

23 de noviembre de 2018
OJ-115-2018

Licenciada
Karine Niño Gutiérrez
Diputada
Presidenta de la Comisión de Asuntos Internacionales
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, nos referimos a su oficio No. KNG-FPLN-108-2018, de fecha 27 de julio de 2018, mediante el cual, a título individual –*como diputada Presidenta de la Comisión de Asuntos Internacionales*– consulta a fin de conocer la legalidad de las actuaciones de la Canciller de la República con ocasión de dos nombramientos específicos de las Señoras Adriana Murillo como Directora de Política Exterior y Carolina Fernández como Directora Alternativa de Política Exterior, realizados en el Ministerio de Relaciones Exteriores .

En concreto, requiere la opinión de la Procuraduría General, para saber si estos nombramientos fueron dictados de acuerdo a la ley o si por el contrario, existe una transgresión jurídica.

I.- Consideraciones generales sobre la admisibilidad de consultas a diputados.

Como será de su conocimiento, este Despacho despliega su función consultiva respecto de la Administración Pública. En ese sentido, el artículo 4° párrafo primero de nuestra Ley Orgánica (*N° 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas*) dispone lo siguiente:

"Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría, debiendo, en cada caso, acompañar la opinión de la Asesoría Legal respectiva (...)" (El subrayado es nuestro).

De la norma transcrita fácilmente se infiere que, desde un punto de vista organicista, la Procuraduría General de la República sólo está facultada para emitir dictámenes a petición de órganos o entes que formen parte de la Administración Pública, en tanto ejecuten función administrativa. Y siendo que el Poder Legislativo ejerce solo excepcionalmente función administrativa, directamente relacionada con la

función primordial que constitucionalmente les ha sido conferida (*legislativa*) –*art. 1. 3) inciso b del Código Procesal Contencioso Administrativo*-, este Despacho ha considerado que la Asamblea Legislativa, en su condición de órgano colegiado y actuando como Administración Pública, se encuentra legitimada para requerir nuestra intervención en materias que conciernan específicamente al ejercicio excepcional, por su parte, de la función administrativa y que, en tal caso, el respectivo pronunciamiento tendría incluso efectos vinculantes (*art. 2 de la Ley N° 6815 op. cit.*). Una condición que no puede ser subrogada por los diputados individualmente, cuya calidad de diputado es incompatible con la de autoridad administrativa (*Pronunciamiento OJ-001-2008 de 8 de enero de 2008*).

Así las cosas, en lo que al presente asunto se refiere, es obvio que se incumplen los presupuestos básicos de admisibilidad comentados, pues es la señora diputada, individualmente considerada como integrante de aquél Poder de la República, la que requiere nuestro criterio técnico jurídico, y además, no está indagando sobre temas que se relacionen de alguna manera con la función administrativa propia de la Asamblea, razón por la cual este Despacho no podría pronunciarse de manera vinculante al respecto (*Véanse como precedentes la OJ-037-2006 de 21 de marzo de 2006, la OJ-024-2008 de 23 de mayo de 2008 y OJ-059-2011 de 13 de setiembre de 2011*).

No es ocioso recordar que *“Como está claramente enunciado en nuestra Ley Orgánica, nuestra competencia consultiva se ejercita en atención a las gestiones que la Administración Pública formule, vedándose no sólo las gestiones de particulares, sino que, incluso, la posibilidad de que nos refiramos, en nuestros dictámenes, a casos concretos (excepción hecha de lo que indican los artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública), por la inminente transformación de nuestra ya indicada naturaleza consultiva a una propia de la Administración activa. Si ello es así en las labores que expresamente el Ordenamiento Jurídico nos manda a realizar, mal haríamos en obviar iguales parámetros para la labor de asesoría y colaboración que se presta a los señores diputados”* (Pronunciamiento OJ-147-2005 de 26 de setiembre de 2005 y en sentido similar OJ-054-2013 de 9 de setiembre de 2013, OJ-018-2017 de 15 de febrero de 2017 y OJ-120-2017 de 18 de setiembre de 2017).

Y si bien, en un afán de colaborar con los señores miembros de la Asamblea Legislativa, la Procuraduría ha venido evacuando las consultas que formulan los señores diputados, a efecto de facilitarles el ejercicio de las altas funciones que la Constitución les atribuye, como es el caso de las opiniones no vinculantes que se rinden en relación con un determinado proyecto de ley o en relación con aspectos que pueden considerarse cubiertos por la función de “control político” y que razonablemente puedan considerarse de interés general, lo cierto es que esta forma de colaboración no dispuesta en la Ley tiene como objeto, reiteramos, colaborar en la

satisfacción de las funciones parlamentarias y ello mediante un asesoramiento de índole estrictamente jurídico. Dicho asesoramiento que no puede de ningún modo desnaturalizar la función consultiva de la Procuraduría y particularmente mediatizar su función, al punto de impedirle suministrar la asesoría a quien está legitimado para solicitársela, sea la Administración Pública (*OJ-093-2008 de 6 de octubre de 2008*).

En ese sentido, debe comprenderse que el asesoramiento a los (as) señores (as) diputados (as) tiene como límite el contenido propio de la función consultiva, su eficiente ejercicio respecto de la Administración Pública y la razonabilidad y mesura de la consulta que se formule (*Pronunciamientos OJ-018-2007 de 27 de febrero de 2007, OJ-001-2008, OJ-024-2008 op. cit., OJ-080-2011 de 9 de noviembre de 2011, OJ-10-2014 de 28 de febrero de 2014 y OJ-073-2017 de 16 de junio de 2017*).

II.- Objeto de la consulta y alcance abstracto, no vinculante, de nuestro criterio.

Analizado con detenimiento el objeto de la presente consulta, si bien en un principio no resultaba clara la relación directa que pudiera existir entre el tema consultado y las funciones parlamentarias que individualmente pudiera ejercer el consultante, lo cierto es que constatada su integración como miembro Presidente de la Comisión de Asuntos Internacionales por el período 2018-2022, el tema en consulta bien puede enmarcarse en el control político parlamentario, puesto que reviste un innegable interés público (cfr. Sala Constitucional, sentencias Nos. 592-1999 de las 8:48 horas del 29 de enero de 1999 y 7215-2000 de las 9:25 horas del 18 de agosto de 2000)

Así que reconociendo aquel interés con base en el cual la diputada requiere obtener criterios jurídicos que le permitan de algún modo esclarecer la duda que formula, con total prescindencia de la directa y expresa alusión a casos particulares que contiene su gestión, actuando siempre dentro de nuestras facultades legales como asesores técnico-jurídicos de las Administraciones Públicas, procederemos a emitir en abstracto nuestro criterio al respecto; esto con base en lineamientos jurídico-doctrinales emanados especialmente de nuestra jurisprudencia administrativa y judicial¹, atinentes al tema en consulta.

Debe quedar claro que la Procuraduría General de la República entra a conocer la presente consulta no con el afán de analizar si las designaciones hechas por la Cancillería están o no conformes al ordenamiento jurídico, pues dicha labor

¹ Tales dictámenes y sentencias pueden ser consultados en nuestra página web: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/>

obviamente excedería el marco jurídico de nuestras competencias. Nos limitaremos entonces a una interpretación normativa.

Con base en lo expuesto, en especial consideración a la investidura de la consultante, por el interés público involucrado y como una forma de colaboración institucional con la Asamblea Legislativa, con base en nuestra jurisprudencia administrativa y judicial, emitiremos algunas consideraciones jurídicas en torno a aquellos aspectos que consideramos relevantes y necesarios de comentar sobre lo consultado, con la advertencia de que tal pronunciamiento carece –reiteramos- de efectos vinculantes, siendo su valor el de una mera opinión consultiva, similar a la que emitiría cualquier otro asesor jurídico.

III.- Sobre el fondo.

A) Coexistencia de diversos Estatutos de Servicio en el empleo público y sus principios rectores.

Con base en una interpretación histórico-sistemática, la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia vinculante (art.13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) que si bien nuestros constituyentes originarios consignaron en la Constitución Política de 1949 que debía existir un régimen especial administrativo, no un único estatuto, que regulara las relaciones entre los servidores públicos y el Estado, a fin de proteger a los primeros de destituciones arbitrarias (estabilidad en el empleo) y de profesionalizar la función pública (búsqueda de la eficiencia en el servicio y de la idoneidad del funcionario), lo cierto es que el legislador optó por regular la relación de empleo público, no de modo general ni en un solo cuerpo legal, sino de forma separada, bajo diversas regulaciones sectoriales que regulan, de forma especial y prevalente, las relaciones jurídico administrativas de servicio de determinados colectivos específicos de funcionarios públicos; promulgándose así posteriormente diversos estatutos que hasta hoy coexisten en el Sector Público. De modo que en ese contexto, el Estatuto del Servicio Civil tiene alcances parciales, según su ámbito específico de competencia, respecto de determinados órganos e instituciones del Estado (Entre otras muchas, las resoluciones Nos. 19901119 de las 14:00 horas del 18 de setiembre de 1990, 19995966 de las 10:30 horas del 30 de julio de 1999, 2004-7476 de las 14:04 hrs. del 30 de abril de 2004 y 2018000231 de las 11:00 hrs. del 10 de enero de 2018, todas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

No obstante, aun frente aquel panorama atomizado, según ha reafirmado también la Sala Constitucional, se impone como límite a cada una de esas regulaciones especiales, el cumplimiento de los principios básicos o rectores del régimen: de idoneidad y de estabilidad en el empleo, independientemente del régimen diferenciado que se adopte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 192

constitucionales. Así lo reafirmó este Tribunal, en la sentencia No. 2001-5694 de las 16:23 horas del 26 de junio de 2001, al referirse al régimen diferenciado que regula a los funcionarios judiciales, en la sentencia No. 2011-014624 de las 15:50 horas de 26 de octubre de 2011, al pronunciarse sobre la autonomía administrativa de la Caja Costarricense de Seguro Social, y en la sentencia No. 2006-17746 de las 14:36 horas del 11 de diciembre de 2006, al resolver sobre el Estatuto de Personal del Instituto Costarricense de Electricidad, entre otros casos (Resolución No. 2018000231 op. cit.).

De modo que estos principios y preceptos constitucionales referidos a la función pública, por la heterogeneidad del empleo público, admiten en nuestro medio una pluralidad de desarrollos normativos sectoriales igualmente lícitos, siempre y cuando no traspasen sus límites (Resolución No. 2017020606 de las 09:20 hrs. del 20 de diciembre de 2017, Sala Constitucional).

B) Prevalencia por especialidad normativa del Estatuto del Servicio Exterior de la República (Ley No. 3530) por sobre el Estatuto de Servicio Civil (Ley No. 1581).

Según reafirmamos recientemente en el dictamen C-070-2018, de 17 de abril de 2018, debe partirse de una premisa fundamental, cual es que el régimen jurídico estatutario del Servicio Exterior y la carrera diplomática tienen una regulación normativa especial², y por tanto prevalente, que lo diferencian sustancialmente del régimen estatutario propio del Servicio Civil, a pesar de que comparten las bases constitucionales de la función pública, según las cuales, el personal al servicio de las Administraciones Públicas debe ser designado bajo criterios de mérito y capacidad

² "Especialidad" que ha sido incluso reconocida por la jurisdicción ordinaria de lo laboral, al indicar: "...Dentro de la facultad aludida que se reserva el Estado para regular las relaciones suyas, como patrono, con sus servidores, surge a la vida jurídica, precisamente el pluricitado Estatuto de Servicio Exterior. Por su contenido y naturaleza, éste es de índole especial, ya que se refiere a los vínculos con un grupo determinado de trabajadores estatales identificados por el tipo específico de labores que realizan, a saber, las atinentes a las relaciones con otros países..." (Vid, sentencia de este Tribunal Número ciento treinta y cinco de nueve horas con treinta minutos del treinta de agosto de mil novecientos ochenta y nueve y en el mismo sentido la doscientos cuarenta y nueve de diez horas cuarenta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y seis)" (Resolución No. 100 de las 09:00 hrs. del 20 de mayo de 1994,. En sentido similar la 956-2012 de las 09:50 hrs. del 12 de octubre de 2012, ambas de la Sala Segunda). Así como por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en las resoluciones Nos. 184-2012-VI de las 11:50 horas del 11 de setiembre del 2012, de la Sección Sexta; 84-2014-I de las 11:30 hrs. del 28 de noviembre de 2014, de la Sección I y 092-2017-VII de las 15:30 hrs. del 14 de diciembre de 2017, de la Sección Séptima. Además, la resolución No. 36-F-S1-2014 dictada a las 11:45 horas del 30 de abril del 2014, del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo. Y por la propia Sala Constitucional en las resoluciones Nos.02829-98 de las 15:00 hrs. del 29 de abril de 1998, 8112-97 de las 15:48 hrs. del 28 de noviembre de 1997, 6189-2011 de las 10:21 horas del 13 de marzo de 2011 y 1806-2015 de las 4:30 horas del 10 de febrero del 2015. Solo por citar algunas.

(idoneidad comprobada), en estrictas condiciones de igualdad -arts. 191 y 192 de la Constitución Política- (*Véase en sentido similar, el dictamen C-146-2018, de 19 de junio de 2018*).

Con el Estatuto de Servicio Exterior de la República, el legislador substrajo del régimen de empleo público –*el de la Administración Central del Estado*- la regulación de la carrera del Servicio Exterior; disponiéndose así un régimen especial, diferenciado, y por demás prevalente, respecto de la carrera administrativa ordinaria.

Y esto es así, porque existen innegables diferencias entre la carrera administrativa y la carrera diplomática y consular que justifican su régimen separado, de modo que, como explicamos, no pueden aplicarse los mismos principios a las dos carreras, ya que el legislador ordinario, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones atribuidas al Servicio Exterior, al Ministro de Relaciones Exteriores y a las misiones diplomáticas y consulares, dispuso un sistema diferente, y por demás, adecuado con las funciones propias dirigidas a desarrollar de forma sistemática y coordinada todas las actividades relativas al estudio y ejecución de la política internacional del país, la representación de los intereses del Estado costarricense y la tutela de los intereses nacionales ante los demás Estados, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional. En fin, de las "relaciones internacionales"³.

En definitiva, "*El Estatuto del Servicio Exterior crea, pues, un régimen ordinario de acceso a ese servicio, basado en el concurso de oposición, que dota de estabilidad a los llamados "funcionarios de carrera", que son aquellos cuyo nombramiento se origina en ese procedimiento*" (Resolución No.02829-98 de las 15:00 hrs. del 29 de abril de 1998, Sala Constitucional. Y en sentido similar la resolución No. 001198-F-S1-2013 de las 10:00 hrs. del 18 de setiembre de 2013, Sala Primera).

Efectivamente, por ello en el citado dictamen C-070-2018 indicamos que el Estatuto de Servicio Exterior de la República –Ley No. 3530- regula de manera especial y diferenciada lo relativo al personal de Servicio Exterior, el cual comprende indistintamente actividades propias del Servicio Diplomático, del Servicio Consular y del Servicio Interno (arts. 1); las cuales, salvo excepciones contempladas en esa misma Ley, deben ser ejercidas por funcionarios de carrera (art. 8; 4 de su Reglamento –Decreto Ejecutivo N° 29428-RE-); es decir, funcionarios incorporados a la "carrera

³ Sobre los alcances del término "relaciones internacionales", véase la resolución No. 6624- 94 de las 9:00 horas del 11 de noviembre de 1994; citado en el dictamen C-081-97, de 20 de mayo de 1997.

diplomática" de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en el Estatuto del Servicio Exterior de la República, que constituye un cuerpo profesional del Estado, organizado en carrera pública jerarquizada (art. 61 del citado Decreto Ejecutivo N° 29428-RE).

Según advertimos desde el dictamen C-156-95 de 7 de julio de 1995 y reafirmamos en el citado dictamen C-070-2018, una de las particularidades del régimen estatutario del Servicio Exterior es que, a diferencia del Servicio Civil, como piedra angular de la "carrera diplomática", se impone la "rotación" o el "traslado" del servidor de carrera en las diversas funciones que componen el denominado Servicio Exterior (arts. 1, 7, 8 y 19); diseñándose así un marco reglado e imperativo de equiparación de 7 categorías, en un contexto de relaciones de equivalencia, en tratándose de servidores pertenecientes al así llamado servicio diplomático o consular de la Nación, con relación a los del servicio interno (art.9)⁴, con varias finalidades esenciales⁵, pero la que más interesa en este caso es la que pretende satisfacer el denominado "*principio de alternación*", que busca que los funcionarios de carrera presten sus servicios en el exterior y en la planta interna del Ministerio, obedeciendo al interés de mantenerlos en vinculación con la problemática e identidad cultural de la Nación costarricense. Por ello es que se establece la obligación de trabajar y permanecer, durante lapsos alternativos, en el servicio exterior y en el interior (art. 22). Y por ello reafirmamos que la rotación que impone la diplomacia entre cargos del Servicio Interno, del Servicio Consular y del Servicio Diplomático, hace que los

⁴ **Artículo 9.** El Servicio Exterior será organizado del modo siguiente, respetando las correspondientes equivalencias:

Diplomático	Consular	Servicio Interno	Categoría
Embajadores		Directores	Primera
Ministros	Cónsules Generales	Jefe de Departamento de Primera Clase	Segunda
Consejeros	Cónsules Generales de Segunda Clase	Subdirector de Ceremonial	Tercera
Primeros Secretarios	Cónsul de Primera Clase	Jefes o Encargados de Sección	Cuarta
Segundos Secretarios	Cónsul de Segunda Clase con más de 4 años de servicio	Funcionarios auxiliares Clase con más de 4 años de servicio	Quinta
Terceros Secretarios	Vicecónsul	Funcionarios auxiliares con más de 2 y menos de 4 años de servicio.	Sexta
Agregado	Agente Consular	Funcionarios auxiliares con menos de 2 años de servicio	Sétima

⁵ Entre ellas, la equiparación salarial, por la que se considera que los funcionarios del Servicio Diplomático y Consular devengan sueldos iguales a los del Servicio Interno de igual categoría según escalafón, y que resulta aplicable en los supuestos específicos del pago de prestaciones legales y del Impuesto de la Renta (Dictámenes C-069-93 de 20 de mayo de 1993, C-269-2017 de 16 de noviembre de 2017, C-146-2018 op. cit. y C-293-2018, de 22 de noviembre de 2018).

funcionarios de carrera no adquieran derecho alguno a la función o puesto que desempeñen en un momento determinado, sino a una categoría⁶ dentro de la jerarquía de la carrera, según el escalafón (arts. 9, 11, 12, 19 y 22 de la citada Ley No. 3530 y 2.4, 2.10, 2.24, 41, 62 y 74 del Decreto Ejecutivo N° 29428-RE); la cual sirve de criterio reglado insoslayable para su designación.

A manera de ejemplo, en el citado dictamen C-156-95, cita como referencia la resolución No. 1868-93 de las 15:27 hrs. del 23 de abril de 1993, de la Sala Constitucional; la cual trascribimos de forma más completa a la reseñada en aquel pronunciamiento, para ilustrar el punto.

" TERCERO.- (...) Por su parte, el artículo 9 del Estatuto organiza el servicio exterior -que comprende el servicio diplomático, el consular y el interno- y señala que al rango de Embajador corresponde el cargo de Director si el funcionario fuere asignado al servicio interno (Embajador y Director forman parte de la "categoría primera"). De igual manera, el rango de Ministro equivale al de Cónsul General de Primera Clase, y, domésticamente, al cargo de Jefe de Departamento. Ello es razonable considerando que -a diferencia del servicio civil en funciones ajenas al servicio exterior- el funcionario lo que ostenta es un derecho al rango y a un cargo que el artículo 9 del Estatuto considere equivalente: no podría, por ejemplo, nombrarse a quien sea Embajador Ministro en el exterior o Jefe de Departamento en el servicio interno del Ministerio: la administración tiene la potestad de designarlo en cualquier lugar en el exterior, en el servicio diplomático o en el consular, siempre que respete su rango, o de nombrarlo en el servicio interno en la categoría que la ley considera equivalente. Por otra parte tampoco el rango de Embajador lleva aparejada, per se, la función de Jefe de Misión, decisión eminentemente discrecional del Ejecutivo, y bien puede haber en una sede un funcionario con rango de Embajador sin que el Ejecutivo le designe Jefe de Misión."

De modo que el objetivo primordial del Estatuto de Servicio Exterior es lograr la profesionalización del Servicio Exterior; es decir que la ocupación habitual y normal del funcionario sea el fungir en puestos propios del Servicio Exterior *-tanto en el exterior o en el servicio interno del Ministerio-*, según corresponda a la equiparación reglada de las categorías del escalafón que legalmente ha sido establecida. En lo cual se especializará por medio de capacitación y de la experiencia que va acumulando en

⁶ Cada uno de los grados jerárquicos del escalafón de los funcionarios de carrera (art. 2.4 del Reglamento al Estatuto del Servicio Exterior de la República, Decreto Ejecutivo No. 29428.

los diversos puestos que ocupe (pronunciamiento OJ-102-99 de 30 de agosto de 1999) y ya no por la consolidación de funciones específicas y concretas en el tiempo, como se exige, por antonomasia, en el régimen de mérito del Servicio Civil.

Así, el sistema de nombramientos y ascensos en la carrera diplomática está estructurado bajo esos criterios especiales prefijados y regula el ascenso o avance gradual y progresivo dentro de los escalafones sucesivos de las categorías establecidas (pronunciamiento OJ-102-99, op. cit.), en torno a dos criterios básicos: derecho a una categoría específica y actualidad en el empleo en actividades propias del Servicio Exterior, así como su desarrollo a través del mérito profesional, en el que la antigüedad, así como la importancia, lugar y condiciones de los servicios prestados, ocupan un lugar preferente.

C) La excepcionalidad a la regla general, según la cual las funciones del servicio exterior deben ser desempeñadas por los funcionarios de carrera, sólo aplica en los casos así contemplados expresamente por el Estatuto de Servicio Exterior de la República (art. 8).

Como manifestación innegable del carácter especial y diferenciado de la carrera diplomática y consular, en relación con otros sistemas de carrera administrativa existentes en nuestro medio, con el Estatuto de Servicio Exterior de la República (Ley No. 3530 y sus reformas), el legislador rediseñó los criterios y estructura que rigen actualmente la carrera diplomática y estableció por su cuenta las excepciones al régimen general de carrera que estableció como regla.

De acuerdo con lo regulado por el Estatuto de Servicio Exterior de la República (Ley No. 3530), el servicio exterior se integra con tres clases de funcionarios: el personal de carrera, el personal en comisión y el personal técnico y auxiliar (*artículo 2*). Y la regla general que se infiere de ese régimen especial de empleo, es que las funciones del servicio exterior –*que comprende indistintamente el Servicio Diplomático, el Servicio Consular y el Servicio Interno*– (art. 1), salvo las excepciones contempladas por esta Ley –dice la norma–, deben ser desempeñadas por la primera de esas tres clases; es decir los funcionarios de carrera (artículo 8). (Entre otras, véanse las sentencias No.s 02829-98 y 2007-015264 op. cit.).

Según hemos reconocido⁷, con base en lo dispuesto por los ordinales 140, inciso 1), en relación el 192, ambos constitucionales, la propia Sala Constitucional ha sido enfática en reconocer que en la mente del constituyente estaba la idea de que no todos los servidores públicos podían estar cubiertos por determinado régimen

⁷ Dictámenes C-182-2002, de 15 de julio de 2002, C-333-2005, de 26 de setiembre de 2005 y C-081-2016, de 20 de abril de 2016, entre otros muchos.

estatutario, pues la forma de escogencia, las capacidades, las funciones de cada cargo, las relaciones de confianza y dependencia, no son iguales en todos los casos. De ahí que los principios derivados del artículo 192 son aplicables a ciertos funcionarios -la mayoría- no a todos. Así advierte que la Constitución misma señaló varios casos de funcionarios de libre escogencia y remoción como lo son los ministros de gobierno (art. 139.1 CP), los miembros de la fuerza pública, los directores de instituciones autónomas, representantes diplomáticos (art. 147.3 CP⁸), y en general, "los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza" (artículo 140 inciso 1) CP) (Resolución No. 1119-90 de las 14:00 hrs. del 18 de setiembre de 1990, ratificada entre otras, por las Nos. 140-93 de las 16:05 horas del 12 de enero de 1993, 7598-94 de 23 de diciembre de 1994 y 5222-94 de las 14:51 hrs. del 13 de setiembre de 1994).

De modo que en contraposición a aquellos servidores públicos de carrera, que gozan de lo que la doctrina ha dado llamar estabilidad propia en el empleo, constitucionalmente se ha reconocido la existencia de los denominados puestos de confianza, legalmente determinados por excepción, nombrados libremente por parte del funcionario que hace la escogencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 inciso 1) de la Constitución Política; en cuyos nombramientos se advierte que no se siguen las reglas ni procedimientos ordinarios establecidos para los funcionarios de carrera. Y por ello, se admiten como puestos excluidos de cada régimen los que la propia Constitución Política o el Estatuto de Servicio específico u otras leyes ordinarias determinen de manera expresa e inequívoca.

En tratándose del Estatuto de Servicio Exterior de la República, Ley No. 3530, hemos sido claros y concisos en advertir que se excluyen del régimen general de "carrera diplomática", además del Ministro del ramo: **1)** Misiones diplomáticas, los embajadores, enviados Extraordinarios y Ministros Plenipotenciarios, que son de designación del Consejo de Gobierno (art. 147.3 de la Constitución Política), siempre y cuando que por sus méritos sean aptos para desempeñarlos satisfactoriamente (arts. 3 y 10); **2)** Funcionarios en Comisión⁹ que, por especiales razones de conveniencia nacional, por inopia de funcionarios de carrera o por otras razones de emergencia, sean llamados a desempeñar aquellos cargos del Servicio Exterior reservados, según esta ley, a las personas incorporadas a éste; cuyo libre nombramiento y remoción le compete al Poder Ejecutivo -stricto sensu-, pudiendo ser llamados a desempeñar sus cargos también ad honorem, siempre que el nombramiento se haga por un plazo no mayor a seis meses (arts. 48 y 49) y **3)** Los funcionarios del servicio auxiliar y el personal a que se refiere el inciso b) del artículo 52, serán de libre nombramiento y

⁸ Nombrados por el Consejo de Gobierno.

⁹ Véase el dictamen C-388-2014, de 17 de noviembre de 2014.

remoción del Poder Ejecutivo (art. 55) (Dictamen C- 332-2015, de 4 de diciembre de 2015)¹⁰.

De la ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, No. 3008 de 18 de julio de 1962, se pueden inferir otros puestos de confianza nombrados por el Poder Ejecutivo, como: **4)** los asesores en cantidad no mayor a seis (6) para asuntos de política exterior, económicos, sociales y jurídicos; quienes colaborarán con el Ministro y los Directores en el estudio y dictamen de asuntos que les sean encomendados y serán además incluidos en la Lista Diplomática de Costa Rica, pero servirán sus cargos ad honórem (art. 9). Así como también, **5)** las Misiones especiales que serán también nombradas por el Poder Ejecutivo (art. 13). Y del Reglamento de Tareas y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto Ejecutivo No. 19561 de 9 de marzo de 1990, se adicionan a la lista de puestos de confianza **6)** los dos Viceministros, uno encargado de la política exterior y relaciones internacionales, otro Administrativo; ambos superiores jerárquicos en su materia respectiva del personal inmediato del Ministerio (art.10, en relación con el artículo 47 de la Ley General de la Administración Pública, nombrados por el Presidente de la República).

Ahora bien, en el contexto explicado, en el que se permite al legislador ordinario exceptuar a ciertos funcionarios de la aplicación de un determinado régimen estatutario, es válido cuestionarse, por ejemplo, si determinados puestos de Directores de departamentos ministeriales o de órganos adscritos, están o no exceptuados de un determinado régimen de carrera, a fin de considerarlos válidamente o no como empedados de confianza, y por tanto, de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo.

¹⁰ Importa señalar *grosso modo* que en el caso de personal en comisión y del personal técnico y auxiliar, conforme al Reglamento al Estatuto del Servicio Exterior de la República, Decreto Ejecutivo No. 29428, el Poder Ejecutivo deberá efectuar el nombramiento mediante acuerdo motivado, en el que consten las razones del nombramiento, una indicación precisa de las disposiciones legales y reglamentarias en que se fundamenta y las cualidades específicas del designado para cumplir la misión de que se trate (arts. 15 y 16). Además, en tratándose de funcionarios en comisión, de funcionarios técnicos y auxiliares, deberá acreditarse documentalmente la preparación académica o profesional, ética, cultura, civismo y conducta regular (arts. 18, 20 y 25 de ese cuerpo reglamentario y 19 de la Ley Orgánica). Y en el caso de Jefes de Misión, la comprobación de aptitud a que se refiere el artículo 10 del Estatuto corresponderá al Consejo de Gobierno mediante los procedimientos que estime oportunos. En todo caso no se tramitará ninguna solicitud de beneplácito mientras no consten en el expediente respectivo los documentos a que se refieren los incisos a), b), c), d), e), f) y g) del artículo 18 del citado Reglamento estatutario.

Según ha determinado la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General, para que un puesto del Poder Ejecutivo pueda considerarse excluido del Régimen estatutario del ámbito al que pertenece, es necesario que una norma de rango legal, o superior, así lo disponga (Entre otros, los dictámenes C-102-91, de 18 de junio de 1991; C-028-97, de 17 de febrero de 1997; C-182-2002, de 15 de julio del 2002 y C-075-2010, de 21 de abril del 2010).

Y recientemente, a modo de precedente administrativo, hemos enunciado un principio que podríamos enunciar como "*pro régimen estatutario*", según el cual, ante la insuficiencia¹¹ de la norma legal que se aduce para fundamentar la exclusión de un puesto de determinado régimen estatutario, y catalogarlo así como de confianza, debe privar la regla general prevista, incluso en normas de rango constitucional -191 y 192 *op. cit.*-, en el sentido de que sí forman parte del régimen estatutario (dictamen C-036-2018, de 21 de febrero de 2018).

Incluso en el citado precedente administrativo se aludió que la única vía para que esos puestos fueran catalogados como empleados de confianza sería lo dispuesto por el artículo 4, inciso g) del Estatuto de Servicio Civil -*introducido por Ley No. 7767 de 24 de abril de 1998*-. No obstante, esa hipótesis se desechó porque tanto la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil (oficio AJ-353-98), como ésta Procuraduría (dictamen C-051-2007, de 22 de febrero de 2007), han indicado que esa norma solo aplica con respecto a los cargos del más alto nivel de dirección, como podría ser un Director General¹². Así que aquella norma, además de resultar propia de otro régimen estatutario, podría por sí misma resultar insuficiente para desaplicar la regla general de pertenencia al Régimen de Servicio Exterior. Recuérdese que la determinación de si un funcionario es o no de confianza, y por ende, excluido del régimen de mérito, es una cuestión que está librada a la Ley y a la naturaleza sustancial de sus funciones (Resolución No. 2016018087 de las 11:10 hrs. del 7 de diciembre de 2016, Sala Constitucional).

¹¹ Porque no se indica expresamente que sean puestos excluidos del régimen, por ejemplo.

¹² Véase que conforme a los arts. 3 inciso b) y 6 de la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores, No. 3008, así como el ordinal 4 del Reglamento de Tareas y Funciones de ese Ministerio, Decreto Ejecutivo No. 19561, disponen que el "Director General del Ministerio" es el "Jefe Administrativo" de las diversas divisiones y dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores, y que su posición equivale a la de un Viceministro de Gobierno, y sustituye al titular de la Cartera en las ausencias de éste cuando así le fuere indicado por el Presidente de la República. Y de la revisión de las normas que rigen a la Dirección de Política Exterior (arts. 36 y 37 del citado Reglamento) no se observa que por la naturaleza de sus funciones sean incompatibles con la cobertura del régimen estatutario de Servicio Exterior

De modo que, a nivel de regla general, podemos reafirmar que el Estatuto de Servicio Exterior de la República, Ley No. 3530, establece que los funcionarios de carrera serán los que prevalentemente desempeñen cargos tanto en el exterior o en el servicio interno, salvo las excepciones contempladas en esa misma Ley (art. 8).

D) Frente a lo previsto por el régimen estatutario de Servicio Exterior no puede alegarse práctica o costumbre administrativa *contra legem*.

Al estarse frente a normas que integran un régimen estatutario especial, al que están sujetos un determinado colectivo de funcionarios públicos en razón de la peculiaridad de las funciones que desempeñan, especialmente regido por normas de Derecho Administrativo, no es posible soslayar y mucho menos desplazar el principio de legalidad o de juridicidad administrativa¹³; máxime cuando existe jurisprudencia administrativa de esta Procuraduría General acerca de los temas concernidos, que se constituye como fuente normativa del ordenamiento (arts. 2 de nuestra Ley Orgánica y 7 de la LGAP), y como tal, es de acatamiento obligatorio y debe ser respetada por toda la Administración Pública¹⁴, so pena de incurrir en eventuales responsabilidades personales los funcionarios omisos (dictamen C-118-2011, de 31 de mayo de 2011).

Por ello, bajo ninguna circunstancia una práctica anómala o costumbre administrativa *contra legem* puede convertirse en fuente de derecho, y mucho menos

¹³ " los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente" (Resolución N° 1998-897 de las 17:15 hrs. del 11 de febrero de 1998, Sala Constitucional).

¹⁴ "Eficacia general" que, según la Sala Constitucional, no resulta moderada "con la tesis manejada por el órgano consultivo en el sentido de que el dictamen es vinculante, únicamente, para la administración pública que consulta y no para el resto de los entes públicos, por cuanto, una vez que se pronuncia, es probable, que salvo circunstancias calificadas, no varíe de criterio, de manera que es usual la reiteración de dictámenes precedentes al evacuarse una nueva consulta, por lo que su eficacia vinculante se extiende no sólo al ente u órgano público que consultó en su momento sino, también, para todas las consultas ulteriores que reiteren un criterio precedente. Los dictámenes de la Procuraduría General de la República al ser calificados, por la ley, como "jurisprudencia administrativa" y al indicar que son "de acatamiento obligatorio", se les atribuye una eficacia general y normativa, en cuanto la intención inequívoca, al emplear tales conceptos jurídicos, es conferirles la condición de fuente del ordenamiento jurídico administrativo y, por consiguiente, un carácter normativo" (Resolución No. 14016-2009 de las 14:34 hrs. del 1 de setiembre de 2009, Sala Constitucional. En sentido similar, la resolución No. 000453-F-S1-2013 de las 14:10 hrs. del 10 de abril de 2013, Sala Primera).

generar derechos adquiridos¹⁵. Antes bien, la Administración se encuentra en el deber de erradicar toda práctica que se haya venido siguiendo en contra de los mandatos del ordenamiento jurídico (Dictámenes C-271-2006, de 5 de julio de 2006 y C-118-2011 op. cit.).

Conclusiones:

Conforme a lo expuesto, haciendo abstracción de lo consultado, con base en su jurisprudencia administrativa, la Procuraduría General concluye que:

Coexisten en nuestro medio diversos Estatutos de Servicio en el empleo público que regulan de forma especial y prevalente, las relaciones jurídico administrativas de servicio de determinados colectivos concretos de funcionarios públicos.

El Estatuto de Servicio Exterior de la República, Ley No. 3530, se constituye en un régimen especial, diferenciado, y por demás prevalente, respecto de la carrera administrativa ordinaria (Servicio Civil), que regula régimen jurídico estatutario del Servicio Exterior y la carrera diplomática.

De acuerdo con lo regulado por el Estatuto de Servicio Exterior la de República (Ley No. 3530), el servicio exterior se integra con tres clases de funcionarios: el personal de carrera, el personal en comisión y el personal técnico y auxiliar (*artículo 2*). Y por regla general las funciones del servicio exterior *–que comprende indistintamente el Servicio Diplomático, el Servicio Consular y el Servicio Interno–* (art. 1), salvo las excepciones contempladas por esa Ley, deben ser desempeñadas por la primera de esas tres clases; es decir los funcionarios de carrera (artículo 8).

¹⁵ Al respecto, consúltense, entre otras, las sentencias números 328, de las 15:00 horas del 19 de octubre de 1994; 102, de las 9:00 horas, del 31 de marzo de 1995; 140, de las 9:00 horas del 12 de junio de 1998; 173, de las 9:40 horas del 25 de junio de 1999; 79, de las 11:30 horas del 27 de febrero; 234, de las 9:30 horas del 22 de mayo; 406, de las 11:00 horas del 16 de agosto, las tres del 2.002; y, la número 12, de las 9:30 horas del 24 de enero del 2.003; así como la 619, de las 10:00 horas del 30 de junio y 629, de las 9:30 horas del 6 de agosto, ambas de 2004, todas de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. De igual forma, también se ha señalado que el error en la aplicación de una norma tampoco crea derecho (sentencias números 78, de las 10:10 horas del 31 de enero del 2001; 142, de las 9:40 horas del 10 de marzo del 2004; 627, de las 14:10 horas del 20 de julio de 2005, todas de la Sala Segunda). Incluso se ha sostenido que en materia de empleo público, a una mera actuación administrativa (hecho material) al margen de la ley, es decir, en violación abierta al principio de legalidad, no se le puede reconocer efecto alguno a fin de preservar o mantener derecho alguno (sentencias 370, de las 9:30 horas del 10 de noviembre de 1995 ; 331, las 10:20 horas, del 22 de octubre de 1999 ; 401, de las 15:20 horas, del 4 de mayo del 2000 y 78 , de las 10:10 horas del 31 de enero de 2001, todas de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Una de las particularidades de la "carrera diplomática", impone la "rotación" o el "traslado" del servidor de carrera en las diversas funciones que componen el denominado Servicio Exterior (arts. 1, 7, 8 y 19); esto es, bajo el "principio de alternación", que los funcionarios de carrera presten sus servicios en el exterior y en la planta interna del Ministerio, según corresponda a la equiparación reglada de las categorías del escalafón que legalmente ha sido establecida (art.9). Lo cual constituye elemento reglado de su designación.

En contraposición a aquellos servidores públicos de carrera, que gozan de lo que la doctrina ha dado llamar estabilidad propia en el empleo, constitucionalmente se ha reconocido la existencia de los denominados puestos de confianza, excluidos de cada régimen por la propia Constitución Política o el Estatuto de Servicio específico u otras leyes ordinarias que así lo determinen de manera expresa e inequívoca.

En tratándose del Estatuto de Servicio Exterior de la República, se excluyen del régimen general de "carrera diplomática", además del Ministro del ramo: **1)** Misiones diplomáticas, los embajadores, enviados Extraordinarios y Ministros Plenipotenciarios, **2)** Funcionarios en Comisión, **3)** Los funcionarios de los servicios técnicos y auxiliar, **4)** los asesores en cantidad no mayor a seis (6) para asuntos de política exterior, económicos, sociales y jurídicos; quienes colaborarán con el Ministro y los Directores, **5)** las Misiones especiales que serán también nombradas por el Poder Ejecutivo y **6)** los dos Viceministros, uno encargado de la política exterior y relaciones internacionales, otro Administrativo; ambos superiores jerárquicos en su materia respectiva.

A modo de precedente administrativo, en el dictamen C-036-2018, de 21 de febrero de 2018, hemos enunciado un principio "*pro régimen estatutario*", según el cual, ante la insuficiencia de la norma legal que se aduce para fundamentar la exclusión de un puesto de determinado régimen estatutario, y catalogarlo así como de confianza, debe privar la regla general prevista, incluso en normas de rango constitucional -191 y 192 *op. cit.*-, en el sentido de que sí forman parte del régimen estatutario y no están excluidos.

El artículo 4, inciso g) del Estatuto de Servicio Civil -*introducido por Ley No. 7767 de 24 de abril de 1998*-, solo aplica con respecto a los cargos del más alto nivel de dirección, como podría ser un Director General.

Existiendo normas imperativas que integran un régimen estatutario especial regido por normas de Derecho Administrativo, bajo ninguna circunstancia una práctica anómala o costumbre administrativa *contra legem* puede perpetuarse y convertirse en fuente de derecho, y mucho menos generar derechos

Licda. Karine Niño Gutiérrez
Diputada
Presidenta de la Comisión de Asuntos Internacionales

23 de noviembre del 2018
OJ-115-2018
Pág. 16

adquiridos; máxime cuando existe jurisprudencia administrativa acerca de los temas concernidos, que se constituye como fuente normativa del ordenamiento (arts. 2 de nuestra Ley Orgánica y 7 de la LGAP), y como tal, es de acatamiento obligatorio y debe ser respetada por toda la Administración Pública, so pena de incurrir en eventuales responsabilidades personales los funcionarios omisos.

El presente criterio no tiene efectos vinculantes.

Dejamos así evacuada su consulta.

Atentamente,

MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera
Procurador Adjunto
Área de la Función Pública

LGBH/sgg