

San José, lunes 29 de mayo de 2023
DAJ-C-0062-05-2023

Señora
Yaxinia Díaz Mendoza
Directora
Dirección de Recursos Humanos
Presente

Asunto: Atención a consulta planteada mediante oficio N.º DRH-2643-2023 y DVM-A-DRH-3018-2023.

Estimada señora

Me dirijo a usted con ocasión de saludarle. En atención a las consultas planteadas mediante los oficios de cita, se les ha asignado el número de expediente DAJ-DCAJ-EXP-0112-2023, DAJ-DCAJ-EXP-0167-2023 y las referencias N° 0701 y 0929, respectivamente.

I. Objeto de la consulta

Se solicita la emisión de un criterio jurídico sobre el alcance del Decreto Ejecutivo N.º 37801-MEP “Reforma del Subsistema de Educación Indígena”, referente a los nombramientos propuestos por los Consejos Locales de Educación Indígena, en relación con la aplicación del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y el artículo 9 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, Decreto Ejecutivo N.º 21. Al respecto, plantean las siguientes interrogantes:

“Encendamos juntos la luz”

“...1. Los miembros de Consejo Local de Educación Indígena en ejercicio, pueden proponer a familiares para los nombramientos interinos y firmar las propuestas, siempre y cuando reúnan los requisitos del Servicio Civil y el Decreto N°37801-MEP.

2. Debemos aplicar en la gestión de estos nombramientos, el artículo 9 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil...”

Por su parte, mediante el oficio N° DVM-A-DRH-3018-2023, se solicita el criterio en relación a la siguiente pregunta:

“...¿Dada la autodeterminación de los pueblos indígenas, debe la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública tramitar los nombramientos interinos propuestos por los CLEI (en adelante Consejo Local de Educación Indígena) de cada región en ejercicio, así como firmar las propuestas recibidas, siendo que las mismas corresponden a familiares ligados parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive, con los integrantes del mismo CLEI?...”

II. Estudio previo de admisibilidad

Considerando las disposiciones emanadas del Decreto Ejecutivo N° 38170-MEP “Organización Administrativa de las Oficinas Centrales del Ministerio de Educación Pública”, así como la Directriz N.º DM-0776-06-2018, en relación a los parámetros a cumplir para la solicitud de criterios jurídicos ante esta Dirección, revisada la documentación aportada se evidencia que se cumple con los requisitos descritos; la opinión jurídica consta en el oficio N.º DVM-A-3018-2023, por lo que se procede con el análisis y emisión del criterio requerido.

III. Criterio técnico aportado por la Unidad de Coordinación del Subsistema de Educación Indígena

En virtud de las competencias atribuidas a la Unidad de Coordinación del Subsistema de Educación Indígena, mediante el Decreto Ejecutivo N.º 37801-MEP “Reforma del Subsistema de Educación Indígena”, esta Dirección procedió, mediante el oficio N.º DAJ-DCAJ-0057-03-2027, a solicitarle el criterio técnico sobre la materia en consulta, ya que resulta fundamental para la emisión del criterio que se emita al respecto.

Dicho criterio técnico fue emitido mediante el oficio N.º DMS-UCSEI-0016-03-2023, de fecha 17 de marzo del 2023, mediante el que se manifiesta lo siguiente:

“...Considerando

I. El sistema educativo es un ámbito fundamental para los pueblos originarios que permite el desarrollo y aspiraciones de la colectividad de las poblaciones milenarias por lo que se promueve una educación pertinente a los derechos indígenas, repercutiendo en ajustes al sistema que permitan mejorar el servicio educativo que se brinda por el estado.

II. El Convenio Internacional 169 de la OIT en su artículo 27, “Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales económicas y culturales”.

III. La Constitución Política en su artículo 76, el estado debe promover las lenguas indígenas que se hablan en el país. Siendo un aspecto fundamental en el espíritu de la creación del Subsistema Educación Indígena.

IV. Con la reforma del Modelo del Subsistema Educación indígena mediante decreto 37801-MEP denominado “Reforma del Subsistema de Educación Indígena”. Permite dar un respaldo jurídico más sustantivo sobre como el Ministerio Educación Pública como ente rector de la educación debe abordar a los pueblos indígenas en el área educativa.

V. El personal de la educación indígena que se sustenta en el artículo 24 del decreto 37801-MEP. Se define como un recurso humano que debe velar por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas y preservación de su identidad cultural propia esto como parte de esa educación especializada centrada en el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en todas las especialidades de la educación indígena del manual de servicio civil para territorios indígenas.

VI. Teniendo en cuenta que el personal de la educación indígena debe tener un perfil idóneo que cumpla con los requisitos que se indican según el Subsistema Educación Indígena donde se debe dar un orden de prioridad en la selección de personal de esta especialidad. Según se indica ...deben ser indígenas de la misma cultura y hablantes certificados del idioma materno del territorio... también pueden ser ocupados por personal de la misma cultura, aunque de otros territorios, que cumplan con los mismos requisitos y condiciones. De persistir la falta de personal, los puestos podrán ser ocupados por indígenas de otros territorios y culturas... si sigue faltando personal puede seleccionarse personas no indígenas elegidas entre quienes demuestren mayores calificaciones académicas o experiencia en tiempo laborado.

VII. Este perfil de funcionario público indígena es un personal exclusivo de acuerdo con el Subsistema Educación indígena por lo que ostenta un conocimiento cultural esto conlleva a que su modo de vida, identidad sea parte de su esencia y valores a nivel institucional todo esto relacionado a prácticas que son reconocidas como parte que caracterizan al colectivo dentro de un territorio indígena. Por ejemplo: el respeto las dietas, ceremonias ancestrales del pueblo.

VIII. Si bien es cierto es un funcionario público y que a pesar de ser parte de la especialidad educación indígena también está sujeto a dichas disposiciones dentro del marco jurídico nacional; entre ellos el Manual Descriptivo de Clases de Puestos de la Dirección General de Servicio Civil, donde por medio de la RESOLUCIÓN DG-151-2013 se creó manuales específicos para el Subsistema Educación indígena.

IX. Es importante que el CLEI cuente con un órgano de apoyo como los sabios mayores hablantes del idioma y conocedores de la cultura. Para verificar si un candidato es hablante o no, dichas sesiones son públicas, normado en el artículo 27 del decreto ejecutivo 37801-MEP. Esto también para resolver aspectos culturales que solo los sabios mayores pueden orientar.

X. El estado costarricense ha reconocido los derechos de los pueblos indígenas a través de los años, permitiendo a los pueblos indígenas costarricenses fundamentarse en tales derechos y deberes. Donde se destaca el respeto por la cosmovisión y cultura de los pueblos, esto con el fin de garantizar una mayor preservación de la identidad indígena.

XI. Siendo que el Ministerio Educación Pública fundamenta la educación indígena bajo el Modelo del Subsistema Educación Indígena normado en el decreto 37801-MEP y donde promueve la educación como una prioridad para el desarrollo integral del ser humano y el bienestar de la colectividad, así como

el principal instrumento para enfrentar la pobreza, la desigualdad y la exclusión social.

Preámbulo. Propuestas de nombramientos interinos de postulantes con un grado de afinidad con consanguinidad con alguno de los miembros de dicho Consejo,

- Las propuestas de nombramientos se generan a partir desde los Consejos Locales Educación Indígena. Que a partir de un análisis seleccionan al candidato idóneo para el puesto. Si existe alguna duda en cuanto a dicha selección, son estas mismas autoridades que pueden utilizar cualquier mecanismo de consulta ante la comunidad, o recurriendo a otras instancias a lo interno que sean reconocidas por el colectivo indígena como las Asociaciones Desarrollo Indígena u otras instancias, esto con el fin de seleccionar el mejor oferente.
- Sobre la familiaridad de sangre o de clanes que surge en algunos casos dentro de los territorios es importante tener claro que este tema debe resolverse a lo interno de las comunidades indígenas que teniendo en cuenta su auto gobernanza y autonomía puedan aplicar un proceso o mecanismo que les permita resolver tal situación a lo interno.
- Partiendo de lo anterior es importante destacar que de acuerdo al Convenio Internacional 169 se debe tener en cuenta la conciencia de la identidad indígena debe ser un criterio fundamental, al definir a un pueblo indígena teniendo en cuenta la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- Teniendo en cuenta que el marco normativo del país abarca también a dichos funcionarios indígenas y pueblos se debe considerar el artículo 8 del Convenio internacional 169 que indica “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos

“Encendamos juntos la luz”

interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.”

• En este sentido es fundamental el diálogo con los pueblos indígenas y a la vez es un deber del Estado de consultarles -mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas en ese sentido la Res. N° 2020008943 indica "Se ha determinado que las Asociaciones de Desarrollo Integral y los Consejos Locales Educación Indígenas son unos de los mecanismos jurídicos diseñados por el legislador para desarrollar ese derecho, pues constituyen un órgano de representación de dichas comunidades".

Por tanto, este despacho considera:

- 1) La identidad cultural es un derecho desde la naturaleza del individuo y del ser social en lo colectivo siendo un aspecto fundamental para la identificación y la libre determinación; garantizando el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.
- 2) El estado debe garantizar el derecho constitucional y humano de las poblaciones indígenas a que se preserven sus lenguas autóctonas a nivel país. Promoviendo políticas que favorezcan el respeto y cultivo de tales idiomas.
- 3) El Subsistema Educación Indígena utiliza criterios de identidad cultural y conocimiento del idioma del pueblo indígena como también la preparación académica en la idoneidad para ocupar puestos en la educación indígena.
- 4) Esos aspectos de idoneidad comprobada, vienen determinados por cuestiones de cultura y cosmovisión de los territorios indígenas, como parte de la calidad del servicio educativo pertinente bajo la línea protectora de los derechos humanos.
- 5) Si el postulante cumple con los criterios de idoneidad comprobada, el Subsistema Educación Indígena se centrará en esos aspectos, aunque posea

algún grado de afinidad o consanguinidad con algún miembro del CLEI o superior inmediato.

6) La Sala Constitucional ha emitido votos donde se deja claro que el idioma, cultura indígena constituye una razón objetiva y legítima en términos de idoneidad.

7) Si se presentan casos donde se proponen personas indígenas para puestos del Subsistema Educación Indígena por afinidad o consanguinidad y no por idoneidad, sí es posible atender lo establecido por la legislación nacional respecto al tráfico de influencias, corrupción o enriquecimiento lícito y otros...”

IV. Análisis de la consulta

i. Los Consejos Locales de Educación Indígena

De conformidad con el Decreto Ejecutivo N.º 37801-MEP “*Reforma del Subsistema de Educación Indígena*”, los Consejos Locales de Educación Indígena (CLEI) serán conformados en cada territorio indígena y su principal función será promover el cumplimiento de los objetivos de la educación indígena. Estos tendrán la atribución de ser consultados de manera obligatoria en los procesos de nombramiento y reclutamiento del personal del servicio educativo destacado en dichos territorios, de tal manera, que estos ostentarán la función de recibir, analizar y canalizar ante la dependencia que corresponde del Ministerio de Educación, las propuestas de nombramientos interinos de personal que se presenten en el territorio respectivo.

Los CLEI estarán integrados por personas indígenas únicamente y su conformación y número de miembros será definido de manera autónoma, de acuerdo a lo establecido el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

Independientes, Ley N.º 7316 y el derecho consuetudinario. Tanto el nombramiento como la revocatoria de los miembros, recaerá en la comunidad indígena correspondiente, según lo dispone el Decreto citado.

Es importante considerar que dentro de los lineamientos emitidos por la Dirección de Recursos Humanos de este Ministerio mediante la Circular N.º VM-A-DRH-08-027-2022, de fecha 14 de setiembre de 2022, denominada “ Lineamientos para tramitar propuestas de nombramientos interinos dentro y fuera de territorios indígenas - Curso Lectivo 2023.” se dispone que:

“...En caso de renuncia de uno o varios miembros del CLEI, o vencimiento del período de vigencia del CLEI deberá notificarlo de inmediato a la Unidad de Educación Indígena (UEI), a través de correo electrónico adjuntando la matriz actualizada y con copia de la cédula de los nuevos miembros que lo conforman...”

De lo anterior se determina que la conformación de los Consejos Locales de Educación Indígena debe ser del conocimiento de la Unidad de Educación Indígena de manera actualizada, lo cual resulta de suma importancia ya que dicha información es consultada a efecto de verificar la firmas de los miembros que constan en las actas para gestionar los nombramientos de funcionarios que desempeñarán labores en territorios indígenas.

ii. Procedimiento de consulta para nombramientos de personal interino en los territorios indígenas

“Encendamos juntos la luz”

Mediante el Decreto Ejecutivo N.º 37801-MEP indicado anteriormente, se regula el procedimiento que se debe seguir con respecto a los nombramientos del personal del servicio educativo que se desempeñará en los territorios indígenas, temática que es desarrollada además, mediante los lineamientos emitidos por la Dirección de Recursos Humanos, en cumplimiento de lo que establece el Decreto de cita, específicamente en el artículo 29 incisos b) y c), el cual señala que “...Los demás detalles del procedimiento deberán ser debidamente reglamentados por la Unidad de Educación Indígena de la Dirección de Recursos Humanos del MEP.”

Así, mediante la Circular N.º VM-A-DRH-08-027-2022, de la Dirección de Recursos Humanos citada anteriormente, en relación al procedimiento para el nombramiento de funcionarios interinos en territorios indígenas, señala que la Unidad de Educación Indígena debe remitir al Departamento de Servicios Administrativos y Financieros de cada Dirección Regional correspondiente, el listado de los nombramientos actuales del personal interino con posibilidad de prórroga o de cambio para el curso lectivo del año 2023, a efecto de que sea comunicado a los Consejos Locales de Educación Indígena y/o supervisores de circuito¹, para que los CLEI en cumplimiento del deber de ser consultados y de sus competencias, procedan a revisar dichos listados, determinen la necesidad del servicio educativo y la prórroga o nombramiento de un nuevo funcionario; una vez realizada dicha gestión, será devuelto el listado con los candidatos a prorrogar y con las propuestas de nuevos nombramientos interinos, el cual deberá “...contener al menos la firma de las dos terceras partes de los miembros que integran el CLEI, en función de las contenidas en el Acta Constitutiva (la mitad más uno del CLEI INDISPENSABLE)...”²

¹ Se aclara que según lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Ejecutivo N.º 37801-MEP, cuando los CLEI no se conformen, las propuestas de nombramientos serán asumidas por los Supervisores de los circuitos respectivos.

² Circular N.º VM-A-DRH-08-027-2022 de fecha 14 de setiembre de 2022. Punto 1.2.

Otra de las disposiciones contenidas en dicha circular que resulta relevante, es la relativa a la Hoja de Declaración Jurada de Parentesco, que al respecto indica que ningún servidor puede ser propuesto y nombrado, bajo la jefatura directa de un familiar hasta tercer grado de afinidad o consanguinidad, según lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Precisamente tal enunciado señala:

Artículo 9° - Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido por el artículo 20 del Estatuto, los siguientes: (...)

b) No estar ligado por parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive, con el jefe inmediato ni con los superiores inmediatos de éste en el respectivo Departamento, Oficina o Ministerio.

No obstante, cuando se compruebe mayor idoneidad para un puesto determinado y así lo amerite la necesidad del servicio público, a juicio del Ministro o jerarca nominador, el Tribunal podrá excepcionalmente, dispensar al interesado de este requisito.

De esta manera se determina que de la normativa y disposiciones internas analizadas, no se encuentra impedimento expreso para que los miembros de los Consejos Locales de Educación Indígena propongan a un familiar independientemente del grado de parentesco para ocupar puestos en los territorios indígenas, la prohibición indicada es con respecto a la imposibilidad de realizar nombramientos de funcionarios que cuenten con un parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive con la jefatura directa. En este sentido, se encuentra que dicha disposición es consecuente con lo indicado en el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, que señala

el impedimento con relación al parentesco entre el funcionario y la jefatura inmediata y superiores inmediatos.

Es de considerar además, que la propuesta de nombramiento remitida por los CLEI, debe ser firmada por al menos las dos terceras partes de los miembros que los conforman, es decir, la propuesta no deviene de una persona en particular, sino que se genera mediante el acuerdo de un grupo de personas que coinciden -una vez hayan analizado los atestados y el cumplimiento de requisitos de idoneidad para optar por un puesto-, en cuales son los aspirantes que se ajustan y cumplen según lo normado para ocupar dichos cargos en función de brindar un óptimo servicio educativo en el territorio indígena correspondiente.

Aunado a lo anterior, también es importante contemplar la posición de la Unidad de Coordinación de Subsistemas de Educación Indígena sobre este tema, que mediante el criterio técnico DMS-UCSEI-0016-03-2023 aportado (consta en el apartado III de la presente consulta), señala que **las valoraciones con respecto a la familiaridad de sangre o de clanes (grados de consanguinidad) deben ser resueltas por la propias comunidades indígenas, amparados al derecho de auto gobernanza y autonomía que ostentan, los cual les brinda el derecho de resolver por si mismos tal situación**, lo que deben atender los CLEI con respecto a los nombramientos interinos, es que las personas propuestas cumplan con los requisitos de idoneidad establecidos normativamente, sin que influya el hecho de que sean familiares de algún miembro del CLEI responsable; no obstante, agregan que de proponerse personas no idóneas por no cumplir con los requisitos exigidos para ocupar el puesto propuesto, sería posible aplicar la legislación nacional, en este caso, lo que establece la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, N.º 8422.

iii. Sobre los requisitos a considerar con respecto a los postulantes en puestos interinos en territorios indígenas

Sobre este aspecto se debe observar que la normativa internacional relativa a la población indígena es clara en relación a que dichos pueblos deben mantener y cultivar su cultura e identidad, así como su lengua natal, entre otras condiciones propias de dichos territorios, por lo que el sistema educativo debe proporcionar una educación especializada, enfocada en el cumplimiento de los derechos de estos pueblos.

En razón de lo anterior, mediante el Decreto Ejecutivo N.º 37801-MEP y en las disposiciones y lineamientos internos emitidos por la Dirección de Recursos Humanos, se dictan entre otras, las que se indican seguidamente referidas a los nombramientos del personal del servicio educativo que se desempeñará en dichos territorios de forma interina. Así, el artículo 24 del citado decreto, con respecto al personal docente y técnico docente que laborará en la educación inicial, preescolar y del I y II Ciclos de Educación General Básica, dispone que será requisito que este se componga por indígenas de su propia cultura y de su propio territorio, además que sean hablantes certificados de su idioma materno. Asimismo, el personal administrativo, administrativo-docente, de servicios generales y profesional de centros educativos, deben ser indígenas de la misma cultura y hablantes certificados del idioma materno del territorio. En caso de no haber suficiente personal que cumpla lo anterior, los puestos pueden ser ocupados por personal de la misma cultura, aunque de otros territorios, que cumplan con los mismos requisitos y condiciones. De persistir la falta de personal, los puestos pueden ser ocupados por indígenas de otros territorios y culturas o personas no indígenas elegidas entre

quienes demuestren mayores calificaciones académicas o experiencia en tiempo laborado. Ante la inexistencia de personal suficiente, las personas serán contratadas por inopia en calidad de interinas. Con respecto a los maestros de lengua, se privilegiará la contratación de docentes de lengua indígena que tengan mejores atestados académicos y que dominen el idioma español y en relación a los educadores de cultura serán considerados primeramente los que demuestren ante los CLEI, que son concededores de la cultura, sean o no profesionales, con el objeto de preservar al máximo su cultura materna, su filosofía, espiritualidad y la cosmovisión de los pueblos indígenas.

En relación al personal docente, técnico-docente, administrativo, administrativo-docente de III Ciclo de la Educación General Básica, la Educación Diversificada, la Educación Técnica, la Educación de Adultos y la Educación Abierta, así como para el personal profesional y de servicios generales, se establece que se debe garantizar que esté integrado preponderantemente por personas indígenas de la propia cultura aunque provengan de otros territorios, siempre que cumplan con el requisito de ser hablantes acreditados del idioma materno del territorio. A partir del III Ciclo, se permite que los estudiantes reciban lecciones de docentes de culturas diferentes a la propia, los cuales si deben contar con el requisito de inducción a la cultura indígena.

Es importante considerar que los indígenas interesados en ocupar puestos que ostenten como requisito la certificación de hablantes del idioma materno del territorio, deben certificarse como se dispone en la normativa y dicha certificación debe ser inscrita en los CLEI, la Unidad de Educación Indígena del Ministerio de Educación y en la Dirección General de Servicio Civil.

De lo anterior se denota que la norma establece puntualmente requisitos que deben cumplirse para poder optar a los puestos descritos, con el fin de brindar el servicio educativo procurando mantener los derechos de la población indígena con respecto a la conservación de su lengua, su cultura y demás derechos contenidos en la normativa que les es aplicable.

Sobre este punto, también se considera lo indicado por la Unidad de Coordinación del Subsistema de Educación Indígena, mediante el criterio aportado, en el sentido que recalcan la importancia de respetar la identidad social y cultural, las costumbres, tradiciones y sus propias instituciones, haciendo énfasis en la conservación del idioma materno, lo cual está estrechamente ligado al sector educación y por consiguiente a la materia que se trata; lo anterior en virtud de la legislación tanto nacional como internacional que les protege y obliga al Estado a brindar dicha protección y respeto a sus derechos.

iv. Análisis relativo al artículo 52 de la Ley N.º 8422 “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”

El fin de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N.º 8422, es prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública.³ En función de ello, contiene una serie de principios bajo los cuales deben actuar los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; asimismo, incluye actuaciones que en el desempeño de la función pública contrarían dichos principios y por consiguiente, conllevarían una posible infracción con las responsabilidades consecuentes, tanto de índole penal como civil y administrativa.

³ Conforme con el artículo primero de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública

Dentro de las actuaciones contrarias se encuentra el delito de tráfico de influencias contenido en el artículo 52 de dicha norma, que señala:

“Artículo 52.-Tráfico de influencias. Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior...”

Sobre este enunciado, la Procuraduría General de la República, se ha pronunciado mediante el Dictamen N.º C-297-2007 del 27 de agosto del 2007, indicando:

“...En el caso del tráfico de influencias una persona, en forma directa o indirectamente, influye sobre un servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación personal o jerárquica, para obtener un beneficio económico o una ventaja indebida a su favor o de un tercero. Esa actuación, de darse, afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública, con lo que se lesionan los principios de imparcialidad y objetividad, transparencia, eficiencia y eficacia, pues se dejan de lado los intereses públicos y se le da preeminencia a los intereses privados. En este casos, la influencia indebida no tiene como norte los intereses públicos, sino los privados; no está autorizada por el ordenamiento jurídico, todo lo contrario, asume un ropaje de legalidad,

“Encendamos juntos la luz”

cuando, en el fondo, subyace una actuación arbitraria, la que lesiona el principio de la interdicción de la arbitrariedad. Responde a intereses subjetivos, y no a criterios técnicos y objetivos. Por último, busca una ventaja que, en condiciones normales de funcionamiento de la Administración Pública, es muy probable que no se hubiera obtenido. En síntesis, es una actuación de una persona tendiente a favorecer a otros o a sí misma, aprovechándose de las condiciones particulares en que se encuentra, lo que le permite influir sobre un funcionario público para obtener la ventaja o beneficio económico indebido. Se trata de una influencia suficiente sobre ciertos funcionarios públicos que adoptan importantes decisiones. RAMÍREZ ALTAMIRANO nos recuerda que el tráfico de influencias en Costa Rica es una figura bastante ambigua, pues se califican así conductas muy diversas, entre ellas: el clientelismo político y los “favores” hacia amigos y parientes (nepotismo), todo lo cual perjudica el ejercicio del poder y la “(...) obligada imparcialidad que debe caracterizar la función pública”...

De configurarse el delito descrito, también se debe estar a lo dispuesto en el artículo 38 de dicha norma, referente a la responsabilidad administrativa que acarrearán los funcionarios públicos involucrados, el cual indica:

“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:

- a) Incumpla el régimen de prohibiciones e incompatibilidades establecido en la presente Ley.
- b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su

“Encendamos juntos la luz”

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...”

La posible configuración del delito de tráfico de influencias en el proceso de nombramiento de funcionarios interinos en los territorios indígenas, - específicamente en la postulación remitida por parte de los CLEI que incluya algún postulante familiar de alguno de los miembros según el grado indicado en el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil-, se analizará desde dos vertientes, por un lado, desde un punto de vista de aplicación general de la norma, y por otra parte, tomando en consideración la normativa existente aplicada a los territorios indígenas, que contiene disposiciones que pueden variar la aplicación de la normativa general con respecto a esta población.

Primeramente, de manera general según se desprende de lo indicado sobre el tráfico de influencias, este es un delito que se tipifica en el tanto una persona aprovechándose de su cargo o situación favorable, influya de manera directa o indirecta para obtener de un funcionario público, un beneficio para si o para un tercero (en este caso un familiar), violentando los principios que rigen el correcto actuar de la Administración y buscando un favorecimiento particular sobre el colectivo. No obstante, según el razonamiento de la Procuraduría General de la

“Encendamos juntos la luz”

República, para que se configure tal delito, dicho actuar debe ser producto de una gestión antojadiza que no contiene ningún sustento jurídico, la cual responde a intereses subjetivos sin contenidos técnicos y objetivos para concretarse, sumado a que en circunstancias normales del actuar de la Administración, dicha ventaja muy probablemente no se hubiese suscitado. En este sentido, es consideración de esta Dirección que lo anterior discrepa del actuar de los miembros de los CLEI en la presentación de las postulaciones de funcionarios para ocupar plazas interinas en los territorios indígenas aunque incluyan algún postulante que sea familiar de alguno de los miembros (conforme con el impedimento contenido en el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil), ya que dicho procedimiento se encuentra debidamente regulado y deben cumplirse una serie de disposiciones tendientes a llenar las vacantes con los funcionarios más idóneos para ejercer los puestos (tema desarrollado en el apartado anterior), por lo tanto, no se visualiza un interés particular, ya que los CLEI deben proceder con las propuestas contemplando los requisitos a cumplir por los postulantes para poder ser tomados en consideración para los puestos pertinentes; el hecho de que resulte alguno de los aspirantes ser familiar de uno de los miembros del CLEI, no se debería considerar como un favorecimiento si este cumple a cabalidad con los requisitos dispuestos y resulta ser la persona más idónea para asumir el cargo.

Nótese que sobre el tema del nepotismo, que es precisamente buscar el favorecimiento a familiares y que resulta ser un acto considerado dentro del delito de tráfico de influencias, existe jurisprudencia que indica que tal acepción debe entenderse desde una visión más cerrada, que es interpretarlo como el favorecimiento desmedido o exagerado con respecto a familiares en cargos públicos, es decir, se constituye cuando existe un abuso y no por el solo hecho de

proponer un familiar para un cargo público, claro está, si este cumple a cabalidad con los requisitos de idoneidad dispuestos para tal fin.⁴

Sumado a lo anterior, se estima poco factible que se pueda configurar o existir influencia por parte de los miembros del CLEI en el proceso de remisión de propuestas de postulantes para puestos interinos, esto con respecto a las autoridades del Ministerio de Educación encargadas de realizar dichos nombramientos, ya que los CLEI deben ser consultados en dichos procesos, por tanto, ostentan la atribución de emitir las listas de personas para optar por tales puestos, lo cual no se puede considerar como influencia, es una gestión que se realiza en total apego a la normativa que regula dicho proceso y más aún en procura de preservar los derechos que ostenta la población indígena.

Por otra parte debe valorar -según se indicó anteriormente- que se trata de una población que se rige por normativa especial, como lo es la Ley Indígena N.º 6172 y su respectivo reglamento, así como normativa internacional dentro de la que se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes, adoptado mediante Ley N.º 7316, así como otras normas internas que proporcionan la protección de una serie de derechos que atañen a esta población, tendientes a asegurar sus intereses patrimoniales y culturales, costumbres, idiosincrasia, a preservar su lengua, su propia organización e instituciones, además de otras circunstancias que se desprenden de su condición de vulnerabilidad y minoría con respecto al resto de la población del país.

⁴ Ver Dictamen N.º C-069-2017 del 03 de abril del 2017 emitido por la Procuraduría General de la República

“Encendamos juntos la luz”

Sobre este particular, se torna necesario acotar la posición de la Unidad de Coordinación del Subsistema de Educación Indígena, que en línea con lo indicado, señala que la potestad de resolver los asuntos referentes a la familiaridad de clanes o de sangre, recae a lo interno de los propios territorios indígenas, resaltando su autonomía y auto gobernanza, lo que les brinda el derecho de gestionar y resolver mediante sus propios procedimientos o mecanismos; siendo obligación de estos con respecto a la remisión de postulaciones, que los candidatos o postulantes cumplan con los requisitos y tengan idoneidad para el puesto propuesto sin importar si ostentan algún grado de afinidad o consanguinidad (según lo prohíbe el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil), ya que las postulaciones que contraríen los requisitos de idoneidad si entrarían en conflicto con lo dispuesto en el artículo 52 referido.

Se suma a lo anterior expuesto, que el nombrar un funcionario que resulte ser familiar de un miembro del CLEI que propone dicho nombramiento, mientras este cumpla con los requisitos dispuestos por las autoridades competentes para llenar dicha plaza no se configura en una afectación al servicio público global, ya que se está realizando en cumplimiento de lo establecido en una norma que regula dicho proceder.

No obstante lo anterior, esta Dirección agrega que en virtud de que el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422, corresponde a una norma de carácter general no perteneciente al ámbito interno de este Ministerio, escapa de nuestras competencias emitir un criterio vinculante sobre los alcances y la aplicación del mismo, ya que se estarían extralimitando nuestras facultades que en este sentido son propias de autoridades superiores externas a este Ministerio, por lo tanto, la dependencia consultante se

encuentra facultada, de considerarlo pertinente y necesario, para solicitar a la Procuraduría General de la República en calidad de ente superior consultivo de la Administración, la emisión del criterio respectivo, para lo cual, sirve de insumo el presente criterio, en cumplimiento de la normativa para proceder con la solicitud de criterios ante dicho ente superior.

v. Principios que rigen el actuar de la Administración Pública y posible instauración de requisito adicional

Existen principios que rigen el quehacer de los funcionarios públicos, entre estos se encuentran el de objetividad, transparencia e imparcialidad bajo el cual se constituye la figura de la abstención. Como puede notarse en la circular emitida por la Dirección de Recursos Humanos considerada en la presente consulta, ésta dispone que cuando alguno de los miembros que conforman un CLEI sea propuesto para ocupar un puesto, éste deberá abstenerse de participar, por lo cual deberá retirarse de la votación, lo cual será consignado en el acta respectiva.

La disposición anterior deviene del cumplimiento de tales principios, lo cual, es consideración de esta Dirección, que podría valorar la instancia consultante, la eventual aplicación de dicha medida de igual manera con respecto a la propuestas que incluyan familiares hasta tercer grado de afinidad y consanguinidad de los miembros que conforman los CLEI que realiza dicha escogencia, como mecanismo para evitar que se vaya a interpretar que exista favoritismo con respecto a alguno de los aspirantes y se cumpla a cabalidad la aplicación de los principios citados. Sobre el particular, la Procuraduría General de la República, mediante el Dictamen N.º C-069-2017, de fecha 03 de abril del 2017, señaló:

“Encendamos juntos la luz”

“...Es claro entonces que la función pública está regentada por un conjunto de valores, principios y normas de un alto contenido ético y moral, con el propósito de garantizar la imparcialidad, la objetividad (...), la independencia y evitar incluso el nepotismo en el ejercicio de la función pública, como típica manifestación de conflicto de intereses. Y desde esta perspectiva, se busca “(...) dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de situarlos en una posición de imparcialidad para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal...”

Tales principios tienen estrecha relación con lo estipulado en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, N° 8422, por consiguiente, con lo señalado en el acápite anterior. Debe considerarse que el fin de dicha norma es prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública y obliga a todo funcionario público a orientar su gestión a la satisfacción del interés público, lo cual se refleja en la identificación y atención de las necesidades colectivas prioritarias, de una manera planificada, regular eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes, además de actuar bajo los principios citados. Por tal razón, se reitera la recomendación a la dependencia consultante que dentro del ámbito de sus atribuciones, valore la inclusión dentro de las disposiciones atinentes al proceso de nombramiento de personal en los territorios indígenas conforme con el Decreto Ejecutivo N.º 37801-MEP, sobre la condición de que al escoger un postulante para una plaza interina y este sea familiar hasta tercer grado de afinidad o consanguinidad con respecto a algún miembro del CLEI gestionante, el miembro que ostenta la relación de afinidad o consanguinidad se abstenga de participar en el proceso de votación, tal como está estipulado cuando se va a postular un mismo miembro, ya que tal disposición se estaría señalando en acatamiento a los mismos principios que rigen el actuar de la Administración.

“Encendamos juntos la luz”

En este sentido, se trae a colación lo establecido en el Decreto Ejecutivo N.º 40932-MP-MJP “Mecanismo General de Consulta a Pueblos Indígenas”, cuyo objeto es establecer la obligación de consultar a dichos pueblos cada vez que se prevean medidas administrativas, proyectos de ley promovidos por el Poder Ejecutivo o proyectos privados susceptibles de afectarles. Precisamente, el artículo 6 señala la obligatoriedad del mecanismo de consulta a los pueblos indígenas de los asuntos tendientes a afectar los derechos colectivos de estos, que según el artículo 12 inciso a), al mismo tiempo resulta ser un derecho de dichos pueblos, con quienes se debe buscar un acuerdo y lograr el consentimiento de su parte. Bajo este entendido, encontrándonos bajo la recomendación de la instauración de una medida administrativa, la misma norma señala sobre el concepto de “afectación”, que los derechos de los pueblos indígenas serán afectados cuando dicha medida “...contiene elementos que puedan implicar cambios en su situación jurídica, en los derechos colectivos, su forma de vida, cultura, espiritualidad y dinámica social. Así como las medidas que sin ser ejecutadas estrictamente dentro de los territorios indígenas, tengan como resultado una afectación de los derechos colectivos y culturales de los pueblos indígenas...” Por su parte, con respecto al concepto de derechos colectivos, también los define de la siguiente manera:

“...Aquellos derechos que tienen como sujeto a un grupo o conjunto determinado de personas, que comparten características culturales, sociales, espirituales o históricas. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se entenderán como aquellos que, reconocidos por el marco jurídico vigente, nacional o internacional o por la cosmovisión del pueblo indígena forman parte de su acervo cultural...”

“Encendamos juntos la luz”

Considerando lo anterior y partiendo de que no se puede determinar qué grado de población la indígena se podría ver involucrada con la instauración de la medida propuesta, lo óptimo es que en caso de tomar la decisión de proceder con la inclusión de la recomendación acotada, se realice en cumplimiento de los procedimientos correspondientes que impone la legislación al efecto, sin que ello obste con lo que ha sido señalado y en cuanto a la posición manifestada por la Unidad de Coordinación del Subsistema Indígena, la cual se encuentra plasmada dentro del presente criterio, por cuanto, si se actúa acatando el procedimiento de consulta, estos resultarían parte de las disposiciones para la gestión de la propuestas. Aunado a que el mismo decreto N.º 37801-MEP, mediante el artículo 29, señala el deber de la Dirección de Recursos Humanos, de emitir disposiciones específicas (detalles) a aplicar en los procesos de nombramientos, por lo tanto, resulta ser una atribución autorizada a nivel normativo.

De esta manera, según se ha indicado, considera esta Dirección que con la aplicación de dicha disposición no se estaría contrariando lo externado por la Unidad de Coordinación del Subsistema de Educación Indígena en el criterio técnico aportado, en relación a la autonomía que ostentan las comunidades indígenas y su auto gobernanza y bajo tal supuesto, la potestad de resolver internamente lo referente al tema de los conflictos de familiaridad de sangre o clanes, ya que no se estaría excluyendo la participación de postulantes por razón de grado de consanguinidad o afinidad, únicamente se implementaría un requisito adicional a cumplir, tal como existe para las postulaciones de los miembros de los CLEI.

Por último, se debe considerar que si bien es cierto, los pueblos indígenas se rigen bajo normativa especial que les protege en sus derechos particulares, no obstante, estamos frente a un acto que involucra tanto ciudadanos indígenas como no

indígenas, particularmente se atienden situaciones de índole laboral, por lo tanto, se debe ser cuidadoso de no menoscabar o actuar en contravención de lo que dicta la normativa que protege los derechos indígenas, pero también a la luz de las disposiciones que se deben acotar con respecto a los derechos laborales de la población en general.

V. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, esta Dirección concluye que:

- Los Consejos Locales de Educación Indígena (CLEI) ostentan la atribución de ser consultados de manera obligatoria en los procesos de nombramiento y reclutamiento del personal del servicio educativo nombrado en los territorios indígenas.
- Se reconoce la validez y el apego al marco normativo vigente en materia de libre determinación de los pueblos indígenas del criterio técnico DMS-UCSEI-0016-03-, por la Unidad de Coordinación de Subsistemas de Educación Indígena, insumo que señala que **las valoraciones con respecto a la familiaridad de sangre o de clanes (grados de consanguinidad) deben ser resueltas por la propias comunidades indígenas, amparados al derecho de auto gobernanza y autonomía que ostentan, los cual les brinda el derecho de resolver por sí mismos tal situación**, lo que deben atender los CLEI con respecto a los nombramientos interinos, es que las personas propuestas cumplan con los requisitos establecidos normativamente, sin que influya el hecho de que sean familiares de algún miembro del CLEI responsable; no obstante, agregan que de proponerse personas no idóneas por no cumplir con los requisitos exigidos para ocupar el puesto propuesto,

“Encendamos juntos la luz”

sería posible aplicar la legislación nacional, en este caso, lo que establece la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, N.º 8422.

- No se encuentra normativa expresa que impida que los Consejos Locales de Educación Indígena incluyan en las propuestas de nombramiento, a personas que tengan un vínculo familiar con alguno de los miembros que los conforman, por lo que dicho actuar no contraviene con lo estipulado en el artículo 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil ni ninguna otra disposición en tal sentido.
- No obstante lo anterior, reconociendo el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, esta Dirección recomienda que la instancia consultante, en el ámbito de sus competencias, valore incluir dentro de los lineamientos para regular el procedimiento de nombramientos interinos en territorios indígenas, que en caso de incluirse en la propuesta alguna persona que esté ligada por consanguinidad o afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive con respecto a alguno de los miembros del CLEI gestionante, este se abstenga de participar en la votación correspondiente, a efecto de salvaguardar los principios de imparcialidad, objetividad y transparencia en dicho proceso, gestión que sería potestad de la Dirección de Recursos, realizada en observancia de los procedimientos correspondientes impuestos por la legislación, a efecto de no vulnerar los derechos de la población indígena, atendiendo principalmente al derecho de ser consultados.
- En relación a la aplicación del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N.º 8422, no se encuentra que las actuaciones atinentes al nombramiento de personal en el sistema educativo que se desempeñará de manera interina en los territorios indígenas, genere un conflicto con dicho enunciado y de alguna manera se configure el delito de tráfico de influencias en ninguna de las actuaciones que lo componen, siempre

“Encendamos juntos la luz”

que la persona propuesta cumpla con los requisitos de idoneidad y demás disposiciones administrativas atinentes al puesto correspondiente, no obstante, siendo que dicha norma es de aplicación general no resulta competencia de esta Dirección delimitar su alcance.

- En caso de que se estime necesario, la instancia consultante en conjunto con las autoridades ministeriales se encuentra facultada a efecto de solicitar el dictamen a la Procuraduría General de la República como ente superior consultivo, sobre el alcance del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N.º 8422, según la materia en consulta, para lo cual, sirve de insumo el presente criterio.

Daniel Alejandro Jurado Laurentín
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos

Copia:

- 📁 Ana Meléndez Hernández
- 📁 Archivo/consecutivo.

Realizado por: Alexandra Rojas Quirós, Asesora Legal.

Revisado por: Fernando Sanabria Porras, Jefe Unidad de Consultas

Aprobado por: María Gabriela Vega Díaz, Jefe Departamento de Consulta y Asesoría Jurídica.

V.B.: Mario Alberto López, Benavides, Subdirector de Asuntos Jurídicos