

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

***LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA
REPÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA***

Tesis de grado para optar al título
de Licenciada en Derecho

ANA ISABEL ZÚÑIGA JIMÉNEZ

2003

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACION

San José, 14 de Octubre del 2003.-

Dr.
Rafael Gonzalez Ballar
Decano, FACULTAD DE DERECHO

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:

ANA ISABEL ZUNIGA JIMENEZ

Titulado: "LA FUNCION CONSULTIVA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA
REPUBLICA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA"

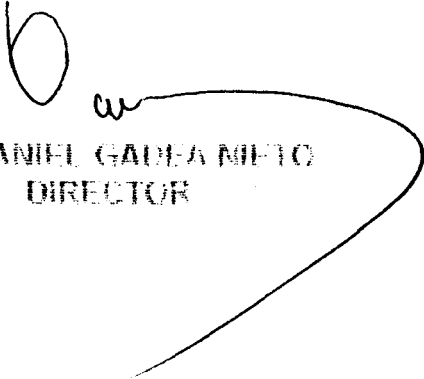
fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a
discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y
orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los
siguientes profesores.

Presidente: LIC RONNY BASSEY FALLAS
Secretario: DR. JULIO JURADO FERNANDEZ
Informante: LIC MARVIN CARVAJAL PEREZ

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para
el día 4 de noviembre a las 17:00 p.m. horas

Atentamente,


DR. DANIEL GADEA NIETO
DIRECTOR

San José, 2 de octubre de 2.003

Señor
Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Señor Gadea:

Le informo que he leído el borrador del trabajo final de graduación elaborado por la egresada Ana Isabel Zúñiga Jiménez, carné 803598, titulada “La función consultiva de la Procuraduría General de la República en la Administración Pública” y que he dado mi aprobación a dicho trabajo, pues cumple con todos los requisitos de forma y de fondo exigidos.

La tesis de la egresada Zúñiga Jiménez aborda un tema de suma importancia, y lo hace en forma clara y concisa, producto de una adecuada investigación bibliográfica y un profundo conocimiento acerca de la organización y funcionamiento de una de las instituciones más importantes para la preservación del Estado de Derecho, como lo es la Procuraduría General de la República. Realiza además un análisis crítico acerca de aspectos destacados, como las asambleas de procuradores y el la reconsideración de criterios de la Procuraduría.

Con toda consideración,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above the typed name.

Dr. Marvin Carvajal Pérez
Profesor Director de Tesis


San José, 1 de octubre del 2003

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Director, Area de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado doctor:

Me permito hacer de su conocimiento que como LECTOR del Trabajo Final de Graduación: “LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”, de la egresada Ana Isabel Zúñiga Jiménez, lo he aprobado por cumplir con los requisitos tanto formales como de fondo que demanda la Facultad de Derecho.

Sin otro particular, suscribo atentamente,



Lic. Ronny Bassey Fallas

LECTOR

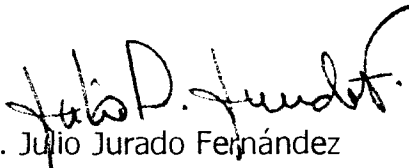
San José, 1 de octubre de 2003.

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

Le comunicó que en mi condición lector del trabajo final de graduación de la egresada Ana Isabel Zúñiga Jiménez, titulado "La función consultiva de la Procuraduría General de la República en la Administración Pública", le doy su aprobación toda vez que el mismo reúne los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho.

De Usted, con toda consideración,


Dr. Julio Jurado Fernández
LECTOR

DEDICATORIA

A mis padres, por su profundo amor y su excelente ejemplo.

A mi hijo, inspiración en mi vida.

A Manuel, por su amor, comprensión y apoyo.

A Tío, quien estaría muy orgulloso.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi agradecimiento por su colaboración y apoyo en este trabajo al Lic. Fernando Castillo por su ayuda y orientación en el análisis de algunos temas; a la Licda. Elizabeth Li, por sus comentarios y su cooperación; agradezco también a Manuel y a Eli, por brindarme el apoyo tecnológico para esta tesis.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
TITULO PRIMERO	4
LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	4
CAPITULO I	5
CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN SU FUNCIÓN	5
Sección I.- Administración Activa.....	9
A. Concepto.....	9
B. Órganos que la integran:.....	10
Sección II.- Administración Consultiva.....	15
A.- Concepto.....	15
B.- Órganos Consultivos.....	18
CAPITULO II	26
LA P.G.R. DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	26
Sección 1. Reseña histórica de su marco legal.....	26
Sección 2. Ley Orgánica vigente.....	30
TITULO II	50
FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	50
CAPITULO I	52
LAS OPINIONES JURÍDICAS Y LAS OPINIONES LEGALES DE LA P.G.R.	52
Sección 1.- La opinión jurídica.....	52
A.- Órganos consultantes.....	52
B.- Efectos de las opiniones jurídicas.....	64
Sección 2.- La opinión legal.....	68
A.- Órganos consultantes.....	68
B.- Efectos de las opiniones legales.....	68
CAPITULO II	71
VINCULATORIEDAD DE LOS DICTAMENES DE LA P.G.R.	71
Sección I.- Los dictámenes de la P.G.R.	71
A.- Naturaleza jurídica del dictamen:.....	71
B.- Eficacia del dictamen.....	77
Sección 2.- Reconsideración de los dictámenes.....	83
A.- Reconsideración de oficio.....	83
B.- Reconsideración por parte del órgano consultante.....	87
CONCLUSIÓN GENERAL	94
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	97
TRATADOS:	97
DICCIONARIOS:	98
CONSTITUCIONES:	98
CÓDIGOS	98
LEYES:	98
JURISPRUDENCIA:	99
PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:	100

TABLA DE ABREVIACIONES

Procuraduría General de la República.....	P.G.R.
Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República	L.O.P.G.R.
Ley General de la Administración Pública	L.G.A.P.
Patronato Nacional de la Infancia.....	PANI
Opinión Jurídica	OJ
Opinión Legal	O.L.
Servicio Nacional de Electricidad.....	S.N.E.

Resumen del Trabajo Final de Graduación

FICHA BIBLIOGRÁFICA:

ZÚÑIGA JIMÉNEZ, Ana Isabel. “La función Consultiva de la Procuraduría General de la Procuraduría General de la República”. Tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2003.

DIRECTOR: Lic. Marvin Carvajal Pérez

LISTA DE PALABRAS CLAVES:

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ADMINISTRACIÓN ACTIVA, ADMINISTRACIÓN CENTRAL, ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA. ENTES PUBLICOS NO ESTATALES, ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA, FUNCIÓN CONSULTIVA, OPINIÓN JURÍDICA, OPINIÓN LEGAL, DICTÁMENES, RECONSIDERACIÓN DE DICTÁMENES, RECONSIDERACIÓN DE OFICIO, RECONSIDERACIÓN SOLICITADA, ÓRGANO CONSULTANTE, PREGUNTIAMIENTO.

RESUMEN DEL TRABAJO:

Esta investigación está dedicada al estudio de la función que realiza la Procuraduría General de la República como órgano asesor técnico-jurídico de la Administración Pública. Entre los objetivos que se plantearon están: analizar las diferentes manifestaciones de la labor consultiva que realiza la P.G.R., conocer cuáles normas del ordenamiento jurídico permiten llevar a cabo esa función, determinar cuáles órganos de la Administración Pública pueden gestionar la asesoría de la Procuraduría, indicar y estudiar cuáles son los instrumentos técnico por medio de los cuales se manifiesta la función consultiva, determinar los efectos jurídicos de las manifestaciones de la asesoría realizada por la P.G.R.

Esta investigación se realizó utilizando el método deductivo, analizando el desarrollo de la actividad consultiva desde el punto de vista de la administración activa, estudiando el órgano principal que realiza esa función de asesoramiento, se realizan análisis críticos sobre los efectos de dicha actividad.

Se pudo comprobar que las manifestaciones de la labor consultiva de la Procuraduría no se apegan estrictamente a la normativa que la rige. La figura del pronunciamiento contemplada en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República carece de contenido práctico, en el quehacer de la función asesora. Podemos concluir que la L.O.P.G.R., requiere de una reforma legislativa que elimine este término, pues únicamente existen los dictámenes como criterios vinculantes.

Con respecto a la jurisprudencia administrativa emanada de la P.G.R., está constituida únicamente por los dictámenes de acatamiento obligatorio para la Administración debiendo excluirse del concepto de jurisprudencia administrativa las opiniones jurídicas que no conllevan la obligatoriedad de ser acatadas.

Se comprobó que en la legislación costarricense no existen mecanismos que le permitan a la P.G.R. dar seguimiento a sus dictámenes con el fin de confirmar que la administración activa ha asumido lo dictaminado por la Procuraduría.

INTRODUCCIÓN

La Procuraduría General de la República es un órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Justicia, las principales funciones de esta Institución se pueden enmarcar en cuatro grandes ámbitos: el de abogado del Estado, el de asesor imparcial de la Sala Constitucional, el relativo al Sistema Nacional de Legislación Vigente y el de asesor técnico jurídico de la Administración Pública.

Como abogado del Estado, la Procuraduría ostenta la representación legal Estado tanto en sede judicial como extra – judicial, asimismo cumple una función notarial a través de la Notaría del Estado mediante el otorgamiento de escrituras referentes a los actos y contratos en que el Estado sea parte.

En el ámbito de asesor imparcial de la Sala Constitucional, la Procuraduría proporciona un análisis objetivo de la constitucionalidad o no de las normas o actos cuestionados, su participación está limitada a las acciones de inconstitucionalidad y a las consultas judiciales de constitucionalidad.

La Procuraduría tiene a su cargo el Sistema Nacional de Legislación Vigente, en este sistema se encuentra recopilada la legislación promulgada y vigente. La legislación del ordenamiento jurídico costarricense se mantiene actualizada en este sistema y en él se encuentra además la jurisprudencia tanto judicial como administrativa relacionada con las

normas, todo ello con el propósito de facilitar la labor consultiva y de abogado del Estado de la P.G.R.

Como órgano técnico-jurídico de la Administración Pública, la P.G.R., la asesoría que realiza es de carácter eminentemente jurídico y debe existir previamente una solicitud para ello.

El objetivo general es analizar la función asesora, que la Procuraduría General de la República realiza para la Administración Pública, estudiando las manifestaciones de esa competencia.

Los objetivos específicos consisten en analizar la doctrina y la normativa que le permite a la Procuraduría llevar a cabo su función consultiva. Determinar cuáles órganos de la Administración Pública pueden gestionar la asesoría. Indicar y estudiar cuáles son los instrumentos técnicos por medio de los cuales se manifiesta la función consultiva, así como los efectos jurídicos de las manifestaciones formales de la asesoría técnico jurídica, realizada por la Procuraduría General de la República.

Se parte del supuesto hipotético de que las manifestaciones de la función consultiva de la Procuraduría se apegan a la normativa que la rige y que no existe una intromisión de parte de la Procuraduría en las funciones de la Administración Activa.

En esta investigación se utilizó el método deductivo, analizando el desarrollo de la actividad consultiva dentro del ámbito de la administración activa, pasando al estudio particular del órgano principal que funge como asesor técnico-jurídico de la Administración Pública, para luego estudiar y realizar un análisis crítico sobre las responsabilidades que genera esa asesoría.

El contenido de este trabajo está compuesto de dos títulos. El primero denominado la Procuraduría General de la República, comprende dos capítulos, refiriéndose el primero a la clasificación de la Administración Pública según sus funciones y el segundo trata de la historia legislativa de la P.G.R. y el análisis de todas sus atribuciones.

El título segundo se denomina: “La función consultiva de la Procuraduría General de la República”. En su primer capítulo se exponen dos de las manifestaciones de la labor consultiva: opiniones jurídicas y opiniones legales, así como los efectos de estas. En el capítulo segundo se estudian los dictámenes vinculantes, su naturaleza y efectos. Este trabajo finaliza con la sección segunda de este último capítulo donde se estudian las diferentes formas que utiliza la Procuraduría para variar sus criterios.

TITULO PRIMERO
LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Para poder comprender la función que lleva a cabo la Procuraduría General de la República, como el organismo técnico especializado en el área del Derecho, se ha creído conveniente retomar aspectos relacionados con el medio en que ella cumple esta tarea, de tal manera que la integración de este título se estructuró a en dos capítulos. El primero comprende un estudio de la clasificación que se hace de la Administración Pública de acuerdo a sus múltiples funciones, con el fin de ubicar la actividad primordial de la Procuraduría dentro de esa clasificación. El segundo capítulo comprende la historia legislativa de esta Institución, que ha dado fundamento a su creación y a su quehacer jurídico, hasta arribar a la actual ley orgánica.

CAPITULO I

CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN SU FUNCIÓN

Las funciones que lleva a cabo el Estado y que le permiten realizar las atribuciones que le corresponden, se han clasificado tradicionalmente como: función legislativa, administrativa y judicial, doctrinariamente se han distribuido estas funciones entre los tres poderes que caracterizan a los estados modernos; es así como al Poder Legislativo se le atribuye la función legislativa, al Poder Judicial la función judicial y al Poder Ejecutivo la función administrativa. El tratadista argentino José Roberto Dromi, reconoce una función gubernativa que no requiere de un órgano específico y que bien puede ser ejecutada tanto por el poder ejecutivo como por el legislativo, pero que adquiere su verdadera caracterización en la labor del órgano ejecutivo, típicamente gubernativo ¹.

Con el surgimiento del derecho administrativo, se ha comprobado que la división de funciones asignada a cada uno de los poderes no se encuentra tan definida, sino que los poderes legislativo y judicial también realizan función administrativa, otorgándosele a ésta un carácter residual en el sentido de que función administrativa es toda actividad que realizan los órganos estatales (ejecutivos, legislativos y judiciales) excluidos los hechos y

¹ DROMI, (José Roberto) Instituciones de Derecho Administrativo., Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. Segunda Reimpresión, 1983, p. 113

actos materialmente legislativos y jurisdiccionales² . Gabino Fraga se manifiesta en el sentido de que han sido las necesidades de la vida práctica las que han impuesto la atribución a un mismo Poder de funciones de naturaleza diferente³.

Nuestra Sala Constitucional se ha expresado sobre el tema en los siguientes términos:

“V.- Sobre la separación de funciones. Como la Sala ha dicho reiteradamente, la independencia de los poderes públicos es la más alta concebible dentro de toda la organización del Estado, porque es por definición autonomía política y garantía fundamental del Derecho de la Constitución. No es casualidad que desde los albores del moderno constitucionalismo se situara el principio de separación de poderes o funciones como uno de los pilares incuestionables del nuevo Estado Democrático de Derecho, tal y como quedó plasmado, por ejemplo, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, al grado de desconocer como constitucional el texto normativo que no lo prohijara. Su utilización trasciende el problema de la organización del trabajo del Estado entre diversos agentes que permita su funcionamiento de forma más ágil, sino que, desde la óptica del Derecho de la Constitución, constituye verdadera garantía de libertad para los individuos, a través de la disminución de la esfera de poder de los órganos estatales por medio de su distribución entre detentadores plurales que ostentan controles entre ellos. Una efectiva división de poderes solo es posible en el marco de la independencia de cada uno de ellos, con

² DROMI, *op.cit.* p. 160

³ GABINO (Fraga) Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, S.A. Vigésimoquinta edición, 1986, p. 29

asignación de una esfera de acción y una competencia propias e independientes de los demás, en el marco de una relación de similitud. La división funcional, sin embargo, no importa la ausencia de relaciones interorgánicas. Para que la separación de poderes tenga sentido en un Estado democrático, la misma debe ir acompañada de un sistema de frenos y contrapesos que permitan la colaboración y control recíproco entre los órganos constitucionales.”⁴

Interesa para efectos de este trabajo de investigación, primordialmente la función administrativa, ejecutada por la Administración Pública, entendida de acuerdo con nuestra legislación como aquella constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado⁵. Sobre este particular, la Procuraduría ha interpretado que la "Administración Pública" está integrada por los tres poderes del Estado -el Legislativo y Judicial en la medida en que realizan, excepcionalmente, funciones administrativas-, las Municipalidades, las Instituciones Autónomas y demás entidades de Derecho público que realicen función administrativa.⁶

Desde esta concepción subjetiva de administración pública, será actividad administrativa la que realicen estos órganos y se define como “la actividad permanente,

⁴ Sala Constitucional, No. 7379 de 10:36 H. de 24 de setiembre de 1999, Consulta de Constitucionalidad sobre el proyecto de ley “Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos”.

⁵ Véase Ley General de la Administración Pública, No. 6227 de 2 de mayo de 1978, Art. 1.

⁶ En el mismo sentido véase el art. 1, inciso 4) Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, No. 3667 de 12 de marzo de 1966.

concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran".⁷

La actividad administrativa se puede clasificar desde diferentes puntos de vista: por el número de personas físicas que los componen, por la territorialidad de su competencia o bien atendiendo a la naturaleza de su actividad. Esta última clasificación, permite a su vez distinguir diferentes categorías de actividades. Es así como se reconoce la administración activa, deliberante, consultiva y de vigilancia ⁸ o bien puede reconocerse la administración activa y jurisdiccional; interna y externa; consultiva; reglada y discrecional; de contralor.⁹

Para otros tratadistas como Eduardo Ortiz, los órganos que conforman la administración activa son órganos agentes, ya que tienen la capacidad para formar, declarar o ejecutar la voluntad del ente a que pertenecen. Se reconoce dentro de esta categoría de órganos: los deliberantes (que forman la voluntad pero no la declaran hacia el exterior), los representantes que manifiestan la voluntad del ente aunque no contribuyan a formarla y los ejecutivos que materializan mediante obras la voluntad expresada por los representantes. Estos órganos pueden tener funciones diferentes pero su calificación obedecerá a la

⁷ MARIENHOFF (Miguel) Tratado de Derecho Administrativo, Argentina, Volumen I, Editorial Abeledo-Perrot, Quinta Edición actualizada, 2000, p. 66

⁸ GARCIA OVIEDO (Carlos) Derecho Administrativo, Madrid, Volumen I, Cuarta edición. EISA. 1953, p. 386

⁹ MARIENHOFF, op. cit. p. 94

función predominante. Ortiz reconoce además la existencia de órganos auxiliares como los de vigilancia o contralor, los consultivos y los documentales.

Haremos referencia en este capítulo, en una primera sección a la administración activa y en la segunda a la administración consultiva.

Sección I.- Administración Activa

A. Concepto.

La doctrina es conteste al definir la administración activa, como aquella que actúa sobre la realidad administrativa, está compuesta por los órganos que deciden y ejecutan y sus decisiones constituyen típicos actos administrativos, es decir sus funciones exclusivas o predominantes consisten en emitir declaraciones de voluntad.¹⁰

De manera más puntual, Díez la define como aquella que:

“decide y ejecuta (...) La actividad de la administración activa es deliberante en aquellos casos en los cuales determina o contribuye a determinar la voluntad de la administración y es meramente ejecutiva en aquellos supuestos en que consiste en una simple actuación práctica de la voluntad.”¹¹

¹⁰ Ver en ese sentido SANTAMARIA PASTOR (Juan Alfonso) Apuntes de Derecho Administrativo, Madrid, Tomo I, Quinta edición, 1987.p. 569

¹¹ DIEZ (Manuel María) Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omega, 1963, p. 166

En sentido similar García Oviedo la define como:

“Administración Activa.- Significa la parte viva –de dirección y efectucción de los destinos públicos- de la Administración. Su labor es de decisión y ejecución a un tiempo. Lo es de realización efectiva. Los más importantes actos y operaciones de las potestades administrativas son de su competencia, y en su realización cotidiana estriba la obra administrativa. De aquí la importancia de los órganos de la Administración activa y el relevante papel que desempeñan”¹²

B. Órganos que la integran:

1.- Administración Central

La administración central puede definirse de dos formas según el tipo de Estado:

“En los Estados unitarios, el conjunto de órganos formados por el jefe del Estado, los ministros, los ministerios sus dependencias y altos organismos, como el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y otros , más o menos autónomos, pero con jurisdicción general o nacional. En los Estados federales, el gobierno federal, el que ejerce autoridad sobre todo el territorio en los asuntos generales y de legislación común”.¹³

¹² GARCIA OVIEDO *op.cit.* p. 387

¹³ CABANELLAS (Guillermo) *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 16ª edición, Tomo I, 1983, p.108

Dentro de la legislación costarricense la Administración Central está constituida básicamente por el Poder Ejecutivo, conformado por el Presidente de la República y el Ministro del Ramo, los ministerios y sus dependencias. También forman parte de ella la Presidencia de la República, el Consejo de Gobierno y los órganos desconcentrados. Su actividad es imputada al Estado, considerado éste como un ente con personalidad jurídica propia. Sus atribuciones las determina tanto la Constitución Política como la Ley General de Administración Pública.

Por su parte la Sala Constitucional al analizar el artículo 1° del proyecto de Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, manifestó:

“(...) De acuerdo con su jurisprudencia y los principios del derecho público la Sala entiende que la Administración Central está constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias, exclusivamente, (...)”¹⁴

2.- Administración Descentralizada

La administración descentralizada está constituida por aquellas entidades con personalidad jurídica propia, que les permite individualidad específica y la posibilidad de

¹⁴ Sala Constitucional, No. 919 de 9:15 H. De 12 de febrero de 1999, Consulta Legislativa Facultativa del Proyecto de Ley No. 12.063

tener derechos y deberes, atribuciones y competencias. Al decir del profesor Eduardo Ortiz:

“La personalidad supone por sí el grado mayor de libertad y responsabilidad propia, que confiere autonomía funcional al ente, salvo expresa disposición legal en contrario (...) Una vez otorgada la personalidad hay descentralización, sea cual sea el grado de dirección o de contralor del ente menor por el Estado. Es por ello indispensable insistir en la necesidad de radicar el concepto de la descentralización en el de personalidad pública menor”.¹⁵

En el acto en que se constituyen estas entidades se les señalan sus cometidos públicos así como las reglas fundamentales de su organización, dirección y fiscalización, lo que justifica su sometimiento a un régimen de Derecho Público.

Las municipalidades como entidades públicas que administran los intereses y servicios locales en cada cantón, forman parte de esta administración descentralizada en razón del territorio.

¹⁵ ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Tesis de Derecho Administrativo, San José, Editorial Stradtman, Tomo I, Edición 2002, pp. 346-347

3.- Entes Públicos no estatales:

Este tipo de entes pueden ser creados de dos formas, una de ellas de carácter estatal, que bien puede ser una ley, decreto o un acto unilateral de la autoridad pública; o bien por un acto privado o contrato. El profesor Eduardo Ortiz señala:

“Los entes públicos no estatales suelen ser corporaciones (como los colegios profesionales) cuyo órgano supremo está integrado por el conjunto de individuos que ejercen una profesión o defienden un interés económico común (propietarios urbanos, transportistas, etc.). Suelen ser también fundaciones cuyo jerarca es un órgano colegiado representativo de diversas categorías o intereses privados (...)”¹⁶

Se caracterizan porque persiguen fines de grupo y no fines nacionales, su condición de entes públicos radica primordialmente en el carácter público e imperativo de sus potestades. Para la Dra. Magda Inés Rojas:

“La atención de otros factores tales como el fin público para el que fueron creadas, así como su origen legal, entre otros, contribuyen a perfilar con claridad la naturaleza de la entidad. Aspectos tales como la personalidad jurídica y el régimen aplicable no son sinónimos de la naturaleza de la figura jurídica creada y, en tal sentido, no pueden ni deben ser tomados como características únicas para definir su naturaleza. Una definición de este tipo, al limitarse a aspectos específicos, es parcial

y, por ende, errónea, en tanto hace caso omiso de la totalidad de los elementos que caracterizan a la entidad”.¹⁷

Se anotan como consecuencias de su carácter no estatal, el que su personal en materia de empleo se rige por el Código de Trabajo y no por el régimen del funcionario público.

Su patrimonio puede ser mixto, una parte puede ser estatal y la otra privada, ésta última no estará sometida al control de la Contraloría General de la República.

Sus actos no son considerados actos administrativos y para su impugnación se debe recurrir a la jurisdicción común y no a la jurisdicción contencioso administrativa.

Podemos contar dentro de este tipo de entes, además de los colegios profesionales, ya mencionado y según el Dr. Rodolfo Saborío Valverde,¹⁸ los siguientes: Corporación Bananera Nacional, Instituto del Café, Liga de Agricultura e Industria de la Caña, Consejo Nacional de Cooperativas, Academia Nacional de Ciencias, Banco Popular y de Desarrollo Comunal, Banco Hipotecario de la Vivienda, Oficina Nacional Forestal, Promotora de Comercio Exterior, Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago, Junta de

¹⁶ ORTIZ ORTIZ, *op. cit.* p. 392

¹⁷ Procuraduría General de la República. C-246-2001, dirigido a la Municipalidad de Heredia, el 17 de setiembre de 2001.

¹⁸ www.marcolegal.go.cr, Organización Administrativa, Inventario del Sector Público.

Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, Instituto Costarricense contra el Cáncer, Junta Nacional de la Cabuya, Junta de Fomento Salinero y Casa Hogar de la Tía Tere.

Sección II.- Administración Consultiva.

A.- Concepto.

La administración consultiva la constituyen los órganos que realizan una función asesora previa a la manifestación de la administración activa, esta asesoría técnica, puede ser tanto en materia jurídica como no jurídica y constituye una labor de apoyo en la gestión administrativa.

Dromi, se manifiesta al respecto en este sentido:

“Es una actividad “preparatoria” de la manifestación “activa” de la Administración. Consiste en una función de colaboración. Por eso es que generalmente aparecen vinculadas estas dos formas de la actividad administrativa.

La actividad “consultiva” se justifica por el carácter “técnico” – en su amplio sentido- que revisten ciertas decisiones administrativas. Con ello tiéndese a lograr el mayor acierto en la decisión.”¹⁹

¹⁹ DROMI, *op.cit.* p.103

Para García Oviedo “La consulta puede ser jurídica, técnica o política. Recae la primera sobre las circunstancias de tipo legal que en la proyectada decisión concurren, sobre su acomodamiento o no a la legalidad establecida. La segunda reposa en la conveniencia de que los acuerdos y resoluciones administrativos se produzcan con pleno conocimiento y en atención a la índole especial del servicio. La tercera afecta a la oportunidad de la medida.”²⁰

En criterio de Eduardo Ortiz “los órganos consultores o asesores de tipo común son siempre técnicos y no políticos, en el sentido de que su materia de juicio es el aspecto exacto y definido de la situación administrativa, no la elección de metas o programas de Administración y de gobierno”.²¹

Se afirma que “Para que exista Administración consultiva es imprescindible, por consiguiente, que asesor y asesorado tengan carácter público. Por ello no son órganos consultivos aquellos cuya función es informar a los ciudadanos (...). Y tampoco puede entenderse concurrente aquella en los supuestos en los que quienes asesoran o informan a la Administración son los propios ciudadanos (...). Por otra parte, para que un ente u órgano quede integrado en la Administración consultiva es preciso que la función consultiva bien sea la única que desempeñe, bien constituya una parte importante de las que le están atribuidas. En consecuencia, no forman parte de ella los entes u órganos normalmente

²⁰ GARCÍA OVIEDO *op.cit.* p. 389

²¹ ORTIZ ORTIZ, *op.cit.* Tomo II, p. 69

titulares de competencias resolutorias o de control y que, sin embargo, han de informar preceptivamente en determinados procedimientos concretos; ni tampoco aquellos que solamente a ciertos y muy específicos efectos sectoriales son expresamente calificados como consultivos.”²²

Es unánime la doctrina en cuanto a las formas en que se concreta la función consultiva, al admitir que existen tres clases de dictámenes: facultativos, obligatorios y vinculantes.

Los dictámenes facultativos, se caracterizan porque el órgano activo puede discrecionalmente aceptarlos o no. “También se los denomina *voluntarios, libres o potestativos*. Son los que la Administración no está obligada a requerir pero que puede voluntariamente solicitar y aceptar en sus conclusiones.(...) El dictamen libre es aquel que puede ser seguido o no, sin necesidad de adoptar medidas especiales en cuanto a la forma de decisión.”²³

Serán obligatorios aquellos dictámenes que la Administración activa debe solicitar pero puede acatarlo o no. En razón de lo anterior Dromi, prefiere denominarlos

²² Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Editorial Civitas, 1º edición, Tomo 1, 1995, p. 249

²³ DROMI, op.cit. pp. 319 - 320

“dictámenes mixtos, en cuanto es obligatorio solicitar el parecer; y facultativo del órgano activo, es consecuente con el mismo.”²⁴

Los dictámenes vinculantes también llamados preceptivos, son los que deben ser solicitados a la administración consultiva en acatamiento a una disposición legal, asimismo la Administración activa debe actuar en estricto apego al contenido del dictamen, esta condición en criterio de Diez es un límite riguroso a la libertad de acción de la administración activa y advierte “no puede aceptarse que la administración activa deba ceñirse estrictamente a los pareceres de los cuerpos consultivos; solamente cabría aceptar que no se tomase una resolución contraria.”²⁵

B.- Órganos Consultivos

Los órganos consultivos dependiendo de su estructura pueden ser unipersonales o colegiados. La manifestación del asesoramiento en los órganos unipersonales carece de formalidades y suele ser de manera verbal. Los órganos colegiados suelen denominarse consejos, comisiones o juntas. “En caso de que el órgano consultivo fuere colegiado, la consulta, dictamen o informe se expide comúnmente por *unanimidad*, aunque puede también hacerlo por mayoría formándose una minoría disidente.”²⁶ Según Marienhoff, “Si

²⁴ DROMI, *op.cit.* p. 320

²⁵ DIEZ (Manuel María). *El acto Administrativo*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 2ª edición, 196, pp. 45-46

²⁶ DROMI, *op.cit.* p. 331

la Administración activa aceptare el dictamen puede decidirse por la opinión de la mayoría o de la minoría.”²⁷

Asimismo se clasifican en generales y especiales, también llamados específicos, según sea el ámbito de su competencia, serán generales aquellos que opinen sobre cualquier materia y especiales los que viertan criterio sobre algo particular. La doctrina española clasifica entre los órganos generales aquellos que “pueden formular opinión que corresponda a cualquiera de los ministerios. Los especiales pueden opinar solamente en los asuntos que correspondan al Ministerio a que pertenecen.”²⁸

De acuerdo con su duración en el tiempo, o al decir de Marienhoff de acuerdo a su “Estabilidad. Los órganos consultivos pueden ser estables (permanentes), transitorios e incluso *ad hoc*; en todos los casos es fundamental el principio de inamovilidad o estabilidad de los miembros, como medida política para asegurar su independencia funcional ante eventuales arbitrios del órgano activo”²⁹

También se reconoce doctrinariamente un carácter interno a la actividad de los órganos consultivos, esto por cuanto el criterio u opinión que se emita no cuenta con la participación de la administración consultante. Asimismo se apunta otra característica a la

²⁷ MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 107

²⁸ DIEZ, *op. cit.* p. 44

²⁹ MARIENHOFF, *op. cit.* p. 331

actividad de estos órganos y es que para emitir un criterio, éste debe ser solicitado por la administración activa.

Existen además otro tipo de órganos consultivos denominados de “staff”. Su nombre se origina en la organización militar. Consiste en un grupo de asesores de funcionamiento continuo y sus criterios son generalmente subjetivos de tal suerte que su función asesora no es objeto de regulación jurídico-administrativa. Para el profesor Eduardo Ortiz:

“El mejor ejemplo de staff es el llamado brain trust, o equipo de inteligencia. Se trata del staff llamado a asesorar al Jefe de Estado, con independencia y aun por encima de los Ministros oficialmente nombrados. El brain trust llega a ser el centro generador de la política del Presidente e indirectamente de la seguida por los Ministros. En Costa Rica es ya frecuente la existencia de un Ministro de la Presidencia y de asesores no oficiales del Presidente que cumplen la función dicha”.³⁰

En la legislación costarricense, algunas normas de carácter legal otorgan la facultad de emitir dictámenes y por ende de ejercer una función consultiva a algunos órganos, aun cuando no sea ésta la función primordial de éstas entidades.

³⁰ ORTIZ ORTIZ, *op.cit.* p. 69

Los colegios profesionales contemplan dentro de sus atribuciones, brindar opiniones y asesorías.

Así por ejemplo la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, en su artículo 1, dispone en lo que nos interesa:

“ARTICULO 1º.- El Colegio tiene por objeto:

(...)

3º.- Dar opinión en materia de su competencia, cuando fuere consultado por alguno de los Supremos Poderes; (...)³¹

Una disposición similar contiene la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos:

“Artículo 4º.- El Colegio Federado tiene las siguientes funciones primordiales:

(...)

g) Dar opinión y asesorar a los Poderes del Estado, organismos, asociaciones e instituciones públicas y privadas, en materia de la competencia de los diferentes colegios que integran el Colegio Federado.³²

³¹ Ley Orgánica del Colegio de Abogados, No. 13 del 28 de octubre de 1941. Art. 1

³² Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, No. 3663 de 10 de enero de 1966. Art. 4

Otros colegios profesionales cuentan en su organización con comités consultivos los cuales tienen a su cargo evacuar las consultas solicitadas por los poderes públicos, las instituciones autónomas o por los particulares, en materia propia de cada gremio. En la Ley Orgánica del Colegio de Licenciados y Profesores en Letras y Filosofía encontramos la siguiente disposición:

“CAPÍTULO VIII

Del Comité Consultivo

Artículo 37.- El Comité Consultivo es un organismo de nombramiento de la Junta Directiva que tiene a su cargo dictaminar sobre asuntos que le sean sometidos en consulta a la Corporación, sea por los Poderes Públicos, las instituciones autónomas o por los particulares.”³³

Idéntica regulación encontramos en la Ley Orgánica del Colegio de Bibliotecarios de Costa Rica:

“CAPÍTULO VIII

Del Comité Consultivo

Artículo 36.- El Comité Consultivo es un organismo de nombramiento de la Junta Directiva que tiene a su cargo dictaminar sobre asuntos que le sean sometidos en consulta a la Corporación, sea por los Poderes Públicos, las instituciones autónomas o por los particulares”³⁴

³³ Ley Orgánica del Colegio Licenciados y Profesores en Letras y Filosofía, Ley No.4770 de 13 de octubre de 1972. Art. 37

³⁴ Ley Orgánica del Colegio de Bibliotecarios de Costa Rica No. 5402 de 30 de abril de 1974. Art.36

La Ley Nacional de Emergencia, confiere a la Comisión Nacional de Emergencia, la facultad de emitir dictámenes, esta disposición está contemplada en el inciso b) del artículo 24:

“ARTÍCULO 24: Actividad ordinaria

La actividad ordinaria de la Comisión estará sujeta a los trámites ordinarios del ordenamiento jurídico y consistirá en: (...)

b) El dictado, en tanto no sea facultad expresa de otra institución pública de normas, resoluciones y dictámenes vinculantes, que regulen servicios y trámites en la construcción de obras civiles, públicas y privadas; así como concesiones varias en prevención el riesgo inminente de emergencia.
(...)³⁵

El Banco Central de Costa Rica, de conformidad con el artículo 106 de su Ley Orgánica³⁶ debe ser consultado tanto por el Ministerio de Hacienda como por las instituciones públicas que quieran contraer préstamos en el extranjero. Esta Institución Bancaria, en el caso de préstamos externos, deberá rendir un dictamen en el que expresará su criterio sobre las repercusiones que pueda tener la operación crediticia en la balanza de pagos internacionales y en las variables monetarias. Si se trata de empréstitos en el interior del país, el dictamen dará a conocer la situación del endeudamiento del sector público y

³⁵ Ley Nacional de Emergencia. No. 7914 de 28 de setiembre de 1999. Art. 24

³⁶ Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. No. 7558 de 3 de noviembre de 1995. Art. 106

también permitirá coordinar la política monetaria y crediticia con la política financiera y fiscal de la República.

En materia de empleo público, el artículo 13 inciso g), del Estatuto del Servicio Civil³⁷ confiere atribuciones consultivas al Director del Servicio Civil, y así lo ha reconocido la Sala Constitucional al disponer que: “VI.- Finalmente, debe decirse que el dictamen emitido por la Dirección General del Servicio Civil constituye un acto propio de la llamada "Administración consultiva", cuyas actuaciones no son susceptibles de control por la vía del recurso de amparo, pues no producen efectos por sí mismas. (...)”³⁸

El Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, cuenta con una Comisión Técnica, quien tiene entre sus funciones, la de estudiar y dictaminar las solicitudes de asistencia técnica que las Municipalidades formulen al I.F.A.M.³⁹

La Ley de Biodiversidad⁴⁰, crea una Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, esta comisión tiene entre sus atribuciones, la de actuar como órgano consultor del Poder Ejecutivo y de las instituciones autónomas en materia de biodiversidad. La comisión puede ser consultada antes de autorizar convenios, nacionales o internacionales, o de establecer o ratificar acciones o políticas que incidan en la

³⁷ Estatuto de Servicio Civil. Ley No. 1581 de 30 de mayo de 1953. Art. 13

³⁸ Sala Constitucional, No. 4485 de 11:21 H. de 11 de julio de 1999, Amparo contra el Director General del Servicio Civil y el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Ministerio del Ambiente y Energía.

³⁹ Ley de Organización del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal IFAM. Ley No. 4716 del 9 de febrero de 1971. Art. 23 inc. c)

conservación y el uso de la biodiversidad. Asimismo esta Comisión deberá ser consultada por cualquier persona física o jurídica que se proponga, importar, exportar, experimentar, movilizar, liberar al ambiente, multiplicar, comercializar y usar para investigación organismos genéticamente modificados en materia agropecuaria. El dictamen vertido será vinculante y determinará las medidas necesarias para la evaluación del riesgo y su manejo.

La Contraloría General de la República de acuerdo con el artículo 29 de su Ley Orgánica⁴¹, tiene potestad consultiva para evacuar las consultas que le dirijan tanto órganos parlamentarios como los sujetos sometidos a su control o fiscalización.

La vinculancia de esos dictámenes la regula el último párrafo del artículo 4 al enunciar:

“Artículo 4:

(...)

Los criterios que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización.”⁴²

La Procuraduría General de la República es otro órgano consultivo, que por tratarse del tema principal de este trabajo de investigación se analizará en un capítulo aparte.

⁴⁰ Ley de Biodiversidad. No. 7788 de 30 de abril de 1998. Art. 14

⁴¹ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. No. 7428 de 7 de setiembre de 1994. Art. 29

⁴² Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Art. 4

CAPITULO II

LA P.G.R. DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública conceptualizada desde un punto de vista subjetivo como un conjunto de entes, comprende dentro de ellos a la Procuraduría General de la República. Estudiaremos su génesis, revisando su legislación a través del tiempo hasta la emisión del cuerpo normativo que hoy la rige y su desempeño acorde con el mismo.

Sección 1. Reseña histórica de su marco legal.

La Procuraduría General de la República surge en nuestro país desde finales de los años 40 como una necesidad de reorganizar el Ministerio Público y producto de la eliminación de las asesorías legales de las secretarías de Estado. Su creación se lleva a cabo en 1948, por la Junta Fundadora de la Segunda República, al decir del Lic. Gonzalo Cervantes: "... es consecuencia del espíritu renovador que tenía aquel gobierno provisorio en relación con diversos organismos estatales"⁴³.

Mediante Decreto-Ley número 40 de 2 de junio de 1948, nace a la vida jurídica como un órgano adscrito al Ministerio de Justicia; no obstante, dentro de las

⁴³ Cervantes (Gonzalo), La Procuraduría General de la República, San José, Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, p. 36.

consideraciones enunciadas en el citado Decreto-ley, éste tendría un carácter temporal mientras se promulgaba una ley general que regulara las labores propias de una Procuraduría General de la República.⁴⁴

Las atribuciones primordiales asignadas a ella mediante esta norma fueron las de asumir las funciones del entonces Ministerio Público, fungir como centro superior consultivo y directivo de los asuntos en que tuviera interés la Administración Pública. Como centro superior consultivo debió asesorar en derecho a la Administración Central en general, a Establecimientos Públicos, Empresas del Estado y a aquellos otros organismos que leyes especiales le indicaran. Dentro de sus funciones como centro directivo, debió inspeccionar y dirigir todos los servicios encomendados a los abogados del Estado, la dirección la ejerció dictando órdenes e instrucciones que permitieran una unidad de criterio, proponiendo o resolviendo los asuntos que tuviera que conocer. Además, por medio de una simple nota o un escrito, los procuradores estaban facultados para representar al Estado ya fuera ante los Tribunales o bien ante las Dependencias Administrativas. Esta normativa estuvo vigente hasta 1967, año en que se promulgó su primera ley orgánica.

El de 10 de enero de 1967, se emite la Ley N° 3848 que vino a regular más ampliamente el campo de acción de esta Institución. El primer cambio que se percibe respecto de su anterior legislación es que se adscribe al Ministerio de la Presidencia, pero

⁴⁴ Ver Decreto-Ley de Creación de la Procuraduría General de la República, N° 40 de 2 de junio de 1948.

ejergería sus funciones con independencia de criterio, excepción hecha de los casos en que la ley le ordene atender instrucciones especiales. El numeral 10 de esta primera ley orgánica estableció sus facultades y deberes, de la siguiente manera dice:

"Artículo 10.- Son atribuciones de la Procuraduría General de la República:

a) Ejercer la representación del Estado en los negocios de cualquier naturaleza, que se ventilen o deban ventilarse en los tribunales de justicia;

b) Representar al Estado en todos los actos o contratos que deban formalizarse en escritura pública;

c) Dar los informes, dictámenes y asesoramiento que acerca de cuestiones legales le soliciten los organismos públicos, y elaborar los estudios jurídicos que le encomiende el Poder Ejecutivo.

Los dictámenes y pronunciamientos que emita serán de acatamiento general para la Administración Central, salvo acuerdo o disposición en contrario del Poder Ejecutivo, o decisión diferente de la Contraloría General de la República en materias de su competencia;

d) Ejercitar y activar las acciones por delitos en que figuren como ofendidos el Estado, las municipalidades, juntas de educación y beneficencia y las instituciones autónomas o semiautónomas, sin perjuicio de las que deben presentar las entidades afectadas o las personas que resultaren perjudicadas;

e) Recibir denuncias acerca de los delitos indicados en el inciso anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimientos Penales, en cuyo caso podrán servir como testigos los Procuradores y, empleados de la oficina;

f) Calificar las garantías para excarcelación de los indiciados o procesados por los delitos enumerados en los incisos anteriores y velar porque se cumplan las penas impuestas;

g) Intervenir en los procesos por otros delitos de acción pública y promover y vigilar el juzgamiento de los mismos;

h) Interponer el recurso de revisión contra las sentencias de los tribunales del país, conforme a las disposiciones de la ley;

i) Ejercer la acción penal por delitos reservados exclusivamente a la querrela privada, cuando los ofendidos sean personas incapacitadas, que carezcan de representante legal, o cuando éstos fueren los delincuentes;

j) Velar porque se observen fielmente las disposiciones legales relacionadas con la detención o prisión de los indiciados o procesados y presentar las quejas o denuncias que correspondan por, inobservancia de las leyes, y reglamentos vigentes en la materia;

k) Representar judicialmente a las corporaciones municipales, juntas de educación y beneficencia, cuando carezcan de representante propio y exista requerimiento al efecto;

l) Cumplir con las actuaciones, facultades y deberes que las leyes vigentes atribuyan al Ministerio Público y a las Agencias Fiscales;

II) Representar los intereses del Estado en todos los demás asuntos que señalen las leyes del país;

m) Tendrá también la facultad de representar a los funcionarios y empleados, del Estado cuando se siga acción contra ellos, por actos o hechos en que participaren en el ejercicio de sus funciones.

Toda persona que sea citada por la Procuraduría General deberá comparecer personalmente, pero puede hacerse acompañar de su abogado. Si fue citado por segunda vez y no compareciere el día y hora

señalados, podrá obligado a comparecer por la fuerza pública, salvo en los casos de fuerza mayor o de legítimo impedimento”.⁴⁵

De acuerdo con la norma, la Procuraduría dentro de sus atribuciones contaba con una variedad de tareas que abarcaban distintas áreas del Derecho, y así lo manifestó el Dr. Federico Sosto Peralta, al referirse al citado artículo: “... de las funciones encomendadas a la Procuraduría General de la República podemos destacar el carácter heterogéneo de las funciones, dejando vislumbrar desde ese entonces su carácter diverso y difuso (aunque unificadas en una estructura unitaria), impregnado de un ánimo de expansión sin límites claros, ni definidos.”⁴⁶

La vigencia de esta ley se mantuvo hasta la promulgación de la actual ley orgánica; sin embargo, muchas de sus atribuciones fueron derogadas tácitamente, con anterioridad, al emitirse el Código de Procedimientos Penales, Ley 5377 de 1973, que le sustrajo la función de Ministerio Público.

Sección 2. Ley Orgánica vigente.

La ley que actualmente rige a la Procuraduría General de la República, tuvo su origen por iniciativa del Poder Ejecutivo en el año de 1982, siendo Presidente de la

⁴⁵ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, N° 3848, Art. 10

⁴⁶ Conferencia del Dr. Federico Sosto Peralta, Consultor Nacional, Memoria del Seminario “El papel de la Procuraduría General de la República: Hacia una Nueva Justicia Administrativa, 2001, pág. 36.

República el Lic. Rodrigo Carazo Odio y Ministra de Justicia Elizabeth Odio Benito. Al ingresar el proyecto de ley a la Asamblea Legislativa se le asignó el número 9256 y mediante moción aprobada el 29 de marzo de 1982, se acuerda dispensarlo de la publicación y espera, disponiéndose su conocimiento inmediato por parte de la Comisión de Asuntos Jurídicos, quien lo acoge para su estudio el 31 de marzo. Dada su importancia y el carácter técnico de sus disposiciones, el proyecto de ley se empieza discutir a finales de la última legislatura del período 1978-1982, y continúa su estudio casi en forma ininterrumpida en la legislatura siguiente, en el período presidencial de don Luis Alberto Monge Álvarez.

Con el fin de dar publicidad a este cuerpo normativo y a pesar de haberse dispensado su publicación, el proyecto de ley es del conocimiento público mediante La Gaceta No. 109 del 7 de junio de 1982. La ley como tal fue sancionada el 27 de setiembre de 1982, bajo el número 6815. Consta de seis capítulos, distribuidos de la siguiente manera: Capítulo I.- Principios Generales, Capítulo II.- De la Organización, Capítulo III.- De las actuaciones, Capítulo IV.- De las restricciones, Capítulo V.- De la carrera administrativa, Capítulo VI.- Del Sistema Nacional de Legislación Vigente, Capítulo VII.- Disposiciones finales.

Del primer capítulo es de importancia destacar lo enunciado en el artículo 1 donde se define la naturaleza jurídica de este órgano.

‘Artículo 1º.- La Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia. Tiene independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones’⁴⁷.

En cuanto a la función como órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública, nos referiremos más adelante.

De acuerdo con el espíritu del legislador la independencia funcional le brinda la posibilidad de darse su propio reglamento interno así como de distribuir sus asuntos de la manera que se crea más conveniente. En cuanto a la independencia de criterio fue concebida para eximirla de la obligación de acatar los criterios políticos de quienes ostenten el poder o asuman la administración del Estado.

La Ley Orgánica del Ministerio de Justicia en su artículo 6 inciso a) establece que la P.G.R. es un organismo adscrito a ese Ministerio, con independencia administrativa y que se regirá por su ley orgánica, - si bien es cierto la cita que hace el mencionado artículo lo es de la Ley anterior N° 3848, la misma disposición se mantiene al entrar en vigencia la ley 6815-, ello nos permite concluir que la Procuraduría General es un órgano con desconcentración máxima respecto de su labor sustancial. No obstante al estar adscrita al Ministerio de Justicia, la cubren las regulaciones en materia de presupuesto tanto por parte

⁴⁷ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, N° 6815 de 27 de setiembre de 1982, Art. 1

del Ministerio de Hacienda como por parte del Ministerio de Justicia, lo que indudablemente la limita.

Como una de las dificultades de su condición de órgano adscrito, la Dra. Magda Inés Rojas Chavez, apunta:

“Como órgano del Ministerio de Justicia, no siempre es fácil hacer comprender a los titulares de éste y a los de la Casa Presidencial que la Procuraduría sólo puede amparar la acción gubernamental y administrativa si esta se conforma con el ordenamiento jurídico, según la escala de las fuentes ...”.⁴⁸

En sentido similar el Lic. Farid Beirute Brenes, Procurador General Adjunto ha expresado:

“... los funcionarios de la Procuraduría somos, entonces, independientes en el desempeño de nuestros cargo. No somos funcionarios del gobierno de turno sino del Estado”.⁴⁹

La representación legal del Estado la ejerce, como su abogado en asuntos extrajudiciales y en estrados judiciales. Además se desempeña como el Notario del Estado, otorgando las escrituras referentes a los actos y contratos en que éste sea parte o tenga interés. Asimismo actúa en defensa y protección del medio ambiente, defiende en

⁴⁸ Conferencia de la Dra. Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Asesora, Memoria del Ciclo de Conferencias “El Papel de la Procuraduría en el Nuevo Milenio”, 2001, pág. 121

⁴⁹ Conferencia del Lic. Farid Beirute Brenes, Procurador General Adjunto, Memoria del Ciclo de Conferencias “El Papel de la Procuraduría en el Nuevo Milenio”, 2001, pág. 397

sede penal a los servidores del Estado, cuando se les siga causa por actos o hechos en los que participaron en el ejercicio de su función; interviene en representación del Estado en las causas penales de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico⁵⁰.

Sus atribuciones en defensa de los derechos humanos y el resguardo de los intereses del consumidor, fueron sustraídas, al derogarse tácitamente los incisos que las contenían con la promulgación de las leyes números 7319 de 17 de noviembre de 1992, Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República y la Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Una serie de normas en distintas áreas del derecho, han venido con posterioridad a la promulgación de la Ley 6815, a darle participación a la P.G.R., asignándole nuevas funciones. La Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores, obliga a la Procuraduría a intentar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho ilícito del servidor público, de sus coautores, cómplices e instigadores.⁵¹

La función de órgano asesor objetivo e imparcial de la Sala Constitucional, en las acciones de inconstitucionalidad, le es adjudicada por el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que dispone darle audiencia por un plazo de quince días para

⁵⁰ Véase infra pág. 30

⁵¹ Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos. N° 6872 de 17 de junio de 1983, Art. 5

que manifieste lo que estime pertinente. Para las consultas judiciales facultativas, su participación la dispone el artículo 105 del mismo cuerpo normativo.⁵²

Durante el año de 1994, y como respuesta a la reforma constitucional efectuada mediante la Ley 7412 del de junio de 1994, que modificó el artículo 50 de la Carta Magna, al elevar a rango constitucional el que "...Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado..."⁵³, se suscitó una reforma a la L.O.P.G.R., creándose la Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo Terrestre y dándosele más potestades ante las violaciones a la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre.⁵⁴

Con la promulgación de la Ley de Expropiaciones de 1995, a la Procuraduría debe tenersele como parte en las diligencias expropiatorias, cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad, incapacitado, ausente o que carezca de personería jurídica o de capacidad para actuar.⁵⁵

Al entrar en vigencia el actual Código Procesal Penal, se le brindan dos nuevas potestades a la P.G.R., la primera contemplada en el artículo 16 que dice:

“ARTICULO 16.- Acción penal.

⁵² Ley de la Jurisdicción Constitucional No. 7135 de 11 de octubre de 1989, Arts. 81 y 105

⁵³ Véase Constitución Política de 1949, Art. 50.

⁵⁴ Véase ley N° 7455 de 29 de noviembre de 1994, Arts. 1 y 2.

⁵⁵ Ley de Expropiaciones No. 7594 de 3 de mayo de 1995, Art. 9

La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos.

En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre y la hacienda pública, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin estar subordinada a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos que se inicien por acción de esa Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercitar los mismos recursos que este Código le concede al Ministerio Público”.⁵⁶

La segunda disposición la contiene el siguiente artículo:

“ARTICULO 38.- Acción civil por daño social

La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos”.⁵⁷

Otra reforma legislativa que sufre la L.O.P.G.R., le encomienda aspectos relacionados con el campo informático: velar por la seguridad, el funcionamiento y la actualización, del sistema informático de la Institución, tanto por los equipos, sistemas operativos, como por lo programas utilitarios y desarrollados específicamente y las

⁵⁶ Código Procesal Penal, Ley 7594 de 10 de abril de 1996, Art. 16

⁵⁷ Código Procesal Penal, Art. 38

licencias y demás derechos de propiedad intelectual que lo integran. Este sistema incluye el Sistema Nacional de Legislación Vigente.⁵⁸

En 1998 al promulgarse el Código de la Niñez y la Adolescencia⁵⁹ se le confirió a la P.G.R. la tutela del cumplimiento de los principios consagrados en ese Código a favor de las personas menores de edad, tanto en sede administrativa como judicial. Asimismo se le daba participación en calidad de parte y como garante en los siguientes procesos: acciones de filiación, suspensión o pérdida de la autoridad parental, dispensa de asentimiento y la nulidad del matrimonio, procesos penales por delitos contra la vida y la integridad física, delitos sexuales y en cualquier otro proceso que el Juez estimare conveniente.

Contra las disposiciones antes citadas el Procurador General Adjunto, planteó acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional, bajo el número 99-002609-0007-CO, por considerar que los artículos 109 y 110 de la Ley 7739, contravenían el artículo 55 constitucional que encarga al Patronato Nacional de la Infancia la protección especial de la madre y del menor y que es esta Institución la rectora en el campo de la niñez y a quien le corresponde velar en forma directa por el bienestar de ese sector de la sociedad.

La Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad según sentencia 1999-9274, y declaró con lugar la acción e inconstitucionales los artículos cuestionados por

⁴⁵ Véase Ley No. 7666 de 14 de abril de 1997, Art. 1

⁵⁹ Ley No. 7739 de 6 de enero de 1998, Arts. 109 -110

comprobar que efectivamente en ellos se trasladaban a la Procuraduría competencias otorgadas constitucionalmente al PANI, que no admiten delegación sino sólo la colaboración, violentándose con ello el artículo 55 de la Constitución Política.

La última reforma se lleva a cabo mediante la ley No. 8242, con ella se adiciona un inciso h) al artículo 3, de la LOPG, que amplía las atribuciones de la Procuraduría al dictar que esta debe "Realizar las acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y erradicar la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública, sin perjuicio de las competencias que la ley le otorga a la Contraloría General de la República, así como denunciar y acusar ante los tribunales de justicia los funcionarios públicos y las personas privadas cuyo proceder exprese actos ilícitos vinculados con el ejercicio de su cargo o con ocasión de este , en las materias competencia de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública. (...)." ⁶⁰ Asimismo se adiciona un inciso r) al artículo 7, mediante el cual expresamente se tiene como parte de la Institución a la "Procuraduría de la Ética Pública."

El Procurador General Adjunto, Lic. Farid Beirute Brenes, interpone ante la Sala Constitucional, una acción de inconstitucionalidad, contra la "Ley de Creación de la Procuraduría de la Ética Pública", bajo el expediente No. 02-006426-0007-CO. En su criterio con esta creación se trasgredió la Constitución Política por violarse: el trámite de

⁶⁰ Ley No. 8242 de 9 de abril de 2002, Art. 1

audiencia a los entes autónomos, la definición de la función de control y las potestades que corresponden a la Contraloría General de la República, la autonomía de las instituciones autónomas, la autonomía administrativa de las corporaciones municipales, asimismo se consideró violado el principio de razonabilidad jurídica y el de eficiencia en el accionar administrativo.

La Contraloría General de la República mediante audiencia conferida por la Sala Constitucional, se manifestó de acuerdo con la inconstitucionalidad de la ley y argumentó que dada la imprecisión de las normas cuestionadas se podían presentar conflictos de competencia o una inadecuada duplicidad de funciones entre la Contraloría y la Procuraduría.

La Sala Constitucional en sentencia número 2003-5090, de las 14:44 horas del 11 de junio del 2003, desestimó los argumentos de ambas Instituciones y declaró sin lugar la acción. Esta declaratoria obliga a la Institución a dar cumplimiento a lo dispuesto por la ley de creación de esa nueva Procuraduría.

En cuanto a la organización administrativa de la P.G.R., se encuentra regulada en el capítulo II de su ley orgánica, en él se disponen aspectos relacionados con su integración que comprende al Procurador General, el Procurador General Adjunto, los Procuradores Adjuntos, los Procuradores Regionales, el Director Informático, el Director Administrativo, los asistentes de Procuraduría, los funcionarios y empleados que requieran el buen servicio.

La Procuraduría General está compuesta además , por los siguientes órganos: Procuraduría Asesora, Procuraduría Administrativa, Procuraduría Civil, Procuraduría de lo Constitucional, Procuraduría Contencioso-Administrativa, Procuraduría de Asuntos Internacionales, Procuraduría de Defensas Penales, Procuraduría de Familia, Procuraduría de Hacienda, Procuraduría Agraria., Procuraduría de Relaciones de Servicio, Procuraduría de Supervisión Regional, Procuraduría Fiscal, Procuraduría Mercantil, Procuraduría Penal, Notaría del Estado, Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo-Terrestre, Procuraduría de Derecho Informático e Informática Jurídica, a la cual corresponderá, además, la dirección del Sistema Nacional de Legislación Vigente, y de reciente incorporación la Procuraduría de la Ética Pública.

Para efectos de su organización, funciones y atribuciones la Ley remite a un reglamento que a la fecha no ha sido emitido. No obstante, durante el año de 1999 se proyectó modernizar la P.G.R., a nivel de su estructura orgánica – funcional, procesos de trabajo y estructura ocupacional, es así como mediante una licitación restringida, los jefes asignan dicho proyecto a la Fundación Servicio Civil para la Investigación y el Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSCIDERHE). Dos etapas planteaba este proyecto:

- Modernización y transformación de la P.G.R., y
- Elaboración del Manual Descriptivo de clases institucionales para la P.G.R.

La reorganización de la P.G.R., queda aprobada en agosto de 1999, mediante nota de fecha 6 de agosto de 1999, suscrita por el Lic. Danilo Chaverri Soto, Ministro de Planificación Nacional y Política Económica y su puesta en práctica fue a partir de diciembre de 1999.

Con base en el estudio mencionado, se pueden distinguir actualmente cuatro categorías de procuradores: en primer lugar, los Procuradores Generales que dirigen, representan a la Institución y constituyen sus jerarcas; en un segundo nivel, existen cuatro Procuradores Asesores de los primeros, en las principales áreas de ejercicio profesional (Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho de la Función Pública y Derecho Agroambiental); en tercer lugar, se ubican los titulares de las distintas procuradurías específicas, definidas por la Ley Orgánica para las distintas disciplinas jurídicas; y, por último, los procuradores adjuntos.

Como consecuencia de la modernización, los diferentes puestos debieron responder a una nueva realidad institucional, llevándose a cabo la segunda etapa del Proyecto y elaborándose un “Manual Institucional de clases”, donde se brindan diferentes especificaciones que obedecen a las actividades, responsabilidades y demás aspectos técnicos que contenga cada clase. El estudio y aprobación de este manual, fue solicitado a la Dirección General del Servicio Civil por el Procurador General, según oficio No. PGR-348-99 de 17 de agosto de 1999. La Dirección del Servicio Civil lo aprueba mediante resolución No. 184-99 del 2 de diciembre de 1999, fecha en que se pone en práctica.

Cabe destacar de este manual, la creación de la clase “Procurador Director”, la cual está conformada por los cargos de: Procurador Asesor Penal, Procurador Asesor de Relaciones de Servicio, Procurador Asesor de Derecho Público y Procurador Asesor de Derecho Agrario y Ambiental, quienes ejercerán supervisión administrativa y funcional sobre los Procuradores Específicos y Adjuntos, Abogados de Procuraduría, Asistentes Jurídicos y Asistentes Administrativos que conforman su área.

Los procuradores cuentan con el apoyo de abogados asistentes, personal secretarial y funcionarios del área administrativa y del Departamento de Informática.

Como punto a destacar siempre en el campo de la Organización, nos referiremos a la Asamblea de Procuradores, contemplada en el artículo 17 de la LO.P.G.R. Los Procuradores se reunirán en Asamblea para conocer básicamente de dos temas: las reconsideraciones de sus propios dictámenes, tema que será estudiado más adelante y con el fin de tratar y resolver asuntos de orden técnico-jurídico que le sean sometidos por los jefes, verbigracia para conocer la dispensa para presentar recurso de casación en un caso determinado. Las decisiones tomadas por la Asamblea serán mediante votación y por mayoría absoluta de los votos presentes, los Abogados de Procuraduría –de acuerdo a la nueva nomenclatura de los Asistentes de Procuraduría– tendrán voz, pero no voto. Lo que se decida en la Asamblea no será de acatamiento obligatorio para el Procurador General.

La representación del Estado en juicio, así como las prohibiciones procesales que tiene la P.G.R., están reguladas en el Capítulo IV de la L.O.P.G.R., ahí mismo se regula sobre la ampliación de términos y señalamientos, suministro de copias y citación de testigos, exenciones fiscales, notificaciones, citación de personas, suministro de datos e inspecciones.

En relación con la representación en juicio, a los Procuradores se les conceden las facultades propias de los mandatarios judiciales, excepción hecha de las posibilidades de allanarse, desistir de demandas o reclamaciones y someterse a decisión de árbitros sin la previa autorización del Poder Ejecutivo. Esta disposición viene a ser una reproducción del artículo 15 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso N° 3667 de 12 de marzo de 1966. Sin embargo con la promulgación del Código Procesal Penal, que contempla la resolución de conflictos a través de medios alternativos, se consideró la posibilidad de que la Procuraduría utilizara esos institutos en los procesos penales que así lo permitieran, pero eximiéndola de la autorización previa del Poder Ejecutivo, y es así como se promulga en el año de 1998, el decreto ejecutivo 27.514 denominado “Reglamento al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, debiendo contar para esos fines con la colaboración técnica de personal especializado de la administración activa.

Al entrar en funciones la Administración del Dr. Abel Pacheco, se suscitan una serie de discusiones en torno a la conveniencia o no, de eximir a la Procuraduría de la autorización previa del Poder Ejecutivo, para participar en procesos conciliatorios. El entonces Ministro de Justicia Lic. José Miguel Villalobos, opta por llevar el tema al Consejo de Gobierno, donde

se toma el acuerdo, el 9 de julio del 2002, de instruir a la Procuraduría General de la República de no conciliar en ningún proceso penal seguido por delitos relacionados con la actividad financiera, aduanera o tributaria del Estado, o se trate de delitos contra la Administración Pública. Posteriormente, el 23 de julio del 2002, se emite el decreto ejecutivo 30.599, que deroga el “Reglamento al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”.

El capítulo en estudio otorga además, una serie de privilegios procesales a la P.G.R., así por ejemplo el artículo 22, originalmente disponía:

"Artículo 22.- DE LA APELACION AUTOMATICA.-

Cuando se tratase de omisión de recursos ordinarios, si la resolución fuere de las comprendidas en el inciso 2) del artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles, o en el artículo 493 del Código de Trabajo, se tendrá por interpuesto el recurso de alzada, sin necesidad de gestión alguna, tan pronto haya transcurrido el término legal para apelar, si la resolución fuere contraria a los intereses del Estado."⁶¹

Es menester aclarar que con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, la referencia que hace el artículo antes citado del inciso 2) del artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles, corresponde al actual inciso 3) del artículo 153 del Código de Rito. Esta potestad de apelar automáticamente fue consultada ante la Sala Constitucional

⁶¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Art. 22.

por parte del Tribunal Superior de Heredia, al considerar que se crea un privilegio que viola los principios de igualdad y del debido proceso, la consulta fue resuelta por el Tribunal Constitucional y mediante sentencia No. 3625-94, dispuso:

“...Se evacua la consulta y se declara inconstitucional el artículo 22 de la Ley No. 6815 de 27 de setiembre de 1982, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Esta Sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia de la norma que se anula, salvo los derechos adquiridos de buena fe (...).”⁶²

Las razones que dieron origen a ese fallo fueron fundamentalmente la irrazonabilidad del privilegio y el trato desigual a los sujetos procesales, al permitírsele al Estado que las sentencias contrarias a sus intereses se tuvieran impugnadas de pleno derecho.

Asimismo, por disposición legislativa se ha ordenado a los despachos judiciales proveer a la Procuraduría de copias de todos los escritos y documentos que se presenten en los juicios en que sea parte o tenga interés el Estado (Art. 24 L.O.P.G.R.), ello ha provocado consultas facultativas ante la Sala Constitucional de parte de Juzgados y Tribunales Judiciales, por presuntas violaciones al principio de igualdad, celeridad

⁶² Sala Constitucional, No. 3625 de 14 H. 45 de 20 de julio de 1994, Consulta Judicial del Tribunal Superior de Heredia.

procesal y el costo para el Poder Judicial de ese privilegio. La Sala Constitucional desestimó la posible inconstitucionalidad del artículo 24 de la L.O.P.G.R., aduciendo que:

“(...) la norma de que se duda no pretende –ni logra tampoco– dotar a la Procuraduría General de la República de una posición de privilegio tal que ponga en tela de juicio las oportunidades de que gozan las otras partes para que se les haga justicia. Bajo esta óptica, el legislador oportunamente dispuso dotar a aquel órgano de representación estatal de una herramienta indudablemente valiosa para el más eficiente desempeño de su labor, pero que –en criterio de esta Sala– resulta inocua para sus contrapartes, en tanto en modo alguno perjudica las posibilidades que tienen de defender exitosamente sus intereses en la litis. (...) Preocupa al despacho consultante el costo, en términos de recursos humanos y materiales, que representa para el Poder Judicial la cumplida aplicación del precepto tantas veces citado. Pero está claro que ello en sí mismo no comporta una cuestión de constitucionalidad tal que haga meritoria la anulación que se pide. Y, de toda suerte, se debe recordar que, en último término, esos recursos son de un Estado del que la Procuraduría General de la República también es parte integral, de modo que igual habría que asignarlos a ésta si –como resultado de una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la norma en cuestión– tuviera que correr ese despacho con la obligación de procurarse las copias de los escritos y documentos.”⁶³

⁶³ Sala Constitucional, No. 380 de 20 H. 21 de 11 de enero de 2000, Consulta Judicial del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, Sección Segunda..

La Procuraduría General de la República, está facultada además, para citar personas, solicitar la información que requiera, realizar las inspecciones y visitas que estime necesarias para un mejor desempeño de sus funciones.

El capítulo IV, denominado de las restricciones, contempla algunos aspectos vedados absolutamente para los servidores de la P.G.R., tal es el caso del ejercicio liberal de la abogacía, excepto para asuntos propios y los de familiares hasta segundo grado de afinidad o consanguinidad. También se les prohíbe: dirigir felicitaciones o censuras a los Supremos Poderes, entes y funcionarios públicos; así como cualquier participación en actos públicos de carácter político electoral.

Tampoco pueden desempeñar otro cargo o empleo público que no sea el de docente. Les está permitido desempeñar cargos en la Administración Pública, siempre y cuando sean remunerados por dietas o sirvan ad-honórem. La posible infracción a las restricciones contempladas conlleva una sanción que puede ser desde una simple amonestación hasta el despido justificado.

Todos los aspectos relacionados con el ingreso de personal a la P.G.R., están contemplados en el Capítulo V, denominado de la “Carrera Administrativa”. A excepción del Procurador General, todo el personal se encuentra protegido por el régimen de Servicio Civil y debe cumplir con los requisitos establecidos en el Manual Descriptivo de Clases que la Dirección de Servicio Civil disponga. Además por disposición legal, se requiere de una

aptitud moral que se comprobará mediante la correspondiente información de vida. La escogencia de los servidores, se hará de una nómina remitida por el Servicio Civil y la llevará a cabo el Procurador General, previa consulta al Procurador General Adjunto.

El período de prueba en el cargo no podrá ser menor de tres meses y para los cargos de Procurador el período será de dos años.

Como impedimentos para ser nombrado funcionario de la P.G.R., se han considerado: las condenas por cualquier delito que no sea culposo, el que se esté tramitando un proceso penal y el no observar una buena conducta.

Mediante el artículo 3° de la Ley 7666 de 14 de abril de 1997, se adiciona a la Ley Orgánica en estudio un capítulo VI, que regula lo relativo al Sistema Nacional de Legislación Vigente, el cual se define como:

“...el sistema informático-jurídico de la Procuraduría General de la República. En él se recopila, utilizando los medios tecnológicos adecuados, la legislación promulgada y vigente y se mantiene siempre actualizada. Además, se incorporan la jurisprudencia pertinente y cualquier otra información que precise y aclare el sentido de la legislación, con el objeto de que sirvan para desarrollar la labor consultiva

y de abogado del Estado.”⁶⁴

Se le otorga a la Procuraduría General de la República, en este capítulo personalidad jurídica instrumental, para disponer de la información del Sistema, incluyéndose la posibilidad de cobrar por los servicios derivados de dicho Sistema.

El cuerpo normativo en estudio contempla un capítulo destinado a disposiciones finales, aquí se hace referencia a la colaboración que le deben prestar autoridades y servidores públicos a la P.G.R.; se realizan varias reformas a diferentes leyes, entre las que destacan las afectaciones que sufren los artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública, para que en su texto se sustituya “Contraloría General de la República” por “Procuraduría General de la República”. Asimismo se hace una reforma tácita a todas aquellas normas que no sean de carácter penal, para que donde digan “Ministerio Público”, se diga “Procuraduría General de la República”.

⁶⁴ Véase Ley No. 7666 de 14 de abril de 1997, Art. 3

TITULO II

FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Como aspecto introductorio del presente título se enunciarán algunas características generales de lo que significa la función consultiva de la Procuraduría General de la República, dejando para los capítulos siguientes un análisis más detallado de las particularidades de los instrumentos por medio de los cuales se lleva a cabo esta labor asesora que se circunscribe a clarificar aspectos generales de las dudas surgidas a la Administración.

La asesoría que brinda la Procuraduría es de carácter eminentemente jurídico, y se inicia con una solicitud que pretende conocer su criterio sobre determinado aspecto. Esta función de consultoría se origina en la mayoría de los casos en una consulta de carácter facultativo siendo por lo tanto potestativo de la administración solicitar la asesoría. Bajo el supuesto de que la consulta es una facultad de la Administración, ésta conserva la posibilidad de retirar en cualquier momento su solicitud. Asimismo, es importante recalcar que la función consultiva de la P.G.R. reviste la particularidad de que no puede emitirse de oficio; no le está permitido emitir su criterio respecto de asuntos no consultados; siempre emitirá su opinión a gestión de parte y nunca de oficio.

Las normas que de seguido se transcriben, regulan los principales aspectos de la actividad consultiva de la P.G.R.:

"Artículo 3.- Atribuciones:

Son atribuciones de la Procuraduría General de la República: (...)

b) Dar los informes, dictámenes, pronunciamientos y asesoramiento que, acerca de cuestiones jurídicas, le soliciten el Estado, los entes descentralizados, los demás organismos públicos y las empresas estatales. La Procuraduría podrá, de oficio, reconsiderar sus dictámenes y pronunciamientos. (...)

Artículo 4.- Consultas. 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, en cada caso, deberán acompañar la opinión de la asesoría legal respectiva, salvo el caso de los auditores internos quienes podrán realizar la consulta directamente".⁶⁵

La aplicación de estos artículos, ha llevado a la Procuraduría a clasificar los criterios emanados como producto de las consultas que evacua, tema que será abordado en los capítulos siguientes.

⁶⁵ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Art. 3 -4

CAPITULO I.

LAS OPINIONES JURÍDICAS Y LAS OPINIONES LEGALES DE LA P.G.R.

En este capítulo se estudiarán dos de los instrumentos técnicos mediante los cuales se manifiesta la asesoría de la Procuraduría, la importancia de la clasificación, radica en los efectos que producen cada uno de los diferentes tipos de criterio. Iniciamos el estudio con lo que administrativamente se denomina opinión jurídica, enunciando en una primera sección cuáles órganos son lo que requieren esta consulta y en una segunda sección se considerarán los efectos de esta asesoría.

Sección 1.- La opinión jurídica

Las opiniones jurídicas son emitidas por la P.G.R. como una manifestación de la función asesora que le atribuye su ley orgánica y en una actitud de colaboración con la Administración activa.

A.- Órganos consultantes:

La Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo, técnico jurídico, de la Administración Pública, es por ello que el artículo 3 inciso b), autoriza al

Estado, los entes descentralizados y a los demás organismos públicos y empresas estatales a solicitarle los informes, dictámenes, pronunciamientos y asesoramientos sobre cuestiones jurídicas.

La facultad para hacer efectiva la solicitud correspondiente radica en los jefes de los diferentes niveles administrativos, serán ellos quienes valoren la oportunidad de efectuar el requerimiento consultivo.

Además las solicitudes deben versar sobre aspectos genéricos, que despiertan dudas a la Administración.

Si la administración consulta por medio de cualquier otro funcionario que no sea el que la Ley legitima para requerir el criterio, la Procuraduría dará respuesta a la consulta mediante una opinión jurídica y haciendo la salvedad de que la consulta contiene vicios de admisibilidad.

Igual ocurre si el asunto planteado versa sobre un caso concreto y específico que deba ser resuelto por la Administración Activa, ante esta situación, se evacuará la consulta bajo la advertencia de que se trata de una opinión jurídica y que el criterio no será vinculante ya que de serlo se estaría sustituyendo a la administración activa. Se han tomado dos ejemplos de este tipo de consulta para mayor claridad:

Mediante consulta formulada por la Municipalidad de Cañas sobre "si la Empresa Constructora Estructuras S.A., está en la obligación de pagar el Impuesto de Construcciones del Edificio del Banco Popular, que se construye en el Cantón de Cañas, en igual situación se encuentra el Banco Nacional de Costa Rica, el cual está siendo construido por la Empresa JIREH S.A. Ellos alegan que no cancelan el impuesto porque estan (*sic*) exentos del pago por ser ellos miembros del Sistema Bancario Nacional (...)." La Procuraduría dio respuesta a la gestión solicitada aclarando previamente que:

" Sobre el particular, me permito manifestarle lo siguiente: De conformidad con el contenido del acuerdo transcrito así como de la documentación que se adjunta a su misiva , es claro que las cuestiones sobre las cuales se solicita nuestro criterio, se contraen a situaciones particulares e individualizadas. Ello indudablemente, hace que los puntos consultados se refieran a casos concretos, lo cual imposibilita, conocer y resolver el fondo del problema, en los términos de la actividad consultiva, y por ende, vinculante de este Despacho.

En tal sentido indicamos que ha sido criterio reiterado de esta Procuraduría General, que las consultas se relacionen con asuntos de carácter general y no sobre casos concretos y pendientes de solución en vía administrativa, pues por esa vía, aún indirectamente, este Despacho estaría asumiendo competencias ajenas a su naturaleza jurídica de órgano consultivo, como sería la de sustituir a la administración activa en la toma de sus decisiones.

No obstante lo expuesto, este Despacho estima conveniente exponer algunas consideraciones sobre las situaciones que se mencionan (...)”⁶⁶

En otras ocasiones ante situaciones concretas planteadas, se ha optado por declarar inadmisibile la gestión:

”Esta Procuraduría ha indicado, en innumerables ocasiones, que el asesoramiento técnico-jurídico que, a través de sus dictámenes y pronunciamientos, presta a los distintos órganos y entes que integran la Administración Pública, se circunscribe al análisis y precisión de los distintos institutos, principios y reglas jurídicas, abstractamente consideradas (...) El asunto que ahora nos ocupa, se subsume con claridad en la indicada situación de excepción; aunque se trate de plantear la cuestión en términos generales, lo cierto es que se nos invita a juzgar la legalidad de una decisión administrativa concreta. (...) este Despacho debe rechazar por inadmisibile la consulta planteada por el S.N.E., como en efecto se dispone.”⁶⁷

En situaciones como las anteriores, la Procuraduría podría rechazar la consulta ad portas, y de esta forma no externar criterio alguno, porque si bien es cierto advierte que su opinión no es vinculante siempre emite su parecer aun cuando lo haga en términos generales.

⁶⁶ Procuraduría General de la República. OJ-050-2000, dirigido a la Municipalidad de Cañas el 17 de mayo de 2000.

⁶⁷ Procuraduría General de la República. OJ-194-94, dirigido al Servicio Nacional de Electricidad el 15 de diciembre de 1994.

A partir de la creación de la Sala Constitucional se le otorgó a este Tribunal la siguiente competencia:

“Artículo 96.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados (...)”⁶⁸

Esta misma ley dispone en su artículo 97 que en el caso del inciso a), la consulta deberá hacerse por parte del Directorio de la Asamblea, y como quedó expuesto para los otros proyectos, la consulta requiere ser formulada por diez diputados.

Por su parte el Reglamento de la Asamblea Legislativa, en relación con las consultas de constitucionalidad de los proyectos de ley recoge disposiciones idénticas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional ⁶⁹, y respecto de otras consultas dispone:

⁶⁸ Ley No. 7135 del 11 de octubre 1989, Art. 96

⁶⁹ Reglamento de la Asamblea Legislativa, de 9 de marzo de 1994. Arts. 143 –144 - 145

“ARTICULO 157.- Consultas institucionales

Cuando en la discusión de un proyecto la Asamblea determine que debe ser consultado el Tribunal Supremo de Elecciones, la Universidad de Costa Rica, el Poder Judicial o una institución autónoma, y no lo hubiera hecho la Comisión, se suspenderá el conocimiento del proyecto, procediéndose a hacer la consulta correspondiente. Si transcurridos ocho días hábiles no se recibiere respuesta a la consulta a que se refiere este artículo, se tendrá por entendido que el organismo consultado no tiene objeción que hacer al proyecto. En caso de que el organismo consultado, dentro del término dicho, hiciera observaciones al proyecto, éste pasará automáticamente a la comisión respectiva, si la Asamblea aceptara dichas observaciones. Si ésta las desechare, respetando lo que determina la Constitución Política, el asunto continuará su trámite ordinario.”⁷⁰

Algunos diputados al no cumplir los presupuestos considerados por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para consultar proyectos de ley, y haciendo una interpretación errónea del artículo 157 transcrito, han requerido de forma individual la opinión de la Procuraduría sobre proyectos de su interés, otorgando además un plazo de ocho días para evacuar la consulta. Por otra parte si consideramos que lo consultado es propio de la labor legislativa, la Procuraduría ante la solicitud de los señores diputados en este sentido únicamente emite su criterio con carácter de opinión jurídica, lo que se ejemplifica con los siguientes casos:

⁷⁰ Reglamento de la Asamblea Legislativa. Art. 157

Por medio de oficio CJ-172-12-2000, la señora diputada, para esa fecha, Sonia Picado Sotela, solicitó el criterio de la Procuraduría sobre el expediente legislativo No.14.079 en el que se planteaba una reforma a los artículos 215, 272 y 372 del Código Penal. La Procuraduría dio respuesta al citado oficio en los siguientes términos:

"(...) Tal y como es de su estimable conocimiento, en vista de que las gestiones formuladas por las Comisiones Legislativas no se ajustan al procedimiento de solicitud de dictámenes, establecido en el artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los comentarios siguientes no obligan al órgano consultante ni mucho menos constituyen jurisprudencia administrativa de acatamiento obligatorio, sino que se brindan como una colaboración a la importante labor parlamentaria por Ud. Desplegada. (...)"⁷¹

La señora Diputada Carmen María Gamboa, Presidenta de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos de Gobierno y Administración, mediante facsímil del 21 de noviembre del año 2002, solicitó el criterio de la Procuraduría sobre el proyecto de ley denominado "Ley que Autoriza a las Instituciones Públicas del Estado a Suscribir Convenios de Cooperación con las Municipalidades del País", expediente legislativo N.º 14.880, de la misma forma que en el caso anterior la Procuraduría emite su criterio como una mera opinión jurídica, y en aras de colaborar con la importante función que desempeña que el Poder Legislativo.

⁷¹ Procuraduría General de la República. OJ-007-01, dirigida a la Presidente de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa el 19 de enero de 2001.

También se ha dado respuesta por esta vía algunos planteamientos surgidos de personas de derecho privado, insistiendo por supuesto en que la obligación de asesoría es para con la Administración Pública, tal es el caso de una consulta planteada por la Asociación de Guías y Scouts de Costa Rica, la cual se respondió de la siguiente manera:

“Al no ejercer función administrativa, la Asociación de Guías y Scouts de Costa Rica, es una persona de derecho privado, por lo que no conforma la Administración Pública; y las respuestas a las consultas formuladas se hacen como una opinión jurídica, sin el carácter vinculante de los dictámenes previstos en el numeral 2 de la Ley Orgánica de esta Procuraduría”.⁷²

Asimismo se responde por medio de una opinión jurídica, en aquellos casos en que el asunto planteado se encuentre pendiente de una resolución judicial, al respecto en la consulta planteada por el Inspector General del Consejo Técnico de Aviación Civil, sobre las consecuencias jurídicas de la falta de cumplimiento de un contrato administrativo por parte de COOPESA, la Procuraduría manifestó:

“En segundo término estamos frente a un asunto que se está ventilando en los Tribunales de Justicia. (...), el cual se tramita bajo el expediente judicial No. 01-000416-0163-CA Frente a este panorama, la Procuraduría General de la República no puede ni debe ejercer la función consultiva, toda vez que el tema está residenciado en sede judicial, y por

⁷² Procuraduría General de la República. OJ-059-96, dirigida al Presidente de la Asociación de Guías y Scouts de Costa Rica el 19 de setiembre de 1996.

consiguiente, serán los Tribunales de Justicia quienes, en definitiva, dirán a cuál de las partes le asiste la razón mediante una sentencia con el carácter de cosa juzgada material. Por otra parte, un dictamen de la Procuraduría General de la República podría verse como una interferencia indebida en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces, la cual, como bien se sabe, está regentada por los principios de exclusividad, universalidad e independencia del juzgador.”⁷³

El artículo 5 de la Ley Orgánica, exceptúa algunas materias para ser consultadas a la P.G.R., al disponer:

“Artículo 5.- Casos de excepción:

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no son consultables los asuntos propios de los órganos administrativos que posean una jurisdicción especial establecida por ley.”⁷⁴

Se citan como casos más frecuentes las consultas realizadas en torno a materia de hacienda pública, contratación administrativa, inscripción de documentos en el Registro Nacional, así como materia relacionada con impuestos.

De tal manera que si la materia consultada lo es en relación con las finanzas

⁷³ Procuraduría General de la República, OJ-043-03, dirigida al Inspector General Órgano Fiscalizador, Consejo Técnico de Aviación Civil el 12 de marzo del 2003.

⁷⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Art. 5

públicas. contratación administrativa o bien sobre recursos provenientes de empréstitos será la Contraloría la llamada a rendir el respectivo dictamen, el cual de conformidad con el último párrafo del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría, tendrá carácter vinculante. Claro ejemplo de esta situación fue el planteamiento realizado por el señor Óscar Brenes Alpízar, en octubre del año 2001, entonces Presidente del Instituto Costarricense de Ferrocarriles, quien consultó sobre el marco de legalidad y viabilidad de una eventual compraventa de un lote parte de una finca propiedad de ese Instituto, en favor de la Caja Costarricense de Seguro Social. La Procuraduría resolvió la consulta manifestando:

“Ahora bien, por tratarse del manejo de "fondos públicos", de un ente público en favor de otro en la enajenación de un inmueble y de éste como fondo público, de conformidad con los artículos 1, 4 in fine, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428, es a este órgano en uso de su facultad de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública, a quien compete pronunciarse de modo vinculante y excluyente en cuanto a la legalidad y procedencia del traspaso del inmueble en mención (autorización); de ahí que esta Procuraduría se encuentra igualmente imposibilitada para emitir criterio (autorizar) con ese carácter sobre dicho aspecto, por carecer de competencia para pronunciarse sobre esa materia en el caso específico de que se trata. En efecto el artículo 9 de dicha Ley define los fondos

públicos como "los recursos, valores, bienes y *derechos de propiedad* del Estado, de órganos, de empresas o **de entes públicos**".⁷⁵

La Dirección de Notariado es otra entidad que cuentan con una competencia para conocer y resolver asuntos propios relativos al ejercicio del notariado, por parte de los notarios públicos y se estableció mediante Ley N.º 7764 de 17 de abril de 1998, quedando por lo tanto inhibida la Procuraduría para evacuar consultas sobre este tema.

Asimismo la ley N.º 7978 del 6 de enero del 2000, le otorga una jurisdicción administrativa especial al Registro de la Propiedad Industrial, en cuanto al trámite, procedimiento de recepción e inscripción de documentos, temas que quedan cubiertos por la excepción planteada en el artículo 5 de la L.O.P.G.R.

El artículo 119 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, también otorga a la Administración Tributaria una competencia para evacuar las consultas en torno al pago de impuestos.

Sin embargo, a pesar de tenerse claro que en situaciones como las descritas existe una jurisdicción especial, la Procuraduría da respuesta a consultas planteadas sobre esas

⁷⁵ Procuraduría General de la República. OJ-149-01, dirigida al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Ferrocarriles, el 16 de octubre del 2001.

materias, pero aclarando siempre que se hace en un afán de cooperar con la Administración y bajo la nomenclatura de una opinión jurídica, reiterando además su condición de criterio no vinculante.

Otros de los casos que motivan la respuesta de la Procuraduría a través de la opinión jurídica, serán aquellas situaciones en las que la consulta se realiza con posterioridad a la actuación de la administración. En este caso en particular es evidente que no se estaría cumpliendo con el objetivo del asesoramiento previo a la actuación de la administración, de tal manera que se le responde a la administración consultante con una misiva calificada de opinión jurídica en la que se aclara la improcedencia de la consulta.

El asesoramiento que brinda la Procuraduría bajo estas mismas características de opinión jurídica, aunque debe aclararse previamente que no está dirigido a la Administración Pública, en tanto realiza función de administración activa, objeto de este trabajo de investigación pero que por su importancia no debe dejarse de mencionar, es la labor de asesoría que brinda a la Sala Constitucional, como órgano asesor imparcial y objetivo de ese máximo Tribunal. Este asesoramiento se lleva a cabo en las acciones de inconstitucionalidad y en las consultas de constitucionalidad que realizan los diferentes despachos judiciales, el criterio externado por la P.G.R. conlleva un análisis de fondo de las posibles inconstitucionalidades alegadas, en este sentido la Sala ha manifestado: “(...) la intervención de la Procuraduría en las acciones de inconstitucionalidad y, por idéntica

razón, en las consultas judiciales de constitucionalidad no es parte interesada sino parte imparcial, a manera de un misterio público de la Jurisdicción Constitucional (...).”⁷⁶

B.- Efectos de las opiniones jurídicas.

Los criterios que emite la Procuraduría bajo la denominación de opiniones jurídicas, al dar respuesta a las consultas en los supuestos enunciados anteriormente, se caracterizan por no comprometer a la Administración actuar de acuerdo con el criterio emitido.

La Sala Constitucional mediante sentencia No. 371-92 de las 10:25 horas del 23 de octubre de 1992, eximió de responsabilidad a la Procuraduría, por un asesoramiento que esta diera al Banco Central, y que sirviera de fundamento para la actuación de esa entidad bancaria, al respecto se dispuso:

"CONSIDERANDO:

(...)

II.- La Sala encuentra que en el caso planteado no puede atribuirse responsabilidad a la Procuraduría, que de siempre ha tratado de obviar opiniones cuando ya ha actuado la administración activa, a fin de no sustituirla en sus competencias propias con dictámenes que la vinculan

⁷⁶ Sala Constitucional de las 15:15 horas del 7 de febrero de 1990

y que aún haciéndolo en el caso bajo examen, dejó expresamente sentado que su criterio no era vinculante para el Banco. (...)"⁷⁷

En otro asunto similar la Sala mantuvo el mismo criterio y manifestó:

"CONSIDERANDO:

I.- Para establecer la posible responsabilidad de las entidades recurridas, es de especial importancia determinar los efectos que para el caso bajo estudio tiene la opinión emanada por la Procuraduría General de la República sobre el acuerdo tomado por el Infocoop, que deniega la concesión del crédito al consorcio recurrente (...) Sin embargo, persiste la falta de vinculatoriedad del dictamen emanado del órgano técnico jurídico del estado, en el tanto no puede incidir en un asunto pendiente de resolución. Por otra parte, independientemente de la discusión que la comparación de esta normativa con la de la Ley General de la Administración Pública genere, cabe recordar que según consta en la copia del dictamen aportada al expediente, la Procuraduría siempre determinó previo a la transcripción de su criterio, los efectos concretos del dictamen que rendía, aclarando en las tres oportunidades en que se pronunció sobre el problema, que dicho efecto era el de una opinión jurídica no vinculante"⁷⁸

Con excepción de las consultas rechazadas ad-portas, las demás respuestas conllevan un estudio de los cuestionamientos planteados, que concluyen con una opinión o

⁷⁷ Sala Constitucional No. 371-92 de las 10:25 horas del 23 de octubre de 1992.

⁷⁸ Sala Constitucional No. 330-94 de las 15:54 horas del 14 de enero de 1994.

criterio sobre esos puntos. El criterio emitido se realiza en un afán de cooperación y se advierte que se trata de una opinión jurídica no vinculante.

La falta de vinculatoriedad lleva implícito que no sea procedente formular recurso o reclamación alguna contra ella, de tal manera que tampoco es procedente solicitar una reconsideración contra los criterios emitidos mediante esta figura.

La Procuraduría mediante dictamen No. C-231-99 de 19 de noviembre de 1999, al referirse a las diferentes formas en que la Procuraduría expresa la función consultiva, y tomando como base el artículo 3 inciso b) de la L.O.P.G.R.⁷⁹, hace la siguiente afirmación:

“En lo que se refiere a los dictámenes (6) y pronunciamientos (7), éstos son la forma de manifestación formal de la opinión técnico-jurídica de este Organo Asesor, productora de efectos jurídicos (8) y que permiten la construcción y formación de la jurisprudencia administrativa en los términos que después se analizará.

--- NOTA (6): Se identifican con la sigla C, seguida del número y año correspondiente.

NOTA (7): Se identifican con las siglas OJ, seguidas del número y año correspondiente. Valga aclarar, desde ya, que cuando se hace referencia a los pronunciamientos es lo que administrativamente se ha denominado opiniones jurídicas.

⁷⁹ Véase *supra* p. 51

NOTA (8): Los efectos de uno y otro serán tratados en apartes posteriores.”⁸⁰

En el dictamen citado al hacerse referencia a todos los supuestos en los cuales la Procuraduría emite una opinión jurídica y no un dictamen, se apunta como elemento diferenciador entre ambos la no vinculancia de las primeras. Ahora bien, si nos apegamos a la letra del artículo segundo de la L.O.P.G.R.:

“ARTICULO 2º.- DICTAMENES:

Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública.”⁸¹

No podemos compartir la homologación entre pronunciamientos y opiniones jurídicas pues de hacerlo la Procuraduría estaría actuando en contra de lo dispuesto en la norma citada, al no darles carácter vinculante a los pronunciamientos.

Podemos afirmar de acuerdo con lo expuesto que las opiniones jurídicas brindadas por la Procuraduría pertenecen a la categoría de dictámenes facultativos, concebidos por la doctrina como aquellos que el órgano activo puede discrecionalmente aceptarlos o no.

⁸⁰ Procuraduría General de la República, C-231-99, dirigido ala Auditora Interna del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo el 19 de noviembre de 1999.

⁸¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Art. 2

Sección 2.- La opinión legal

A.- Órganos consultantes

Las opiniones legales son dictámenes jurídicos, cuyo fundamento legal se encuentra en una ley distinta de la L.O.P.G.R., se emiten a solicitud del prestatario en un contrato de préstamo aprobado por ley de la Asamblea Legislativa. Mediante la solicitud de este dictamen, el prestatario pretende que se de una constatación de ciertos trámites. Si bien es cierto el prestatario en los contratos de préstamo lo será el Gobierno de la República, éste actuará por intermedio del Ministro o Jeraarca de la Institución que llevará a cabo la obra para la cual se contrajo la deuda.

Para efectos de orden administrativo la Procuraduría consigna las opiniones legales bajo como "O.L." seguidas de un número consecutivo y del año en que se emitió.

B.- Efectos de las opiniones legales.

Se manifiesta en la opinión legal que el prestatario tiene facultades y que se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico costarricense para celebrar y cumplir el contrato de préstamo.

Asimismo se hace constar en la opinión legal, que el convenio del contrato de préstamo es válido, porque se ha cumplido con la aprobación legislativa que demanda el artículo 121 inciso 5) de la Constitución Política.

Generalmente el motivo de la consulta tiene su fundamento jurídico en la misma ley que aprueba el empréstito, así por ejemplo en la Ley No. 8269 denominada: “Condiciones Generales Aplicables a los Convenios de Préstamo y de Garantía para Préstamos con Margen Fijo, determinadas por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento”, en su artículo XII, relacionado con la fecha de entrada en rigor se dispone:

“Sección 12.02.- Dictámenes Jurídicos o Certificados. Como parte de la prueba que deberá presentarse conforme a la Sección 12.01, se suministrará al Banco un dictamen o dictámenes satisfactorios para él emitidos por abogados que cuenten con su aceptación o, si el Banco lo solicita, un certificado satisfactorio para éste, expedido por un funcionario competente del país miembro del Banco que sea el Prestatario o el Garante, en que conste lo siguiente:

a) en representación del Prestatario, que el Convenio de Préstamo ha sido debidamente suscrito y entregado en su nombre y él lo ha autorizado o ratificado debidamente, y que es legalmente obligatorio para él de conformidad con sus términos;

b) en representación del Garante, que el Convenio de Garantía ha sido debidamente suscrito y entregado en su nombre y él lo ha autorizado o ratificado debidamente, y que es legalmente obligatorio para él de conformidad con sus términos; y

c) los demás asuntos que se especifiquen en el Convenio de Préstamo o que el Banco razonablemente solicite con respecto al mismo.”⁸²

Los efectos de las opiniones legales son plena prueba de que el prestamista ha cumplido con todo lo establecido por la Ley que autoriza el empréstito de tal manera que no pueda alegarse que el desembolso se hizo contraviniendo las normas constitucionales y legales.

⁸² Ley N.º 8269 de 3 de mayo de 2002

CAPITULO II

VINCULATORIEDAD DE LOS DICTAMENES DE LA P.G.R.

Este capítulo está destinado a desarrollar y estudiar las características y los efectos que producen en la Administración Pública los dictámenes emitidos por la Procuraduría General de la República.

En una primera sección se desarrollará el concepto del dictamen, su naturaleza jurídica y su eficacia. En una segunda sección los mecanismos con que cuenta tanto la misma Procuraduría para revocar sus dictámenes, como la Administración Activa para no acatar lo manifestado por el asesor del Estado.

Sección I.- Los dictámenes de la P.G.R.

A.- Naturaleza jurídica del dictamen:

La consulta que da origen a la opinión consultiva o dictamen, en tesis de principio es facultativa, al disponerse en el artículo 4 de la L.O.P.G.R. que la Administración Pública, por medio de los jefes podrán consultar el criterio técnico jurídico de la Procuraduría. No obstante lo anterior cuando la Administración ejerce su derecho a declarar en vía administrativa la nulidad de un acto declarativo de derechos sin acudir a un proceso de lesividad, el dictamen de la Procuraduría se torna obligatorio, por disposición

del artículo 173.1 de la Ley General de Administración Pública. Además ese dictamen deberá pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad.

El artículo 183 de la L.G.A.P., que se refiere a la potestad de la administración para anular o declarar de oficio la nulidad del acto (absoluta o relativa), cuando ésta se da en beneficio del administrado y sus derechos, condiciona esa anulación o declaración a que la Procuraduría haya vertido un dictamen favorable para ese fin.

El texto original del artículo 4 contenía una disposición que obligaba al Poder Central a realizar la consulta, cuando se tratara de reclamaciones administrativas que al ser resueltas pudieran ocasionar egresos considerables. Sin embargo al reformarse el primer párrafo de este artículo para eximir a los auditores de la obligación de acompañar a la consulta el criterio del asesor legal, de la entidad consultante, se eliminó el segundo párrafo que contenía dicha obligación.

Doctrinariamente existen diferentes posiciones para definir la naturaleza jurídica del dictamen, en su gran mayoría tal y como se verá de seguido, se toma en consideración para su caracterización el hecho de que el parecer externado no obliga a la administración activa, situación que no es común a los dictámenes de la Procuraduría. Sin embargo en lo que sí está de acuerdo la doctrina es en el hecho de que el dictamen que emana de la

función consultiva no es un acto administrativo en sentido estricto. Nuestra Ley General de la Administración Pública, en su artículo 130 nos dice que el acto administrativo es una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento. A esta manifestación de voluntad libre y consciente debemos oponer la manifestación de conocimiento o juicio que es propia del acto consultivo, lo que apunta una diferencia bastante clara. Asimismo se apunta como característica de los actos administrativos que los mismos producen derechos y obligaciones, diferencia que también es notoria con el dictamen toda vez que éste no crea en los administrados ningún derecho u obligación.

El dictamen como “hecho administrativo”, es considerado como tal por un sector de la doctrina, así Manuel Díez expone:

“En cuanto a la naturaleza jurídica de la opinión vertida por un órgano consultivo, es un hecho administrativo desde que no obliga a la administración activa. Además no crea, extingue ni modifica una relación de derecho y por ello, son simples hechos administrativos”⁸³.

Para Marienhoff, los dictámenes son un acto de administración que corresponde a la actividad interna de la Administración, la cual constituye el ejercicio del poder de auto-organización, que no implica una simple facultad, sino un “poder-deber” que tiene que

⁸³ DIEZ, *op.cit* p. 47

ejercitarse con base en los principios de una buena administración. Puntualmente nos dice este autor:

“Estos dictámenes constituyen “actos internos” de la Administración; de ahí las siguientes consecuencias: a) no tienen fuerza ejecutoria, pues no son “actos administrativos” *strictu sensu*; b) no constituyen un acto jurídico: no obligan al órgano ejecutivo, la substancia de dicho dictamen se tornará obligatoria, pero esto no por obra del dictamen en sí, sino como consecuencia del acto administrativo que emita la Administración activa aceptando dicho dictamen.”⁸⁴

Coincidentemente, para Dromi los dictámenes son actos jurídicos unilaterales de la Administración, pero con efectos mediatos, indirectos y reflejos, como acto jurídico, el dictamen no obliga en principio al órgano ejecutivo, ni extingue o modifica una relación de derecho con efecto respecto de terceros, sino que se trata de una declaración interna, de juicio u opinión que forma parte del procedimiento administrativo en marcha. “El dictamen vinculante que la Administración está obligada eventualmente a seguir, es un acto productor de efectos jurídicos; en cuanto el orden jurídico, establece un nexo jurídico entre su acaecimiento y sus consecuencias, pero sin embargo tampoco es acto administrativo en el sentido propio del término porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente.

Los dictámenes no constituyen un acto administrativo, porque sus efectos no surgen del mismo ni de suyo”⁸⁵.

⁸⁴MARIENHOFF. *Op.cit.* pp. 106-107

⁸⁵DROMI, *Op. cit.* p. 317

También se ha considerado los dictámenes como “actos trámite”, los cuales permanecen en la esfera interna de la administración, y por ende carecen de fuerza ejecutoria., al decir de Entrena Cuesta: “revisten una singular importancia, pues así como una cadena resulta inservible si falla un eslabón, también el acto resolutorio resultará viciado –salvo los casos excepcionales de que se trate de una mera irregularidad- si es defectuoso alguno de los actos trámite de preceptiva intervención para que se integre el acto compuesto”.⁸⁶

Además apunta este autor como característica del “acto trámite”, la imposibilidad de ser impugnados en vía administrativa o contenciosa.

Para el Profesor Ernesto Jinesta, los dictámenes se incluyen en la categoría de actos no jurídicos también denominados “actos de la administración” que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho, no obstante admite que en el caso del dictamen obligatorio y vinculante éste si produce un efecto inmediato y directo como lo es un dictamen obligatorio y vinculante, pues este predetermina o condiciona la decisión del órgano de la administración activa.⁸⁷

⁸⁶ ENTRENA CUESTA (Rafael). Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Tecnos, 2º edición, Vol. 1 1966, pp 466-467

⁸⁷ JINESTA LOBO (Ernesto). Tratado de Derecho Administrativo. Medellín, Biblioteca Jurídica Díké, Tomo I, 2002, pp. 244-245

La Dra. Magda Inés Rojas al referirse al dictamen vinculante de la Procuraduría, nos dice: “Si consideramos que un acto normador, una norma, establece elementos de reglamentación de la conducta o de la acción de alguien, podría decirse que lo que llamamos comúnmente dictamen de la Procuraduría es un acto normador en el sentido de que regla la conducta de la Administración Pública consultante, al punto de que ésta debe tomar en cuenta el contenido del dictamen: cómo debe actuar la autoridad según el orden jurídico, para qué es competente, cuál es el fin de su acción, cómo debe ejercer esa competencia; definición de obligaciones y derechos .”⁸⁸

De conformidad con la L.O.P.G.R. y con la jurisprudencia administrativa emanada de la propia Procuraduría, se deben anotar como características de los dictámenes vinculantes, en primer término su obligatoriedad para la administración consultante, este aspecto nos lleva a diferenciarlos de la consideración de “hecho administrativo”, sostenida por gran parte de la doctrina.

La posición de Dromi viene a ser la que más se ajusta a la realidad jurídica de los dictámenes obligatorios emitidos por la Procuraduría de acuerdo con la Ley Costarricense. Este tipo de acto consultivo es un acto jurídico unilateral de la administración, de carácter general, porque no produce efectos inmediatos ni directos para una persona determinada.

⁸⁸ Conferencia de la Dra. Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Asesora, Memoria del Ciclo de Conferencias “El Papel de la Procuraduría en el Nuevo Milenio”, 2001, pág. 274

Cuando las consultan versas sobre asuntos concretos el criterio se emite bajo la opinión jurídica cuya principal característica es la no vinculatoriedad. Al referirse el dictamen vinculante a aspectos generales, sus alcances son generales y será la propia Administración activa la que los adecue a las situaciones específicas que se le presente, en estos supuestos el dictamen es concebido como un acto general y así lo ha considerado la Sala Constitucional al manifestar en sentencia que resolvía un amparo formulado contra dictámenes de la Procuraduría que: “como en reiteradas ocasiones se ha señalado, por tratarse de dictámenes vertidos en el ejercicio de la función consultiva de ese órgano, carecen por sí solos de efectos inmediatos de cara a los administrados y en consecuencia, no es idónea para ser combatida por la vía del amparo”⁸⁹

El anterior criterio jurisprudencial nos es útil en cuanto fortalece nuestra posición de que los dictámenes no producen efectos inmediatos para el administrado, sin embargo respecto de la afirmación de que el recurso de amparo no es un forma idónea para combatir un dictamen, será desarrollado en el aparte relacionado con la eficacia de los dictámenes.

B.- Eficacia del dictamen.

Los efectos de los dictámenes vinculantes de la Procuraduría, está dada por el propio legislador.

⁸⁹ Sala Constitucional N.º 10627-01 de las 9:46 horas del 19 de octubre del 2001.

En el casos en del dictamen preceptivo a que hace referencia el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, el propio artículo en su inciso 6 prevé que si la administración dicta la nulidad del acto sin cumplir con la formalidad del dictamen o bien si la declara sin que exista, ésta declaratoria es absolutamente nula y la Administración queda obligada a pagar costas, daños y perjuicios y acarrea responsabilidad para el servidor. En el caso también de dictamen preceptivo, dispuesto en el artículo 183 de la Ley General, al respecto la Procuraduría ha manifestado:

“En el supuesto del numeral 183 no se prevé expresamente la consecuencia de la omisión.

Es por ello que debe recurrirse a lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública, en el sentido de que “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, **previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto** y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.”⁹⁰

Los dictámenes que emite la Procuraduría en los dos supuestos anteriores tienen una naturaleza de acto preparatorio, en relación con el acto administrativo que se emitirá sobre la nulidad del acto administrativo de que se trate. Sobre este punto la Sala Constitucional ha manifestado:

⁹⁰ Procuraduría General de la República. C-231-99 de 19 de noviembre de 1999.

“Se trata de un dictamen de carácter vinculante –del que no puede apartarse el órgano o ente consultante -, puesto que, el ordinal 2º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infraconstitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado Procuraduría General de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia.”⁹¹

Los dictámenes solicitados facultativamente por la Administración, tendrán un carácter obligatorio. En estricto apego a la letra de lo plasmado en el artículo 2 de la L.O.P.G.R., la Administración Pública está obligada acatar los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría. Sin embargo esta norma fue interpretada por la Corte Plena en sesión extraordinaria n.º 32 de las 13:30 horas del 3 de mayo de 1984, al resolver un recurso de inconstitucionalidad planteado contra esa disposición, en el sentido de que:

⁹¹ Sala Constitucional No. 1227-03 de las 10:22 horas del 14 de febrero del 2003

“la obligatoriedad que establece el artículo 2, lo es para la administración que lo solicitó, no así en cuanto a las demás, para las que constituye jurisprudencia administrativa, es fuente no escrita del ordenamiento jurídico administrativo, y que como tal fuente tendrá el rango que determina la Ley General de la Administración Pública, No. 6227 de 12 de mayo de 1978, artículo 6 a 10 y la doctrina que los informa”.⁹²

Es de especial importancia hacer notar que tanto el texto del artículo 2 de la Ley Orgánica, así como la interpretación que de él dio la Corte Plena fungiendo como contralor de constitucionalidad, se refieren a dictámenes de carácter obligatorio para la Administración que realizó la consulta y que serán estos dictámenes obligatorios los que conformaran la jurisprudencia administrativa.

En el ámbito del Derecho Administrativo, la jurisprudencia está contemplada como norma no escrita, por disposición del artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone: “1. Las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan(...)”⁹³.

⁹² Corte Plena, No. 32 de las 13:30 H. del 3 de mayo de 1984.

⁹³ Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978.

La Dra. Magda Inés Rojas, refiriéndose al papel de la función consultiva de la Procuraduría, nos dice: “El papel consultivo no es una mera función mecánica, sino que por la consulta se está creando una solución para un supuesto de situación que, se presume, es susceptible de presentarse en múltiples casos”⁹⁴, lo anterior nos lleva a excluir de la jurisprudencia administrativa las opiniones jurídicas caracterizadas por su carácter no obligatorio para la administración consultante, dado que en ellas se evacúan consultas que no son susceptibles de emitirse por medio de dictámenes vinculantes.

En las opiniones jurídicas se hecha de menos lo afirmado por la Dra. Rojas Chaves, por el contrario en ellas, se dan respuesta a consultas que versan sobre algún asunto particular, o sobre las posibles inconstitucionalidades de un proyecto de ley o bien se opina sobre algún aspecto de carácter presupuestario o de contratación administrativa aspectos todos que han sido citados en el desarrollo de la opinión jurídica- y que por las características de que gozan, no podrían incorporarse dentro del concepto de jurisprudencia.

El dictamen obligatorio al no ser un acto administrativo que decida una situación jurídica o declare algún derecho u obligación, amén de ostentar un carácter general en el criterio que emite, no es susceptible de ser impugnado en la vía contencioso administrativa.

⁹⁴ Conferencia de la Dra. Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Asesora, Memoria del Ciclo de Conferencias “El Papel de la Procuraduría en el Nuevo Milenio”, 2001, pág. 283

Respecto a la posibilidad de ser recurrido en la vía del amparo constituye un punto en el cual la Sala Constitucional no se ha puesto de acuerdo y si bien en la sentencia citada N.º 10627-01 de las 9:46 horas del 19 de octubre del 2001 y en la número 2000-860 de las 15:18 horas del 26 de enero del 2000, se niega la posibilidad de amparar un dictamen; ya en sentencia número 886-93 de las 9:12 horas del 20 de febrero de 1993, se sostuvo por parte del Magistrado Castro Bolaños que: “Tampoco es aceptable la tesis según la cual el dictamen cuestionado no se encuentra comprendido entre los actos susceptibles del amparo. Ello supondría considerar que los dictámenes de la Procuraduría Administración no activa, están -per se- exentos de tutela jurisdiccional cuando infrinjan derechos fundamentales, tornando ilusoria la admisibilidad del amparo contra disposiciones normativas (cual es el dictamen) (...)”.⁹⁵

Otra sentencia de esa misma Sala, que resuelve una acción de inconstitucionalidad presentada contra un dictamen dispuso:

“También impugnan los actores el dictamen C-160-99 de la Procuraduría General de la República, en la medida en que –según afirman- es justamente la interpretación vertida en él la que da pie a las transgresiones constitucionales acusadas. Al respecto, cabe recordar - como se ha reiterado- a la Sala sólo le compete conocer de los pronunciamientos vinculantes de la Procuraduría en la vía del amparo y no en la de control de constitucionalidad, por no corresponder a la clase

⁹⁵ Sala Constitucional, No. 886-93 de las 9:12 H de 20 de febrero de 1993.

de normas o actos que enumera el artículo 73 de la Ley de esta jurisdicción. Así las cosas, la acción también resulta improcedente en este tanto y así debe declararse.”⁹⁶

Sin en el contenido de un dictamen vinculante, se violan los derechos fundamentales, éste es susceptible de ser recurrido en la vía del amparo.

Sección 2.- Reconsideración de los dictámenes.

Los dictámenes que emite la Procuraduría pueden ser reconsiderados a solicitud del órgano que efectuó la consulta o bien de oficio, ambas posibilidades están contempladas en su ley orgánica.

A.- Reconsideración de oficio

La reconsideración de oficio de los dictámenes y pronunciamientos está contemplada en el último párrafo del inciso b) del artículo 3 de la L.O.P.G.R., esta figura fue concebida por el legislador para brindarle a la Procuraduría la posibilidad de enmendar errores. Y así se defendió por parte de los Procuradores que presentaron el proyecto de ley ante la Comisión de Asuntos Jurídicos:

⁹⁶ Sala Constitucional No. 7977-99 de las 10:03 del 15 de octubre de 1999.

“Sí se establece una novedad en este campo: se da la potestad a la Procuraduría –inciso b), párrafo final, artículo 3 para reconsiderar de oficio sus dictámenes y pronunciamientos. La experiencia nos ha enseñado que por más técnica que se cuente, por más personal especializado, todos somos humanos y en cualquier momento podemos equivocarnos, y en alguno que otro caso algún dictamen ha sido equivocado. De ahí que ponemos en blanco y negro la posibilidad de que la Procuraduría de oficio cuando se dé cuenta de que existe algún error, haga las correcciones del caso sin necesidad de que exista petición de ningún otro ente público o del interesado afectado.”⁹⁷

Además de la posibilidad de que se emita cuando no ha mediado solicitud alguna por parte del órgano consultante, también opera cuando la solicitud de reconsideración no se plantea dentro del plazo que establece el artículo 6, de tal manera que si la solicitud de reconsideración se presenta en forma extemporánea, se le dará curso como si se tratara de una reconsideración de oficio o bien cuando la solicitud es realizada por una entidad distinta a la que solicitó el dictamen.

Señalamos como causa más frecuente de la reconsideración de oficio la emisión con posterioridad de una norma de carácter legal que contiene disposiciones contrarias a lo emitidas por un dictamen. Tal es el caso de las consultas formuladas a la Procuraduría en torno a si las dietas percibidas por órganos colegiados, cuando no medie relación de subordinación, debían pagar el impuesto sobre la renta. La Procuraduría evacuó todas las

⁹⁷ Actas de la Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Ses. De 25 de mayo de 1982

consultas planteadas en ese sentido argumentando que de acuerdo con el texto de la Ley de Impuesto sobre la Renta, las dietas percibidas sin que mediare relación de subordinación, se encontraban exentas del pago al impuesto sobre la renta. Sin embargo al emitirse la Ley de Simplificación Tributaria, número 8114 del 4 de julio del 2001, el texto que regulaba lo relacionado con el impuesto de renta sobre las dietas, adquirió el siguiente texto:

“Artículo 23. - Retención en la fuente.

Toda empresa pública o privada, sujeta o no al pago de este impuesto, incluidos el Estado, los bancos del Sistema Bancario Nacional, el Instituto Nacional de Seguros y las demás instituciones autónomas o semiautónomas, las municipalidades y las asociaciones e instituciones a que se refiere el artículo 3 de esta Ley, está obligado a actuar como agente de retención o de percepción del impuesto, cuando pague o acredite rentas afectas al impuesto establecido en esta Ley. Para estos fines, los indicados sujetos deberán retener y enterar al Fisco, por cuenta de los beneficiarios de las rentas que a continuación se mencionan, los importes que en cada caso se señalan:

a) ...

b) Dietas, provengan o no de una relación laboral dependiente, gratificaciones y otras prestaciones por servicios personales, en ocasión del trabajo en relación de dependencia. En estos casos, si los beneficiarios de tales rentas fueren personas domiciliadas en el país, el pagador deberá retener el quince por ciento (15%) sobre los importes que pague o acredite a dichas personas; si los receptores de la renta fueren personas nodomiciliadas en Costa Rica, se retendrán las sumas que correspondan, según lo estipulado en el artículo 59 de esta Ley.

c) ... " ⁹⁸

El cambio normativo obligó a la Institución a emitir el dictamen No. 221 del 7 de agosto del 2001, en cuyas conclusiones se dispuso reconsiderar oficiosamente los dictámenes emitidos sobre el punto.

Asimismo puede ser motivo de reconsideración de oficio de un dictamen, el que la jurisprudencia tanto judicial como constitucional contradigan lo expresado en un criterio y sea necesario adecuar el dictamen a la jurisprudencia.

Se ha considerado como motivo de reconsideración de oficio, la solicitud realizada por parte de entes u órganos que discrepan del criterio emitido por la Procuraduría aún cuando éste no les sea vinculante. De considerarse que legalmente procede el cambio de criterio, este se hará con fundamento en el numeral que autoriza la reconsideración de oficio.

Cuando no estamos en presencia de los anteriores supuestos, y se plantea una consulta sobre un tema ya dictaminado, si del nuevo estudio el procurador que tiene a cargo la nueva consulta, discrepa del criterio emitido con anterioridad, somete a conocimiento del Procurador General o General Adjunto el nuevo parecer y si cuenta con su aval el dictamen anterior queda reconsiderado de forma total, parcial o tácita.

⁹⁸ Ley No. 7092 de 21 de abril de 1988.

Según información obtenida del Sistema Nacional de Legislación Vigente, en el último lustro se han reconsiderado de oficio alrededor de setenta y tres dictámenes, por las diferentes razones apuntada, lo que evidencia lo generalizado de esta práctica.

B.- Reconsideración por parte del órgano consultante.

La L.O.P.G.R. en su artículo 6 contempla la posibilidad de no acatar los dictámenes, cuando se trate de asuntos excepcionales en que se vea afectado el interés público. El procedimiento establecido para esta dispensa se inicia con una solicitud de reconsideración por parte del órgano consultante que debe hacer a la Procuraduría dentro de los ocho días siguientes al recibo del dictamen.

La solicitud debe ser resuelta por mayoría en la Asamblea de Procuradores. Esta Asamblea es convocada por el Procurador General o el Procurador General Adjunto, previamente se pone a disposición de los procuradores y abogados de Procuraduría los antecedentes del asunto, generalmente la información se mantiene en la biblioteca de la Institución.

La Asamblea inicia con una exposición breve del Procurador General o General Adjunto, donde enuncia los argumentos del consultante para la reconsideración del dictamen. Posteriormente se da la palabra al Procurador que firmó el dictamen objeto de reconsideración quien manifiesta las razones por las cuales dictaminó de esa manera. De

seguido se da la palabra al procurador que estudió la solicitud de reconsideración y quien expone sus puntos de vista, ya sea reafirmando lo expuesto en el dictamen o bien acogiendo los argumentos de reconsideración de la administración consultante. Se escuchan las diferentes posiciones en defensa de ambas tesis por parte de los procuradores y posteriormente se lleva a cabo la votación.

A la Asamblea de Procuradores son invitados los abogados no procuradores quienes tienen voz pero no voto.

El dictamen que da respuesta a la solicitud de reconsideración es firmado por el Procurador General o General Adjunto y se sustenta en el informe rendido por el Procurador que estudió la reconsideración así como en el resultado de la votación de la asamblea de procuradores. Durante el último quinquenio, se sometió a consideración de la Asamblea de Procuradores, doce dictámenes de los cuales solamente uno fue reconsiderado.

En el supuesto de que la Procuraduría denegare la reconsideración, el órgano consultante podrá acudir ante el Consejo de Gobierno quien podrá dispensarlo del acatamiento del dictamen.

La dispensa se hará por parte del Consejo de Gobierno mediante resolución razonada, que deberá ser publicada en el diario oficial "La Gaceta".

Revisados los archivos de la Institución únicamente aparecen tres dictámenes que el Consejo de Gobierno ha dispensado a la Administración de su aplicación.

El primero de ellos data de 1982, y se refiere a un dictamen previo a la declaratoria de nulidad absoluta del decreto ejecutivo número 13267 del 4 de enero de 1982 y de los acuerdos 2 y 29 publicados el primero en “La Gaceta” número 13 del 20 de enero de 1982 y el segundo en “La Gaceta” número 99 del 24 de mayo de ese mismo año. La Procuraduría dictaminó en forma negativa la declaratoria de nulidad absoluta de la normativa indicada y el Consejo de Gobierno en sesión ordinaria número 44, celebrada el 5 de enero de 1983, acordó por unanimidad:

“Se dispensa de acatar el dictamen rendido por la Asamblea de Procuradores en sesiones de fecha 21 de diciembre de 1982 y se 27 de diciembre del mismo año.

Consecuentemente, se declara la nulidad absoluta por evidente y manifiesta, del Decreto Ejecutivo No. 13.267 de fecha 4 de enero de 1982 y los acuerdos 2 de fecha 4 de enero de 1982, publicado en “La Gaceta” No. 13 de 20 de enero de 1982 y 29 de fecha 29 de abril de 1982, publicado en “La Gaceta” No. 99 de 24 de mayo de 1982”⁹⁹

El segundo y tercer dictamen dispensado del acatamiento obligatorio tienen su origen en una misma consulta, la consulta planteada por el Presidente Ejecutivo del

⁹⁹ “La Gaceta”, San José, No.10, viernes 14 de enero de 1983, pág. 3

Instituto Costarricense de Electricidad mediante oficio N°. PE-122-98-P, en el cual manifiesta la preocupación institucional por definir el marco legal regulatorio relativo al otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de agua para el desarrollo de proyectos hidroeléctricos, teniendo en cuenta que las normas que lo contuvieron durante muchos años (que aparecían incluidas en la Ley del Servicio Nacional de Electricidad, N.º 258 del 18 de agosto de 1941) ya no están vigentes (por haber sido derogada integralmente esa Ley por el artículo 68 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N°. 7593 de 9 de agosto de 1996).

La Procuraduría resuelve la consulta mediante dictamen No. C-181-98 de 28 de agosto de 1998 concluye lo siguiente: “En el estado actual de la legislación vigente el MINAE carece de competencia para otorgar concesiones de aprovechamiento de aguas públicas para la producción de energía eléctrica y sólo la Asamblea Legislativa puede hacerlo.

Por ello, sólo aquellos particulares que cuenten con una concesión especial de la Asamblea Legislativa podrán aspirar a que se les confiera nuevas concesiones de servicio público para el suministro de energía de origen hidroeléctrico, por parte de MINAE o la ARESEP (esta última bajo el marco de la ley n° 7200).”

La administración consultante solicita el 16 de setiembre de 1998 reconsideración de éste dictamen, siguiéndose para ello el trámite establecido, en el artículo 6 de la L.O.P.G.R.. La Asamblea de Procuradores, se celebró el 28 de octubre de 1998 y en ella se

conoce y aprueba el proyecto de dictamen preparado por la Dra. Magda Inés Rojas, el cual aclara el dictamen 181-98, en los siguientes términos:

“CONCLUSIÓN: Por lo antes expuesto, es criterio de la Asamblea de Procuradores que:

a. Procede aclarar el dictamen N. C-181-98 de 28 de agosto de 1998 en los siguientes términos: en ausencia de disposiciones de rango legal que regulen las condiciones, requisitos y especificaciones para conceder el aprovechamiento de las fuerzas derivadas de las aguas públicas para fines de desarrollo eléctrico o hidroeléctrico, el MINAE se encuentra imposibilitado jurídicamente para ejercitar la competencia atribuida por el artículo 176, inciso 1, de la Ley de Aguas.

b. Por consiguiente, en tanto no sea modificada expresamente la Ley de Aguas o se emita una ley que regule las concesiones que nos ocupan, sólo la Asamblea Legislativa puede conferir concesiones que impliquen aprovechamiento de las fuerzas producidas por las aguas públicas para el desarrollo de energía eléctrica.

c. Se confirma el dictamen de mérito en los demás extremos".¹⁰⁰

¹⁰⁰ Procuraduría General de la República, C-221-98, dirigida al Regulador General, el 28 de octubre de 1998

Este segundo dictamen obligó a la Administración consultante a presentar ante el Consejo de Gobierno la solicitud de dispensa del acatamiento obligatorio, la cual queda resuelta en sesión del 3 de noviembre de 1998, en los siguientes términos:

“De conformidad con los artículos 29, inciso f) y 136 de la Ley General de la Administración Pública y artículos 2° y 6° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se dispensa a la Administración Pública, tanto central como descentralizada, el acatamiento de los efectos vinculantes y de jurisprudencia administrativa de los dictámenes C-181 del 28 de agosto y C-221 de 28 de octubre ambos de mil novecientos noventa y ocho, emitidos por la Procuraduría General de la República”¹⁰¹

Este acuerdo fue publicado en el Alcance 81-A a La Gaceta del 17 de noviembre de 1998.

De las actuaciones del Consejo de Gobierno para dispensar del acatamiento obligatorio a la Administración, podemos afirmar que la primera de ellas fue una dispensa ilegal y que la declaratoria de nulidad evidente y manifiesta del decreto ejecutivo 13.267, es absolutamente nula. Para declarar la nulidad evidente y manifiesta de un acto deben coincidir las voluntades de la autoridad competente y de la Procuraduría o de la Contraloría según proceda, de tal forma que si la Procuraduría declaró que no existía nulidad evidente y

manifiesta, la Administración no podía declararla. Así las cosas cuando estamos en presencia de una situación como la analizada, no está permitido al Consejo de Gobierno dispensar el acatamiento del dictamen que niega o comprueba la nulidad evidente y manifiesta.

Queda en evidencia lo poco conveniente que un órgano de carácter meramente político decida en última instancia dispensar a la Administración Activa de acatar un dictamen emitido por el órgano superior consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública, donde éste se ha pronunciado en aspectos meramente legales.

No obstante lo anterior la Sala Primera mediante Sentencia No. 00063-F-2000 de las 14:50 horas del 28 de 2000, dispuso que al ser la Ley Orgánica de la Procuraduría una ley más reciente que la Ley General de Administración Pública, no establece ninguna distinción sobre los dictámenes que pueden ser dispensados por parte del Consejo de Gobierno, avalando por lo tanto la actuación de este órgano político en este caso.

¹⁰¹ Acuerdo único que consta en el artículo 5 del acta de la sesión de Consejo de Gobierno, celebrada el 3 de noviembre de 1998

CONCLUSIÓN GENERAL

La labor consultiva que lleva a cabo la Procuraduría General de la República, no es ejercida de oficio sino a solicitud de un órgano interesado.

Si el órgano de la administración activa solicita voluntariamente el criterio de la Procuraduría, se somete al correspondiente dictamen; en este sentido, podemos afirmar que no existe intromisión en cuanto a las funciones que realiza la Administración Activa, por parte de la Procuraduría, pues sus dictámenes no son órdenes sino precedentes que vinculan por el principio de igualdad que debe privar en la administración a la hora de sus actuaciones, de tal manera que la autonomía de quienes consultan se mantiene intacta.

Los dictámenes vinculantes se emiten en términos generales y no se resuelven, bajo este acto consultivo, casos concretos pendientes de resolución por parte de la administración activa.

Para la administración que quiera apartarse de los dictámenes vinculantes, la ley ha contemplado un procedimiento para no acatar el criterio emitido, donde ya sea un órgano como la Asamblea de Procuradores o bien un órgano de carácter político como el Consejo de Gobierno viene a solventar la discrepancia entre administración activa y la administración consultiva.

La reconsideración de oficio, concebida por el legislador como aquella que le permite a la Procuraduría variar un criterio sin que medie solicitud alguna para ello, debe cumplir con el mismo procedimiento que se establece para la reconsideración de dictámenes solicitada por la Administración Consultante. Es decir, deben someterse a conocimiento de la Asamblea de Procuradores los argumentos para cambiar de criterio y resolverse conforme al resultado de la votación. Este procedimiento podría obviarse y procederse a la reconsideración sin consulta previa a la Asamblea de Procuradores, cuando se trata de corregir errores materiales cometidos en la emisión del dictamen o bien cuando haya variado la legislación o la jurisprudencia.

La jurisprudencia administrativa está conformada únicamente por los dictámenes vinculantes, según disposición de una norma de la propia Ley Orgánica, motivo por el cual no se ajusta a esa normativa la posición de la Procuraduría de considerar como parte de la jurisprudencia administrativa aquellos asesoramientos o criterios que no ostentan un carácter obligatorio para la Administración - opiniones jurídicas -.

No existe en la práctica consultiva, un criterio denominado “pronunciamiento” que tenga carácter obligatorio como lo ordena la Ley Orgánica, por esa razón no pueden equipararse las opiniones jurídicas, con los pronunciamientos.

La Procuraduría General de la República, debe propiciar una reforma legislativa que modifique el texto del artículo segundo y del artículo tercero inciso b) de su Ley

Orgánica, con el propósito de eliminar el término “pronunciamiento”. Asimismo esa reforma debe disponer que la jurisprudencia administrativa esté constituida por los dictámenes de acatamiento obligatorio y las opiniones jurídicas no vinculantes.

No existen en la legislación costarricense mecanismos que le permitan a la Procuraduría dar seguimiento a los dictámenes que emite con el fin de confirmar que la administración activa ha asumido lo dictaminado por la Procuraduría.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

TRATADOS:

1. ALESSI (Renato), Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Casa Editorial Bosch, traducción de la tercera edición italiana. Tomo I, 1970, 374 p.
2. BOQUERA OLIVER (José María) Derecho Administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 4ª edición, Volumen I, 1983, 365 p.
3. CERVANTES BARRANTES (Gonzalo), La Procuraduría General de la República en Costa Rica. San José, Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, 321 p.
4. DIEZ (Manuel María), El Acto Administrativo, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 2ª edición, 1961, 560 p.
5. DROMI (José Roberto), Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª reimpresión, 1983, 576 p.
6. ENTRENA CUESTA (Rafael), Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 5ª edición, 1ª reimpresión, 1976, 718 p.
7. FRAGA (Gabino), Derecho administrativo. México, Editorial Porrúa, 25ª edición, 1986, 506 p.
8. GARCÍA OVIEDO (Carlos), Derecho Administrativo, Madrid, Distribuidores Exclusivos para España y Extranjero EISA. . 4º edición, Tomo I, 1953, 1030 p.
9. MATEO MARTÍN (Ramón), Manual de Derecho Administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 6ª edición., 1981,
10. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Tesis de Derecho Administrativo, San José, Editorial Stradtman, Tomo 2, 2002, 588 p.
11. PARADA (Rafael), Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 8ª edición, Parte General, 1996, 817 p.
12. SAYAGUÉS LASO (Enrique). Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, Tomo II, 1959

DICCIONARIOS:

1. CABANELLAS (Guillermo), Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., Tomos I, II, III y IV, 1983.
2. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, vigésima primera edición, Tomos I y II, 1992.

CONSTITUCIONES:

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Editorial Porvenir S.A., 1999

CÓDIGOS

1. Código de Procedimientos Penales, Ley 5377 de 19 de octubre y sus reformas, Lehman Editores, 1981, 190 p.
2. Código Procesal Penal, Ley 7594 de 10 de abril de 1996, Investigaciones Jurídicas S.A., 1998, 265 p.

LEYES:

Decreto-Ley de Creación de la Procuraduría General de la República, No. 40 de 2 de junio de 1938.

Estatuto del Servicio Civil, Ley No. 1581 de 30 de mayo de 1953.

Ley de Expropiaciones No.7594 de 3 de mayo de 1995.

Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135 de 11 de octubre de 1989.

Ley General de la Administración Pública, No.6227 de 2 de mayo de 1978.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, No. 3848 de 10 de enero de 1967.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, No. 6815 de 27 de setiembre de 1982.

Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, No. 6739 de 28 de abril de 1982.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, No. 3667 de 12 de marzo de 1966.

Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 de 17 de junio de 1983

JURISPRUDENCIA:

Sala Constitucional, No. 7379 de 10:36 horas del 24 de setiembre de 1999, Consulta de Constitucionalidad sobre el proyecto de ley “Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos”.

Sala Constitucional, No. 4485 de 11:21 H. de 11 de julio de 1999, Amparo contra el Director General del Servicio Civil y el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Ministerio del Ambiente y Energía.

Sala Constitucional, No. 3625 de 14 H. 45 de 20 de julio de 1994, Consulta Judicial del Tribunal Superior de Heredia.

Sala Constitucional, No. 380 de 20 H. 21 de 11 de enero de 2000, Consulta Judicial del Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, Sección Segunda.

Sala Constitucional de las 15:15 horas del 7 de febrero de 1990.

Sala Constitucional N° 371-92 de las 10:25 horas del 23 de octubre de 1992.

Sala Constitucional No. 330-94 de las 15:54 horas del 14 de enero de 1994.

Sala Constitucional N°. 10627-01 de las 9:46 horas del 19 de octubre del 2001.

Sala Constitucional No. 1227-03 de las 10:22 horas del 14 de febrero del 2003.

Sala Constitucional No. 7977-99 de las 10:03 del 15 de octubre de 1999.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

Procuraduría General de la República. C-246-2001, dirigido a la Municipalidad de Heredia, el 17 de setiembre de 2001.

Procuraduría General de la República. OJ-050-2000, dirigido a la Municipalidad de Cañas el 17 de mayo de 2000.

Procuraduría General de la República. OJ-194-94, dirigido al Servicio Nacional de Electricidad el 15 de diciembre de 1994.

Procuraduría General de la República. OJ-059-96, dirigida al Presidente de la Asociación de Guías y Scouts de Costa Rica el 19 de setiembre de 1996.

Procuraduría General de la República. OJ-149-01, dirigida al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Ferrocarriles, el 16 de octubre del 2001.

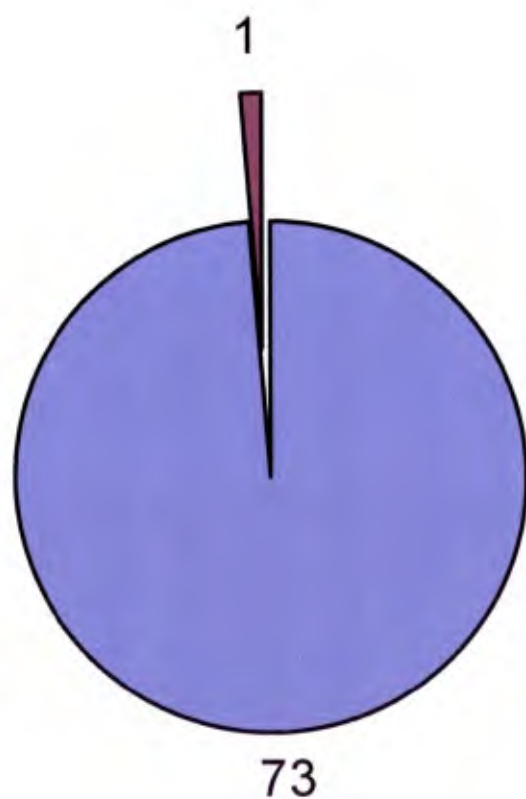
Procuraduría General de la República. C-221-98, dirigida al Regulador General, el 28 de octubre de 1998

Procuraduría General de la República. C-231-99, dirigida a la Auditora Interna del Instituto de Fomento Cooperativo, el 19 de noviembre de 1999.

Procuraduría General de la República. OJ-043-03, dirigida al Inspector General Órgano Fiscalizador, Consejo Técnico de Aviación Civil el 12 de marzo del 2003.

ANEXO

Reconsideración de Dictámenes 1999 - 2003



- Reconsideración de Oficio
- Reconsideración Asamblea de Procuradores