

5 de octubre de 2020
C-388-2020

Señor
Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, doy respuesta al oficio No. DM-DJO-1833-2020, de 21 de setiembre último, por medio del cual consulta:

“Es procedente nombrar a una persona como aspirante de ingreso al Servicio Exterior de la República, para que inicie el periodo de prueba correspondiente, cuando esta forma parte del registro de elegibles construido mediante la realización de un concurso por oposición, por cuanto superó todas las etapas de dicho concurso de forma satisfactoria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 14, 15 y 16 del *Estatuto del Servicio Exterior*, Ley 3530, del 5 de agosto de 1965, y del *Reglamento del Concurso de Oposición y el Ingreso a la Carrera del Servicio Exterior*, Decreto Ejecutivo No.39127-MRREE, del 21 de agosto de 2015 y sus reformas. Lo anterior, a pesar de que tal persona sea parte de una investigación judicial por la presunta comisión de delitos contra la función pública, sin que a la fecha de nombramiento exista en su contra condenatoria por delito con sentencia en firme o siquiera, causa penal abierta en condición de imputado.”

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se aporta el criterio de la asesoría jurídica institucional, materializado en el oficio No. DJO-473-2020, de fecha 21 de setiembre último, según el cual: el régimen jurídico estatutario del Servicio Exterior y la carrera diplomática tiene una regulación normativa especial que parte de 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 (idoneidad comprobada); esto por medio de un proceso selectivo depurador basado en el concurso por oposición, previo cumplimiento de requisitos preestablecidos; procedimiento normado por el Reglamento del Concurso de Oposición y el Ingreso a la Carrera del Servicio Exterior, Decreto Ejecutivo No.39127-MRREE y sus reformas, que a su criterio no incorpora dentro de los requisitos de participación en el concurso

Sr. Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

05 de octubre del 2020
C-388-2020
Pág. 2

por oposición al Régimen del Servicio Exterior de la República, el no tener registro de condenatoria por delito con sentencia en firme o causa penal abierta en condición de imputado –esto pese a que en el inciso g) del artículo 10, exige que *“Si el interesado ha residido fuera del país al menos seis meses antes de la fecha de presentación, una certificación emitida por las autoridades de ese país de no tener causas penales pendientes de resolución y en caso de no existir, una declaración jurada”*-. Estima entonces que *“una persona podría participar válidamente en un concurso por oposición e incluso ser incorporado en el registro de elegibles creado al efecto, no obstante, tener registro de condenatoria por delito con sentencia en firme o causa penal abierta en condición de imputado”*-; máxime que dicho reglamento no incorpora tales circunstancias dentro de las causales para ser excluido del registro de elegibles que deviene de un concurso por oposición, ni establece requisitos que deban ser considerados ulteriormente por las instancias de ese Ministerio para determinar si una persona que superó todas las etapas del concurso y que fue incorporada en la lista de elegibles, pueda o no ser nombrada como aspirante. A pesar de ello reconoce que, por costumbre administrativa, previo a designar a todo aspirante para realizar el período de prueba, la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos, con base en el ordinal 9 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, le requiere presentar certificación sobre la no existencia de condenatorias por delitos dolosos con sentencia firme y certificación sobre la no existencia de causas penales abiertas por delitos dolosos en condición de imputado; esto en aras de salvaguardar la idoneidad ética y solvencia moral de quienes pretendan ingresar al Servicio Exterior de la República. En todo caso expresa que: *“Tomando en cuenta que el hecho de ser incluida en la lista de elegibles implica que la persona interesada ha cumplido con todos los requisitos establecidos legal y reglamentariamente para tales efectos, es absolutamente contrario al principio de presunción de inocencia y al derecho al trabajo, establecidos en los artículos 39 y 56 de la Constitución Política, respectivamente, vetar su nombramiento en condición de aspirante de ingreso al Servicio Exterior de la República, para que inicie el periodo de prueba correspondiente, cuando esta ha concluido satisfactoriamente, todos los procesos tendientes a comprobar la idoneidad técnica y la solvencia ética y moral para ingresar a un régimen de empleo público, bajo el argumento que tal persona es parte de una investigación judicial por la presunta comisión de delitos contra la función pública, sin que a la fecha de su nombramiento exista en su contra causa penal abierta en condición de imputado ni condenatoria por delito con sentencia en firme.”* Y concluye: *“que no existe en la normativa restricción legal ni reglamentaria que impida proceder con el nombramiento, en la condición de aspirante, de una persona que se encuentra siendo investigada por supuestos hechos ilícitos, por el contrario, el espíritu del sistema legal costarricense impide que se le impongan limitaciones a sus derechos fundamentales con base en dicha condición en el tanto es una persona inocente hasta que se demuestre lo contrario”*.

I.- Consideraciones previas y delimitación del objeto de la consulta y alcance de nuestro pronunciamiento.

Para definir adecuadamente el objeto y en especial el alcance de nuestro pronunciamiento, debemos traer a colación una serie de circunstancias concretas que, si bien no han sido mencionadas directamente como antecedentes en esta consulta, trascendieron a nivel de prensa nacional¹, y que, por su relación directa con el tema en consulta, son de innegable relevancia para tomarlas en cuenta y definir nuestra posición al respecto.

Según nos enteramos, el propio Canciller de la República ha referido en diversos medios noticiosos que consultó a esta Procuraduría General si es procedente la contratación del ex funcionario Luis Salazar Muñoz en ese Ministerio, por su vinculación al caso UPAD investigado actualmente bajo el expediente No. 20-005434-0042-PE, por los presuntos delitos de prevaricato, abuso de autoridad y violación de datos personales, como si fuésemos a examinar la legalidad de su proceso de reclutamiento y selección. Por lo que se ha relacionado que su nombramiento dependerá directamente de nuestro criterio técnico jurídico.

Nos vemos obligados entonces a aclarar que, conforme a inveterada jurisprudencia administrativa, salvo los casos excepcionales expresamente previstos en los ordinales 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública, no le corresponde a la Procuraduría General de la República entrar a pronunciarse sobre situaciones concretas pendientes de resolución en sede Administrativa, pues en razón de los efectos vinculantes de nuestros dictámenes, admitir lo contrario en este caso, implicaría no sólo contravenir la naturaleza de órgano superior consultivo que nos confiere la ley, sino sustituir ilegítimamente a la Administración activa en sus competencias, relevando con ello a los servidores públicos de las responsabilidades propias de su función (Entre otros, los dictámenes C-045-2018, C-182-2018, C-255-2018, C-117-2019, C-118-2019, C-023-2019, C-131-2019, C-139-2019, C-148-2019, C-056-2019, C-056-2018, C-364-2019, C-003-2020, C-089-2020, C-091-2020, C-122-2020, C-123-2020, C-172-2020, C-177-2020 y C-375-2020). Y tampoco podemos entrar a revisar o juzgar en la vía consultiva la legalidad de actos *–sean de trámite o con efectos propios–* ya adoptados, pues nuestra labor de rendir un dictamen

¹ <https://www.crhoy.com/nacionales/nombramiento-de-creador-de-upad-en-cancilleria-dependera-de-la-pgr/>
<https://elguardian.cr/nacionales/nombramiento-del-creador-de-la-upad-en-cancilleria-a-la-espera-de-criterio-de-procuraduria/>
<https://semanariouniversidad.com/pais/canciller-espera-criterio-de-la-pgr-para-contratar-a-exasesor-cuestionado-por-caso-upad/>

Sr. Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

05 de octubre del 2020
C-388-2020
Pág. 4

vinculante se enmarca dentro de nuestra competencia estrictamente asesora, como un insumo orientador en materia jurídica, previo a la toma de decisiones concretas por parte de la Administración activa (Entre otros, los dictámenes C-101-2018, C-102-2019, C-149-2019 C-144-2017, C-07-2019, C-206-2020, C-224-2020 y C-223-2020).

Tampoco podremos referirnos a los cuestionamientos de inconstitucionalidad que pudieran hacerse de las normas jurídicas aplicables, y que expresamente hace la Dirección Jurídica institucional en su informe, ya que esta Procuraduría General no tiene competencia para pronunciarse sobre la posible constitucionalidad o no de una norma, por existir en nuestro ordenamiento un control concentrado de constitucionalidad (art. 10 de la Carta Política) y consecuentemente, tampoco podemos recomendar una determinada interpretación jurídica que parta de una presunta inconstitucionalidad, como pareciera se pretende (Entre otros, los dictámenes C-012-2000 de 26 de enero de 2000, C-218-2001 de 6 de agosto de 2001, C-081-2005 de 24 de febrero de 2005, C-372-2007 de 18 de octubre de 2007 y C-270-2008 de 4 de agosto de 2008).

No obstante, partiendo de que la gestión ha sido planteada en términos generales e inconcretos, y reconociendo el innegable interés institucional en obtener criterios jurídicos que le permitan esclarecer la duda que formula, con total prescindencia de la ineludible alusión a casos particulares que el tema pudiera involucrar, actuando siempre dentro de nuestras facultades legales como Órgano Superior consultivo y Asesor técnico-jurídico de la Administración Pública, procederemos a emitir en abstracto nuestro criterio vinculante al respecto (arts. 1, 2 y 3 inciso b) de la Ley No. 6815).

Nos limitaremos entonces a una interpretación normativa; esto con base en lineamientos jurídico-doctrinales emanados especialmente de nuestra jurisprudencia administrativa, atinentes a los temas implicados y sin que pueda derivarse entonces un pronunciamiento particular y vinculante en relación con la situación jurídico administrativa concreta y específica que pueda subyacer en este asunto. Analizaremos las bases constitucionales de nuestro sistema de empleo público, que permean tanto el régimen de inelegibilidad o inhabilidad para aspirar a puestos y cargos públicos, así como el régimen especial de concurso por oposición, que regula el ingreso a la denominada carrera del Servicio Exterior. Revisaremos precedentes judiciales y administrativos atinentes e intentaremos un acercamiento genérico conceptual a la inhabilidad requisito involucrada. Todo esto para que la cartera ministerial a su cargo cuente con criterios hermenéuticos suficientes para encontrar, por sus propios medios y bajo su entera responsabilidad, una solución justa y acorde con el ordenamiento jurídico.

II.- Bases constitucionales de la función pública y el Estatuto de Servicio Exterior de la República –Ley No. 3530-.

Comencemos por reiterar que los poderes públicos no pueden reclutar el personal que necesitan para el ejercicio de sus funciones a la manera de la empresa privada; es decir, por la simple y directa voluntad de los responsables de la selección de empleados (Entre otros, dictámenes C-355-2006, de 05 de setiembre de 2006 y C-069-2011, de 16 de marzo de 2011). Conforme a nuestras breves, pero significativas bases constitucionales de la función pública *-arts. 191 y 192 de la Constitución Política-*, a fin de evitar condiciones favorables para operaciones clientelares o de favoritismo, el personal al servicio de las Administraciones Públicas debe seleccionarse únicamente bajo los criterios de mérito y capacidad *-idoneidad comprobada-*, y su desempeño en el ejercicio de sus funciones se funda en la garantía de estabilidad e imparcialidad con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como únicos principios esenciales que deben regir el acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos; es decir, lo que la Constitución pretende es que ingresen en la función pública, mediante procedimientos selectivos depuradores, quienes entre los candidatos u oferentes reúnan mayores méritos y capacidad, garantizándose así no sólo idoneidad del funcionario, sino especialmente la eficiencia en el ejercicio de sus funciones (Entre otros muchos, los pronunciamientos OJ-132-2019 de 12 de noviembre de 2019 y OJ-107-2020, de 20 de julio de 2020).

Estas razones explican el por qué de la existencia del régimen específico de empleo público, fundado en principios especiales de derecho público y articulado a través de garantías legales.

A) Breve reseña del régimen jurídico de las inelegibilidades o inhabilidades que impiden aspirar a cargos y puestos públicos.

La adquisición, ineligibilidad, prohibiciones e incompatibilidades y pérdida de la condición de funcionario, como aspectos medulares de la carrera funcional, forman parte del concepto constitucional de "estatuto de los funcionarios públicos". Y no puede obviarse que tanto la regulación del derecho fundamental *-en nuestro caso innominado-* de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, como del estatuto funcional están constitucionalmente reservadas a la Ley o norma de rango superior *-art. 191 constitucional-* (Entre otros, los dictámenes C-180-98 de 26 de agosto de 1998, C-061-2001 de 6 de marzo de 2001 y C-278-2018 de 06 de noviembre de 2018, así como los pronunciamientos OJ-088-2002 de 10 de junio de 2002, OJ-102-2002 de 8 de julio de 2002, OJ-168-2003 de 10 de setiembre de 2003, OJ-019-2015 de 02 de marzo de 2015 y OJ-008-2020 de 10 de enero de 2020); lo cual no impide la colaboración o intervención auxiliar o complementaria de las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas en la ordenación de

Sr. Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

05 de octubre del 2020
C-388-2020
Pág. 6

la materia, cuando por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por normas de rango superior, la propia Ley así lo requiera para complementar o particularizar en aspectos instrumentales; de modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir. De ahí que violaría el contenido de ese derecho, cualquier restricción a las condiciones de acceso y permanencia en la función pública establecido por normas de rango inferior. (Resolución No. 2009-013590 de las 14:41 hrs. del 26 de agosto de 2009, Sala Constitucional).

Sin duda, la regulación normativa de aquel derecho fundamental innominado entraña una reserva legal que implica una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles han de ser tanto las condiciones para acceder, como de ineligibilidad a la función pública, siempre de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador; es decir, por vía de norma de rango legal, en sentido formal y material. Pudiéndose en todo caso, dictar otras normas, por ejemplo, reglamentarias, con el objeto de instrumentalizar de manera óptima la aplicación de la normativa legal (Resolución No. 2012-000267 de las 15:34 hrs. del 11 de enero de 2012, Sala Constitucional).

Así el régimen de inhabilidades o inelegibilidades constituye una de las limitantes jurídicamente legítimas para el acceso a cargos públicos. Y si bien el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa con miras a determinar quienes aspiran a la función pública, lo cierto es que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad o de inelegibilidad está subordinada a los valores, principios y derechos constitucionales que regentan la función pública, sin obviar que deben ser razonables y proporcionadas. Por ello deben propender a garantizar la prevalencia del interés general, la idoneidad y moralidad pública, en relación con aquellos que aspiren ejercer funciones públicas, impidiendo o imposibilitando que personas que no revisten la credibilidad y confianzas necesarias, sean elegidas o designadas para un cargo público. Como es obvio, tienen como objetivo lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficiencia de quienes van a ingresar a la función pública.

Para lo que importa a su consulta, podemos afirmar que en nuestro medio son identificables y diferenciables, al menos dos categorías. Y por clasificarlas de algún modo, diremos que existen las inhabilidades o inelegibilidades *sanción* y las inhabilidades o inelegibilidades *requisito*.

El primer grupo está directamente relacionada con el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y la imposibilidad temporal de reingreso a la función pública;

es decir, cometida una conducta que se considere reprochable, el Estado *–penal o administrativamente–* impone la sanción correspondiente y adiciona una inhabilitación que impide al sancionado ejercer temporalmente determinada actividad, cumpliendo así diferentes finalidades de interés general. Es el caso de las inhabilitaciones por despidos con justa causa y por la comisión de delitos y faltas graves contra las normas que integran el sistema de fiscalización de la Hacienda Pública, que prevén los arts. 9, inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, por derivación del ordinal 20 del Estatuto de Servicio Civil, y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, entre otros).

El segundo grupo está relacionado con la protección de derechos, principios y valores constitucionales, como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficiencia, la transparencia, el interés general, el sigilo profesional, la probidad, entre otros fundamentos; estableciéndose requisitos o condiciones específicas para asegurar la idoneidad y probidad de quien aspira a ingresar a un cargo público, y así evitar incluso injerencias indebidas en la gestión de los asuntos públicos *–caso de las reglas de parentesco para evitar el nepotismo–*. Su característica es que este tipo de inhabilitaciones o inelegibilidades requisitos no guardan relación con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Son hechos específicos configuradores de la causal de inhabilitación, de modo que su adopción no depende de la imposición de una pena o sanción previa, como la inhabilitación sanción; es decir, no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas. De modo que, en tesis de principio, aquellas o bien, muchas de ellas, no necesariamente pueden implicar una violación de la presunción de inocencia.

B) El régimen estatutario del Servicio Exterior y su acceso por concurso de oposición.

El régimen jurídico estatutario del Servicio Exterior, que comprende indistintamente actividades propias del Servicio Diplomático, del Servicio Consular y del Servicio Interno, tiene una regulación normativa especial ², cual es el denominado

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

Sr. Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

05 de octubre del 2020
C-388-2020
Pág. 8

Estatuto de Servicio Exterior de la República –*Ley No. 3530-*, que parte de las bases constitucionales aludidas y que constituye un régimen ordinario de acceso a ese servicio, basado en el concurso de oposición ³, que dota de estabilidad a los llamados funcionarios de carrera, que son aquellos cuyo nombramiento se origina en ese procedimiento (Pronunciamiento OJ-115-2018, de 23 de noviembre de 2018 y dictamen C-304-2018, de 5 de diciembre de 2018).

Efectivamente, el citado Estatuto de Servicio Exterior de la República –*Ley No. 3530-* y su Reglamento –*Decreto Ejecutivo No. 17369-RE-* establecen *grosso modo* que el ingreso al Servicio se hará en la séptima categoría, siempre que el candidato haya sido previamente aprobado en los concursos de oposición (art. 13 del Estatuto) organizados y calificados por una Comisión Calificadora (arts. 15 del Estatuto y 13 de su Reglamento), conforme a lo requisitos generales previstos por el artículo 14 del Estatuto y 14 de su Reglamento, así como los ***“documentos o informaciones relativos al aspirante que el Ministerio considere oportuno que la Comisión Calificadora tome en cuenta, o que la propia Comisión estime necesario o pertinente agregar”*** (art. 9 *in fine* de su Reglamento), y luego de superar satisfactoriamente un período de prueba de un año (art. 16 del Estatuto y 20 de su Reglamento). Para lo que aquí interesa, con el citado artículo 9 *in fine* se deja en manos de la Administración la definición de los criterios de selección que consideren más convenientes para que se tenga por cumplidos los requisitos relacionados incluso con la aptitud moral de parte de los oferentes. Lo que significa que la determinación de tal aptitud, es un aspecto “técnico” íntimamente relacionado con la materia de selección de personal bajo criterios de idoneidad comprobada que, de acuerdo con dicha disposición, compete en forma exclusiva a esas oficinas.

Y en aplicación y desarrollo complementario de los mandatos legales y constitucionales, el denominado “Reglamento del Concurso de Oposición y el Ingreso a la Carrera del Servicio Exterior”, Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE y sus reformas ⁴, regula con necesario detalle tanto los documentos, requisitos y atestados especiales

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.

³ La oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación. El concurso consiste en la comprobación y calificación de atestados o méritos de los aspirantes y el establecimiento del orden de prelación de los mismos. Y el concurso-oposición es la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores.

⁴ La última mediante decreto ejecutivo N° 42390 del 30 de abril del 2020.

que, a modo de condición o bases, deben presentarse y cumplirse para participar en el concurso respectivo (arts. 9 y 10) y de los que se configurará el expediente de cada concursante (art. 11), así como los elementos nucleares del procedimiento de selección: órgano de selección (arts. 4-6) convocatoria y publicidad con especificaciones de carácter mínimo (arts. 8 y 9); Primera fase de evaluación (arts. 13, 14), realización pruebas escritas e impugnación de calificaciones (art. 15-19); Segunda fase (art. 20), entrevista y prueba complementaria psicométrica (arts. 21 y 22) y evaluación de atestados (art. 23); calificación final ⁵ y conformación de registro de elegibles (arts. 24 y 26); descalificación sobrevenida del concurso por inconsistencias documentales (art. 25) ⁶; exclusión de elegibles e inhabilitación temporal (arts. 28 ⁷ y 29 ⁸); selección por orden de prelación del aspirante para realizar el período de prueba (arts. 26, 31, 32, 33, 34 y 35) e incorporación a la carrera del servicio exterior, una vez aprobado el año de prueba y cumplidos los requisitos

⁵ *“...el propósito inmediato del proceso concursal es computar y asignar una calificación a cada uno de los participantes. Ese dato servirá, a su vez, como parámetro objetivo de comparación entre ellos a fin de determinar un orden de prevalencia que sirva para efectos de facilitar la escogencia final, en función del número de plazas vacantes (...).” (Resolución N° 2001-05694, Sala Constitucional).*

⁶ *“Artículo 25.-Exclusión por falta a la verdad. Si durante cualquier etapa del proceso de concurso se concluye que los documentos o manifestaciones del candidato contienen inconsistencias que reflejen falta de veracidad, éste será automáticamente descalificado del concurso de oposición. Para ello, la Comisión Ad Hoc deberá emitir una resolución debidamente fundamentada, que deberá ser notificada dentro de los tres días hábiles posteriores a su dictado al concursante. La resolución tendrá recurso de revocatoria con apelación ante el Ministro. Todo lo anterior sin perjuicio de que se testimonien piezas ante el Ministerio Público.”*

⁷ *“Artículo 28.-Exclusión de la lista de elegibles. Quedarán excluidos de la lista de elegibles y deberán iniciar nuevamente el proceso de ingreso a la carrera del Servicio Exterior en un concurso posterior:*

a) Quienes injustificadamente, pese a haberles sido notificado el inicio del período de prueba, no se presenten a laborar en el Ministerio en la fecha indicada.

b) Los aspirantes que hayan sido improbados al concluir el período de prueba o que lo hayan interrumpido por propia voluntad o sanción disciplinaria.”

⁸ *“Artículo 29.-Inhabilitación temporal. Las personas que por razones disciplinarias hayan sido destituidas de la carrera diplomática o separadas del servicio durante el año de prueba no podrán participar en concursos posteriores sino hasta diez años cumplidos después de su destitución o separación.*

Igualmente quedarán inhabilitados de participar en concursos de oposición hasta por diez años, aquellas personas que hubieran sido nombradas en comisión y separadas de su cargo por razones disciplinarias.”

correspondientes (art. 36). Sin obviar, como requisito de eficacia, la juramentación ⁹ (art. 55 del Reglamento del Estatuto del Servicio Exterior, Decreto Ejecutivo No. 17369-RE).

En lo que interesa a la presente consulta, debemos destacar, entre otras cosas que, las especificaciones materializadas en la convocatoria, a modo de oferta pública de empleo materializada en un acto de trámite cualificado, en cuanto fijan en forma precisa y concreta, las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se ha de regir el concurso, así como las condiciones o requisitos que han de reunir o cumplir los aspirantes, y por las que se puede incluso impedir a algunos interesados su participación, vinculan tanto a la Administración *–incluida en ella el Tribunal o Comisión examinador–* y a quienes participan en las mismas, sin que puedan ser modificadas, revocadas o desconocidas, en todo o en parte, libremente. En tesis de principio, son ley del concurso; es decir, se convierten en reglas particulares que han de utilizarse en la toma de la decisión final y que son obligatorias tanto para la administración, como para los administrados-concursantes (Véanse al respecto, entre otras, las sentencias Nos. 2001-05699 de las 16:28 hrs. del 26 de junio de 2001, Sala Constitucional, y 25-2017-II de las 08:05 hrs. del 28 de abril de 2017, Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Segunda). Lo que no quiere decir, obviamente, que no puedan ser anuladas oportunamente, sea con ocasión de un recurso ordinario o a través de un procedimiento oficioso de revisión, a solicitud de algún interesado o a instancia propia de la Administración, cuando la convocatoria o sus bases incurran en vicios sustanciales que determinen su nulidad de pleno derecho o infrinjan manifiestamente precepto legales o reglamentarios.

Y con la presente consulta parece que se alude, de algún modo, la condición o causal de inelegibilidad, contenida en el inciso g) del artículo 10 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE, según el cual: ***“Si el interesado ha residido fuera del país al menos seis meses antes de la fecha de presentación, una certificación emitida por las autoridades de ese país de no tener causas penales***

⁹ Requisito *ad solemnitatem* -ordinales 11 y 194 constitucionales-. Véase que el juramento constitucional forma parte del acto de investidura: *“El acto de investidura otorga al individuo el derecho a la ocupación del cargo, no todavía los derechos nacidos de esa ocupación. La plena efectividad de la relación orgánica y de servicio está supeditada todavía a una ulterior condición, la aceptación del cargo por el beneficiario del acto, salvo norma expresa que imponga al mismo carácter obligatorio (...) Es posible que el ordenamiento exija la juramentación del servidor previamente a la toma de posesión. En CR el juramento (bajo invocación divina) es de fidelidad a la CP y a la ley (artículo 194 de la CP); el ateo podrá jurar por lo más sagrado de su vida espiritual. El juramento supone una aceptación del cargo y es una condición de eficacia del acto de investidura. Una vez hecho, nace inmediatamente la relación orgánica, con la capacidad del servidor de actuar a nombre y por cuenta del ente.”* (Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Stradmann, San José, 2002. p.p. 159-169.*) (El autor utiliza las abreviaturas CP y CR para referirse a la Constitución Política y al nombre de nuestro país.). Citado en dictamen C-318-2009 de 12 de noviembre de 2009.

pendientes de resolución y en caso de no existir, una declaración jurada"; condición que, por lógica, debiera ser también exigible para quien no ha residido en el exterior, pues ambos se encuentran en una situación de igualdad jurídica *–aunque pareciera que no está así previsto e ignoramos si en las bases de la convocatoria es o no requerido¹⁰–*; esto para garantizar por igual la prevalencia y protección del interés general, así como la idoneidad, la moralidad y la probidad pública de quien aspira a ingresar a la función pública, y que, como es obvio, no depende de la imposición de una pena o sanción, pues alude expresamente la existencia de causa penal pendiente. Hecho innegablemente configurador de una causal de inhabilidad o de inelegibilidad que, por auto vinculación y control normativo, debe ser respetado por la Administración, aun cuando no haya podido ser incluido en la convocatoria y más si lo fue.

Véase que independientemente de la invariabilidad de las reglas del concurso, plasmadas en la convocatoria, de acuerdo con la configuración normativa del concurso por oposición aludida, durante la tramitación de sus diversas fases o etapas, es posible revisar acreditaciones o requisitos exigidos *–según los imponga una norma o la misma convocatoria–*, así como aprobación de pruebas aplicadas, para admitir los candidatos o concursantes, descalificarlos o excluirlos de etapas posteriores; esto previas subsanaciones y notificaciones a los interesados, y mediante acto motivado *–con detalle del razonamiento que conduce a la decisión relativa a cada uno de los oferentes–*; decisión por demás impugnabile por los interesados, según las reglas del procedimiento de segundo grado o recursivo, o bien, por acción judicial *–arts. 163.2 de la LGAP y 36 inciso c) del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA)–*.. Aparte de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido en caso de una eventual falsedad documental.

Y hemos de reconocer que no es extraño que, a falta de norma escrita, por costumbre administrativa¹¹ inveterada, constante y uniforme *–art. 7 de la Ley General*

¹⁰ *"... donde hay la misma razón debe haber la misma disposición"*. (Ver Brenes Córdoba (Alberto) "Tratado de las Personas", p. 49, mencionado en dictamen C-496-2006 del 18 de diciembre de 2006). En todo caso, debe considerarse que, dado que las inhabilidades e incompatibilidades son de carácter restrictivo y excepcional, las normas que las contemplan no pueden ser interpretadas de forma analógica o extensiva.

¹¹ *"Costumbre: Norma jurídica no escrita consagrada por el uso. La costumbre es una norma jurídica que no resulta de una manifestación de voluntad, sino de un simple comportamiento uniforme y constante, practicado con la convicción de que responde a una obligación jurídica (opinio juris et necessitatis). Con la palabra costumbre se designa una regla que no ha sido impuesta por el Poder Legislativo, sino que ha nacido espontáneamente de las necesidades y de los usos de la vida social. La costumbre se impone por hábito y por la tradición. Resulta por lo tanto de la repetición de hechos materiales en un determinado sentido (usus), acompañada del elemento psicológico que consiste en considerar obligatorio tal comportamiento frente al ordenamiento jurídico"* (Emilio

Sr. Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

05 de octubre del 2020
C-388-2020
Pág. 12

de la Administración Pública (LGAP)-, como parte del procedimiento interno, como una condición que atiende al cumplimiento de un requisito constitucional para el nombramiento de funcionarios públicos, sea la idoneidad, y que debe ser verificada por la administración antes de contratar al personal (Resoluciones Nos. 2016-1852 de las 10:20 hrs. del 5 de febrero de 2016 y 2019-009269 de las 09:20 hrs. del 24 de mayo de 2019, ambas de la Sala Constitucional), de previo a efectuar el nombramiento provisional sujeto a período de prueba, se exija a los aspirantes aportar a la Administración los documentos que acrediten que reúnen los requisitos establecidos en la convocatoria, así como los necesarios para ocupar el puesto respectivo, según su clasificación institucional; incluidos aquellos otros que, en garantía de la prevalencia del interés general, la idoneidad y moralidad pública en relación con aquellos que quieran ejercer funciones públicas, acrediten que poseen aptitud física, psíquica y moral satisfactorias; consideración ésta última *–la moral-* que no es ajena al concepto de mérito y capacidad demostradas (*idoneidad*) *-art. 192 constitucional y ordinales 20, inciso a) ¹² del Estatuto de Servicio Civil y 9, inciso c) ¹³ de su Reglamento; conforme a lo dispuesto por el artículo 9 in fine del Decreto Ejecutivo No. 17369-RE-*. Lo cual supone que, en caso de comprobarse que los aspirantes no cumplen con alguno de dichos requisitos, pueda declarárseles inelegibles, pues no pueden ser nombrados. Decisión que deberá ser motivada, y por demás, impugnabile por los interesados, según las reglas del procedimiento de segundo grado o recursivo, o bien, por acción judicial *–arts. 163.2 de la LGAP y 36 inciso c) del CPCA-*. Aparte de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido en caso de una eventual falsedad documental.

Resulta claro entonces que el proceso de selección por concurso de oposición no finaliza con la aprobación de pruebas y conformación de la lista de elegibles.

Fernández Vásquez, Diccionario de Derecho Público, p. 175; citado en dictamen C-112-91 de 27 de junio de 1991).

¹² *“a) Poseer aptitud moral y física propias para el desempeño del cargo, lo que se comprobará mediante información de vida y costumbres y certificaciones emanadas del Registro Judicial de Delincuentes, de los Archivos Nacionales, del Gabinete de Investigación y del Departamento respectivo del Ministerio de Salubridad Pública.” (Lo destacado es nuestro).*

¹³ *“c) Poseer aptitud física, psíquica y moral satisfactorias. Para este efecto se realizarán las investigaciones que se estimen pertinentes, para lo cual las instituciones y servidores públicos brindarán toda información que les sea requerida. Si como resultado de dichas investigaciones se comprobare que los candidatos no poseen aptitud satisfactoria, se podrá, en forma temporal o indefinida, no tramitar las ofertas o la elegibilidad del candidato (...).” (Lo destacado es nuestro).*

Véase que la lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la Administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase importante del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que, a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Este acto tiene una vocación provisional o transitoria, toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo *-24 meses, conforme al art. 26 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE-*. Esta vocación temporal tiene tres objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso; determinado esto por el lugar que se ocupó dentro de la lista *-por orden de prelación determinado en función de los resultados obtenidos en el concurso que serán ordenados de mayor a menor (art. 26 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE, según reforma introducida por Decreto Ejecutivo No. 42390 del 30 de abril del 2020)-*. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos de quienes hacen parte de este acto administrativo, sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 192 de la Constitución, en la medida en que, con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes ¹⁴. Y el tercero es que esa condición de aspirante elegible se agota al obtener o no una evaluación satisfactoria del período de prueba, a fin de consolidar la incorporación definitiva a la Carrera del Servicio Exterior, o bien declarar insubsistente su nombramiento y proceder a su cese *-arts. 16 del Estatuto de Servicio Exterior y 20 de su Reglamento, y ordinales 33 y 36 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE-*.

Debe considerarse entonces, que antes del nombramiento y entrada de posesión del cargo, el aspirante escogido de la lista de elegibles conformada, no ha

¹⁴ *"...el propósito inmediato del proceso concursal es computar y asignar una calificación a cada uno de los participantes. Ese dato servirá, a su vez, como parámetro objetivo de comparación entre ellos a fin de determinar un orden de prevalencia que sirva para efectos de facilitar la escogencia final, en función del número de plazas vacantes." (Sentencia 2580-01 de las diez horas tres minutos del diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho, Sala Constitucional).*

Sr. Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

05 de octubre del 2020
C-388-2020
Pág. 14

generado a su favor situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en relación con el puesto específico ¹⁵.

Partiendo de que el acto de nombramiento está determinado y regulado por el régimen jurídico, propio y especial, que rige al resto de los actos administrativos ¹⁶, el nombramiento "a prueba" acordado por la autoridad pública competente, otorgando una vacante, una vez comprobado que en el aspirante con mejor derecho concurren las condiciones legales y morales que lo capacitan para ocuparla, a modo de acto especial, como manifestación de voluntad que tiene por finalidad y efecto jurídico investir a una determinada persona de una función pública, y por el cual adquiere el *status* legal de funcionario, una vez comunicado a su destinatario concreto, es - *por tesis de principio* - el punto de partida de la eficacia jurídica ¹⁷ del desempeño de aquella función pública y su debida remuneración -*art. 33 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE-*, pero en realidad el funcionario no consolida aún su situación jurídica hasta que, transcurrido el período de prueba, cumple a satisfacción la acreditación de desempeño y capacidad para el puesto y se ratifica o confirma así su nombramiento - *incorporación definitiva al régimen de carrera del Servicio Exterior (art. 36 Ibidem.)*- ; culminando así el proceso de selección para que preste sus servicios con carácter permanente y adquiera así la estabilidad en el empleo (Véanse los dictámenes C-069-2011, de 16 de marzo de 2011 y C-361-2020, de 09 de setiembre de 2020. Así como las resoluciones Nos. 2006-001864 de las 09:19 hrs. del 17 de febrero de 2006, Sala Constitucional; 00037-F-TC-2018 de las 09:35 hrs. del 15 de marzo de 2018 y 00019-F-TC-2020 de las 11:00 hrs. del 30 de enero de 2020, ambas del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda).

Sin obviar que, según se ha reconocido en nuestro medio, a partir de la norma objetiva y general derivada de la doctrina judicial hasta hoy vigente, en materia de nombramientos dentro del empleo público estatutario, cumplidas las formalidades preestablecidas, hasta que se emita la acción de personal correspondiente y se tome

¹⁵ Por eso se alude que *"Las personas que aprueben el concurso deberán cumplir un período de prueba de un año en el servicio interno del Ministerio, en condición de aspirantes de ingreso a la carrera, con el fin de comprobar mejor su capacidad y aptitud. Sólo aquellos que lo pasen satisfactoriamente, porque reúnen mayores méritos y mejor capacidad, obtendrán el ingreso a la carrera diplomática y por ende, adquirirán así la estabilidad en el Régimen de Servicio Exterior."* -art. 31 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE-.

¹⁶ Véase al respecto, entre otros, los dictámenes C-027-2000, de 14 de febrero de 2000 y C-075-2006, de 28 de febrero de 2006.

¹⁷ *"La figura de la eficacia no hace relación directa a la validez del acto administrativo sino más bien a las condiciones que el Ordenamiento Jurídico establece como presupuesto para que este puede surtir los efectos programados"* (Entre otros, el dictamen C-190-2000, de 21 de agosto de 2000). Y por ello, en el caso del Servicio Exterior, se dispone que: *"El año laborado en período de prueba será computado para efectos de antigüedad."*-art. 36 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE-.

en posesión el cargo respectivo ¹⁸, existe un acto declaratorio de derechos para los funcionarios involucrados (*Dictamen C-321-2020, de 20 de agosto de 2020*).

III.- Precedente judicial y administrativo atinente a lo consultado.

Según lo ha establecido la Sala Constitucional, la razón de ser de las condiciones o causales de inhabilidad o de inelegibilidad, es la indudable necesidad de que, en el ámbito de las Administraciones Públicas, se resguarde y proteja, de una mera estricta, valores como la ética y probidad de quienes aspiren a la función pública. Afirmándose que: *“Cuando se trata de personas que van a servir intereses públicos, es admisible que se endurezcan las exigencias y se exija el cumplimiento de un determinado bagaje de deberes éticos y morales, por lo que resulta correcto fijar como parte de las condiciones para el ejercicio del cargo la ausencia de cuestionamientos ya sea penales o disciplinarios, que puedan incidir directamente en la ética y moralidad que todo funcionario debe acreditar. En síntesis, puede afirmarse con absoluta certeza que la demostración de la idoneidad es un requisito sine qua non para el ingreso al régimen de empleo público y es constitucional que en el ordenamiento jurídico disponga que para poder ingresar al Servicio Civil se debe de cumplir con una serie de condicionantes, los cuales son evaluados previamente mediante un estudio de pre ingreso que permite determinar la idoneidad del candidato y faculta a la vez (...) para que en caso de que la aptitud del servidor no sea satisfactoria, no se le tramiten sus ofertas en forma temporal (...), y ello no constituye una limitación a los artículos 56 y 57 constitucionales, sino, que se busca garantizar que la prestación del servicio público esté conforme a lo dispuesto por los numerales 191 y 192 de la Constitución Política (...) De modo que, previo al nombramiento de todo empleado público dentro de la carrera administrativa es lícito que mediante un reglamento, el Estado implemente requisitos adicionales, para su selección, y más aún, en caso de surgir la posibilidad de una nueva contratación (...)”* Toma en cuenta la Sala que por sentencia número 2001-12005, se indicó que: *“Tiene efectivamente un claro sentido señalar que la idoneidad de los servidores públicos no solamente debe entenderse en un sentido específico, “académica” o “física” por ejemplo, sino que debe más bien asumirse como una conjunción de elementos o factores de diversa índole que, valorados en su conjunto producen que*

¹⁸ Por ello afirmamos que: *“Un acto de nombramiento otorga al nombrado un derecho: el de ocupar el cargo y ejercer las potestades que él conlleva. Derecho que puede ser ejercido a partir de que el acto sea eficaz.”* Dictamen C-027-2000 de 14 de febrero de 2000. Pues como alude el ordinal 111.1 de la LGAP, la condición de funcionario público se adquiere a través de un acto válido y eficaz de investidura, independientemente del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

una persona resulte ser la más idónea para el cargo." (Resolución No. 2012-000267 de las 15:34 hrs. del 11 de enero de 2012, Sala Constitucional).

Revisados nuestros registros y archivos documentales, nos encontramos que, ante una consulta similar a la presente, por la que se requería que nos pronunciásemos sobre la posibilidad de nombrar una persona sobre la que pesan causas judiciales pendientes, en sentido muy similar a la sentencia trascrita, en lo que interesa indicamos que, por regla de principio, resultaba jurídicamente factible que una persona encontrara impedimento en ser nombrada si se previera normativamente como causal de inelegibilidad la existencia de un proceso penal o de un procedimiento administrativo, o con mucha más razón, la condena en vía penal contra el candidato. También advertimos que el asunto podría abordarse también desde la perspectiva de los requisitos necesarios para que proceda un nombramiento, entendiendo que si faltan, el acto de nombramiento podría ser también ilegal, esto en el caso de regímenes estatutarios que establecen como requisito la presencia de condiciones de índole moral o que el candidato sea de honorabilidad intachable; lo cual podría ser discutible cuando existen procesos penales o procedimientos administrativos del candidato en relación con la función pública, máxime que la función pública está informada por valores morales y éticos, que obligan a que los nombramientos recaigan sobre personas con solvencia moral y buena conducta. E incluso fuimos tajantes en señalar que, aun cuando no haya una causa de inelegibilidad y en el tanto en que exista una esfera de discrecionalidad, la Administración está obligada a valorar las condiciones morales y la capacidad técnica para el desempeño del cargo. Valoración de las condiciones morales de la persona que es más necesaria si ésta es cuestionada por actos en contra de la propia institución o, en general, con la Administración Pública. Cabe recordar que el funcionario público está obligado a satisfacer el interés público por sobre el interés propio y si existen controversias sobre la conducta del funcionario en otras instituciones y a fortiori en la propia, debe ponderarse la conveniencia de ese nombramiento, el riesgo en que se incurre. Y advertimos que no se trata de valorar la culpabilidad o no del candidato, pero sí valorar la conveniencia de efectuar su nombramiento considerado el puesto de que se trata, todo con el objeto de salvaguardar los intereses de la Institución y el interés público y ello aun cuando el puesto que se pretenda ocupar fuere de naturaleza diferente del que se ocupaba cuando surgieron las dudas (**Dictamen C-180-98 de 26 de agosto de 1998**).

Somos conscientes que en el dictamen C-053-2018 de 22 de marzo de 2018, se afirmó que el hecho de que una persona registre causas penales que estén pendientes de resolverse, no es criterio suficiente que determine un impedimento *ad initio* del acceso a cargos policiales, por no haberse destruido aun la presunción de inocencia, pero que, para efectos de determinar su idoneidad, si es factible considerar esa situación dentro del estudio de vida y costumbres del oferente. Sin embargo,

Sr. Rodolfo Solano Quirós
Ministro y Canciller
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

05 de octubre del 2020
C-388-2020
Pág. 17

debemos aclarar que ello se debió a que en el Estatuto policial y su Reglamentación no existe disposición normativa que establezca aquella condición como causal de inelegibilidad, como si ocurre en el caso del Estatuto de Servicio Exterior - *inciso g) del artículo 10 del Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE*-. Véase que la condición que impusimos para que aquella causal de inelegibilidad fuera factible, es que fuera prevista normativamente. Y en todo caso, según se explicó, este tipo de inhabilidad o de inelegibilidad *requisito*, no necesariamente implican una violación de la presunción de inocencia ¹⁹, pues en realidad no dependen de la imposición de una pena o sanción previa.

Aclarado lo anterior, resulta evidente que ambos criterios no son contradictorios, pues la interpretación que contienen va direccionada a un mismo sentido y mantienen plena vigencia.

No obstante, estimamos que la causa de inhabilidad o de inelegibilidad, entendida como la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, referida a la existencia de un proceso o causa penal abierta o pendiente de resolución en su contra, que le imposibilita aspirar o ingresar a un cargo público, como concepto jurídico indeterminado, debe de ser dotada de un contenido o significado concreto en cada caso, mediante una explicación y aplicación que mejor concilie la realización del fin público a que se dirige, pero conciliando los derechos e intereses del particular -*art. 10 de la LGAP*-. Y sin pretender adoptar una actitud simplista, de mero normativismo jurídico, basado en la superstición de un único significado verdadero, con sentido preciso y claramente establecido en sí y por sí mismo, a modo de enunciado genérico que contribuya al operador jurídico construirlo, y siguiendo un precedente constitucional ²⁰, a nuestro orientador en la materia, estimamos que, aunque este tipo de inhabilidades requisito no dependan propiamente de la imposición de una pena o sanción previa, ni traten de valorar la culpabilidad o no del candidato o aspirante, con base en nuestro sistema penal acusatorio, la simple formulación de una denuncia o la celebración de actos meramente preparatorios del proceso penal, sin contar aún con actuaciones procesales concretas que determinen que hay lugar a la formación de la respectiva causa contra un sujeto específico, como podría ser la acusación y solicitud de apertura a juicio -*art. 303 del Código Procesal Penal*- o la querrela -*74 Ibídem.*-, no configuran necesariamente aquella condición de inelegibilidad. Debiera mediar al menos un requerimiento fiscal o querrela que apunte al menos con grado de probabilidad la responsabilidad penal del candidato o aspirante

¹⁹ Concepto que sí resulta relevante para los otros casos de inhabilitaciones funcionariales sancionatorias, por ejemplo (Resolución No. 1999-01625 de las 08:33 horas del 5 de marzo de 1999, Sala Constitucional).

²⁰ La resolución No. 1999-01625, op. cit.

específico y provoque ante el Juez la sustanciación del proceso necesario para el dictado de una eventual sentencia condenatoria, para poder afirmar que existe formalmente un proceso penal pendiente en su contra.

Será entonces a partir de esta delimitación conceptual del supuesto concreto normado que aquel concepto jurídico indeterminado ha de ser llenado de contenido en cada caso concreto, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con aquel enunciado genérico. De ahí que la motivación necesaria y adecuada del acto administrativo que se dicte al efecto, es un requisito indispensable en este tipo de conductas administrativas.

Y debemos insistir en que la posibilidad de optar por ocupar un puesto dentro de la función pública no es libre o gratuita, sino que está condicionada, entre otras cosas, a la debida acreditación de la idoneidad moral; es decir, una conducta y desempeño probo, leal, ético y apegado a derecho, para el desempeño de los cargos (Resolución No. 074-2014-VI de las 15:00 hrs. del 28 de mayo de 2014, Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta).

IV.- Consideraciones finales sobre el principio de imperatividad y eficacia de las normas jurídicas.

Nuestro ordenamiento patrio no consciente el desuso, ni la mera inobservancia o incumplimiento de una norma vigente *–sea legal o reglamentaria–*, ya sea porque se desconoce su existencia, o bien, porque se considera obsoleta o injusta, o simplemente bajo el pretexto de que no se comparte. Ninguna de esas excusas es razón suficiente para que el operador jurídico desatienda su cumplimiento (Dictamen C-160-2017 de 6 de julio de 2017).

Según hemos señalado, en aras de satisfacer uno de los valores fundamentales de todo sistema normativo, cual es la seguridad jurídica (dictamen C-118-2003 de 29 de abril de 2003), nuestro ordenamiento jurídico establece los principios generales en torno a la obligatoriedad y eficacia de las normas jurídicas. De conformidad con dichos principios, la norma jurídica *–sea legal o reglamentaria–* mantiene su vigencia y la posibilidad de producir efectos jurídicos hasta tanto no sea modificada, derogada o abrogada por otra posterior (artículos 121.1, 129 de la Constitución y 8 del Código Civil) o bien declarada inconstitucional por la Sala Constitucional (artículo 10 constitucional). Lo que significa que es obligatoria y aplicable mientras no se produzca el acto de la autoridad correspondiente *–legislativo, administrativo o judicial, según se trate–* dirigido a poner fin a esa obligatoriedad (Dictamen C-403-2008 de 6 de noviembre de 2008).

Así, mientras la norma jurídica mantenga su vigencia no puede emitirse un acto que conduzca a su desaplicación; si la norma está vigente y resulta eficaz, todo destinatario, incluida la propia Administración Pública, se encuentra obligado a aplicarla, ajustando su conducta a lo preceptuado por la ley, y por ende, su desaplicación generaría responsabilidad por su incumplimiento (Dictámenes C-102-2008 de 8 de abril de 2008 y C-126-2011 de 10 de junio de 2011).

Por consiguiente, conforme a nuestra jurisprudencia administrativa²¹, la Procuraduría General no puede recomendar al órgano consultante, o bien a cualesquiera de las instituciones o dependencias que conforman la Administración Pública costarricense, la desaplicación por actos concretos y singulares (Dictamen C-079-2015, de 13 de abril de 2015), de normas legales o infralegales que, a su juicio o de la propia Administración, pudieran resultar contrarias al Derecho de la Constitución; esto con base en el principio de legalidad (artículos 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública-LGAP- corolario, el principio general de inderogabilidad singular de normas (art. 13 de la LGAP), según el cual, por el principio general que señala la obligatoriedad de las normas jurídicas (artículo 129 constitucional), la Administración Pública no puede dejar de aplicar una norma que se ha integrado al ordenamiento, si no es derogándola, modificándola o abrogándola por los procedimientos correspondientes (artículos 121.1, 129 de la Constitución y 8 del Código Civil), o bien cuando, por el control concentrado existente, se declare su inconstitucionalidad por la Sala especializada que establece el numeral 10 de la Constitución Política (Especialmente sobre este último mecanismo, pueden consultarse entre otros, los dictámenes C-246-98 de 18 de noviembre de 1998, C-012-2000 de 26 de enero del año 2000, C-137-2001 de 16 de febrero de 2001, C-218-2001 de 6 de agosto del 2001, C-133-2002 de 4 de junio de 2002, C-275-2002 del 16 de octubre del 2002, C-262-2005 de 20 de julio de 2005, C-170-2008 de 7 de marzo de 2008, C-270-2008, del 4 de agosto de 2008, C-113-2011 de 18 de mayo de 2011, C-126-2011 de 10 de junio de 2011, C-160-2017, op. cit., C-205-2019 de 12 de julio de 2019, C-263-2019 de 16 de setiembre de 2019 y C-015-2020 de 16 de enero de 2020, así como el pronunciamiento O. J. 023-2009 de 5 de marzo de 2009). Incluso en los casos en los que una norma pudiera ser idéntica a otra anulada por la Sala Constitucional, ha sido tesis reiterada de la Procuraduría General que la Administración debe seguir aplicándola, ajustando su conducta a lo preceptuado, mientras no exista un pronunciamiento expreso, en sentido contrario, de la propia Sala, o bien hasta que no ejerza respecto de ella la potestad modificativa o derogatoria reglamentaria (Dictámenes C-126-2011, op. cit. y C-205-2019, de 12 de julio de 2019).

²¹ Nuestro dictámenes y pronunciamientos pueden ser consultados en nuestra página web: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/>

Conclusiones:

Haciendo abstracción de lo consultado y sustrayéndonos de analizar y resolver los casos concretos que pudieran subyacer en la interrogante formulada, esta Procuraduría General concluye que:

Será con base en el Estatuto de Servicio Exterior de la República –*Ley No. 3530-* y su Reglamento –*Decreto Ejecutivo No. 17369-RE-*, así como en las disposiciones vigentes del “Reglamento del Concurso de Oposición y el Ingreso a la Carrera del Servicio Exterior”, Decreto Ejecutivo No. 39127-MRREE, y la costumbre administrativa inveterada aplicada en la materia –*como innegable fuente de Derecho (art. 7 de la LGAP)-*, que la autoridad competente deberá verificar tanto la inhabilidad o inelegibilidad de los concursantes, y demás requisitos previstos en aquella normativa, así como la idoneidad de los aspirantes a la carrera del Servicio Exterior, para proceder o no al nombramiento a prueba respectivo.

Se insiste y se reitera que la Administración debe valorar no sólo la legalidad de un nombramiento, sino su conveniencia en razón del ajuste al interés público y de los imperativos de la función pública, entre los cuales están las exigencias éticas y morales de los aspirantes, para comprobar que cuenten con idoneidad suficiente para el desempeño de sus funciones.

La propia Administración consultante está en posibilidad de evaluar, por sus propios medios, las implicaciones materiales y jurídicas de las manifestaciones vertidas en este dictamen, a fin de proceder de conformidad; todo bajo su entera y exclusiva responsabilidad.

En estos términos dejamos evacuada su consulta.

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

LGBH/sgg