciones normativas contempladas en la Ley de Salarios de la Administración Pública, No. 2166, introducidas por la Ley No. 9635, relacionadas, entre otros temas, con la forma en que deben calcularse y pagarse los salarios y sus componentes en las instituciones públicas contempladas en su ámbito de cobertura, privan sobre cualquier otra disposición de rango legal o inferior preexistentes a nivel sectorial; esto a modo de derogación tácita –total o parcial– por incompatibilidad normativa de sus contenidos.

En aplicación de la Ley de Salarios de la Administración Pública las anualidades y demás sobresueldos devengados previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635, ya pasaron a integrar el salario bruto de los servidores y deben mantenerse, convertidos en sumas nominales fijas según lo regulado

OPINIONES JURÍDICAS

O J: 075 - 2020 Fecha: 01-06-2020

Consultante: Agüero Bermúdez Daniela

Cargo: Jefa Área Comisiones Legislativas VII

Institución: Asamblea Legislativa

Informante: José Enrique Castro MarínAdriana Bonilla Bonilla

Temas: Arresto domiciliario. Proyecto de ley. Tráfico de drogas. Centro penitenciario. Atención integral de las personas con consumo problemático de sustancias psicoactivas y establecimiento de penas proporcionales en delitos de microtráfico no violentos.

Respuesta a La Licda. Daniela Agüero Bermúdez, Jefa, Área de Comisiones Legislativas VII de la Asamblea Legislativa, criterio jurídico en relación con el proyecto de ley N° 20.322, denominado **“Atención Integral de las personas con consumo problemático de sustancias psicoactivas y establecimiento de penas proporcionales en delitos de microtráfico no violentos”**.

El proyecto legislativo, pretende introducir un artículo 58 bis a la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo (Ley N° 7786 del 30 de abril de 1998), así como derogar de esa misma ley el artículo 79 y reformar los artículos 57 y 166, lo anterior con el fin de incorporar un abordaje más integral de las personas con consumo problemático de sustancias psicoactivas.

El proyecto excluye de tal atenuación de pena a la persona infractora que haya cometido violencia física o psicológica contra la persona ofendida, haya utilizado armas de fuego o punzocortantes, que ocasione lesiones a la víctima, que involucre a una persona menor de edad en los hechos imputados o bien, que *“... incumpla con los alcances de la pena alternativa impuesta o reincida en la comisión de cualquier conducta delictiva...”* (sic).

Por otra parte, procura adicionar –como ya dijimos- un artículo 58 bis a la Ley N° 7786 del 30 de abril de 1998, para establecer una sanción de 3 a 10 años de prisión para aquellas personas ofensoras que hubieran cometido alguna de las conductas del artículo 58, que se encuentren en condición de pobreza extrema o situación de vulnerabilidad o consumo problemático de drogas y que calcen en alguno de los siguientes supuestos:

- i) sean utilizadas o explotadas por un tercero o por una organización criminal y/o
- ii) hayan transportado droga con la finalidad de introducirla a un centro penal.

A criterio de esta Procuraduría es importante realizar algunos comentarios y diversas recomendaciones a dicho proyecto de ley.

Consideraciones generales del tipo penal de tráfico de drogas.

En el caso del delito de tráfico de drogas, el legislador nacional, siguiendo recomendaciones y modelos internacionales, se decantó por describir o tipificar una serie de conductas con el afán de abarcar todas las fases del ciclo comercializador del narcotráfico, desde etapas iniciales del fenómeno como el cultivo hasta estadios terminales de la acción, como la venta del producto al consumidor.

El bien jurídico que se resguarda a través de la descripción de cada uno de los verbos contenidos en el artículo 58 de la Ley N° 7786, es la salud pública, bastando la realización de alguna de las conductas indicadas para que se configure el delito.

En la actualidad y a tono con el proyecto que nos ocupa, es importante indicar que las nuevas tendencias que están aplicando estas organizaciones criminales para obtener su cometido, es el tráfico en pequeñas cantidades de droga (“micro-tráfico de drogas” o como se le conoce en el argot policial, “el pitufo”), tal y como se indica en el informe de Situación Nacional sobre Drogas y Actividades Conexas, Costa Rica 2018.

En la mayoría de los casos, en el microtráfico se utilizan grupos considerados vulnerables (consumidores, vendedores al menudeo, transportistas en pequeña escala, etc.), tratando de confundir a las autoridades del orden en relación a la cantidad que portan estas personas y haciendo pensar que es para su consumo personal, ello para evadir la aplicación de la Ley N° 7786 y así evitar el decomiso de grandes cantidades de estas sustancias, recibiendo siempre ganancias por dicha actividad ilícita.

a) Referente al título del proyecto y su verdadero contenido.

El título de la propuesta legislativa que nos ocupa, se halla dividido en dos grandes temas: a.- una atención integral de las personas con consumo problemático de sustancias psicoactivas y b.- el establecimiento de penas proporcionales en delitos de micro-tráfico no violentos.

Del estudio del proyecto legislativo 20.322 se observa que solamente existe una única reforma a la Ley 7786 (artículo 166), referida al ítem del abordaje integral del problema de sustancias psicoactivas, así como un transitorio único que dispone la reglamentación relativa a la ejecución de dicho artículo, lo que aparenta –prima facie- que las expectativas que provocan los alcances del título se quedan cortas dada la exiguidad de lo regulado.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la disminución de la pena a aplicar a los perpetradores de cualquiera de las conductas del artículo 58, así como la del transporte de droga con la finalidad de introducirla a un centro penal (según la pretensión legislativa del artículo 58 bis), no solo está referida o direccionada a los infractores con un consumo problemático de drogas, sino también se abordan otros factores sociales que inciden en la comisión de dichas delincuencias y que son consustanciales a grupos poblacionales de alta y masiva extensión, como son la extrema pobreza y situaciones de vulnerabilidad.

b) Sobre las definiciones del artículo 1° del Proyecto.

La iniciativa de ley N° 20.332 incorpora un artículo mediante el cual se introducen algunas definiciones, tales como la de condición de pobreza, consumo problemático de drogas, explotación, finalidad del tráfico, jefatura de hogar, jerarquía, organización criminal, rol, situación de vulnerabilidad, violencia y violencia de género, con el fin de tener claridad sobre el tema.

Evidentemente existe una discrepancia en lo que atañe a los alcances de las presentes definiciones, ya que el artículo 1° los constriñe a la aplicación de la presente ley, mientras por su parte la exposición de motivos tiene unas aspiraciones muy pretensivas, ya que piensa impregnar con estos enunciados la totalidad del ordenamiento legal costarricense.

Si la voluntad legislativa fuera la de uniformar algunos conceptos propios de la dinámica del delito de las drogas, estos lineamientos generales deberían estar contenidos en la Ley 7786 (reformada integralmente por la N° 8204), aspecto que el legislador obvió en el denominado texto general regulatorio del tema sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. De ahí que resulte extraño que una ley accesoria tenga las pretensiones de regulación total del ordenamiento jurídico nacional.

En segundo lugar, los términos que se pretenden definir no revisten un alto nivel de complejidad técnica que amerite que deban ser establecidos específicamente, amén de que

son muy amplios, de manera que poco contribuirían a facilitar la aplicación de los parámetros de la pena que es a lo que propende mayoritariamente el proyecto que nos ocupa.

c) Observaciones de cara a la aplicación del artículo 58 bis propuesto.

Básicamente, el artículo 58 bis está compuesto de varias circunstancias y situaciones de hecho que deben ser cumplidas a cabalidad, para que las intenciones de imponer una pena proporcional a las conductas no violentas llevadas a cabo se vean satisfechas.

La oportunidad es propicia para realizar los siguientes comentarios:

A.- el enunciado del propuesto artículo 58 bis inicia con una dependencia de la norma anterior (58), porque se apoya en las conductas tipificadas en ella, para luego engazarla con alguno de los supuestos siguientes:

“1. Haya sido utilizado o explotado por un tercero o por una organización criminal.

2. Haya transportado droga con la finalidad de introducirla a un centro penal”.

Es decir, para comprender y completar el panorama que ofrece el artículo 58 bis, debemos entender que se impondrá la pena de 3 a 10 años de prisión a aquella persona que haya cometido alguno o varios de los 17 tipos penales del numeral 58, que además “... *no tenga un rol de participación significativo dentro de la organización criminal; tenga una condición de consumo problemático, pobreza extrema o situación de vulnerabilidad...*” y finalmente, que haya sido utilizado o explotado para cometer alguno de los tipos penales del artículo 58 o bien, haya transportado droga con la finalidad de introducirla a un centro penal.

Para rematar, se establecen algunos supuestos o causales de exclusión que inhiben la aplicación de esta rebaja de pena o como dice el proyecto, una imposición proporcional de la pena.

Prima facie, pareciera que el proyecto se preocupó de rodear de una serie de requisitos y cumplimiento de eventos y circunstancias para poder aplicar una pena cuyo extremo mínimo, ciertamente es bajo si se le compara con el mínimo que prescribe la norma base de 8 años de prisión.

Tanto sincronismo pierde eficacia y sentido cuando el proyecto pretende legislar el segundo supuesto, sea que el acusado haya transportado droga con la finalidad de introducirla a un centro penal, básicamente por dos razones:

i.- el verbo “*transportar*” es una de las conductas definidas en el artículo 58 de la Ley 7786, por lo que al instaurarla de nuevo se estaría duplicando,

ii.- el transporte de droga con la finalidad de internarla o infiltrarla en un centro penitenciario **es una de las formas agravadas** (por el lugar o recinto donde se pretende introducirla), contenido en el inciso b) del artículo 77 de la misma ley.

Es decir, es un tipo penal compuesto por dos conductas: el transporte y la introducción o tentativa de internar droga en un centro penal, motivo por el cual su penalidad es relativamente elevada, al menos en su extremo mayor (20 años).

B.- por otra parte, en el párrafo quinto se define que para el juzgamiento de las anteriores conductas:

“...el Juez competente podrá previa valoración del caso en concreto disponer el cumplimiento en modalidad de detención domiciliaria con salida permitida para fines de educación, capacitación, salud, laboral u obligaciones familiares debidamente acreditados, la disposición de contenidos electrónicos no estigmatizantes o cualquier otra pena alternativa contemplada en la legislación penal y se podrá establecer lo dispuesto en la Ley N° 9582, Ley de Justicia Restaurativa para resolver el conflicto penal generado”.

Esa propuesta de reforma indicada anteriormente y que se plantea en dicho proyecto N° 20.322, específicamente en el párrafo quinto del artículo 58 bis, podría pensarse que

estaría interfiriendo en la discrecionalidad e independencia judicial por cuanto las recomendaciones ahí definidas, son preceptos legales que los juzgadores ya conocen y, por lo tanto, no se les debe indicar de qué forma proceder (su aplicación depende de la dinámica del caso).

Al respecto, es importante mencionar que cuando se estableció la reforma del artículo 77 bis a través de la Ley N° 9161, se indicó que fuera el Juez competente o el Juez de la ejecución de la pena el que determinaría alguna o varias de las condiciones establecidas, aspecto que no se está incorporando en la iniciativa bajo estudio.

C.- otro aspecto a indicar, es que en el párrafo final punto e) del artículo 58 bis se establecen otros supuestos en los cuales queda excluida la aplicación de dicha ley; mas, sin embargo, no queda claro qué debe entenderse cuando se estatuye que “...*incumpla con los alcances de la pena alternativa impuesta.*”

No se comprenden los alcances de semejante disposición, porque su construcción gramatical no es adecuada:

1.- ¿incumplimiento de una pena alternativa ya impuesta con anterioridad por alguna otra conducta delictiva? Si esta fuera la interpretación correcta, la redacción debería ser más clara y demostrar prístinamente al lector y al destinatario de la norma que no se le aplicarán los beneficios del artículo 58 bis (reducción de la pena), si ya gozaba de otra pena alternativa anterior e incumplió las restricciones impuestas en aquella ocasión.

2.- el otro supuesto que no es diáfano, tiene que ver con la premisa de que los alcances del artículo 58 bis tampoco le serán aplicables si hubiera reincidido “...*en la comisión de cualquier conducta delictiva*”. Pareciera que se establece como requisito que el acusado sea primario, pero no se desprende así de la redacción del cuerpo del proyecto propuesto, por lo que se sugiere se aclare dicho aspecto para que no se presente ninguna dificultad de interpretación.

D.- de cara a su implementación, es importante indicar que este proyecto objeto de consulta **no está direccionado hacia una especificidad de género en particular**; en esa inteligencia, se hacen innecesarias las reiteradas citas en la exposición de motivos relativas al tratamiento de drogas cuando las personas involucradas son mujeres.

d) La Ley 9161 de 13 de agosto de 2013 y su relación con la propuesta legislativa bajo estudio, así como sus diferencias.

Para el año 2011 se empezó a gestar en la Asamblea Legislativa un proyecto de ley, que tenía como principal propósito reducir las penas de prisión en delitos de introducción de drogas a los centros penitenciarios, en aquellos casos en los cuales las personas infractoras fueran mujeres y que, a su vez, confluyeran una serie de circunstancias relevantes que justificaran el rebajo del extremo menor de la pena, pasando de 8 a 3 años de cárcel.

Es importante aclarar que la referida reforma que vino a introducir la proporcionalidad en las penas y la especificidad de género (siendo la primera vez que se modifica la legislación costarricense de control de drogas para incluir medidas atenuantes que disminuyeran las penas), se dio con base en la investigación realizada por la Defensa Pública en el año 2012 con mujeres encarceladas por intento de introducción de drogas a un centro penal, mostrando las características de vulnerabilidad económica y social que vivían la gran mayoría de esas mujeres: ingresaban al mundo de las drogas ilícitas al nivel más bajo, como portadoras humanas y como “*micro-trafficantes*” en pequeña escala y por lo tanto, no ocupaban un papel de liderazgo en el proceso de comercialización.

Algunas diferencias relevantes entre la Ley N° 9161 y el proyecto que nos ocupa las desarrollamos a continuación:

1.- al revisar el texto sustitutivo propuesto en el presente proyecto con la reforma realizada por la mencionada Ley, **es indudable la similitud teleológica entre ambos cuerpos normativos**, cada uno en su ámbito, pero siempre propendiendo a la imposición de penas proporcionales

tomando en cuenta características personales, culturales y sociales de los infractores. No empece lo anterior, existen algunas diferencias, tales como que en este proyecto no se está ante el supuesto de inclusión solamente de las mujeres, dado que puede ser aplicable a cualquier tipo de género ya que no se especifica tal condición, ni se establece dentro de sus condiciones que los infractores tengan bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo, supuestos que sí se señalaron con la promulgación del artículo 77 bis mediante la Ley N° 9161.

2.- con la reforma introducida en el artículo 77 bis se estableció una pena de 3 a 8 años de prisión, mientras que en el proyecto objeto de consulta se prescribe una pena de 3 a 10 años de prisión. Si lo que se pretende es atenuar la sanción según el rol de participación criminal, no se comprende por qué se establece en la iniciativa de ley, una pena máxima diferente a la introducida en la Ley N° 9161.

e) Derogatoria del artículo 79 de la Ley N° 7786.

En el proyecto que se nos consulta se plantea la derogatoria del artículo 79 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, a tono con la pretensión de abordaje integral que se procura, ya que con la redacción actual –según el proponente- se ve el consumo de drogas no como un tema de salud pública sino “... como un elemento consustancial al delito por lo que se observa desde una visión represiva.”

Vista la intención del proyecto, nos permitimos sugerir que no se derogue dicha disposición normativa, dado que la misma no tiene ninguna orientación represiva, sino que, al contrario, propende a ayudar a las personas que tienen problemas de consumo de drogas, de manera que cuenten con una vía de rehabilitación de cara a su problema.

Los siguientes comentarios tratarán de demostrar que no sólo no existe esa congruencia, sino que tampoco hay motivos suficientes (que no aparecen en la exposición de motivos) que justifiquen su derogación.

a.- en la exposición de motivos no se materializa un solo fundamento para sostener la derogatoria, siendo que lo único que se afirma es que el artículo 79 tiene una visión represiva, porque consideran que dicha normativa observa el fenómeno del consumo de drogas como “un elemento consustancial al delito”, postura que es discutible.

Dada la parquedad de la línea argumental del presente proyecto, en lo que atañe a la derogatoria que nos ocupa, nos permitimos la licencia de hipotetizar las razones por las cuales se maneja tal criterio.

En efecto, el artículo 79 –como ya se dijo- es la única norma que compone el Capítulo II del Título IV de la Ley N° 7786, denominado “Medida de Seguridad”. Si se realizara un breve recuento histórico de lo acontecido con el actual artículo 79 (en sus diversas redacciones a través del tiempo), se podría observar lo siguiente:

-el artículo 30 de la Ley 7093 de 22 de abril de 1988 tenía dos elementos importantes: se le consideraba una “medida de seguridad” y al imputado, dada su condición de farmacodependiente, se le imponía una multa fijada en días multa.

-el artículo 30 de la Ley 7233 de 8 de mayo de 1991 mantuvo la misma redacción que la anterior (misma pena misma naturaleza jurídica).

-el artículo 79 de la Ley 7786 de 30 de abril de 1998 llegó a establecer una pena de 60 a 120 días multa por consumir drogas en lugares públicos. Estaba localizada en el Capítulo XXI denominado Contravenciones (siendo la única disposición de esa naturaleza).

-la reforma integral de la Ley 7786, a través de la similar 8204 de 26 de diciembre de 2001, promulgó el artículo 79 tal y como se conoce en la actualidad, sin la connotación de contravención ni la imposición de una multa cifrada en días multa, pero sí con la connotación de “medida de seguridad”.

Luego de analizar este brevísimo recuento histórico, siempre a nivel hipotético pareciera que el proponente inobservadamente aún considera que el artículo 79 tiene connotaciones represivas, castigando al infractor con una pena de multa ya sea solo por el hecho de ser farmacodependiente o bien, por consumir drogas en lugares públicos o en el peor de los casos, que siga creyendo que es una contravención, lo que, evidentemente, no es así.

El otro aspecto que resta por estudiar es el relativo a la connotación de medida de seguridad bajo cuyo epígrafe está el artículo 79. Quizás un enunciado de tal jaez es posible que haya provocado cierta confusión en el, para ese entonces, diputado de la República, ya que conforme al artículo 97 del Código Penal toda medida de seguridad impuesta es porque de previo existió un delito cometido. En justicia, la determinación de “medida de seguridad” del artículo 79 no es la más deseable ni entendible, pero lo cierto del caso es que no constituye –en esencia- una de las medidas de seguridad contenidas en el Código Penal y, por ende, no es imponible porque previamente se haya cometido un delito.

Finalmente, para despegar cualquier duda alrededor de la naturaleza jurídica del artículo 79, nos apoyaremos en algunas resoluciones judiciales; en esa inteligencia, tal y como se observa en las sentencias del otrora Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, propiamente la N° 0854-2002 de las 09:45 hrs del 17 de octubre del 2002 (que a su vez transcribe el antecedente establecido en la similar 423-2002 de las 16 hrs del 6 de junio de 2002), dicha tendencia jurisprudencial dispone que la acción prevista en el artículo 79 no es delito sino una medida de seguridad con el fin de desintoxicar al adicto.

b.- la simple reforma del artículo 166 actual, sustituyéndolo por una redacción que auspicia la unificación de fuerzas para enfrentar el tema del consumo problemático de drogas, luce insuficiente; por ello, mal hace el proyecto en pretender eliminar una norma (artículo 79) en la creencia de que el aspecto en ella contenido va a ser correctamente absorbido por la nueva redacción del 166, si como veremos más adelante sus alcances son muy limitados.

Por lo que viene dicho, creemos haber otorgado suficientes argumentos para demostrar que la eliminación del artículo 79 de la Ley 7786 no es lo más conveniente. Además, los artículos 19 y 29 de la Ley General de Salud dan mayor soporte a la necesidad de que la disposición normativa de comentario permanezca en el ordenamiento jurídico nacional.

g) Reforma de los artículos 57 y 166 de la Ley N° 7786.

En la reforma del artículo 57 que se propone, se agrega un párrafo segundo al actual mediante el cual se indica lo siguiente:

“Las distintas dependencias de los Poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo deberán generar, de forma coordinada, los sistemas de registro, las estadísticas y los indicadores de seguimiento de las políticas, los programas y los casos relacionados con la infracción a esta ley, y garantizar la debida divulgación para asegurar la transparencia y rendición de cuentas. En cada caso deberá consignarse el delito que se investiga o tramita en el marco de esta ley”.

Con la inclusión de dicho párrafo segundo, se pretende que entre los tres Poderes de la República se establezcan y materialicen en forma coordinada dichos registros y estadísticas, pero en vista a que cada uno de esos estamentos públicos tienen funciones diferentes, se recomienda precisar las dependencias que deberán materializar en forma conjunta tal disposición, cuál va a ser el objetivo de la producción de estos registros estadísticos e indicadores de seguimiento de las políticas, para facilitar dicho cumplimiento y que no existan instituciones de los Poderes involucrados duplicando dichos insumos.

En lo que concierne a la reforma del artículo 166, valgan los siguientes comentarios. Actualmente el artículo 166 de la Ley 7786 dispone:

“Artículo 166.- Autorízase a la CCSS para que cree centros especializados en la atención de los farmacodependientes, en un plazo máximo de cuatro años.”

Como se observa, se pasa de una autorización existente a la Caja Costarricense de Seguro Social para crear centros de atención para las personas farmacodependientes (que es el texto actual de la Ley N° 7786), al diseño de toda una política social en torno al consumo de sustancias psicoactivas; no obstante, en la nueva redacción no se determina a cuáles políticas, acciones y servicios estatales se está refiriendo, así como tampoco se determina cuáles serán las instituciones responsables, por lo cual se recomienda revisar la redacción propuesta para una mayor claridad. Además, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política, se recomienda dar audiencia a la C.C.S.S.

Por otra parte, se sugiere revisar lo establecido en el artículo 22 de la Ley N° 5412 de 8 de noviembre de 1973 (Ley Orgánica del Ministerio de Salud), así reformado por la Ley N° 8289 del 10 de julio del 2002.

Asimismo, el artículo 99 de la Ley N° 7786 establece las funciones del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD).

Finalmente, debe tomarse en cuenta lo establecido en el artículo 100 de la Ley N° 7786.

h) Comentario relativo a la obligada asignación de contenido presupuestario, indicado en el Transitorio Único para la ejecución del artículo 166.

El proyecto de ley bajo estudio, en el Transitorio Único, dispone que para la ejecución del artículo 166 de la ley 7786 el Poder Ejecutivo deberá asignar contenido presupuestario para ello, se atribuye la obligación al Poder Ejecutivo de otorgar el contenido económico para garantizar la disponibilidad y articulación de políticas, programas, acciones y servicios estatales, introducidas en el artículo 166 de dicha iniciativa; al respecto, es importante indicar que en cuestiones presupuestarias, debe tomarse en cuenta lo estipulado en la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 del 18 de septiembre del 2001, que en lo que interesa dispone los principios rectores del ejercicio económico y financiero de los entes públicos.

El artículo 44 establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 44.- Financiamiento de nuevos gastos
Toda ley ordinaria que tenga efectos en el presupuesto nacional deberá indicar, explícitamente, de qué manera se efectuarán los ajustes presupuestarios para mantener el principio del equilibrio. En consecuencia, de acuerdo con el marco jurídico vigente, deberán realizarse los movimientos presupuestarios correspondientes”.*

La implementación del referido artículo 166 de la presente iniciativa de ley, sin lugar a dudas impacta sobre el presupuesto nacional, motivo por el cual se considera que el proyecto de ley debería de cumplir con lo establecido en aquella norma (artículo 44 de la Ley 8131), indicándose el origen de los recursos que permitirían atender la ejecución y puesta en marcha de dichos programas, acciones y servicios en beneficio de las personas que entran en conflicto con las disposiciones de esta ley, en el marco del equilibrio presupuestario de la Administración Pública, y no dejarlo como se plantea en el texto del transitorio único que sea el Poder Ejecutivo el que busque dicho contenido presupuestario.

i) Criterio jurídico de la Procuraduría General respecto al Proyecto de Ley N° 17.980, que diera lugar a la Ley N° 9161.

Con ocasión de una consulta legislativa del proyecto de Ley N° 17.980 (que dio lugar a la reforma al artículo 77 bis de la Ley 7786, mediante la similar N° 9161 de 13 de agosto de 2013), este Órgano Asesor se pronunció sobre dicha propuesta en la Opinión Jurídica N° 094-2011 del 16 de diciembre del 2011.

Este Órgano, en aquella ocasión, fue del criterio que este tipo de atenuaciones de la pena podía propiciar un incremento en la utilización de esos grupos vulnerables, a manos de las organizaciones criminales dedicadas a este tipo de ilícitos; además, se sostuvo que una política criminal en ese sentido podía “...disminuir significativamente las razones de prevención general y especial negativas”.

Actualmente y con base en datos proporcionados a este Órgano por el Departamento de Investigación y Estadística, Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Paz, oficio UIE-0010-2020 del 21 de enero de 2020, relativo a la población que se ha tenido registrada como sentenciada desde la reforma del artículo 77 bis de la Ley N° 9161, en relación con la atenuación de la pena establecida para las mujeres “...cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas ...” (sic), se tiene que en el II informe trimestral del año 2014 (o sea un año después de la vigencia de la reforma) en el cuadro 17 (página 75) al mes de junio habían 132 personas sentenciadas en el nivel de comunidad, posteriormente en el V informe bimensual del año 2016 (al mes de septiembre) habían 11 mujeres y en el mes de octubre de ese mismo año esta cifra pasó a 22 mujeres, con lo que se comprueba que hubo un aumento en dicha población carcelaria.

Posteriormente indica dicho Departamento que en los informes del mes de enero del 2017 al 2020, ese número de mujeres fue creciendo (en el mes de enero 2017 fueron 23, en el 2018 eran 25 y a enero del 2020 hay 29 mujeres al corte de fecha 21 de enero de 2020), lo que demuestra que con la implementación de dicha atenuación de la pena más bien se ha propiciado un aumento en dicha conducta delictiva.

Conclusión.

Reconocemos que la presente iniciativa tiene como fin proteger a un grupo especialmente vulnerable, pero hay que tener presente que los delitos relacionados con drogas afectan un bien jurídico superior el cual es la salud pública, máxime si involucramos en el panorama la variable del consumo de drogas en centros penitenciarios, donde el tráfico y consumo atentan contra la seguridad de los mismos establecimientos, la sana coexistencia por parte de la población privada de libertad e incluso contra la policía penitenciaria y cuya complejidad implica armonizar el encierro, el hacinamiento y la convivencia.

Siendo conocedores que los lineamientos de política criminal son resorte exclusivo de ese Órgano legislador, consideramos prudente realizar las siguientes recomendaciones, amén de las ya citadas a lo largo de este informe:

1.- Subir el extremo mínimo de la pena y establecerla por ejemplo de 4 a 8 años de prisión, lo anterior para así evitar que al infractor se le pueda otorgar algún beneficio como podría ser la ejecución condicional de la pena o bien la aplicación de medidas alternas. No debe perderse de vista que nos hallamos frente a una conducta agravada (que implica la comisión de dos conductas delictivas) y que la pena para estos casos está establecida de 8 a 20 años de cárcel.

Si al condenado se le impusiera el mínimo de 4 años (o incluso hasta 6), se le podría otorgar la pena sustitutiva de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, incorporado por la Ley N° 9271 (Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento) del 30 de setiembre de 2014.

2.- De ser aprobado el presente proyecto de ley, debería excluirse de la atenuación de la pena el internamiento o infiltración de drogas en los Centros Penales de Formación Juvenil para Menores, aspecto que no debería de permitirse y mucho menos atenuarse la pena en estos casos.

De esta manera, se da respuesta a la consulta formulada