

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

ISSN: 2215-3624

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA



Estudios —

Crónicas —

Consultas Relevantes —

Jurisprudencia relevante —

Vol III. 2014



Consejo Editorial

Revista de Derecho de la Hacienda Pública
Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

Sylvia Solís Mora
Luis Diego Ramírez González
Roberto Rodríguez Araica
Marcela Aragón Sandoval

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editora:

Valeria Corrales Rojas

Revisión Filológica

Olga Patricia Arce Cascante

Correspondencia

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica.

Teléfono:

25018368

Fax:

22965713

Correo electrónico:

revista.juridica@cgr.go.cr

Sitio Web:

<http://revista.cgr.go.cr/>

Revista de Derecho de la Hacienda Pública /
Contraloría General de la República.

–Vol. 3. (2014)–. San José Costa Rica

Semestral
ISSN-2215-3624

Índice

Editorial..... v

Estudios de Colaboradores Nacionales

Convergencia en la calidad de las administraciones públicas:
un análisis comparado entre Costa Rica y México 3

El recurso de apelación en contratación pública Análisis de derecho comparado..... 25

Temas clave de la investigación preliminar 55

Estudios de Colaboradores Externos

Hacia una nueva hermenéutica ambiental 79

Crónicas

Competencia de la Contraloría: Potestad sancionatoria 109

Validez y Eficacia de los Actos Administrativos 110

La protección de la Zona Marítimo Terrestre como parte integral de la
Hacienda Pública 111

Legalidad de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para nuevo
Muelle de Contenedores en Moín 112

Análisis de la Prohibición al ejercicio liberal de la Profesión..... 113

Legitimidad de procedimiento administrativo sancionatorio y prohibición de
ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública 114

Contratación Administrativa y Fideicomisos..... 115

Índice

Consultas relevantes

Consulta sobre los alcances y contenidos de la supervisión técnica que debe ser ejercida sobre los abogados (funcionarios bancarios) responsables de la gestión de demandas judiciales en relación de empleo público	119
Sobre la participación de funcionarios de la auditoría interna como representantes de la seccional del ANEP-MEP	119
Sobre el Régimen de Prohibiciones y la participación de oferentes en contrataciones administrativas	119
Solicitud de criterio sobre los vehículos de uso discrecional y semidiscrecional.....	120
Consulta en relación con el aporte estatal a los procesos electorales, en el marco de los fondos públicos	120
Consulta sobre fideicomisos y el refrendo Contralor.....	120
Consulta sobre la aplicación del régimen de prohibiciones al ejercicio liberal de la profesión, en relación con el artículo 148 inciso j) del Código Municipal	121
Consulta relacionada con la obligación de contar con auditoría Interna	121
Consulta sobre los principios de Contratación Administrativa	122

Jurisprudencia relevante

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.....	125
Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda	126

Editorial

La prestación de servicios públicos oportunos y de mayor calidad, reta a la Administración Pública a innovar mediante la propuesta de modelos de gestión orientados al desarrollo pleno de los habitantes como individuos y como integrantes de la colectividad.

Este necesario replanteamiento del ejercicio de la función pública, nace de la reflexión profunda de los paradigmas que sustentan el quehacer de las instituciones públicas, para lo cual la generación de espacios de investigación, discusión y difusión de ideas en el ámbito del Derecho de la Hacienda Pública, constituye una herramienta fundamental de cambio para el mejoramiento de la gestión.

El tercer volumen de la Revista hace un aporte en esa dirección, mediante la presentación de cuatro artículos de gran actualidad y relevancia: *“Convergencia en la Calidad de las Administraciones Públicas. Un análisis comparado entre Costa Rica y México”*, investigación realizada en conjunto por la Máster Jennifer Arroyo Chacón y por el Máster Francisco Moyado Estrada, el cual es un artículo de investigación que presenta las principales características de la implementación de la filosofía de la calidad en los servicios públicos de los países de México y Costa Rica, en una perspectiva de convergencia regional; *“El recurso de apelación en Contratación Pública. Análisis de Derecho Comparado”*, estudio elaborado por el Máster Roberto Rodríguez Araica, pasa bajo el tamiz de las “Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas sobre recursos en materia de adjudicación de contratos públicos”, y la normativa que regula el recurso de apelación costarricense; *“Temas clave de la investigación preliminar”*, artículo realizado por el Máster Jimmy Bolaños González, realiza un análisis de catorce temas claves que todo investigador debe tomar en cuenta para ejecutar una investigación preliminar tendiente a la determinación de responsabilidades administrativas o civiles; y *“Hacia una nueva hermenéutica ambiental”*, artículo desarrollado por el Profesor de Derecho Ambiental de la

Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Máster Mario Peña Chacón como parte del Proyecto de Investigación denominado “Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión”, en el cual se plantea la importancia de la hermenéutica como punto de apoyo que permita arrancar al derecho ambiental de su estado de parálisis de efectividad, posicionándose en un instrumento esencial e imprescindible de la tutela jurídica del medio ambiente.

Aunado a lo anterior, se incluyen los apartados de “Crónicas: comentarios y análisis de sentencias del ámbito judicial”, “Consultas: pronunciamientos jurídicos más relevantes del órgano contralor” y “Jurisprudencia relevante: reseña de las resoluciones judiciales más importantes asociadas a la materia de la Hacienda Pública”, las cuales pretenden brindar información actualizada de los últimos pronunciamiento administrativos y judiciales más relevantes en el ámbito del Derecho de la Hacienda Pública.

Esperamos que el contenido de la Revista sea de gran utilidad para sus lectores y sea motor de cambio para quienes tenemos el orgullo y la responsabilidad de velar por la satisfacción del interés general.


Luis Diego Ramírez González
Gerente División Jurídica



Estudios de
Colaboradores
Nacionales

Convergencia en la calidad de las administraciones públicas: un análisis comparado entre Costa Rica y México

Sumario

Introducción. Marco regulador general. Concepto de calidad en el sector público. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la administración pública. Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública. Carta Iberoamericana de la Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Código Iberoamericano de Buen Gobierno. Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad. Estrategia Centroamericana de la Calidad en la Función Pública. El modelo de calidad en las administraciones pública mexicanas. Marco jurídico que regula la calidad en los servicios públicos en México. La calidad en la administración pública mexicana. El modelo de calidad en las administraciones pública costarricenses. Sistema Nacional para la Calidad. Calidad en la educación superior. Premio Nacional a la Calidad en la Gestión Pública. Conclusiones.

Jennifer Isabel Arroyo
Chacón¹

Contraloría General de la República, Costa Rica

Francisco Moyado Estrada
Universidad Nacional Autónoma de México
(UNAM)²

1 Abogada, Contadora Pública Autorizada C.P.A, Auditora y Administradora Pública. Posee un Diplôme d' supérieures spécialisées en Administration Publique de la Universidad de Quebec, Canadá y una Maestría en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica.

2 Licenciado en Ciencias Políticas y Administración Pública por la UNAM. Máster en Políticas Públicas por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y The Johns Hopkins University. Es profesor de Calidad del Servicio Público en la Maestría del INAP de México y miembro de la Red Iberoamericana de Expertos en Calidad.

I. Introducción

Vivimos tiempos de cambio donde el ciudadano posee demandas cada vez más exigentes y la administración pública tiene que reinventarse para poder satisfacerlas. Ya no es suficiente prestar un servicio público. Ahora es necesario hacerlo con altos estándares de calidad procurando cumplir las expectativas del ciudadano.

Desde esta óptica, cobra fuerza la filosofía de la calidad en la administración pública, no como una moda o proceso aparte, sino como un eje transversal que impregna todas las actuaciones públicas y está presente en todo el proceso que conlleva la prestación de un servicio público. Dada esta realidad, surge la iniciativa de los autores para preparar un artículo sobre el tema de la calidad en las administraciones públicas de México y Costa Rica.

Este documento pretende mostrar la importancia de este tópico en la función pública y la necesidad de construir una verdadera filosofía de calidad en los servicios públicos de nuestra región. Además, se realiza un recuento de las acciones implementadas hasta la fecha en ambos países y de los avances logrados en la materia.

Se plantean para la discusión los avances y retos que en materia de cultura de calidad aún tienen pendientes ambos países. De tal manera, no se pretende agotar el tema; por el contrario, el objetivo es generar análisis en el lector y proponer el análisis del tema desde una perspectiva comparada, es posible plantear el potencial de la calidad en los gobiernos y las administraciones públicas desde una visión de convergencia que permita potenciar el desarrollo de las regiones en lo social y mejorar su inserción en la competencia internacional.

1. Marco regulador general

a. Concepto de calidad en el sector público

El concepto de calidad se desarrolló junto a la concepción de las organizaciones modernas y pasó por tres diferentes etapas:

- Su incorporación al proceso de producción, mediante el control estadístico (principios del siglo XX).
- Su integración al proceso administrativo, para el aseguramiento de la calidad (hacia los cincuentas).
- Su concepción como un arma estratégica para alcanzar la competitividad entre las organizaciones (albores del siglo XXI).

De esta manera, se consolida la calidad como atributo relativo que un cliente le da a un producto o servicio, con base en la capacidad de este para satisfacer sus expectativas. Ahora bien, podemos encontrar múltiples acepciones de calidad orientadas al sector público, entre ellas:

La totalidad de propiedades y características de un producto o servicio que los hacen capaz de satisfacer necesidades dadas, en razón de que cumple con las especificaciones preestablecidas. (Aguilar, 2009, p. 136)

Después de casi un siglo de evolución, la calidad, lejos de pensar que se trata de una nueva moda o un recetario de fórmulas mágicas, bien al contrario, consiste en una filosofía de acción continua por mejorar con el fin de obtener un producto o servicio de valor para el cliente, usuario, etc. Tratando de satisfacer sus expectativas, pues con ello, conseguimos aumentar la viabilidad del negocio, bien a través del incremento de la rentabilidad de la empresa (caso de empresas privadas) o del bienestar de la sociedad y la satisfacción de ciudadanos y usuarios por el servicio recibido en el caso de los servicios públicos, es decir, la identificación de los ciudadanos con las políticas públicas desarrolladas por las administraciones y financiadas con los impuestos de todos. (Camarasa, 2004, p. 11)

Gestionar la calidad de un servicio, el cual da razón de ser a la organización responsable del mismo, implica adaptar los instrumentos gerenciales correspondientes, para que de una manera organizada y planificada la organización obtenga resultados previstos o convenidos con terceros u demuestre capacidad de reacción frente a imponderables no previstos en sus procedimientos. (Malvicino, 2001, p. 9)

Por su parte, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública incluye una definición de calidad aplicable al sector público iberoamericano como:

Concepto de calidad en la gestión pública

La calidad en la gestión pública constituye una cultura transformadora que impulsa a la Administración Pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

La calidad en la gestión pública debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos, de acuerdo a metas preestablecidas alineadas con los fines y propósitos superiores de la Administración Pública y de acuerdo a resultados cuantificables que tengan en cuenta el interés y las necesidades de la sociedad.

La concepción de la calidad ha ido evolucionando e incorporando nuevos aspectos hasta conformar una aproximación holística e integradora de la gestión, donde cobran especial importancia todas las partes interesadas en sus diferentes formas de relación, así como la sostenibilidad y la corresponsabilidad social.

La calidad en la gestión pública puede y debe ser constantemente mejorada, buscando elevarla a niveles de excelencia, es decir obtener resultados sostenibles, con tendencias crecientes de mejora, y que tales resultados se comparen favorablemente con los más destacados referentes nacionales e internacionales. (CLAD, 2008)

Con el objetivo de alcanzar la calidad en los servicios públicos, se han aprobado en la región una serie de importantes instrumentos regionales e internacionales que se aplican tanto para la administración pública costarricense como para la administración pública mexicana y que dada su vinculación con el tema se estudiará a continuación.

i) Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la administración pública

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, aprobada por los países miembros del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en el 2013, en relación con la administración pública, reconoce expresamente el derecho que posee todo ciudadano de recibir servicios de calidad y el deber que tiene la administración pública de prestarlos en estos términos.

Al respecto consagra el principio de la calidad en los servicios públicos, de la siguiente manera:

11. Principio de universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios públicos y de interés general con independencia de la ubicación geográfica de los ciudadanos y del momento en que estos precisen el uso de dichos servicios por parte de las Administraciones Públicas con presencia territorial. (CLAD, 2013)

Incluye la calidad como un principio rector de la gestión pública y un derecho del ciudadano, así señalado de la siguiente manera:

33. Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad.

En observación en lo que dispone la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, los servicios de responsabilidad pública deben ofrecer a los usuarios determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén lo mejor informados posible y puedan efectuar los comentarios y sugerencias que estimen pertinentes. (CLAD, 2013)

Las administraciones públicas deben prestar servicios al usuario con altos niveles de calidad, por lo menos con los contenidos mínimos establecidos en la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública que se explicará a continuación.

li) Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública

La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, aprobada por los países miembros del CLAD en el 2008 pretende concienciar a las administraciones públicas de la necesidad de que su gestión esté referenciada a la satisfacción de las necesidades del ciudadano, sea como usuario o como beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso formulación, ejecución y control de las políticas públicas, con base en el principio de corresponsabilidad social. Asimismo, la gestión pública debe orientarse a resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilidad del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas.

Esta Carta no sólo confirma el derecho de los ciudadanos a recibir un servicio público de calidad sino que también demanda un espacio de participación del ciudadano en la

construcción de un modelo de calidad en la función pública que satisfaga sus requerimientos, en los siguientes términos:

“19 Por su parte, el ciudadano debe participar en la mejora de la calidad de la gestión pública, en consecuencia:

- a. Contribuirá al sostenimiento de los costes de la gestión pública.
- b. Dará un trato respetuoso y conforme a principios éticos a los funcionarios y autoridades públicas.
- c. Realizará un uso adecuado de los bienes y servicios públicos.
- d. Participará en el ciclo de formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas.”(CLAD, 2008)

Las acciones que promueve esta Carta para implementación de parte de los Estados, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Tabla 1. Acciones contenidas en la Carta Iberoamericana de la Calidad en la Gestión Pública.

Acciones contenidas en la Carta Iberoamericana de la Calidad en la Gestión Pública		
La dirección estratégica y el ciclo de mejora.	Los equipos y proyectos de mejora.	Sugerencias, quejas y reclamos de los ciudadanos.
Prospectiva y análisis de la opinión ciudadana.	Cartas de compromisos o de servicios al ciudadano.	Sistemas de gestión normalizados.
Participación ciudadana para la mejora de la calidad.	Mecanismos de difusión de información relevante para el ciudadano.	La gestión del conocimiento.
Adopción de modelos de excelencia.	La mejora de la normatividad.	Comparación e intercambio de mejores prácticas.
Premios a la calidad o excelencia.	El gobierno electrónico.	Aportaciones y sugerencias de los funcionarios públicos.
La gestión por procesos.	La medición y evaluación.	

Esta carta es de gran trascendencia en el tema que nos ocupa e incluye múltiples aspectos relevantes para el estudio; no obstante, interesa destacar el cambio de visión que incluye en términos de servicio público, pues demanda que la administración pública diseñe sus procesos en función de las necesidades del ciudadano, construir una gestión pública al servicio de la ciudadanía.

“Para una gestión pública al servicio de la ciudadanía

24 El reto de la calidad en la gestión pública es su orientación al servicio de las necesidades y expectativas de la ciudadanía y su compromiso en alcanzar una sociedad de bienestar. La capacidad de innovar y adaptarse continuamente a los requerimientos sociales permitirá a la Administración Pública incrementar la credibilidad y confianza de los ciudadanos sobre las diversas prestaciones y variados servicios que suministra.” (CLAD, 2008)

Para lograrlo, se requieren cambios estructurales y culturales profundos a lo interno de las administraciones públicas, tales como: guiarse por principios de eficiencia, economía, eficacia; garantizar la continuidad en la prestación de servicios; tener una visión de gestión pública por resultados; implementar mecanismos de evaluación permanente; y crear sistemas de gestión normalizados y otros aspectos similares que se incluyen en este instrumento.

Finalmente, este documento plantea una reflexión sobre la necesidad de transformar e implementar una cultura de calidad en la prestación de servicios públicos, lo cual debe hacerse de forma planificada mediante una estrategia a corto, mediano y largo plazo, reconociendo que los principales resultados se obtendrán en el futuro.

iii) Carta Iberoamericana de la Participación Ciudadana en la Gestión Pública

La Carta Iberoamericana de la Participación Ciudadana en la Gestión Pública, aprobada por los países miembros del CLAD regula principalmente mecanismos para garantizar la participación del ciudadano en la toma de decisiones y gestión pública; no obstante, reconoce que un estado democrático debe garantizar el logro de niveles de calidad y excelencia en el desempeño de sus funciones y en sus resultados.

Esta carta pretende incentivar la mejora en los servicios prestados a los ciudadanos y ciudadanas como una forma de mejorar la calidad en los sistemas democráticos de la región.

Finalmente, reconoce que la participación ciudadana contribuye a perfeccionar los servicios públicos; y por ende, a mejorar la calidad en los servicios públicos.

iv) Código Iberoamericano de Buen Gobierno

Este código pretende contribuir a mejorar la gestión pública, respetando la pluralidad democrática e incentivando la correcta actuación de las administraciones públicas. Busca ser un instrumento para orientar a los gobiernos para que los servidores públicos sean promotores de los derechos de los ciudadanos y del respeto de la democracia.

Dentro de los múltiples temas incluidos en dicho código, se señaló igualmente, el tema de la calidad, en el apartado IV. Reglas vinculadas a la gestión pública en los siguientes puntos:

“27. Garantizarán que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados.

34. Promoverán la creación, la mejora de la calidad y el uso compartido de estadísticas, bases de datos, portales de gobierno en línea y, en general, todo aquello que facilite la labor interna de sus empleados y el mejor acceso de la ciudadanía a la información y los servicios públicos. (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.” (CLAD, 2003)

Los países latinoamericanos se han comprometido con la calidad en los servicios públicos, lo cual implica aprobar un marco jurídico adecuado, desarrollar estrategias de implementación, ejecutar acciones y demás actuaciones necesarias para traducir el contenido de la calidad en un mejor servicio público.

v) Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad

En 1998 se constituyó la Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad (FUNDIBEQ), una organización supranacional, sin ánimo de lucro, que desarrolla la gestión global de la calidad en el ámbito iberoamericano para mejorar la competitividad del tejido económico y social de los países Iberoamericanos y conseguir, de esta forma, que la comunidad iberoamericana sea considerada un entorno de calidad, donde se puedan encontrar los mejores proveedores, aliados y oportunidades de inversión y que sus miembros puedan mejorar su competitividad y consolidar su posición internacional. Forman parte los gobiernos de Costa Rica y México y el Instituto Centroamericano de Administración Pública es miembro asociado.

Del trabajo realizado por esta fundación, se destaca el modelo iberoamericano de excelencia-calidad, apoyado por la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, que textualmente dice:

“62 Se reitera la gran utilidad de optar por modelos de excelencia en la gestión, establecidos como respaldo de Premios Nacionales a la Calidad y del Premio Iberoamericano de la Calidad, respaldado por la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.” (CLAD, 2008)

vi) Estrategia Centroamericana de la Calidad en la Función Pública

Los países que conforman el Sistema de Integración Centroamericana (SICA)¹ conscientes de la importancia de incentivar la calidad en la función pública en los gobiernos de la región, aprobaron la Estrategia Centroamericana de la Calidad 2011-2014, la cual se fundamenta en la integración y desarrollo de tres grandes ejes estratégicos:

- a. ICAP: ruta a la calidad.
- b. Calidad en la nueva gestión pública.
- c. Integración regional con calidad.

¹ Miembros plenos: Belice, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Panamá y República Dominicana; Observadores Regionales: México, Chile, Brasil, Argentina, Perú, Estados Unidos, Ecuador, Uruguay y Colombia.

Esta estrategia incluye acciones como lanzamiento de Premios Nacionales a la Calidad en el Sector Público, implementación de Sistemas de Gestión de Calidad en instituciones públicas, fortalecimiento de los profesionales de la región con los programas de maestrías en Gerencia de la Calidad, capacitación de cuadros medios mediante el programa de Gestores de Calidad en el Sector Público, creación de redes, con el propósito de socializar y multiplicar la gestión del conocimiento generado por las diversas instituciones públicas de Centroamérica, entre otras actuaciones relevantes en el tema.

Es importante destacar la aportación de este conjunto de iniciativas de carácter regional para impulsar la calidad en los gobiernos y las administraciones públicas, pues no se trata solamente de introducirla como una moda de gestión como tradicionalmente se había entendido, sino que en la actualidad la calidad se concibe como un derecho y un principio que fortalece la condición de ciudadanía. Esto es importante para nuestra visión de convergencia, porque en la medida que la calidad se vincula con una ciudadanía fortalecida, adquiere importancia central en la tarea de gobierno que cumple una función estratégica de conformar regiones potentes en lo económico y en lo social.

A continuación se explica el modelo de gestión de calidad en las administraciones públicas mexicanas y costarricenses.

2. El modelo de calidad en las administraciones pública mexicanas

a. Marco jurídico que regula la calidad en los servicios públicos en México

La calidad en los servicios públicos se encuentra reconocida en el ámbito constitucional. El artículo 26 de la Constitución Política Mexicana encarga al Ejecutivo Federal el establecimiento de un sistema de evaluación y compensación de la calidad de las políticas públicas.

El artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada el 29 de diciembre de 1976, ordena la organización y coordinación del desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la administración pública federal, con el fin de que los recursos humanos, patrimoniales y los procedimientos técnicos de esta sean aprovechados y aplicados con criterios de eficiencia y eficacia, descentralización, desconcentración y simplificación administrativa.

Por su parte, el artículo 9 de la Ley de Planeación, publicada el 5 de enero de 1983, indica que la planeación y la acción del Estado deben ser equitativas, integrales y sustentables. Para ello, el Ejecutivo Federal establece el sistema de evaluación y compensación por el desempeño para medir los avances de las dependencias de la administración pública, así como un sistema para compensar y estimular el buen desempeño de las unidades administrativas y de los servidores públicos.

En 1995 la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo fue la responsable de implementar el Programa de Modernización de la Administración Pública (PROMAP). Más adelante, esta dependencia se convirtió en la Secretaría de la Función Pública y puso en marcha el Programa INTRAGOB que estuvo vigente entre el 2002 y el 2006. Posteriormente

la misma Secretaría de la Función Pública, a través de la Unidad de Políticas de Mejora de la Gestión Pública, implementó el Programa Especial de Mejora de la Gestión en la Administración Pública Federal 2008-2012 (PMG), creado a través del Decreto por el que se aprueba el Programa Especial de Mejora de la Gestión en la Administración Pública Federal 2008-2012, publicado el 10 de septiembre de 2008.

En conjunto, esta serie de programas impulsados en la administración pública federal, han enfocado diversos instrumentos relacionados con la calidad de los servicios públicos y la mejora de la gestión para promover el desempeño del gobierno y la imagen ante el ciudadano. En este sentido, se ha planteado que hay una especie de continuidad, en las dos últimas décadas, en el tipo de soluciones de calidad que los gobiernos se han propuesto para dar respuesta a una sociedad cada vez más demandante, independientemente de la extracción política del gobierno de turno.

b. La calidad en la administración pública mexicana

En este apartado, se presenta un análisis del proceso que ha seguido la transición hacia la nueva gestión pública en México, así como el proceso de asimilación de la gestión de calidad, en las dependencias y entidades de la administración pública federal, a través de las políticas y programas de modernización y mejora, implementadas entre los años 1995 y 2012.

Para el estudio de la administración pública mexicana contemporánea, se proponen cuatro grandes etapas, que son: reconstrucción política, económica e institucional del Estado posrevolucionario, reforma administrativa, redimensionamiento estatal y nueva gestión pública profesionalizada, transparente, con mejora regulatoria y de calidad:

- La **primera etapa** abarca de 1920 a 1960 e incluye el proceso de reconstrucción política, económica e institucional del Estado posrevolucionario. En esta etapa, se diseñan las instituciones de fomento económico, las instituciones de la banca de desarrollo, de promoción industrial y las grandes instituciones de seguridad social, que van a configurar un modelo de Estado social, el cual se irá fortaleciendo durante la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, en esta misma etapa, el desarrollo de las estructuras económicas y administrativas no puede entenderse sin otros cambios fundamentales y fundacionales en el sistema político, como son: el establecimiento de la no reelección, a partir de 1928; la fundación del Partido Nacional Revolucionario (PNR) en 1929; y la consolidación del presidencialismo como vértice del andamiaje político-administrativo, a partir de 1934.

- La **segunda etapa** se enmarca dentro del proceso de reforma administrativa y se ubicaría entre 1960 y 1982. Se trata de la última etapa de crecimiento económico importante, que coincide con la aparición de diversas expresiones y movimientos sociales, que habrán de influir en el inicio de reformas al sistema político, como antecedentes de la transición democrática.

En esta etapa, se producen diversas iniciativas gubernamentales, para dar orden y sistematización al conjunto de dependencias y entidades surgidas en la

etapa de desarrollo conocida como el “milagro mexicano” y donde los esfuerzos de reforma se concentran en el proceso de sectorización, que crea instancias de control global y disposiciones jurídicas como: la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Presupuesto, C y Gasto Público, la Ley de Planeación (de la cual deriva el sistema nacional de planeación democrática), la Ley Federal de Entidades Paraestatales, así como otros instrumentos de coordinación como el Plan Nacional de Desarrollo, los programas sectoriales y la Ley y el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

- La **tercera etapa** va de 1982 al 2000 y se podría definir como la era de redimensionamiento estatal. Se inicia con un gran proceso de ajuste financiero y privatización de entidades públicas, acompañado del retiro del Estado como empresario, apertura e integración comercial, reestructuración del gasto público, descentralización de funciones hacia gobiernos estatales y municipales y focalización de políticas sociales. Si bien la etapa de reforma administrativa y sectorización se propuso contar con mecanismos de orden, control y sistematización de un gran aparato institucional, la etapa de redimensionamiento estatal constituyó un proceso de alineamiento al llamado ajuste estructural, que buscaba el adelgazamiento estatal y, por tanto, el retiro del Estado de muchas actividades económicas y sociales, que ya no era capaz de atender con eficacia, ante los problemas financieros que enfrentaba.

Esta etapa coincide, además, con una serie de movimientos y cambios que reflejan un proceso paulatino de liberalización del sistema político. Es decir, durante estos años, el sistema político mexicano, fundado en la preeminencia de la figura presidencial, el control y el corporativismo, por medio del partido hegemónico (PNR,PRM,PRI); experimentan un acelerado proceso de transformación, alimentado por la expansión de los partidos de oposición y su creciente presencia en las diferentes regiones del país a través de gubernaturas estatales y presidencias municipales, y el fin del dominio absoluto por parte del partido del gobierno, en la Cámara de Diputados y el triunfo de la izquierda, al frente de la Jefatura del Gobierno del Distrito Federal a partir de 1997.

Pero aun cuando el sistema político experimentó algunos cambios radicales, estos se fueron reflejando gradualmente en la administración pública, siempre sujeta a los determinantes de la cultura política prevaleciente. Por tanto, como se puede observar, el proceso de transformación de la administración pública mexicana fue largo y azaroso. Respondió principalmente a la dinámica económica y sectorial, en función de procesos sexenales. La problemática que enfrenta se debe a la falta de continuidad, coherencia e integralidad, en las líneas de transformación de la cultura burocrática, que evidentemente se debería transformar para imprimir mayor dinamismo y receptividad a las estructuras institucionales del gobierno federal.

Desde esta perspectiva, se planteó que la modernización de la administración pública tendría que responder a la necesidad de contar con una gestión pública receptiva, de calidad y cercana al ciudadano, acompañada de transformaciones institucionales que permitieran imprimir mayor eficiencia en las organizaciones públicas, transparencia y nuevos valores entre los funcionarios públicos, además de promover incentivos para reforzar el sentido de

pertenencia institucional y abatir la corrupción. Se esperaba que esta serie de factores facilitarían los cambios sexenales, en un contexto de alternancia política, porque la gestión pública ofrecería estabilidad, certidumbre y continuidad por primera vez ante un cambio en el partido de gobierno (Moyado, 2006).

- La **cuarta etapa** se ubica entre el 2000 y el 2012 y conjunta el proceso de transición y alternancia políticas, con la transición desde una administración pública más de corte patrimonialista y preburocrática, hacia las líneas de orientación que definen una nueva gestión pública profesionalizada, transparente, con mejora regulatoria y de calidad.

Durante este período, cuatro aspectos han influido de manera determinante en un cambio de perspectiva en la administración pública, por lo que sin duda los países han entrado en un proceso de modernización al incorporar programas y procesos de innovación en sus agendas de reforma del Estado para configurar una nueva gestión pública democrática, que dé soporte al procesamiento de los asuntos públicos y a la relación con los ciudadanos en un marco de alternancia y pluralidad políticas. Estos cuatro aspectos se detallan como sigue:

El primer aspecto tiene que ver con los procesos de *transparencia y acceso a la información gubernamental*. La aprobación de la ley respectiva y su entrada en vigor a partir del 2003 ha impulsado una relación de proximidad entre dependencias y entidades gubernamentales con los públicos respectivos, un hecho sin precedente en la administración pública mexicana. La posibilidad de acceder a la información que se desprende de los asuntos públicos tiene efectos directos en la salud democrática al menos en dos sentidos: por un lado se fortalece la propia condición de ciudadanía, en la medida en que se materializa el derecho a la información y, por otro, se proyecta una imagen de mayor confianza sobre las instituciones en un esquema de transparencia y rendición de cuentas.

Los procesos de transparencia dan origen a nuevas formas de interrelación entre los funcionarios públicos y la sociedad. Se encuentra en la receptividad una herramienta estratégica para la accesibilidad de las organizaciones. Así se abandona el concepto de "caja negra" con el que tradicionalmente se ejemplificaba el funcionamiento de la vieja administración pública, para insertarse en la línea de los llamados modelos de gestión postburocráticos, ampliamente difundidos en Europa y los países anglosajones, a partir de los cuales, como ya se ha visto, recientemente el CLAD ha hecho esfuerzos importantes por apoyar su implementación en los países latinoamericanos.

El segundo aspecto, también presente en el debate y en la agenda pública nacional desde hace varios años, se refiere a la *profesionalización de los funcionarios públicos*. La referencia al tema ha sido una constante para llamar la atención sobre la continuidad de las políticas y programas públicos, con los cambios en las diferentes esferas de gobierno, las cuales están obligadas a reinventarse cada tres o seis años, según sea el caso, con la salida de unos servidores públicos y la llegada de otros.

Los cambios que la transición ha permitido en este campo, al aprobarse la Ley sobre el Servicio Profesional de Carrera (LSPC) en el 2003 llaman la atención sobre la necesaria estabilidad y continuidad en la gestión y las políticas públicas, ante cualquier cambio político,

pero también obligan a pensar en la imparcialidad, neutralidad y calidad que la administración pública y sus funcionarios deben garantizar en toda sociedad democrática (Moyado, 2006).

Esta importante disposición no puede verse solo como un mecanismo de protección de la burocracia. Constituye un paso fundamental para separar una parte importante del aparato institucional de la disputa electoral, que afecta la eficacia de la operación y que en otros tiempos comprometió recursos y apoyos, lo cual afectó la imagen y el mismo patrimonio institucional. Desde esta perspectiva, la LSPC constituye entonces un mecanismo de protección institucional de la lógica de la contienda político-electoral y, en ese sentido, protege tanto a las instituciones, como a los sujetos centrales que son los ciudadanos.

El tercer aspecto se relaciona con el proceso de mejora regulatoria, que tuvo como antecedente los esfuerzos de simplificación administrativa, impulsados desde mediados de los ochenta en la administración pública federal. Este proceso se ha abocado a la reducción de normas y trámites con el fin de acercar la administración al ciudadano y permitir una respuesta más ágil de la gestión pública, a partir de un marco regulatorio sencillo y comprensible.

Como tal, implica la identificación y análisis del conjunto de normas emitidas, la eliminación de las que se consideran innecesarias, la modificación de aquellas que así lo requieran y la eliminación de las que han perdido funcionalidad. También abarca la identificación y eliminación de trámites sin sustento normativo y sin ninguna utilidad pública.

En una perspectiva de mejora regulatoria, el proceso se incluyó dentro de la llamada Agenda del Buen Gobierno en la administración 2000-2006. Posteriormente, en la administración 2006-2012, el tema se incluyó entre los Diez Puntos para la Transformación de México, que el Presidente de la República presentó el 2 de setiembre del 2009. De esta forma, con la modalidad de tala regulatoria², hasta principios del 2012 se habían eliminado 16 261 normas y 2257 trámites y servicios³.

Por último, el cuarto aspecto se relaciona con la *introducción de la calidad en la gestión pública*. Los esfuerzos recientes en este sentido se han abocado a la puesta en operación de programas institucionales de innovación y calidad, así como las cartas de servicios, en un esfuerzo por incorporar la filosofía de atención al cliente y la mejora continua, por medio de diversas acciones con impactos relevantes en relación con los ciudadanos. Lo expuesto se puede sintetizar en la Tabla 2.

² Para un análisis más específico de la estrategia, se puede Secretaría de la Función Pública (2010a).

³ Información consultada el 23 de enero de 2012, en Secretaría de la Función Pública (2010b).

Tabla 2. Políticas de calidad en la Administración Pública Federal 1995-2012.

Programa	Objetivo	Instrumentos
PROMAP 1995-2000	Transformar a la administración pública federal en una organización eficaz y eficiente y con una arraigada cultura de servicio, para coadyuvar a satisfacer cabalmente las necesidades de la sociedad, además de combatir la corrupción y la impunidad, a través del impulso de acciones preventivas y de promoción	Participación y atención ciudadana Descentralización o desconcentración administrativa Medición y evaluación de la gestión pública Dignificación, profesionalización y ética del servidor público
	Promover la calidad de los productos y servicios, con alto impacto en la ciudadanía, consolidar una cultura de calidad en el servicio público, así como unificar una visión de mejora continua, innovación y competitividad, en las dependencias y entidades de gobierno	Satisfacción del cliente Calidad en el servicio Comunicación organizacional Respeto al entorno Mejora continua
PMG 2008-2012	Mejorar la función del gobierno de cara a la sociedad y estandarizar los procesos al interior del gobierno, garantizar el uso eficiente de los recursos y dar dirección y sentido a los esfuerzos que realiza el gobierno para mejorar su operación cotidiana.	Orientación a resultados Flexibilidad Innovación Sinergia Participación ciudadana

Fuente: Moyado, 2014.

3. El modelo de calidad en las administraciones públicas costarricenses

En primer lugar, se debe señalar que el modelo de control de calidad de los servicios públicos en Costa Rica se encuentra en una etapa incipiente. Si bien ya ha dado sus primeros pasos en algunas áreas, aún no constituye un sistema aplicable para todo el sector público costarricense.

La Constitución Política Costarricense no hace referencia al control de calidad de los servicios públicos que se brindan al ciudadano; no obstante, la Ley de Planificación Nacional en su artículo 16 establece que la organización y procedimientos de los ministerios, instituciones autónomas y semiautónomas deberán procurar aumentar la eficiencia y productividad en sus actividades. Textualmente, dicho numeral dice:

Artículo 16.- Los ministerios e instituciones autónomas y semiautónomas llevarán a cabo una labor sistemática de modernización de su organización y procedimientos, a fin de aumentar la eficiencia y productividad de sus actividades

y con el propósito de lograr el mejor cumplimiento de los objetivos que persigue el Sistema Nacional de Planificación. (Asamblea Legislativa, 1974)

Si bien el anterior numeral no se refiere directamente a la gestión de la calidad en los servicios públicos, si contiene sus objetivos, tales como: procurar que la organización y procedimientos internos tiendan a incrementar la eficiencia y productividad en las actividades públicas.

a. Sistema Nacional para la Calidad

Como un primer paso en la implementación del modelo de calidad en Costa Rica, se aprobó en el 2002 la Ley 8279 denominada Sistema Nacional para la Calidad, cuyo numeral 1 dice:

Artículo 1º- Propósito de la Ley. La presente Ley tiene como propósito establecer el Sistema Nacional para la Calidad (SNC), como marco estructural para las actividades vinculadas al desarrollo y la demostración de la calidad, que facilite el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de evaluación, de la conformidad, que contribuya a mejorar la competitividad de las empresas nacionales y proporcione confianza en la transacción de bienes y servicios. (Asamblea Legislativa, 2002a)

El objetivo perseguido con la creación de este Sistema es ofrecer un marco estable e integral de confianza que, por medio del fomento de la calidad en la producción y comercialización de bienes y la prestación de servicios, propicie el mejoramiento de la competitividad de las actividades productivas, contribuya a elevar el grado de bienestar general y facilite el cumplimiento efectivo de los compromisos comerciales internacionales suscritos por Costa Rica.

El artículo 3 de la citada Ley establece los siguientes objetivos al sistema:

- a. Orientar, ordenar y articular la participación de la Administración Pública y el sector privado en las actividades de evaluación de la conformidad y de promoción de la calidad, integradas al SNC.
- b. Promover la disponibilidad y el uso de los mecanismos de evaluación y demostración de la conformidad.
- c. Promover la adopción de prácticas de gestión de la calidad y formación en ellas, en las organizaciones productoras o comercializadoras de bienes en el país.
- d. Fomentar la calidad de los bienes disponibles en el mercado y de los destinados a la exportación.
- e. Propiciar la inserción cultural de la calidad en todos los planos de la vida nacional, especialmente en el individual y el social.
- f. Coordinar la gestión pública y privada que deben realizar las entidades competentes para proteger la salud humana, animal o vegetal, el medio ambiente y los derechos legítimos del consumidor, y para prevenir las prácticas que puedan inducir a error.
- g. Articular la gestión pública y privada que realicen las entidades competentes en las actividades de metrología, normalización, reglamentación técnica y

evaluación de la conformidad, así como la prevención de prácticas que constituyan barreras técnicas ilegítimas para el comercio. (Asamblea Legislativa, 2002a)

La Procuraduría General de la República ha señalado que esta ley crea un sistema para promover la calidad de bienes y servicios. El dictamen C-355-2005 del 14 de octubre del 2005, dice:

Un sistema para promover la calidad de bienes y servicios

La Ley del Sistema de Calidad en todas sus normas debe ser interpretada de acuerdo con los fines que pretende realizar y que están enmarcados en el cumplimiento de las normas internacionales referidas al comercio internacional. Es por ello que la ley define su ámbito normativo en relación con bienes y servicios. La calidad de la producción y comercialización de bienes y la prestación de servicios es postulada como un medio para favorecer la competitividad de la producción nacional (artículo 1 de la Ley). Competitividad que debe expresarse en un posicionamiento de esos bienes y servicios en el mercado internacional, permitiendo cumplir los compromisos internacionales de carácter comercial de que es parte el país. La aplicación de normas de calidad internacional se asegura mediante procesos de evaluación y acreditación. Los objetivos de esta Ley se conforman con los de competitividad y libre comercio, considerados un mecanismo eficiente en la asignación de recursos y en la creación de riqueza, que informan la legislación y política comercial costarricense a partir de la década de los noventa. Son también conformes con los compromisos asumidos por Costa Rica en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). (Procuraduría General de la República, 2005)

Ahora bien, se afirma que el sistema de calidad en el sector público es incipiente dado que el ámbito de aplicación de esta Ley se da mayoritariamente en los bienes y servicios producidos en el sector privado, aunque puede ser aplicado en ámbitos públicos cuando corresponda.

El artículo 6 de la Ley 8279 crea el Consejo Nacional para la Calidad (CONAC) como entidad responsable de fijar los lineamientos generales del Sistema Nacional de Calidad, conforme con los lineamientos y prácticas internacionales reconocidas y las necesidades nacionales. Velará por la adecuada coordinación de las actividades de promoción y difusión de la calidad y elaborará las recomendaciones que considere convenientes, dará el seguimiento necesario a los lineamientos generales y las recomendaciones que emita y contará con una Secretaría Ejecutiva, adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC).

El sistema está conformado por cuatro instituciones, según se muestra en la Figura 1.



Figura 1. Instituciones que componen el Consejo Nacional para la Calidad.

Estas instituciones poseen competencias claramente delimitadas en sus ámbitos propios de competencia, con el fin de promover la calidad y así favorecer la competitividad de las empresas nacionales, la protección de los consumidores e impulsar el desarrollo económico y comercial del país.

b. Calidad en la educación superior

La educación superior ha dado un primer esfuerzo para implementar un modelo de calidad con la aprobación en el 2002 de la Ley 8256 denominada Ley del Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior, cuyo objetivo es planificar, organizar, desarrollar, implementar, controlar y dar seguimiento a un proceso de acreditación que garantice continuamente la calidad de las carreras, los planes y programas ofrecidos por las instituciones de educación superior, y salvaguarde la confidencialidad del manejo de los datos de cada institución.

El artículo 5 de la esta Ley incluye dentro de sus objetivos la promoción de la calidad en la educación superior:

- a. Coadyuvar al logro de los principios de excelencia académica y al esfuerzo de las universidades públicas y privadas por mejorar la calidad de los planes, las carreras y los programas que ofrecen.
- b. Mostrar la conveniencia que tiene, para las universidades en general, someterse voluntariamente a un proceso de acreditación y propiciar la confianza de la sociedad costarricense en los planes, las carreras y los programas acreditados, así como orientarla con respecto a la calidad de las diversas opciones de educación superior.
- c. Certificar el nivel de calidad de las carreras y los programas sometidos a acreditación para garantizar la calidad de los criterios y los estándares aplicados a este proceso.
- d. Recomendar planes de acción para solucionar los problemas, las debilidades y las carencias identificadas en los procesos de auto-evaluación y evaluación.

Dichos planes deberán incluir esfuerzos propios y acciones de apoyo mutuo entre las universidades y los miembros del SINAES.

- e. Formar parte de entidades internacionales académicas y de acreditación conexas. (Asamblea Legislativa, 2002b)

Esta ley procura la calidad a nivel de educación superior, aplicable tanto a las universidades públicas como privadas, función que recae en el Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior (SINAES) como ente acreditador. La acreditación tendrá como propósito identificar, con carácter oficial, las carreras y los programas universitarios que cumplan los requisitos de calidad que establece el SINAES.

c. Premio Nacional a la Calidad en la Gestión Pública

La Carta Iberoamericana de la Calidad en la Gestión Pública incluye como uno de los mecanismos para alcanzar la excelencia en los servicios públicos la creación de un premio a la calidad o excelencia en los servicios públicos de parte de los gobiernos, textualmente dicha Carta dice:

Premios a la calidad o excelencia

44 Los premios a la calidad o premios a la excelencia respaldados por modelos de excelencia constituyen instrumentos valiosos de estímulo para la mejora y reconocimiento de la gestión, resultando de gran utilidad para el intercambio y difusión de las mejores prácticas. (Centro Latinoamericano de Administración Pública para el Desarrollo. (CLAD, 2008)

Desde esta perspectiva, Costa Rica promulgó inicialmente el Decreto Ejecutivo 35925 denominado Premio Nacional a la Calidad en la Gestión Pública y reconocimiento a prácticas promisorias en la Gestión Pública del 08 de abril del 2010, el cual fue derogado por el Decreto Ejecutivo 37611 denominado Premio Nacional a la Calidad y reconocimiento a prácticas promisorias en la gestión pública del 22 de marzo del 2013, el cual está vigente.

El Estado costarricense reconoce expresamente que la excelencia en la gestión pública constituye un mecanismo para propiciar una mejora en la calidad de vida de la ciudadanía y que uno de los principales retos que enfrentan las administraciones públicas es que la prestación de los servicios públicos sea consecuente con sus necesidades y expectativas para el cumplimiento de sus compromisos, en el marco de las oportunidades que ofrece la transición de la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento. De esta manera, con el propósito de optimizar la relación con la ciudadanía, aumentar su nivel de satisfacción y reformar la imagen que los usuarios poseen de las instituciones públicas que le brindan servicios, se crea este premio dentro del marco de reforma y modernización del Estado, a fin de incentivar el cumplimiento de estándares de calidad en los servicios prestados.

Así lo establece el artículo 2 de este decreto:

Artículo 2º-Creación. Créase el PROGRAMA con el objeto de destacar las experiencias promisorias, las habilidades sobresalientes y los avances importantes

en la prestación de servicios públicos, mediante el otorgamiento del PREMIO y del RECONOCIMIENTO.

El PREMIO y el RECONOCIMIENTO promoverán una gestión pública enfocada a favorecer la condición de usuarios de la ciudadanía, que esté dirigida a la mejora continua de los servicios ofrecidos mediante la utilización del "Modelo de Excelencia en la Gestión Pública de Costa Rica", desarrollado para que las instituciones del Estado realicen su autoevaluación y establezcan planes de mejora en su gestión. Adicionalmente se utilizará el Modelo de Evaluación vigente dirigido a la implementación de proyectos de mejora. Ambos modelos se encuentran detallados en las BASES. (Poder Ejecutivo, 2013)

El objetivo que persigue este proyecto es estimular la adopción de prácticas de excelencia en las organizaciones del sector público y convertir a los ganadores en instituciones modelo para promover y emular estos sistemas de gestión organizacional. Entre los beneficios que brinda a la gestión pública se encuentran:

- Promover un proceso de mejora continua que permite a las organizaciones participantes identificar puntos fuertes y áreas de mejora, y así generar una cultura de calidad en la prestación de los servicios públicos.
- Mejorar la calidad de vida de la ciudadanía.
- Las organizaciones ganadoras del Premio Nacional a la Calidad en la Gestión Pública reciben un reconocimiento que las acredita como instituciones de excelencia y calidad en la prestación de sus servicios.
- Promover el mejoramiento continuo, mediante el establecimiento de grupos de trabajo que utilicen métodos y técnicas adecuadas para elevar la calidad y el buen desempeño de sus organizaciones.
- Acceso a la información sobre las mejores prácticas de gestión y prestación de servicios de las demás organizaciones participantes.

Así, se puede afirmar que la implementación de modelos de calidad y excelencia en Costa Rica aún se encuentra en etapas iniciales; si bien se han tenido algunas iniciativas, no podría afirmarse que se posea un modelo de gestión de la calidad aplicable y exigible para todo el sector público costarricense, pese a su importancia e imperiosa necesidad de reformar la prestación de servicios al ciudadano, lograr satisfacer sus requerimientos y mejorar la imagen que estos poseen de los servicios públicos que reciben.

Conclusiones

Se evidencia que el tema de la calidad en los servicios públicos posee un mayor desarrollo en México que en Costa Rica. No obstante, ambos países aún poseen un camino amplio por recorrer y múltiples mejoras que introducir en sus administraciones públicas, con el fin de prestar servicios públicos con altos estándares de calidad en favor de los ciudadanos.

Asimismo, en los ámbitos internacional y regional, se han hecho importantes esfuerzos por emitir normativa y guías técnicas que sirvan de buenas prácticas en la implementación de modelos de calidad en los servicios públicos de la región, tales como la emisión de códigos, cartas y estrategias que aplican a ambos países. Aunque se cuenta con un marco susceptible de regular la convergencia regional en materia de calidad de los servicios públicos, es necesario fortalecer su aplicación y darle una mayor difusión entre los gobiernos de la región para que incorporen estrategias de calidad con mayor vigor siempre en función del fortalecimiento de la tarea de gobierno y un mayor compromiso con la ciudadanía.

Finalmente, se destaca la cultura de calidad en los servicios públicos que prestan las instituciones de ambos países, los esfuerzos que se han implementado hasta la fecha; sin embargo, aún están pendientes acciones específicas y cambios estructurales para alcanzar los objetivos propuestos.

Referencias

- Aguilar, L. (2009). *Gobernanza y Gestión Pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Asamblea Legislativa. (1974). *Ley 5525 denominada Ley de Planificación Nacional*. Costa Rica: SINALEVI.
- Asamblea Legislativa. (2002a). *Ley 8279 denominada Ley del Sistema Nacional de Calidad*. Costa Rica: SINALEVI.
- Asamblea Legislativa. (2002b). *Ley 8256 denominada Ley del Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior*. Costa Rica: SINALEVI.
- Camarasa Casterá, J.J. (2004). *La calidad en la administración pública. Educar en el 2000*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2003). *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*. Uruguay.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2013). *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano*. Venezuela.
- Centro Latinoamericano de Administración Pública para el Desarrollo (CLAD). (2008). *Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública*. El Salvador.
- Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad (FUNDIBEQ). (s.f.). Recuperado el 19 de junio de 2014, de <http://www.fundibeq.org/opencms/opencms/PWF/home/index/index.html>
- Malvicino, G. (2001). *La gestión de la calidad en el ámbito de la administración pública: potencialidades para un cambio gerencial*. VI Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y la Administración Pública.
- Moyado, Estrada F. (2014). *Gobernanza y calidad en la gestión pública: oportunidades para mejorar el desempeño de la Administración Pública en México*. INAP, México.
- Moyado, Estrada F. (2006). *Gobiernos de calidad: ideas y propuestas desde la Nueva Gestión Pública*, *Revista Buen Gobierno*, Número 1, noviembre de 2006.
- Poder Ejecutivo. (2013). *Decreto Ejecutivo 37611 denominado Premio Nacional a la calidad y reconocimiento a prácticas promisorias en la gestión pública*. San José, Costa Rica: SINALEVI.
- Procuraduría General de la República. (2005). *Dictamen C-355-2005 del 14 de octubre del 2005*.

Secretaría de la Función Pública (2010a). *Menos reglas, mejores resultados. Informe*.
www.funcionpublica.gob.mx

Secretaría de la Función Pública. (2010b). *Contador de normas eliminadas consolidadas*.
<http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/programas/manuales>

El recurso de apelación en contratación pública Análisis de derecho comparado

Sumario

Introducción. 1. Los recursos administrativos. a. Los recursos administrativos ¿privilegio de la administración o garantía del administrado? b. Función de los recursos administrativos como mecanismo para la tutela efectiva del interés público y particular del ciudadano. c. Requisitos básicos para una fase recursiva eficiente. d. Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas sobre recursos en materia de adjudicación de contratos públicos. 2. El recurso de apelación en la contratación pública. a. Régimen especial en materia de contratación administrativa. b. Competencia de la Contraloría General de la República de Costa Rica en materia de contratación administrativa. c. Potestades de la Contraloría General de la República para la resolución del recurso de apelación. d. Contratos objeto del recurso. e. Legitimación activa. f. Trámite del recurso de apelación. Conclusión

Roberto Rodríguez Araica¹

¹ Licenciado en Derecho y Master en Administración de Negocios con énfasis en Banca y Finanzas.

I. Introducción

La respuesta de la administración de justicia en Costa Rica, al igual que en muchos otros países, es poco oportuna en la resolución de los conflictos que los particulares presentan a su árbitro, lo cual provoca la inminente necesidad de mejorar los procesos de revisión de las conductas del Estado en sede administrativa, en aras de garantizar al ciudadano la prestación de un servicio público que satisfaga sus necesidades de forma eficiente.

El establecimiento de un Estado moderno de Derecho exige que los mecanismos de revisión y corrección de la conducta administrativa se encuentren constitucional y legalmente reconocidos por el ordenamiento jurídico, pero no solo desde una perspectiva formal, sino también material, que hace valer el principio de justicia pronta y cumplida que, lejos de ser un ideal a alcanzar, debería constituir la base real sobre la que se estructure y evalúe la justicia administrativa en todas las latitudes del mundo.

Este principio es el que nos conduce a cuestionar constantemente la capacidad de respuesta que el derecho administrativo ofrece al ciudadano, de frente a la conducta activa u omisiva del Estado, así como a la tutela efectiva del interés público que busca satisfacer mediante el despliegue de la actividad administrativa.

En el presente estudio, se analiza una de las actividades esenciales que debe desarrollar el Estado para la prestación del servicio público, como es la contratación pública, cuya eficiencia en Costa Rica ha sido objeto de críticas severas en los últimos años.

El exceso de tramitología y la calidad de los bienes y servicios adquiridos por el Estado mediante el régimen de contratación administrativa vigente, han sido señalados como factores negativos que han impedido al país avanzar por el camino del desarrollo. Esta situación ha provocado una profunda reflexión y cuestionamiento del ordenamiento jurídico que regula la materia, en el cual el papel de la Contraloría General de la República no ha escapado a duras críticas y vientos de cambio por parte de los actores políticos, sociales, económicos y jurídicos de la nación.

Esta realidad social y la urgente necesidad de evaluar la oportunidad de la justicia administrativa costarricense motivaron la elaboración del presente estudio, cuyo objetivo es analizar el recurso de apelación contra el acto de adjudicación de contratos públicos, a fin de valorar si su modelo de organización y la normativa que lo regula ofrecen una respuesta plena y oportuna al administrado y al interés público.

Para tales efectos, se aplica una metodología estrictamente jurídica que inicia con la delimitación conceptual de los recursos administrativos en general, como base para estudiar el recurso de apelación, la función de la Contraloría General de la República y un estudio comparativo con las directivas emitidas por el Consejo de las Comunidades Europeas y el Parlamento Europeo, así como con el Recurso Especial en Materia de Contratación regulado en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre, los cuales se utilizarán como parámetro de eficiencia en la resolución de conflictos, de cara al establecimiento de un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica suficiente para incentivar una mayor concurrencia de proveedores a los concursos, en procura de la adquisición de bienes y servicios que satisficieron del interés general.

1. Los recursos administrativos

a. Los recursos administrativos ¿privilegio de la administración o garantía del administrado?

La resolución de los recursos es una prerrogativa que ostenta la administración con base en lo que se denomina la autotutela administrativa, la cual como señala Manuel Sarmiento Acosta comporta una situación de privilegio que exonera a la Administración de impetrar la intervención de los Tribunales de Justicia (Sarmiento, 1996, p. 45).

Los artículos 41 y 49 de la Constitución Política de la República de Costa Rica reconocen el principio de justicia administrativa pronta y cumplida, que abarca no solo el derecho a tener una respuesta eficiente del Estado en la prestación del servicio público, sino también el de garantizar la protección del interés público e individual, de frente a los excesos o arbitrariedades del poder público en el ejercicio de la función administrativa.

Como parte de esa garantía, por lo menos en teoría, se erige la figura del recurso administrativo, el cual ha sido objeto de múltiples cuestionamientos en cuanto a su efectividad en la tutela del interés particular, tanto por la falta de oportunidad en su resolución, como por el hecho de que en la mayoría de los casos la administración confirma la conducta impugnada, minando su credibilidad en relación con la objetividad aplicada en el ejercicio de dicha justicia administrativa. Esta situación ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional Costarricense que en la sentencia 3669-2006 de las 15:00 horas del 15 de marzo de 2006 señaló:

La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición –entendido este último como el recurso horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo–, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado; b) es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; c) la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la cual, eventualmente, puede transformarse –según su prolongación y las circunstancias particulares de los administrados justiciables– en una denegación de justicia; lo anterior constituye una clara y evidente ventaja relativa para los entes públicos de la cual, en ocasiones, se prevalecen, puesto que, el administrado o ciudadano pasa –por su condición ordinaria de persona física– y la administración pública permanece

prolongadamente en el tiempo... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 03669-2006)

Esta pérdida de confianza e ineficiencia en el trámite del recurso administrativo deslegitima al Estado en la utilización de dicho instituto para la protección del interés público y del interés particular del administrado y se transforma en un privilegio de la administración, que como tal, se ha tratado de limitar mediante reformas legales o pronunciamientos judiciales que impidan que esa etapa del procedimiento administrativo constituya un impedimento irracional para el acceso a la tutela que brinda la jurisdicción contencioso-administrativa y civil de Hacienda.

Sobre la base de esa realidad jurídica es que, en la sentencia supra citada, se llega a establecer que el carácter preceptivo del recurso administrativo, justificado en el principio de autotutela de la administración, pierde credibilidad y sustento. Se convierte en un privilegio injustificado del Estado de frente al ciudadano, violatorio del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Al respecto, el fallo señala:

... La interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales de los administrados a una justicia pronta y cumplida y a la igualdad, impone replantearse cualitativamente el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa impuesto por el legislador. En efecto, debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes. Es de esperar que las posibilidades del administrado se refuercen cuando se trata de los denominados "tribunales administrativos" (v. gr. Tribunal Ambiental, Tribunal Fiscal Administrativo, Tribunal Aduanero Nacional, Tribunal del Servicio Civil, Tribunal de Carrera Docente, Tribunal Registral Administrativo, Tribunal de Transportes, etc.), puesto que, como los mismos han sido constituidos, casi de forma usual, como órganos desconcentrados en grado máximo, se obtiene una mayor garantía de especialidad técnica, imparcialidad y objetividad, al difuminarse la relación de jerarquía y diluirse cualquier criterio político. (...) En suma, el carácter electivo de la vía administrativa, resulta absolutamente congruente con los derechos fundamentales de los administrados de acceso a la jurisdicción, a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política), a la igualdad (artículo 33 de la Constitución Política) y a controlar la legalidad de la función administrativa (artículo 49 de la Constitución Política). Ahora bien, debe resaltarse que tan constitucional es que el administrado opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, sin agotar la vía administrativa, como cuando elige hacerlo... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución n. 03669-2006)

Del texto transcrito, se pueden extraer varias ideas importantes para el presente estudio. En primer lugar, el acceso a una justicia pronta y cumplida es un derecho fundamental que, como se indicó en líneas anteriores, debe valorarse no solo desde la existencia formal de los mecanismos de control de la conducta administrativa, sino también desde el punto de vista

material de su efectividad en la tutela de los derechos del administrado, en el entendido de que una justicia formalmente instituida, pero materialmente ineficiente, no cumple con el precepto constitucional señalado.

En segundo lugar, otro aspecto destacable de la sentencia es el señalar que el recurso administrativo y en especial el agotamiento de la vía administrativa en forma preceptiva no debe constituir un obstáculo procesal para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que es el administrado el que debe decidir en cada caso la vía a la que quiere acudir para procurar la tutela de sus derechos.

En tercer lugar, debemos rescatar la afirmación emitida por la Sala en el sentido de que es tan constitucional que el administrado opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, sin agotar la vía administrativa, como cuando elige hacerlo. Ligado a la referencia que hace a los tribunales administrativos, esto permite valorar la hipótesis que se plantea en este estudio:

... Es de esperar que las posibilidades del administrado se refuercen cuando se trata de los denominados "tribunales administrativos" (...), puesto que, como los mismos han sido constituidos, casi de forma usual, como órganos desconcentrados en grado máximo, se obtiene una mayor garantía de especialidad técnica, imparcialidad y objetividad, al difuminarse la relación de jerarquía y diluirse cualquier criterio político... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 03669-2006)

Las tres ideas antes expuestas permiten concluir que la patología de los recursos administrativos deviene por la práctica jurídica en la que se han visto inmersos y no por la importancia de su funcionalidad en el procedimiento de revisión de la conducta administrativa. Como se explica en el siguiente apartado, esta puede conllevar réditos suficientes a la administración, al administrado y al interés público en general, que justifican su replanteamiento mediante nuevos modelos de organización y operación.

b. Función de los recursos administrativos como mecanismo para la tutela efectiva del interés público y particular del ciudadano

i. Garantía de los derechos del administrado

Los recursos administrativos tienen como función esencial la tutela efectiva de los derechos de los particulares, mediante la revisión de la conducta activa u omisiva del Estado, ante eventuales arbitrariedades del poder público.

Dicha función, a pesar de las muchas patologías que adolece, resulta necesaria para la adecuada operación del aparato administrativo, toda vez que como indica Sarmiento (1996, p. 39), si bien la garantía más fuerte e intensa de los derechos de los particulares la ejercen los Tribunales de Justicia, los cuales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional disponen de una cobertura organizativa (independencia) funcional (modo de actuar) y personal (cualificación) más apta que la Administración para resolver los conflictos, se debe reconocer

que los recursos no deben desaparecer, por ser en determinados conflictos de intereses los cauces naturales de resolución y en muchos casos los únicos.

En ese sentido dicho autor señala que

... En muchos casos pretender impugnar un acto o acuerdo administrativo directamente ante los órganos jurisdiccionales no pasa de ser una frivolidad, un mero resabio dogmático, que desconoce lo que realmente sucede día a día en la Administración y en el Poder Judicial. La cuantía de un proceso judicial, la lentitud, el tecnicismo, la solemnidad, etc., producen, más que la adhesión, el rechazo de muchos particulares, que prefieren perder "por el abuso", que "perder por la justicia", porque saben que esta última pérdida es, a veces, más onerosa, aunque dicho así pueda parecer extraño... (Sarmiento, 1996, p. 39)

Esta situación se presenta en todos los ámbitos de actuación del Estado, en donde el ciudadano enfrentado al poder público debe tomar alguno de los siguientes caminos: impugnar la conducta ante la misma administración a sabiendas de que muy probablemente la respuesta sea una negativa a su petición, acudir a la jurisdicción a pedir justicia, la cual no solo es costosa sino también lenta, dadas las formalidades del procesos judicial, o la última y probablemente igual o más frustrante que las dos primeras, aceptar el abuso sin luchar, perdiendo toda su confianza en el Estado Democrático de Derecho.

Como operadores del derecho, no es posible aceptar ninguno de los tres caminos, por lo que se debe pensar en una revolución del derecho administrativo que acerque más la dogmática a la realidad y que, en este caso particular, entienda que una justicia que se cuente en años, y no en meses o semanas, constituye una transgresión a los derechos fundamentales del ciudadano.

ii. Tutela del interés público

Una función que en muchas ocasiones es desvalorizada o a veces olvidada en relación con los recursos administrativos, es la oportunidad que tiene la administración de revisar sus actuaciones de frente al interés público perseguido.

A partir de buena fe que informa las relaciones entre la administración y el ciudadano y sin desconocer que en toda impugnación existe un interés particular que motiva la interposición del recurso, se debe conceptualizar también al administrado como un colaborador de la administración, cuyos aportes pueden ayudar a formar una voluntad administrativa que tutele en mejor medida el interés público perseguido.

No se debe olvidar que el procedimiento administrativo, incluida la etapa recursiva, tiene como finalidad última construir una decisión que satisfaga el interés general, por lo que el recurso administrativo no debe verse necesariamente como una contienda entre sujetos con intereses contrapuestos, sino como una oportunidad de construir una decisión administrativa más justa, en la que se valore tanto la prestación del servicio por parte del Estado, como la situación jurídica del ciudadano en su carácter individual.

iii. Revisión y uniformidad de los criterios administrativos

Otra función que tienen los recursos es la de uniformar los criterios de la administración, mediante la revisión de la conducta del inferior por parte del superior jerárquico, o en la reconsideración de sus propios criterios por medio del recurso contra conductas emanadas directamente por este último.

Aunado a lo anterior y sin estar en presencia de jurisprudencia que pueda constituir fuente de derecho, las líneas de criterio que emanan del superior sirven, además, para fortalecer la potestad de dirección que ejerce el jerarca en la organización. Otorga una mayor seguridad jurídica al ciudadano, quien podrá saber a qué atenerse en su relación con la administración, sin importar el órgano al cual tenga que acudir para requerir un servicio determinado.

c. Requisitos básicos para una fase recursiva eficiente

Para efectos del presente estudio y sin pretender hacer una propuesta exhaustiva de los requisitos básicos para una fase recursiva eficiente, se plantean tres aspectos indispensables para procurar una justicia administrativa que responda mejor a las necesidades de los ciudadanos y al interés público en general.

Dicho planteamiento se realiza en el marco del trámite de procedimientos administrativos, cuyo objeto versa sobre materias especialmente sensibles para el funcionamiento del Estado, como la protección del ambiente, la recaudación de los tributos, el transporte público, el empleo público y la contratación, sin que se puedan generalizar a todas las conductas administrativas, pues podría atentarse contra la potestad de dirección que ostenta el jerarca institucional y se incrementarían los costos de la fase recursiva, en razón de los recursos materiales, humanos y económicos que se requieren para la creación de nuevos modelos de organización.

i. Independencia del órgano encargado de resolver el recurso administrativo

La administración pública, por regla general, tiende a mantener sus decisiones en la fase recursiva, situación que en algunos casos responde a la confirmación de la legalidad del acto impugnado y, en otros, a la falta de objetividad e imparcialidad que por la naturaleza humana adolece quien revisa sus propios actos o de personas cercanas a él.

Esta situación ampliamente conocida en los ámbitos nacional e internacional ha traído como consecuencia la necesidad de crear nuevos modelos de control de la conducta administrativa, entre los que destacan los tribunales administrativos, los tribunales de cuentas y los tribunales jurisdiccionales en ejercicio de funciones administrativas.

Los tribunales administrativos son órganos de desconcentración máxima de la administración activa. Los tribunales de cuentas en la mayoría de los países son órganos de rango constitucional que al igual que los jurisdiccionales en ejercicio de funciones administrativas actúan como jefes impropios de la administración. Todos ellos tienen como común denominador una mayor independencia respecto de la administración activa y de

imparcialidad en la resolución de los recursos administrativos, cuyas decisiones agotan la vía administrativa en las materias que le son asignadas.

La intensidad de dicha independencia depende del reconocimiento total o parcial de los siguientes requisitos básicos de su operación: a) autonomía funcional de base legal con personería jurídica, patrimonio y fuente de recursos propios; b) proceso de nombramiento de sus autoridades superiores que no dependa de la administración activa; c) inexistencia de relación jerárquica respecto de los órganos o entes sujetos a revisión; y d) inexistencia de recursos ordinarios contra las resoluciones definitivas emitidas por las autoridades superiores del órgano de control.

ii. Especialización

Al igual que el apartado anterior y no como solución que pueda ser generalizada a la totalidad de los recursos administrativos, la especialización en la materia objeto de la fase de impugnación otorga mucha fortaleza y credibilidad a las resoluciones que se dictan.

Señala Pérez (2006) que:

La especificidad se vincula con la especialización y aptitud de quien ejerce el control. Y es estrecha su influencia en la independencia del organismo de control. Señala Yvanega que "alcanzar la independencia requiere la confluencia de varias circunstancias: en primer lugar, debe ser un status proclamado oficialmente tanto por la función dentro de la organización como una posición particular del individuo; y en segundo lugar, las personas en funciones u ocupando esas posiciones deben ser reconocidas como capaces de una independencia de criterio y acción en virtud de sus conocimientos, experiencias, ética y profesionalismo. (p. 84)

Por otra parte, la especialización permite una mayor profesionalización técnica y jurídica de las personas encargadas de resolver los recursos, lo cual mejora directamente su contenido y forma en procura de una justicia administrativa más eficiente.

iii. Regulación de la fase recursiva

El trámite de la fase recursiva debe ser ágil, expedito, carente de formalidades excesivas que lo hagan lento y costoso, de manera tal que se le facilite al ciudadano su presentación, ya sea con patrocinio letrado o sin él.

El establecimiento de plazos cortos de tramitación es fundamental para garantizar no solo la calidad del contenido y forma de la resolución, sino también la oportunidad de la decisión, lo cual es esencial para acceder a una justicia administrativa real y no formal.

d. Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas sobre recursos en materia de adjudicación de contratos públicos

Para el análisis comparativo de la normativa nacional con las Directivas de la Unión Europea en materia de recursos administrativos, resulta de gran utilidad transcribir parte de la exposición de motivos de la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre de 1989 (en adelante la Directiva 89/665/CEE), que en lo que interesa dice:

... Considerando que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesitan un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulte importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho;

Considerando que la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate; que es importante, por consiguiente, que los Estados miembros remedien esta situación... (Consejo de las Comunidades Europeas, 1989)

Del análisis del texto transcrito, se puede inferir la importancia de que exista un régimen recursivo eficaz que garantice la transparencia y no discriminación en el trámite de los procedimientos de contratación, lo cual incentivará la participación en los concursos, en beneficio de la competencia y la obtención de mejores bienes y servicios para la satisfacción del interés público.

En relación con la necesidad del cambio normativo que proponía la Directiva que se refería a la exposición de motivos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, García y Fernández (1999) señalan:

... La Exposición de Motivos de la LCAP explica su decisión de no incorporar esta Directiva "porque la materia de recursos que constituye su único objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas... y porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta a su contenido". Esta afirmación no es del todo exacta y, desde luego, no lo era en absoluto en el momento de la promulgación de la LCAP, en el que estaba vigente la LJ 56. En nuestro ordenamiento procesal había y hay, por supuesto, recursos aptos "para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales [art. 2.1.b) de la Directiva] y también, naturalmente, "para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción" [art. 2.1.c)], pero lo que no había y sigue sin haber es un cuadro de medidas provisionales de carácter autónomo susceptibles de ser adoptadas "lo antes posible y mediante el procedimiento de urgencia... para corregir las infracciones o para impedir que se causen otros perjuicios a los interesados, incluidas las medidas destinadas a suspender o hacer que se

suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores... [Art. 2.1.a)] (p. 701)

Cabe indicar que la Directiva 89/665/CE fue modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de diciembre de 2007 (en adelante la Directiva 2007/66/CE), que según señala la Comisión de las Comunidades Europeas, busca mejorar la eficacia de los recursos a disposición de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

Como se puede observar, la Directiva lo que busca es contar con un régimen recursivo rápido y eficaz que incluya medidas cautelares destinadas a suspender las conductas del poder adjudicador que pudieran transgredir el ordenamiento jurídico, para garantizar una tutela efectiva de los derechos de las empresas oferentes en el procedimiento de contratación.

Si bien la Directiva se justifica por la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria, es claro que la eliminación de barreras que impidan el desarrollo de la competitividad es fundamental para el crecimiento del mercado de bienes y servicios, ya sea local o comunitario.

En ese sentido, la Directiva señala la necesidad de "... garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción (...), lo cual resulta acorde con el principio de seguridad jurídica aplicable en todos los ordenamientos jurídicos. (Consejo de las Comunidades Europeas, 2007)

Como se puede observar, los motivos que originan la Directiva responden a las mismas necesidades de la contratación administrativa en Costa Rica, en tanto su mercado de bienes y servicios requiere de igual forma garantizar la transparencia, la no discriminación y la competitividad, para la obtención de productos de mayor calidad al precio justo.

5. El recurso de apelación en la contratación pública

a. Régimen especial en materia de contratación administrativa

Desde su promulgación en 1979, la Ley General de la Administración Pública en su artículo 367 inciso 2 exceptuó la contratación administrativa de la aplicación de los procedimientos administrativos regulados en su Libro Segundo, lo cual permitió la creación de un régimen especial que en la actualidad se encuentra normado en el artículo 37 inciso 3) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento General de Contratación Administrativa.

Este ordenamiento jurídico regula los procedimientos ordinarios y extraordinarios de contratación en sus distintas fases, incluida la de impugnación de los actos de adjudicación, mediante los recursos de revocatoria o apelación. El primero que debe ser resuelto por la administración que emitió el acto de adjudicación y el segundo por la Contraloría General de la República.

Cabe indicar que no se trata de dos recursos que se puedan interponer contra el acto de adjudicación, sino que son excluyentes entre sí. Su procedencia se determina en razón del monto económico del acto impugnado.¹

A diferencia de los demás recursos administrativos, cuya interposición es facultativa, la Sala Constitucional en la sentencia No. 3669-2006 antes citada resolvió que dicho recurso es el único supuesto que junto con el recurso de apelación en materia municipal, por mandato constitucional, sigue manteniendo el carácter preceptivo como requisito procesal para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En ese mismo sentido, el Código Procesal Contencioso Administrativo vigente a partir del 1° de enero del 2008, señala en su artículo 31 inciso 1) que el agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política. Este último es el fundamento del recurso de apelación en contratación administrativa que conoce la Contraloría General de la República como jerarca impropio de la administración.

Contrario a la normativa costarricense, el artículo 40 inciso 6 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que el recurso especial en materia de contratación administrativa (en adelante el recurso especial) es potestativo, lo cual resulta congruente con su función de tutela de los derechos del ciudadano, en detrimento de la idea superada de considerar el recurso administrativo como un privilegio de la administración.

Sin perjuicio del cuestionamiento indicado en el párrafo anterior, se considera que la existencia de un régimen especial para los recursos contra el acto de adjudicación de los contratos administrativos resulta congruente con la Directiva 89/665/CEE que en lo que interesa señala que *"... si las empresas no interponen recurso, no podrían corregirse determinadas infracciones a no ser que se establezca un mecanismo específico..."*.

b. Competencia de la Contraloría General de la República de Costa Rica en materia de contratación administrativa

Con el fin de comprender las potestades que ostentan la Contraloría General de la República en la materia de contratación administrativa, se debe iniciar por el estudio de las competencias que ejerce dicho órgano en la vigilancia de la hacienda pública.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que al ser el término *"vigilancia de la Hacienda Pública"* un concepto jurídico indeterminado, para su concreción se debe recurrir principalmente a tres fuentes: la lista no exhaustiva de sus competencias indicada en el artículo 184 de la Carta Magna, la ley ordinaria por disposición expresa del inciso 5 de dicho numeral y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Del estudio de esas fuentes del derecho y en especial de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se puede conceptualizar el término *"vigilancia"* como la fiscalización,

¹ Ver capítulo IX de la Ley de Contratación Administrativa n.º 7494 del 2 de mayo de 1995.

investigación, verificación, supervisión y control de los componentes de la Hacienda Pública, lo cual abarca funciones de prevención y detección de conductas que atenten contra la hacienda pública, así como de su corrección y reparación para la tutela efectiva del interés público.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que la Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, **la contratación administrativa**, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

En términos sencillos, se puede afirmar que la competencia de la Contraloría General de la República incluye la vigilancia de los fondos públicos y la actividad jurídica, administrativa y financiera que desarrollan los sujetos de derecho público o privado encargados de su administración o custodia.

En ese sentido, queda claro que el modelo de control sabiamente diseñado por el Constituyente de 1949 previó que la efectividad de la vigilancia de la hacienda pública en la realidad política y social costarricense, requería de un órgano que contara con las herramientas jurídicas suficientes para tutelar el correcto uso de los recursos públicos, dentro de las cuales incluyó la asignación de competencias a la Contraloría General de la República para resolver el recurso de apelación contra las adjudicaciones de los contratos.

Dicha conceptualización del modelo de control costarricense es ratificada por la Sala Constitucional al señalar que:

... la Contraloría, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa, según lo indicado por esta Sala en sentencia número 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno: "En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, **corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa.** (El resaltado es propio). (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 99898)

De acuerdo con el texto transcrito, se puede concluir que la potestad para conocer el recurso de apelación deriva de la competencia que el constituyente de 1949 otorgó a la Contraloría General de la República en la vigilancia de la hacienda pública, como parte del

modelo control externo que en la actualidad se desarrolla en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Este modelo de control externo resulta acorde con la Directiva 89/665/CEE, según lo señalado en los apartados 2, 7 y 8:

2. Los poderes establecidos en el apartado 1 podrán conferirse a organismos distintos, responsables de aspectos diferentes de los procedimientos de recurso. (...) 7. Los Estados miembros velarán para que las decisiones adoptadas por los organismos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz. 8. Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito; además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base. El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad; como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes... (Consejo de las Comunidades Europeas, 1989)

Si bien la Directiva no establece el modelo de control o la naturaleza jurídica del organismo que debe conocer el recurso, de la lectura del texto transcrito se extrae que puede ser un órgano administrativo, perteneciente al poder adjudicador o independiente de Este.

No obstante, como lo indica Pérez (2008):

... no puede dejar de apuntarse que la normativa comunitaria hubiera permitido adoptar otras soluciones sin duda de mayor complejidad técnica, pero que podrían suponer una mayor garantía de los derechos de los administrados. Tal solución alternativa consistiría en atribuir la competencia para la resolución de estos recursos (independientemente del tipo de contrato) a un organismo independiente, posibilidad que apunta expresamente el artículo 81 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (...) A juicio del Consejo de Estado, aunque la solución adoptada por la ley no es contraria a la Directiva de recursos, el sistema de recursos especiales en materia de contratación ganaría si se atribuyese su resolución a un organismo administrativo independiente y compuesto por especialistas... (p. 76)

De acuerdo con el texto transcrito y la Directiva supra citada, el organismo encargado de resolver el recurso debe reunir una serie de requisitos relacionados con su independencia, las cualificaciones jurídicas y profesionales de sus miembros, la vinculación de sus actos y la efectividad en la ejecución de sus resoluciones, todos los cuales constituyen parámetros por considerar en la valoración de la competencia del órgano contralor costarricense como jerarca impropio encargado de resolver el recurso de apelación.

i. Sobre la independencia

Tal y como se explicó líneas atrás, la Contraloría General es un órgano constitucional que goza de absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, por lo que a diferencia de los tribunales administrativos creados como órganos desconcentrados en grado máximo, no pertenece a la administración activa. Esto potencia aún más su imparcialidad y objetividad en la resolución de los recursos de apelación.

En el caso del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante Ley de Contratos del Sector Público) su artículo 41 dispone que en el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

ii. Sobre la integración del órgano

De acuerdo con el Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República, el conocimiento y resolución de los recursos de apelación está a cargo de la División de Contratación Administrativa, la cual forma parte de las tres divisiones sustantivas de la Contraloría General, junto con la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa y la División Jurídica.

Esta División se encuentra conformada por un gerente de división que la lidera, tres gerentes asociados y un equipo de colaboradores denominados fiscalizadores, todos profesionales en Derecho especialistas en la materia. El gerente de división y los gerentes asociados son nombrados por un plazo de ocho años, previo concurso de antecedentes tramitado al efecto.

Los tres gerentes asociados o el gerente de división y dos gerentes asociados conocen y resuelven de forma colegiada el recurso de apelación.

En la legislación española, se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda. Aunque no es el único tribunal creado para tal efecto, en razón de los objetivos del presente estudio, el análisis comparativo se realiza únicamente con la regulación de dicho órgano.

El Tribunal está compuesto por un presidente y un mínimo de dos vocales. Podrán ser designados vocales los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por más

de quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

Asimismo, el Presidente del Tribunal deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala. Como requisito, deberá contar con el título licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

La designación del presidente y los vocales de este tribunal estará a cargo del Consejo de Ministros con la propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

Los designados tendrán carácter independiente e inamovible y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas dispuestas en dicha normativa. Su nombramiento será por un período de seis años y no podrá prorrogarse.

iii. Sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones

Las resoluciones emitidas por la Contraloría General constituyen actos administrativos, por lo que deben cumplir con los elementos sustanciales y formales que establece la Ley General de la Administración Pública, incluida la motivación que específicamente exige el artículo 136 inciso b), si se trata de recursos.

Sus decisiones son vinculantes y de ejecución inmediata por parte de la administración activa, las cuales pueden ser revisadas en la jurisdicción contencioso-administrativa por temas de legalidad ordinaria o en la jurisdicción constitucional, cuando se trate de transgresiones a derechos fundamentales.

En el caso de la Ley de Contratos del Sector Público, su artículo 49 dispone que contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

c. Potestades de la Contraloría General de la República para la resolución del recurso de apelación

Uno de los principios esenciales de la contratación administrativa es el denominado "control de los procedimientos", definido por la Sala Constitucional en el Voto n.º 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, como aquel principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos.

En el caso del recurso de apelación que conoce la Contraloría General de la República, su finalidad es controlar la legalidad y razonabilidad del acto de adjudicación. Para el presente estudio, interesa valorar si ese objetivo se ajusta a los propuestos por la Directiva 89/665/CEE en el artículo 2.1., modificada por la Directiva 2007/66/CE, que en lo que interesa dice:

1. Los Estados miembros velarán por que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean las facultades necesarias para: a) adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador; b) anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión; c) conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción... (Consejo de las Comunidades Europeas, 1989)

i. Sobre la adopción de medidas cautelares

La Directiva señala la necesidad de que dentro del procedimiento recursivo exista la posibilidad de adoptar medidas cautelares que permitan corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Hace especial énfasis en la preocupación de crear un plazo suspensivo para el perfeccionamiento del contrato. Al respecto, la Directiva 2007/66/CE señala que:

... Entre los puntos débiles detectados destaca, en particular, la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de éste. Esto conduce en ocasiones a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación controvertida. A fin de poner remedio a esta deficiencia, que supone un serio obstáculo a la tutela judicial efectiva de los licitadores afectados, es decir, los que aún no han sido definitivamente excluidos, procede establecer un plazo suspensivo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato... (Consejo de las Comunidades Europeas, 2007)

En Costa Rica, la Ley de Contratación Administrativa no regula la adopción de medidas cautelares en el trámite del recurso de apelación, lo cual podría constituir una deficiencia con respecto a lo señalado por la Directiva.

La Ley General de la Administración Pública y la jurisprudencia constitucional sobre medidas cautelares en sede administrativa son las únicas referencias generales a las que se podría acudir para valorar la posibilidad de dictarlas en el ámbito de la contratación administrativa. No existen disposiciones específicas en materia de contratación administrativa que permitan a la Contraloría General o a la administración activa adoptar este tipo de medidas en resguardo del interés de las empresas proveedoras.

Contrario a la normativa costarricense, la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 43 regula la solicitud de medidas provisionales dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, entre las que se incluyen las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe indicar que con respecto a la suspensión de la celebración del contrato que señala la Directiva, el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que el contrato se perfeccionará con el acto firme de adjudicación y la constitución de la garantía de cumplimiento, cuando así se requiera en el cartel de la licitación, por lo que el riesgo de una firma muy acelerada del contrato para hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de adjudicación no se presenta en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, se estaría cumpliendo con el artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE, la cual, como dice Pérez (2008), lo que busca es que:

... los Estados miembros deben “garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (...). Con ello se trata, a decir del Tribunal de Justicia, de “garantizar la aplicación efectiva de las Directivas comunitaria en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”. Es “fase en la que las infracciones aún pueden corregirse” es, sin duda, la anterior a la perfección del contrato, pues antes de ésta (sic) el recurso aún es útil y puede permitir una protección jurídica completa... (p. 69)

ii. Sobre la potestad anulatoria

El artículo 184 de la Ley de Contratación Administrativa señala que cuando la resolución declare con lugar el recurso, parcial o totalmente, la Contraloría General de la República anulará el acto impugnado en el tanto correspondiente y remitirá el expediente a la Administración para que, en caso de existir ofertas elegibles y convenientes a sus intereses, proceda a la adopción de un nuevo acto de adjudicación o, en su caso, a declarar desierto el concurso.

Cabe indicar que la potestad anulatoria no está limitada a los vicios alegados en el recurso de apelación, por lo que en caso de que la Contraloría General de oficio encuentre otros que no hayan sido señalados por los apelantes, los pondrá en conocimiento de las partes para considerarlos en el dictado de la resolución final (Contraloría General de la República, Resolución RCE-399-2002).

De acuerdo con lo anterior, en este apartado se considera que la normativa costarricense se ajusta a la Directiva, en tanto el órgano encargado de resolver el recurso de apelación

cuenta con las facultades suficientes para anular la conducta administrativa y ordenar su corrección al poder adjudicador.

En ese mismo sentido, el artículo 47, inciso 2) de la Ley de Contratos del Sector Público, dispone que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación.

iii. Sobre la potestad para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

El recurso de apelación tiene como único objetivo controlar la legalidad y razonabilidad del acto de adjudicación, por lo que el órgano contralor no tiene la posibilidad de declarar la existencia de daños patrimoniales y mucho menos conceder indemnizaciones a las personas perjudicadas por la infracción.

No se debe perder de vista que al ser la Contraloría General un órgano de control externo, sus potestades están limitadas a la revisión y corrección de la conducta administrativa, por lo que en caso de que se haya producido un daño a la esfera patrimonial del oferente, se debe acudir a la misma administración contratante o a la jurisdicción contencioso-administrativa para su reparación.

En ese aspecto, la normativa que regula el recurso de apelación no cumple con lo dispuesto por la Directiva, situación que no puede ser corregida mediante reforma legal, por cuanto estaría otorgándole a la Contraloría General funciones que rebasan su condición de órgano de control externo.

En el caso del Recurso Especial de Contratación, el artículo 47 inciso 3) de la Ley de Contratos del Sector Público señala que en la resolución del recurso, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso.

d. Contratos objeto del recurso

De acuerdo con su artículo primero, la Directiva 2007/66/CE es aplicable únicamente a los contratos a que se refiere Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, por lo que las disposiciones contenidas en la primera no son de acatamiento obligatorio para todos los contratos del sector público.

Al respecto Pérez Roldan (2008) señala:

... en primer término aparecían como únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, esto es los que están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la

Directiva 2004/28/CE(15). Circunstancia que fue objeto de crítica por parte del Consejo de Estado en su dictamen, al considerar que “esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos”. Aunque ha de ponerse de relieve que ello no supone un incumplimiento de la directiva comunitaria... (p. 71).

La Ley de Contratación Administrativa no hace distinción entre los contratos objeto de recurso de apelación ante la Contraloría General o de revocatoria ante el poder adjudicador y define la procedencia de uno u otro recurso, del presupuesto de bienes y servicios aprobado a la administración contratante y el monto del acto de adjudicación impugnado.

Como se puede observar, la normativa costarricense establece un criterio amplio para la definición de las contrataciones objeto del recurso, lo cual trasciende lo dispuesto por la Directiva 2007/66/CE en relación con el ámbito de su aplicación.

En el caso de la Ley de Contratos del Sector Público de España, el artículo 40 dispone que los siguientes tipos de contratos sean susceptibles de recurso especial:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada. b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17...

La legislación española amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 2007/66/CE, sin llegar a adoptar un régimen recursivo que abarque la totalidad de los contratos administrativos. Al respecto, Berasategui (citado por Pérez, 2008) señala que “... no parece existir ninguna razón que justifique privar de esta protección jurídica a los perjudicados por actuaciones administrativas relacionadas con contratos públicos no sujetos a regulación armonizada, discriminación que parece contraria al principio constitucional de igualdad...” (p. 78).

e. Legitimación activa

La Directiva 89/665/CE en el artículo 1.3 señala que los recursos deben ser accesibles como mínimo a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

Congruente con lo anterior, el artículo 85 de la Ley de Contratación Administrativa señala que podrá interponer el recurso de apelación toda persona que ostente un interés legítimo,

actual, propio y directo, así como quien haya presentado oferta, con cualquier título de representación, a nombre de un tercero.

El artículo 42 de la Ley de Contratos del Sector Público señala que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica, cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Aunque no se señala expresamente la necesidad de que el recurrente haya presentado oferta al concurso, se podría deducir del texto de la norma que por lo menos ese supuesto debe ser cumplido para poder acceder a la fase recursiva.

f. Trámite del recurso de apelación

La Directiva 2007/66/CE, en el artículo 2, señala que el plazo para la interposición del recurso debe ser de por lo menos 10 días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicado por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de 15 días civiles como mínimo. Por lo demás, la Directiva no establece la forma en que se debe realizar el trámite del recurso, indicando únicamente las características que debe cumplir en relación con su celeridad y eficacia.

Al respecto, se considera que el recurso de apelación costarricense cumple con esas características, tal y como se detalla a continuación:

i. Aviso previo sobre la interposición del recurso

La legislación costarricense no contempla el anuncio previo sobre la interposición del recurso, en los términos que señala la Directiva 2007/66/CE y la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 44.1.

No obstante, en la Memoria del I encuentro de Coordinación entre los Órganos de Recurso Especial en materia de Contratación Pública, se cuestiona la necesidad de dicha prevención al señalar que:

2. La experiencia, por otra parte, ha demostrado la innecesidad del anuncio previo de interposición del recurso. Dado que la finalidad del mismo es prevenir al órgano de contratación de la impugnación de algún acto del procedimiento de adjudicación con el fin de evitar que se continúe con una tramitación del procedimiento que pudiera dar lugar a situaciones de ilegalidad consolidadas, y el procedimiento de recurso establece como especialidad la obligación de presentar el mismo exclusivamente bien ante el órgano de contratación bien ante el órgano encargado de resolverlo para evitar la formalización del contrato, cuando el recurso se interpone ante el órgano de contratación con la presentación del recurso dentro de plazo éste ya conoce su existencia y, en su caso, los efectos suspensivos automáticos que lleva aparejados. Cuando la interposición se hace ante el órgano encargado de resolver el recurso, los plazos breves de resolución del mismo y la obligación de ponerlo en conocimiento del órgano de contratación, que normalmente se hace el mismo día de su recepción por medios electrónicos,

cumple la misma función preventiva, lo que demuestra su innecesaridad. Así lo han venido manteniendo, por otra parte, distintas Resoluciones de los órganos encargados de la resolución del recurso, con lo cual el incumplimiento del trámite ni siquiera se ha considerado que precise ser objeto de subsanación... (Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, 2013)

Dicho razonamiento es aplicable al caso costarricense, siempre que al disponer que el contrato se perfeccione con la firmeza del acto de adjudicación, no exista el riesgo de que la ilegalidad se consolide antes de que se conozca el recurso de apelación.

ii. Plazo para la interposición del recurso

La Ley de Contratación Administrativa señala que el recurso de apelación se debe interponer en el plazo de diez días hábiles siguientes a la notificación del acto de adjudicación, en los casos de licitación pública y de cinco días en las licitaciones abreviadas.

La Ley de Contratos del Sector Público señala un plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado. Ambos cumplen ambos ordenamientos con el mínimo de diez días señalados por la Directiva, salvo el caso de las licitaciones abreviadas, que tienen un plazo menor en razón de la menor cuantía de la contratación.

iii. Admisibilidad

La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso o, en caso contrario, su rechazo por inadmisibile o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos.

En la normativa española, no se establece etapa de admisibilidad; sin embargo, se regula una etapa de subsanación de defectos del recurso, en la que se puede otorgar al interesado un plazo tres días hábiles, para que subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, y queda suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

iv. Fundamentación

La Ley de Contratación Administrativa señala que el recurso de apelación deberá indicar, con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados.

En sentido similar, la Ley de Contratos del Sector Público dispone que en el escrito de interposición se haga constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas cautelares que solicite.

v. Trámite del recurso y plazo para resolver

Una vez recibido el recurso de apelación, la Contraloría General de la República solicitará a la Administración, dentro del día hábil siguiente, la remisión del expediente administrativo de la licitación que contenga las respectivas ofertas. En el auto de solicitud del expediente, requerirá que de forma expresa se le indique si el acto que se impugna ha sido o no revocado y si se presentó recurso de revocatoria contra las líneas apeladas. La Administración estará obligada a contestar y remitir el expediente al día hábil siguiente y, dentro del mismo plazo, a prevenir a los oferentes para que dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, mantengan o restablezcan la vigencia de las ofertas y de la garantía de participación, si la hubiere.

El auto inicial que admite el recurso para trámite deberá adoptarse a más tardar al décimo día hábil después de vencido el plazo para apelar. En este se conferirá a la administración y, a la parte adjudicataria, un plazo de diez días hábiles para que se manifiesten sobre los alegatos del apelante y aporten las pruebas respectivas. Cuando se trate de licitaciones abreviadas, el emplazamiento será por cinco días hábiles.

De previo al dictado de la resolución final, la Contraloría General de la República facultativamente concederá a las partes una audiencia final otorgándoles un plazo de tres días hábiles para que formulen conclusiones sobre el fondo del asunto, sin que sea admisible la argumentación de hechos nuevos no debatidos en el recurso.

La Ley de Contratos del Sector Público señala que el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, este deberá remitirlo al órgano encargado de resolverlo dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción, acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, este se trasladará a los restantes interesados y se les concederá un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. De forma simultánea a este trámite, en el plazo de cinco días hábiles, se decidirá las medidas cautelares, si se hubiese solicitado la adopción de alguna, en el escrito de interposición del recurso.

Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse las que se juzguen pertinentes.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada. La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.

Como se puede observar, el trámite de ambos recursos cumple con la Directiva 2007/66/CE en cuanto a su simplicidad, celeridad y eficacia, lo cual constituye una garantía de tutela efectiva de los derechos de los proveedores que incentivará su participación en los procesos concursales.

vi. Resolución del recurso

En los casos de licitaciones públicas, el recurso de apelación deberá ser resuelto dentro de los cuarenta días hábiles siguientes al auto inicial. En el caso de licitaciones abreviadas, el plazo es de treinta días hábiles.

En casos muy calificados, cuando para resolver el recurso haya sido necesario recabar prueba para mejor resolver que, por su complejidad no pueda ser rendida dentro del plazo normal de resolución, mediante decisión motivada podrá prorrogarse el período hasta por otros veinte días hábiles, en los casos de licitaciones públicas, y por diez días hábiles, cuando se trate de licitaciones abreviadas.

La resolución final que ponga término al recurso dará por agotada la vía administrativa. Aquella que declare sin lugar el recurso tendrá como consecuencia la firmeza del acto de adjudicación

Cuando la resolución declare con lugar el recurso, parcial o totalmente, la Contraloría General de la República anulará el acto impugnado en el tanto correspondiente y remitirá el expediente a la Administración para que, en caso de existir ofertas elegibles y convenientes a sus intereses, proceda a la adopción de un nuevo acto de adjudicación o, en su caso, a declarar desierto el concurso. En todo caso, la Administración deberá respetar las consideraciones y la parte dispositiva de la resolución. El nuevo acto deberá dictarse dentro del mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución, plazo que podrá ser prorrogado por un mes adicional en casos debidamente justificados mediante una resolución motivada.

La Ley de Contratos del Sector Público señala que una vez recibidas las alegaciones de los interesados o transcurrido el plazo señalado para su formulación y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes y notificar a continuación la resolución a todos los interesados.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, y dirá motivadamente las cuestiones que se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación. Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151.

vii. Multa

La Ley de Contratación Administrativa en el artículo 87 y su Reglamento en el artículo 99.3 establecían que en caso de que el recurso de apelación se declarara manifiestamente improcedente, se podría perder la garantía de participación, normativa que fue declarada inconstitucional en sentencia No. 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, que en lo que interesa dice:

... este Tribunal comparte el criterio de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, por el que consideran que la pérdida de la garantía de participación establecida en las normas cuestionadas sí resulta inconstitucional, al constituir una verdadera sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso de la justicia administrativa y a que un órgano imparcial -Contraloría General de la República- revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encuentran fundamento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 998-98)

En la Ley de Contratos del Sector Público, se señala que en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable. El importe de esta será de entre 1000 y 15 000 euros y se determinará su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores.

viii. Agotamiento de la vía administrativa

La legislación costarricense dispone que la resolución final o el auto que ponga término al recurso dará por agotada la vía administrativa. Esta resolución puede ser impugnada en la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación.

La Ley de Contratos del Sector Público dispone que contra la resolución dictada en este procedimiento solo quepa la interposición de recurso contencioso-administrativo.

De acuerdo con el análisis comparativo antes realizado, se puede verificar que la resolución del recurso de apelación cumple con la Directiva 2007/66/CE en cuanto a su vinculación para la administración y su efectiva ejecución en el marco del procedimiento de contratación administrativa, así como en lo que respecta a la necesaria motivación del acto y la posibilidad de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conclusión

El mercado de bienes y servicios es un fenómeno económico-social que está en constante transformación, producto del entorno globalizado en el que se desarrolla y de las necesidades cada vez más complejas de los actores que en él participan.

Esta situación no es ajena a la administración pública, quien al constituirse en un actor más de dicho mercado, debe tener clara la necesidad de que su accionar responda a los requerimientos del entorno, mediante la evaluación objetiva y permanente de la normativa que regula la contratación pública.

Conscientes de esa necesidad y sin perder de vista el ámbito de aplicación de las directivas emitidas por el Consejo de las Comunidades Europeas y el Parlamento Europeo, resultó de mucha utilidad el análisis comparativo de dicha regulación y del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para valorar la eficacia del recurso de apelación costarricense, como garantía del ciudadano de frente al poder adjudicador de la administración.

El estudio nos permitió corroborar la importancia de contar con un órgano de revisión de la conducta administrativa, cuya independencia y especialización brinde confianza sobre la objetividad y calidad de la resolución del recurso de apelación, así como de contar un procedimiento de impugnación rápido y eficaz que promueva la participación de la mayor cantidad de oferentes al concurso.

En ese sentido, el análisis comparativo de la normativa costarricense con las directivas y la Ley de Contratos del Sector Público permite concluir que si bien el otorgamiento de dicha potestad a un órgano de control externo de la administración activa no es lo usual, la independencia funcional y administrativa de la cual goza la Contraloría General de la República por mandato constitucional, es la característica más fuerte que tiene para garantizar la imparcialidad y objetividad de sus decisiones, por encima incluso de los tribunales administrativos que fungen como órganos desconcentrados de la administración.

En relación con los lineamientos emitidos por las directivas respecto de las potestades que debe tener el órgano encargado de la resolución del recurso de apelación, si bien la Contraloría General ostenta la potestad para anular los actos de adjudicación que transgredan el ordenamiento jurídico, lo cierto es que no existe normativa expresa que le permita adoptar medidas cautelares en el procedimiento de impugnación, como expresamente lo contempla la Ley de Contratos del Sector Público.

Asimismo, tampoco se regula en la normativa costarricense la posibilidad imponerle a la administración el pago de una indemnización a favor del administrado cuando la conducta

anulada le cause daños y perjuicios, potestades que se encuentran limitadas por ser la Contraloría General un órgano de control externo y no un órgano desconcentrado de la misma administración activa.

Con respecto al trámite de la fase recursiva, concluimos que el recurso de apelación cumple con la simplicidad, celeridad y eficacia que promulgan las directivas, por lo que si bien sus plazos son mayores a los del recurso especial de la Ley de Contratos del Sector Público, se consideran razonables para calificarlo como un recurso eficiente.

En relación con la efectividad de la resolución final, el recurso de apelación costarricense es coincidente con el recurso especial español, al disponer la vinculancia y ejecutoriedad de dichos actos administrativos, sin perjuicio de la revisión que se pueda hacer en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como corolario, se puede afirmar que el régimen de impugnación de los actos de adjudicación encomendado a la Contraloría General de la República cumple en sus elementos esenciales con las directivas del Consejo de las Comunidades Europeas y el Parlamento Europeo, mediante la regulación de un procedimiento recursivo rápido y eficaz, que garantiza la imparcialidad y calidad de las resoluciones en materia de contratación administrativa.

Referencias

Libros

Contraloría General de la República. (2011). *Controles previos externos: una discusión nacional impostergable*. Heredia: Programa de Publicaciones e Impresiones de la Universidad Nacional.

García de Enterría, E. & Fernández Rodríguez, T.R. (1999). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas.

Marienhoff, M.S. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I. Argentina: Editorial Abeledo Perrot.

Pérez Hualde, A. (2006). *Servicios públicos y organismos de control*. Argentina: Editorial Lexis.

Sarmiento Acosta, Manuel J. (1996). *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*. Madrid: Editorial Civitas.

Documentos tomados de Internet

Pérez Roldán, M. (2008). El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 15. Recuperado de http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/115/894/Perez_Roldan.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Content-Disposition%3A&blobheadername2=JCYL_delaPresidencia&blobheadervalue1=attachment%3Bfilename%3DPerez_Roldan.pdf&blobheaderval

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. *Memoria del I encuentro de coordinación entre los órganos de recurso especial en materia de contratación pública*. Madrid, 28 de enero de 2013. Recuperado de <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.89/reلمenu.208/reلمenu.3/chk.35ada9a51e889d2cbf6915d1752c770b>

Resoluciones

Contraloría General de la República. *Resolución número RCE-399-2002 de las 10:00 horas del 21 de junio de 2002.* Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución número 3669-2006 de las 15:00 horas del 15 de marzo de 2006.* Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución número 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.* Costa Rica.

Directivas

Consejo de las Comunidades Europeas. *Directiva 89/665/CEE del 21 de diciembre de 1989.*

Parlamento Europeo. *Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo del 11 de diciembre de 2007.*



Temas clave de la investigación preliminar

Sumario

Introducción. 1. Concepto de investigación preliminar. 2. Distinción entre IP y procedimiento administrativo. 3. Principios rectores de la IP. 4. Plazo de la IP. 5. El denunciante y la IP. 6. Requisitos de los medios de prueba. 7. La ilicitud de la prueba. 8. Prueba anticipada. 9. El manejo del contacto con el investigado. 10. La reserva de los productos de la IP. 11. La importancia de manejar una teoría del caso. 12. El papel del asesoramiento jurídico. 13. Responsabilidad civil y la IP. 14. La apertura del procedimiento como decisión administrativa. Conclusiones.

Lic. Jimmy Bolaños
González¹

¹ Abogado y Notario Público. Máster en Derecho Constitucional

I. Introducción

En el marco de la función pública, uno de los pilares del éxito del combate a la corrupción, a la mala gestión y a la impunidad estriba en desarrollar procesos investigativos de calidad, para lo cual existen algunos temas clave que deben ser tomados en cuenta para el éxito en la tarea indagatoria.

El presente artículo se ocupa de catorce temas claves que todo investigador debe tomar en cuenta a la hora de ejecutar una investigación preliminar en adelante IP los cuales responden a la experiencia del autor en esta materia, así como a una recopilación de jurisprudencia judicial y administrativa seleccionada que refuerzan los temas tratados.

1. Concepto de investigación preliminar

Se llama investigación preliminar (IP) al conjunto de actuaciones que se producen con anterioridad a la apertura de un procedimiento administrativo. Estas actuaciones consisten en la realización de una serie de indagaciones conducentes a recopilar elementos de convicción que permitan verificar o fijar la verosimilitud de los hechos, los cuales esclarezcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar así como los motivos determinantes, así como las pruebas que los respaldan, incluido el daño ocasionado a la Administración cuando lo hubiera. También se examina si la conducta es o no constitutiva de falta disciplinaria, se identifican posibles infracciones cometidas y presuntos responsables debidamente individualizados, para determinar la necesidad o no de continuar con un procedimiento formal, si se encuentra mérito para ello, para luego recomendar su naturaleza o finalidad.

2. Distinción entre IP y procedimiento administrativo

La IP es una tarea de carácter facultativo que se ejecuta para indagar y reconstruir determinados hechos, a partir de la recopilación de varios medios de prueba, cuya realización no está regulada de forma completa por una ley.

Son pocas las instituciones que han emitido algunos manuales o guías de investigación. Se encuentran algunas disposiciones dispersas en diversas leyes que abordan ciertos aspectos de ese tipo de investigaciones, donde se resalta la reserva para acceder a ellas y la protección de la identidad del denunciante. Asimismo, existen algunos precedentes administrativos como jurisprudencia judicial que informa sobre esta materia.

Por el contrario, el procedimiento administrativo disciplinario es un trámite obligatorio, debidamente regulado por ley, el cual debe brindar plenas garantías del debido proceso y el derecho de defensa a los intimados, con el fin de averiguar la verdad real de los hechos. Se apoya en una IP cuando la Administración, la Auditoría Interna o la propia Contraloría General de la República hayan investigado los hechos previamente.

El principio del non bis in ídem permite que se lleve a cabo un nuevo procedimiento donde hay identidad de sujetos y de causa con respecto a uno previamente tramitado, pero con la IP no ocurre lo mismo, dado que por tratarse de investigaciones previas, su resultado no sienta responsabilidades, pero tampoco exime de ellas, de manera tal que si en un momento

dado la Administración no encuentra motivos para abrir un proceso pero luego estima que sí los hay, como ha ocurrido en el caso concreto, no solo puede iniciarlo sino que debe abrir los procedimientos que sean necesarios (Sala Constitucional, Resoluciones 12810-2008 y 10824-2003).

3. Principios rectores de la IP

Existe una serie de principios rectores que toda investigación preliminar debe observar para garantizar condiciones óptimas, entendidas estas como el resguardo de lo estatuido en el ordenamiento jurídico aplicable y no menos importante, para asegurar un alto nivel de integridad en este tipo de procesos de trabajo.

Dichos principios son básicamente cuatro: independencia, imparcialidad, justicia y confidencialidad, los cuales se detallan en los apartados siguientes.

3.1. Independencia

Toda investigación exige que quien la realiza tenga la libertad necesaria para conducirla de forma completa y minuciosa, aspecto que debe cuidarse desde el momento de la designación del investigador, así como durante la ejecución del proceso.

Por ello, el esclarecimiento de los hechos por parte del investigador debe efectuarse sin influencia externa, indebida presión o temor de represalias internas, con el propósito de asegurar una investigación justa y creíble, merecedora de la confianza pública.

3.2. Imparcialidad

Las personas responsables de una investigación deben ser imparciales. Esto es libres de cualquier interés personal en el resultado de las indagaciones, por sesgos o predisposiciones asociados a relaciones laborales, vínculos familiares, amistad íntima o manifiesta enemistad con la persona objeto de la investigación que comprometa el resultado.

En caso de que se presente algún tipo de conflicto de interés real o aparente entre el investigador y las personas investigadas, lo adecuado es comunicarlo oportunamente a su superior, para que este decida si hay o no motivo fundado para apartarle del caso, con vistas a mantener la objetividad de la investigación.

Dentro de este principio, también se pueden añadir otros aspectos: la objetividad, esto es, el conducir la investigación libre de subjetivismos, arbitrariedades o actuaciones carentes de razonabilidad; así como la neutralidad, entendida como el no favorecimiento o revanchismo por razones políticas, ideológicas, de género o por cualquier otro tipo de discriminación.

3.3. Justicia

Durante una IP, se debe mantener una mente abierta y lo más desprejuiciada posible acerca del caso, evaluando de manera objetiva y justa los hechos y la evidencia que va surgiendo, conforme al mérito de la información recopilada para tal efecto.

El investigador debe conducirse con justicia, lo cual exige abstenerse de omitir información relevante obtenida durante la investigación, así como evitar implicar o exonerar infundadamente a las personas investigadas.

3.4. Confidencialidad

Como bien lo señala la Contraloría General de la República, dicho carácter reservado se sustenta en que:

Las relaciones de hechos constituyen documentos de acceso limitado y sobre los cuales existe una garantía de confidencialidad de conformidad con los artículos 6 y 34 inciso e) de la Ley General de Control Interno, 8 párrafo 2 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y 18 del Reglamento a la Ley N° 8422, ya que en esos informes se hace un juicio de probabilidad sobre el grado de participación de las personas involucradas en los hechos descritos, su culpabilidad en relación con las actuaciones que se investigan y la posible responsabilidad administrativa, civil o penal que ello les puede generar, por lo que no procede su publicación hasta tanto no se finalice el procedimiento administrativo. (Contraloría General de la República Oficio 2392-2012 (DJ-0251))

No obstante, si bien la ley impide el acceso al expediente de la investigación por parte de terceras personas, incluso a la auditoría interna respecto de investigaciones que esté efectuando la Administración activa (Contraloría General de la República Oficio 888-2013 (DJ-0058) de 25 de enero del 2013), eso no limita el derecho de cualquier persona a solicitar información general y de orden estadístico, como por ejemplo, sobre el número de denuncias planteadas, contra cuales oficinas, las materias de que tratan, la fase procesal y el plazo prudencial para su conclusión, particularmente cuando se trata del propio denunciante (Sala Constitucional, resoluciones 3782-2004; 4300-2005 y 11108-2007).

Un deber primario de todo investigador es guardar discreción y confidencialidad sobre las indagaciones que se están llevando a cabo, de modo que por su conducta íntegra se asegure que no habrá fugas de información que alerte a los posibles implicados sobre las investigaciones que se adelantan.

No obstante, téngase en cuenta que cuando una denuncia sea desestimada o archivada, el acceso al expediente deja de tener acceso restringido y pasa a ser de libre y público acceso, salvo aquellos documentos que revelen la identidad del denunciante u otros documentos recabados que por ley mantengan su carácter confidencial (Contraloría General de la República. Oficio 06444-2012, DJ-0663).

Por el contrario, en caso de que la IP origine la apertura de un procedimiento administrativo, esta debe incorporarse con todo su legajo probatorio de respaldo como parte del expediente administrativo por el principio de transparencia de manera que, a partir de la notificación del traslado de cargos, las partes y los abogados tendrán acceso a esta, no así terceras personas, dado que el acceso público al expediente no se producirá sino hasta después del dictado del acto final, por el interés público que reviste el examen de la conducta de los

funcionarios públicos y la rendición de cuentas a que tiene derecho la ciudadanía (Sala Constitucional, Resoluciones C 2005-03618 y 2005-13620).

Finalmente, cabe señalar que en este tipo de principios rectores, así como con algunos otros aspectos de orden procesal, legal y administrativo, es muy recomendable que sean recogidos en un protocolo o manual de procedimientos interno para asegurar estándares de pertinencia y calidad apropiados.

4. Plazo de la IP

Es pacíficamente aceptado que durante las indagaciones que realiza la Administración no corra ningún término prescriptivo. Este comienza a computarse a partir del momento en que el resultado de la información levantada se hace del conocimiento de funcionario u órgano colegiado competente para tomar la decisión respectiva, pues no es sino hasta entonces que la parte patronal puede ejercer efectivamente la respectiva potestad (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 143, entre otras).

No obstante, aunque la IP no es un procedimiento sancionatorio y, por ende, no está sujeto a los plazos de prescripción que rigen esas materias, tampoco es posible considerar que el cómputo del plazo se mantenga sin transcurrir, ante la falsa creencia de que la Administración tiene tiempo indefinido para realizar las indagaciones y rendir el informe correspondiente sobre los resultados obtenidos, en el entendido de que no existe un plazo legal establecido para resolver.

En ese sentido, lo cierto es que la investigación se debe realizar dentro de un plazo razonable (Sala Constitucional, Resolución 16474-2007), en atención al principio general de seguridad jurídica, así como a la razonabilidad y proporcionalidad que debe revestir la conducta administrativa. El plazo de la investigación puede ser objeto de control administrativo mediante el recurso de queja establecido en los artículos 358 y 359 de la Ley General de la Administración Pública o control judicial, en donde la razonabilidad del plazo dependerá de un análisis casuístico sobre la necesidad, complejidad y complejidad del asunto (Sala Constitucional, Resoluciones 02462-2003, 4593-2005 y 2377-2006)¹.

5. El denunciante y la IP

Algunas investigaciones responden a una denuncia concreta, situación en la cual es necesario presentar algunas precisiones:

- a. Se debe señalar la protección de la identidad del denunciante que establece el artículo 6 de la Ley General de Control Interno y el ordinal 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, la cual no está sujeta a ningún límite temporal, según la Contraloría General de la República, Oficio 035 y dictamen C-076-2004 del 04 de marzo del 2004 de la Procuraduría

¹ Algunos autores sostienen que si corre un plazo de caducidad o prescripción según corresponda durante la fase de indagación, para lo cual se puede consultar a Sáenz (2011) o Jinesta (2014).

General de la República), ya que se mantiene aún después de emitido y notificado el informe de investigación.

- b. Todo denunciante tiene derecho a que la autoridad que tramite su denuncia le mantenga informado sobre el estado de esta, sea si se abrió o no la investigación, si fue trasladada a otra dependencia, si debe aportar otras pruebas, entre otros aspectos, conforme a la Resolución 12689-2003 de la Sala Constitucional, en atención al interés público y a la transparencia que su manejo demanda habida cuenta de la necesaria fiscalización y evaluación a la que tienen que estar sometidos los servidores públicos por parte de la ciudadanía en el desempeño de sus funciones y mecanismo de rendición de cuentas (Sala Constitucional, Resolución 02462-2003, entre otros).

...la Administración está en la obligación de comunicarle al denunciante el estado de la tramitación en que se encuentra su queja, así como el resultado de la misma, lo que sí resulta de interés público, habida cuenta de la necesaria fiscalización y evaluación a las que tienen que estar sometidos los servidores públicos por parte de la ciudadanía en el desempeño de sus funciones. (Sala Constitucional, Resolución 13620-2005)

- c. Todo denunciante tiene derecho a ser informado de lo resuelto por la Administración una vez concluida la investigación si así lo ha solicitado el denunciante o ha señalado un lugar o medio para notificaciones (Sala Constitucional, Resoluciones 1969-2000; 2985-2004 y 4300-2005), lo que incluye el derecho de impugnar lo actuado (Artículo 25 bis del Reglamento a la Ley 8422).
- d. Finalmente, todo denunciante tiene el derecho de exigir que las autoridades públicas no desatiendan o se mantengan inertes ante las denuncias que les son presentadas, porque ello significaría una desprotección del ciudadano (Sala Constitucional, Resolución 6035-2006 de), actitud de desidia o pereza que está proscrita (Sala Constitucional, Resolución 6503-2006).

6. Requisitos de los medios de prueba

La prueba recopilada durante una investigación debe reunir una serie de requisitos, con el fin de garantizar que no tendrá problemas con respecto a su aprovechamiento en caso de que eventualmente se siga con el procedimiento administrativo o proceso judicial, ya que de lo contrario no serviría para probar los hechos.

En ese sentido, son cuatro los requisitos que se deben cumplir, los cuales se detallan en los siguientes apartados:

6.1 La conducencia

La conducencia tiene que ver con la idoneidad legal de una prueba para acreditar un determinado hecho. Por ejemplo, no se puede probar quién es el propietario de un bien inmueble o un vehículo por prueba testimonial, sino mediante una certificación del Registro Nacional, escritura o certificación notarial.

6.2. La pertinencia

Consiste en la vinculación que deben tener las pruebas con los hechos de la investigación, por lo que siempre el investigador debe preguntarse si un medio de prueba que piensa obtener o ha obtenido sirve o no para probar un hecho. Si sirve, es pertinente y, si no, debe descartarse por impertinente. Por ejemplo, si pide un expediente administrativo y ninguno de los documentos permite probar o descartar un hecho investigado, entonces esa prueba es impertinente. Por el contrario, si todo el expediente o una parte de este sirven para probar determinado hecho relevante, entonces la prueba es pertinente.

6.3. La utilidad

Una prueba puede ser conducente y pertinente, más no útil para a lo que se pretende probar con la investigación. Por ejemplo, cuando se pretende probar un hecho con cinco testigos presenciales, se considera que esa cantidad de prueba no es útil por superabundante, ya que puede citarse tan solo a tres de ellos y no a la totalidad. Otro caso de prueba no útil es la que no admite prueba en contrario, tal y como sucede cuando se trata de contradecir el contenido de un documento o certificación con un testimonio.

6.4. La licitud

Una prueba puede ser conducente, pertinente y útil pero no lícita, en razón de haberse obtenido por medios ilícitos o porque en sí misma es ilícita, por lo que no puede ser utilizada independientemente de su importancia. Por ejemplo, utilizar un documento privado que ha sido sustraído subrepticamente por el investigador del escritorio del investigado.

7. La ilicitud del medio probatorio

Durante el planeamiento y ejecución de las distintas indagaciones que realiza el investigador, es importante evitar la utilización de medios de prueba que el ordenamiento jurídico costarricense no admite como lícitos, por ser evidencia que deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales contrarias a la dignidad humana y al derecho a la intimidad.

Es lo que los penalistas conocen como la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado, que el Código Procesal Penal regula de la siguiente manera:

Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. (Código Procesal Penal, artículo 181)

Pero también la Sala Segunda que conoce de asuntos laborales ha señalado:

a) Gozarán de presunción de licitud aquellos medios de prueba conseguidos a través del ejercicio legítimo de las facultades de dirección, vigilancia y control que la normativa laboral aplicable en cada caso atribuya al empresario. b) A la inversa, se presumirán ilícitos aquellos medios de prueba para cuya consecución se haya producido una intromisión en el área de la intimidad del trabajador, incluyendo su vida privada que, no cabe olvidarlo, tiene un imprescindible campo de desenvolvimiento también dentro del centro de trabajo. En todo caso, y en relación específica con el despido, [...], no serán medios de prueba válidos para desvirtuar el derecho del trabajador a la presunción de inocencia aquellos que hayan sido obtenidos de modo ilegítimo, si ello supone violación de derechos fundamentales. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 1416-2008)

7.1. Derechos fundamentales usualmente afectados

En materia de función pública, en términos generales, se puede decir que son dos los derechos fundamentales, cuya violación puede llegar a generar que la prueba obtenida sea ilícita o espúrea: el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y el derecho a la intimidad.

7.1.1. El derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo

Conforme al ordinal 36 constitucional, el respeto de este derecho fundamental lleva por ejemplo a evitar que mediante todo tipo de coacción o engaño se obtenga determinada información de un servidor investigado que le afecte en lo personal.

7.1.2 El respeto a la esfera privada del servidor

De acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, toda persona tiene el derecho fundamental a que ni el Estado como autoridad pública o patrono, ni terceras personas como los patronos privados– interfieran en su vida privada, lo que incluye el secreto de las comunicaciones orales, escritas o de cualquier índole–, la inviolabilidad del domicilio y otros recintos privados, así como de la correspondencia y demás datos o documentos personales, ni ataques ilegales a su honra o reputación, lo mismo que el respeto al derecho a la imagen su observación, captación y difusión– salvo que medie consentimiento de la persona afectada.

Esa interferencia en la esfera privada puede darse de muchas formas, dentro o fuera del ámbito del trabajo propiamente, mediante diversos mecanismos de control como seguimientos, monitoreo electrónico y acceso indiscriminado a correos electrónicos y disco duros de propiedad institucional utilizados por el servidor, agravado si se produce difusión o divulgación posterior de lo captado u obtenido sin el consentimiento de la persona afectada.

...el derecho de intimidad constriñe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en

modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas. (Sala Constitucional, Resolución 172-2011)

También incluye el acceder a información privada sin la orden de un juez de la República, sino mediante otras autoridades no jurisdiccionales, que como tales no están avaladas por el ordinal 24 constitucional, en cuyo caso no solo esa prueba es ilícita.

Cuando dentro de un procedimiento administrativo o proceso judicial se ha introducido alguna prueba ilícita, lo jurídicamente procedente es declararla así, con el fin de desecharla. Si esa declaratoria se presenta en el momento en que se va a resolver una impugnación del acto final o sentencia, el órgano de alzada debe hacer lo que se conoce como una supresión hipotética de dicha prueba, para verificar si existen o no los suficientes elementos de prueba para llegar a las mismas conclusiones, pese a la ausencia de dicha prueba, para valorar si fue o no esencial para la valoración realizada y, conforme a ello, anular o confirmar lo actuado.

7.2. Criterios para evitar recabar prueba ilícita

En este apartado, se trata el tema de los medios probatorios que suelen generar mayor riesgo de ilicitud o están del todo prohibidos. Se ofrecen algunos criterios jurisprudenciales que deben observarse para evitar contaminar la evidencia, de modo tal que sea imposible utilizarla dentro de un procedimiento administrativo o un proceso penal.

Como regla general, la institución debe advertir sobre el uso y el control de los medios electrónicos (computadoras, tarjetas sim, llaves maya y discos, cámaras, entre otros), mediante la información previa sobre la existencia de controles específicos y medidas que se aplicarían en relación con el uso inadecuado de esos instrumentos de trabajo institucionales, antes de que pretenda tener acceso a documentos que se encuentran, por ejemplo, en una computadora. Dicho aviso previo no se aplica en circunstancias calificadas, las cuales surgen cuando hay sospechas o dudas bastante fundadas de que la actividad desplegada por el servidor está perjudicando gravemente el funcionamiento de la Administración (Sala Constitucional, Resolución 7573-2012).

7.2.1. Aparatos electrónicos

El decomiso o secuestro de los aparatos electrónicos o levantamiento de la información en cuestión deben realizarse necesariamente con la presencia del investigado, so pena de vulnerar al debido proceso, ya que de lo contrario se le privaría de la posibilidad de fiscalizar el procedimiento y sin haber podido eliminar o almacenar en algún dispositivo de su propiedad aquella información de carácter estrictamente privado y que no causara perjuicio directo a la institución (Sala Constitucional, Resoluciones 15063-2005, 5607-2006, 17380-2006 y 4167-2012, entre otras).

7.2.2. Cámaras de seguridad

El uso de cámaras de seguridad está sujeto a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad para evitar injerencias indebidas en la esfera íntima de los funcionarios, ajenos a los legítimos derechos de la institución por salvaguardar su seguridad y calidad del

servicio. Así, por ejemplo, el uso de cámaras en espacios comunes o muy transitados de una instalación usualmente se estima proporcionado, lo mismo que su utilización en áreas como bóvedas, archivos donde se custodia información como expedientes, entre otros. No obstante, sería abusivo pretender colocar una cámara de seguridad en cada escritorio o en sitios como los servicios sanitarios, ya que incide directamente en el derecho a la privacidad.

En el caso concreto no se considera que haya una violación a los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones y libertad sindical reclamados con motivo de la instalación de las cámaras de seguridad en las oficinas centrales y bodega del INVU por las siguientes razones: a) Las cámaras de video fueron instaladas en las zonas o salones comunes que son de uso público de las oficinas centrales del INVU, espacios destinados para brindar el servicio público. b) No han sido colocadas en lugares sensibles como en los baños de la institución, supuesto en el que sí podría estarse ante una eventual violación del derecho a la intimidad. Asimismo, contrario a lo alegado, en la Auditoría de la institución sí se colocaron cámaras en las zonas comunes y de tránsito. c) Debe resaltarse que se trata de equipo de video que no graba sonido, por lo que se descarta que las conversaciones y llamadas telefónicas de los funcionarios y usuarios queden respaldadas en ese equipo. d) Según lo informado bajo juramento, la medida pretende procurar la seguridad de la institución y resguardar los bienes públicos que han sido objeto de sustracciones. Estos motivos resultan legítimos y razonables, y han sido avalados por este Tribunal, tal y como se desprende de la jurisprudencia citada. e) Finalmente, aunque el recurrente alegó que se violenta la libertad sindical por la confidencialidad de los asuntos que maneja la agrupación que representa, lo cierto es que no argumentó de qué forma concreta, la instalación del equipo de seguridad cuestionada podría representar una amenaza o violación al ejercicio de los derechos sindicales. Se declara sin lugar el recurso (Sala Constitucional, Resolución 1353-2014).

Cabe señalar que cualquier otra grabación realizada en espacios cerrados o privados y sin el consentimiento del afectado o la autorización de un juez se estima igualmente violatorio al derecho a la intimidad, por lo que se considera una prueba ilícita o prohibida por el ordenamiento jurídico, situación que aplica a otro tipo de grabación aunque solo sea de audio y no incluya el video.

7.2.3. Seguimientos y fijos

Asimismo, se ha considerado que tiene un carácter desproporcionado de los seguimientos y fijos practicados en recintos privados, vulnera el derecho a la intimidad por lo que no pueden ser usados como medios de prueba, al ser una injerencia arbitraria en la vida privada (Sala Constitucional, Resoluciones 04980-2009, 01904-2010 y 15833-2010).

7.2.4. Pruebas judiciales utilizadas en procedimientos administrativos

También se ha considerado que la utilización de una prueba para una causa penal que requirió autorización judicial para su obtención es ilegítima si luego pretende ser usada también como prueba para un procedimiento administrativo:

es violatorio del derecho a la intimidad, el utilizar el resultado obtenido en intervenciones telefónicas autorizadas para la investigación de un delito, como fuente de prueba en un procedimiento disciplinario, de modo tal que la violación ocasionada en el caso concreto, implica necesariamente, la declaratoria con lugar del presente recurso de amparo, ordenando a los recurridos que en un futuro, deberán de abstenerse de incluir las transcripciones de intervenciones telefónicas efectuadas en una causa penal, como medio probatorio directo o indirecto para procedimientos como los desarrollados en el caso concreto. (Sala Constitucional, Resoluciones 6378-95, 1571-1996 y 3890-2007)

7.2.5. Rastreo de llamadas

Finalmente, en cuanto al denominado rastreo de llamadas telefónicas no grabación o escucha– como medio de prueba se ha sostenido que es lícita siempre que no vulnere la privacidad. En ese sentido, ha sostenido para un caso en concreto la Sala Constitucional lo siguiente:

La información remitida por el Instituto Costarricense de Electricidad a la Auditoría interna del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, consistió únicamente en proporcionar datos referentes a la fecha y hora de las llamadas, duración en segundos y en minutos, teléfono de destino y tarifa, que en nada afectaban el derecho a la intimidad del amparado en ese asunto, de conformidad con los lineamientos y presupuestos contenidos en la sentencia de esta Sala transcrita en el considerando anterior, pues no había una alusión a nombres de personas, o algún otro dato específico sensible que pudiera violentar tales derechos. En igual forma, el procedimiento utilizado por la Auditoría recurrida para obtener la información en cuestión, no se encuadra dentro de los parámetros que a tal efecto, contiene la sentencia de marras, pues la obtención de la información requerida se realizó por los cánones legales correspondientes. Así las cosas, la Sala estimó procedente declarar sin lugar ese recurso. (Sala Constitucional, Resolución 6552-2003)

8. Prueba anticipada

Como regla general, durante un proceso de investigación, la recopilación de la prueba de respaldo se hace sin intervención del investigado; sin embargo, es necesario cumplir dos importantes precisiones.

- a. Cuando un investigador entrevista a los testigos y levanta un acta de esas declaraciones sin intervención de las partes interesadas, se debe indicar que

dicha evidencia no sustituye la necesidad de que como parte de la investigación se ofrezca a los testigos como prueba. Posteriormente, le corresponderá evacuar al órgano director del procedimiento, con la intervención de la parte y su abogado para que puedan hacer las manifestaciones que consideren necesarias, puesto que esas pruebas así evacuadas no pueden hacerse valer durante el procedimiento propiamente dicho, habida cuenta que para su obtención no se contó con la participación del investigado, y por lo tanto, habría quedado en indefensión (Sala Constitucional, Resoluciones 09125 y 12810), por lo que serían inútiles para fundamentar el acto final.

...en lo que respecta a la prueba testimonial, debe señalarse que durante un eventual procedimiento disciplinario, el funcionario que se vea sometido al mismo, tiene el derecho de volver a llamar a todas aquellas personas que hubieran rendido testimonio durante la etapa preliminar, con el fin de interrogarles y repreguntarles, sobre todos aquellos hechos que estime pertinentes, y que le permitan fundamentar sus alegatos de defensa. (Sala Constitucional, Resolución 2365-2005 de las 10:34 horas del 4 de marzo del 2005), puesto que es ineficaz la prueba lograda a espaldas de la persona investigada. (Sala Constitucional, Resolución 12810 de las 12:04 horas del veintidós de agosto del 2008, entre otras)

- b. En una investigación, puede suceder que determinadas pruebas requieran ser practicadas con la intervención del investigado o de su abogado, cuando constituyan lo que se conoce como pruebas definitivas o irreproducibles, por lo que debe hacerse un anticipo de dicha prueba.

Al respecto, la Sala Constitucional señala:

Si durante la etapa preliminar a la que ha hecho referencia, se presentaran situaciones en que resulte necesario recabar elementos de prueba que, por su especial naturaleza y características, deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, como sería el caso de un testigo presencial de los hechos, que está a punto de salir del país o con algún padecimiento terminal, o que por la complejidad de los hechos exista la probabilidad de que éste olvide las circunstancias esenciales sobre lo que conoce, la Administración se encuentra en la obligación de practicar estas pruebas en presencia de todas aquellas personas que puedan verse afectadas con el resultado de esa prueba aunque no llegaran a figurar como investigados en un procedimiento administrativo posterior. Esto con la finalidad de que dichas personas puedan realizar las manifestaciones que consideren necesarias en el momento en que se evacua dicha prueba, y así resguardar el derecho de defensa consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política. (Sala Constitucional, Resolución 2365-2005)

9. El manejo del contacto con el investigado

Un tema que suele generarle dudas al investigador sobre la forma de abordarlo es aquel que se relaciona con el tipo de contacto facultativo que se puede o no tener con el investigado y, de existir esa posibilidad, determinar cuál es el margen de maniobra existente, cuando las particularidades de la investigación así lo demanden y no se comprometa el trámite o se ponga en riesgo el fin de la investigación (Contraloría General de la República, Oficio 7942-2013).

En ocasiones, la investigación apunta directamente a ciertas personas que poseen cierta información respecto de distintas actuaciones, decisiones y documentos, lo cual puede contribuir de manera significativa con la investigación, en cuyo caso lo normal es solicitarla por escrito.

En otros casos, por lo general poco frecuentes, quizás exista la necesidad de entrevistar al investigado, actuación que debe valorarse para decidir lo que corresponda, siempre que sea realmente indispensable y que, lejos de afectar la investigación, la revista de mayor calidad, sin que por tal diligencia se pueda prejuzgar de ningún modo que se está ante un presunto infractor, ya que puede ser un simple interviniente o participante en una parte de los hechos que se investigan.

Cabe recordar que en esta etapa prematura de las diligencias indagatorias no se trata de darle el debido proceso y el derecho de defensa al investigado, puesto que todavía se desconoce el curso final de los acontecimientos y no se ha abierto el procedimiento administrativo formal, que es donde sí deben brindársele ese tipo de garantías procesales (Sala Constitucional, Resoluciones 2649-1993, 7096-1996, 1029-1999, 2006-9166, entre otras)².

Finalmente, la información proporcionada por el investigado debe ser usada por el investigador como simple referencia y orientación útil para la recopilación de evidencia vinculada a los hechos, que ayuden a probar o descartar la teoría del caso o hipótesis que se maneja.

10. La reserva sobre los productos de la IP

Una vez concluida la investigación, puede que el caso origine un informe sobre eventuales responsabilidades administrativas (disciplinaria y civiles) o incluso también sobre responsabilidades penales.

Estos documentos deben mantenerse como de acceso restringido y no disponibles para terceros, como bien sostiene el órgano contralor en los siguientes términos:

En estos documentos se hace un juicio de probabilidad sobre el grado de participación de las personas involucradas en los hechos descritos, su culpabilidad

² En relación con el tema, contraria a la tesis mayoritaria de la Sala Constitucional, la posición de los magistrados Jinesta y Cruz estiman que a los investigados les asiste el derecho de apersonarse y tener acceso a la investigación así, como de ofrecer las pruebas que consideren pertinentes (Jinesta, 2014).

en las actuaciones cometidas, la responsabilidad a la que pueden verse sometidos, el grado de irregularidad que presenta el acto o contrato viciado de nulidad, etc., todo lo cual será objeto de un procedimiento administrativo que se ordena iniciar a la administración que se trate o que se sustancia en la misma Contraloría General, o bien de una investigación penal cuando las relaciones de hechos se trasladan como denuncia al Ministerio Público () El fundamento legal de la restricción de acceso a las relaciones de hechos se ha sustentado reiteradamente en los derechos a la esfera de intimidad de las personas, la presunción de inocencia, y la buena marcha de las actuaciones de las autoridades que no debe ser entorpecida por la divulgación de los hechos que son objeto de un procedimiento () si bien por principio de naturaleza constitucional existe un libre acceso a los departamentos administrativos y a la documentación de relevancia pública que en ellos obre, nuestro legislador ha dispuesto, en resguardo de otros valores jurídicos de igual relevancia (honor, justicia, presunción de inocencia), un acceso restringido limitado a las partes involucradas y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, respecto de las relaciones de hechos que puedan generar su apertura. (Contraloría General de la República, Oficio 12872-2011)

En cuanto al traslado de la denuncia que hayan hecho las autoridades municipales a la vía penal aún con ocasión de la gestión del denunciante- y que esté generando o vaya a generar un proceso penal en su fase preparatoria de investigación, no puede ser puesta en conocimiento del denunciante o la denunciante por parte de la auditoría interna, al tenor de lo dispuesto en las normas 151 y 295 del Código Penal que ordenan la fase preparatoria del proceso penal como secreta y no accesible a terceros y solo el tribunal podrá ordenar la expedición de copias, informes o certificaciones que hayan sido pedidos por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos. Por otra parte, no se le considera al denunciante -para los efectos de las normas en análisis-, una parte que pueda acreditar un interés legítimo en obtenerlos, salvo que así lo demuestre ante el tribunal. Además, de quebrantarse esta obligación, las autoridades municipales, en este caso -la auditoría interna-, podría incurrir en responsabilidad (Contraloría General de la República, Oficio 4116-2011).

Por lo tanto, solo tendrán acceso a dichos documentos las partes y los abogados durante la tramitación del procedimiento administrativo (art. 272 de la Ley General de la Administración Pública y Resoluciones de la Sala Constitucional 2005-03618 de las 14:47 horas del 05 de abril del 2005 y 2005-13620 de las 14:33 horas del 05 de octubre del 2005). El apartado 3.4 sobre confidencialidad se refiere al momento en que el expediente ya es de acceso público.

11. La importancia de manejar una teoría del caso

Las mejores prácticas en materia de investigaciones administrativas estriban en evitar que las indagaciones giren alrededor de una determinada persona, ya que lo aconsejable es, primeramente, procurar aclarar los hechos y delimitarlos, así como recabar la prueba de

respaldo de rigor para finalmente confrontarlos con el marco jurídico y administrativo aplicable.

Una vez planteada esa tesis básica, lo natural es procurar identificar los presuntos implicados en los hechos, así como el tipo y grado de participación por su acción u omisión.

12. El papel del asesoramiento jurídico

La responsabilidad de conducir investigaciones administrativas puede recaer en personas de muy variadas formaciones profesionales, tales como: licenciados en relaciones laborales, auditores, criminólogos, profesionales en recursos humanos, abogados, entre otros.

Según el tema en investigación, puede requerirse el concurso de muchos otros profesionales como ingenieros, analistas de sistemas de información, agrónomos, médicos y otros para comprender mejor los procesos de trabajo y el argot o vocabulario técnico que se utiliza.

No obstante, una IP en el fondo siempre estará relacionada con aspectos jurídicos, referentes a temas probatorios y de derecho de fondo que es necesario conocer adecuadamente para asegurar el éxito, tanto de las indagaciones en sí, como del producto final que se emita.

Por lo anterior, normalmente será conveniente que los investigadores recaben la opinión de algún abogado que les asista en su labor, para evitar cometer errores y generar omisiones que eventualmente malogren sus esfuerzos o, peor aún, generen riesgos de impunidad o mala gestión en estos delicados asuntos.

13. Responsabilidad civil y la IP

Entre sus alcances, una IP puede incluir el tema de la responsabilidad por que haya causado uno de sus agentes, el cual puede haber afectado a la propia Administración y a terceros damnificados; o bien, el daño pudo haber sido causado a la Administración por parte de un tercero.

En el caso de un daño provocado a terceros no a la propia Administración por la acción u omisión de un agente público, cuando el este haya sido resarcido por la Administración como solidariamente responsable, esta deberá recobrar plenariamente lo pagado para reparar los daños causados, siempre que haya mediado dolo o culpa grave del servidor que los ocasionó (LGAP, artículo 203). Para tal efecto, se deberá tomar en cuenta una eventual distribución interna de responsabilidades cuando hayan sido varios los servidores causantes, en cuyo caso la responsabilidad es solidaria (LAFRPP, artículo 116) e incluso cuando no todos hayan sido parte en el juicio (LGAP, artículo 205).

En algunas situaciones, un daño es provocado por el servidor a la propia Administración y no a un tercero, en cuyo caso recaerá en él la responsabilidad de resarcirlo, siempre que haya mediado dolo o culpa grave, según el artículo 210 de la LGAP.

En ambos casos, el plazo de prescripción aplicable es de cuatro años, contados desde que se tenga conocimiento del hecho dañoso (Artículo 198 de la LGAP). Vencido este plazo, el Estado no hará reclamaciones a sus agentes por daños y perjuicios (LGAP, artículo 207).

No obstante, es un hecho generador de responsabilidad considerado como falta grave la omisión en el cobro por dejar transcurrir los plazos legales para ejercer las acciones de recuperación por los daños y perjuicios que causen los funcionarios públicos (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, artículo 75).

Asimismo, cuando media una responsabilidad civil, usualmente es necesario que se cuantifique debidamente en un apartado o anexo de la investigación su monto y que se detallen las bases de cálculo, metodología y demás elementos que posteriormente permitan a los intimados determinar la forma como se llegó a realizar ese cálculo. Este estudio debe ser realizado por un profesional o persona idónea en la materia.

Cuando de pagos en exceso se trata, antes de que la Administración obligue a un funcionario o servidor a reintegrar los salarios pagados de más o de manera errónea, es importante determinar si dichos pagos devienen de un simple error aritmético o material o de un acto declaratorio de derechos.

Así pues, si el pago efectuado indebidamente deviene de un simple error aritmético o material de la Administración, no es necesario seguir alguno de los trámites antes mencionados (Sala Constitucional, Resolución 2006-11972). La recuperación de esos dineros puede hacerse mediante rebajos directos de planilla, aplicados de forma proporcional a sus salarios, en por lo menos cuatro tractos y sin intereses (Código de Trabajo, artículo 173, párrafo segundo). Pero sí se debe, por lo menos, comunicar previamente al funcionario el monto adeudado, el número de tractos en los que se procederá a realizar el reintegro y se requiere que la suma por deducir del salario del funcionario sea razonable y proporcional, de modo que el resto de su sueldo le permita satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, ya que el particular no tiene por qué soportar de forma desproporcionada los errores de la Administración (Resoluciones 2002-4842 y 2006-010132).

Por el contrario, si el pago indebido o en exceso se fundamenta formalmente en un acto declarativo de derechos, de previo a la gestión cobratoria, se deberá revertir el respectivo acto administrativo, ya sea mediante el proceso de lesividad, establecido fundamentalmente en el artículo 183.3 de la Ley General de la Administración Pública y el ordinal 34.1 del Código Contencioso Administrativo; o bien, mediante el procedimiento establecido en el artículo 173 en relación con el numeral 308 y siguientes de la LGAP, según sea el caso.

La vía judicial de la lesividad o la administrativa de la nulidad absoluta, evidente o manifiesta, son dos procedimientos diferenciados que deben seguirse estrictamente en atención al principio constitucional de la intangibilidad de los actos propios y siempre dentro del plazo de caducidad previsto por el ordenamiento jurídico, conforme a los artículos 173.4 de la LGAP y 34.1 del CPCA.

14. La apertura del procedimiento como decisión administrativa

En el caso de las auditorías internas, las IP se conocen como relaciones de hechos (RH) y se ponen en conocimiento de la autoridad competente para sancionar, a fin de que esta tome una decisión sobre si hay o no mérito para acoger la gestión de abrir un procedimiento administrativo, en el entendido de que el archivo o desestimación el caso deberá documentarse mediante la adopción de una decisión debida y suficientemente motivada.

Asimismo, a diferencia de las inconformidades generadas por un informe de auditoría, las cuales se resuelven conforme a las reglas de los artículos 36, 37 y 38 de la LGCI, los informes de Relación de Hechos no están sujetos a dicho procedimiento especial (Contraloría General de la República, oficios 01310-2012 y 09823-2013).

No obstante, independientemente de que se trate de una IP o una relación de hechos, si de la depuración y eventual cobro de una posible responsabilidad civil se trata, el artículo 75 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República señala que se reputará como falta grave del funcionario competente no efectuar el procedimiento administrativo o no ordenar oportunamente su apertura .

En cuanto a sentar responsabilidades disciplinarias por infracción al ordenamiento de control y fiscalización superior de hacienda pública el ordinal 71 del mismo cuerpo legal refiere lo siguiente: se reputará como falta grave del funcionario competente para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar que la responsabilidad del infractor prescriba, sin causa justificada .

Finalmente, en el caso de que se haya decidido no efectuar el procedimiento o luego de abierto se haya dejado prescribir, dichas decisiones podrían estar sujetas a que en la sede administrativa se declare su nulidad absoluta, siempre que sea evidente y manifiesta, conforme al ordinal 173 de la LGAP o el ordinal 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, todo sin perjuicio de que si la nulidad absoluta no fuese patente el órgano contralor acuda a un proceso de conocimiento en la vía contenciosa administrativa para obtener su anulación, siempre que el caso así lo requiera.

Conclusiones

Las administraciones públicas suelen llevar a cabo cientos de investigaciones preliminares cada año, pero son pocos los estudios o manuales existentes en esta materia que permiten contar con una guía especializada al respecto.

Los catorce temas desarrollados en este artículo han sido presentados con el propósito de ayudar en esta compleja y delicada tarea, por lo que se espera que sirvan como un insumo apropiado para llevar a buen puerto las IP, con base en una serie de elementos calificados de orden técnico y jurídico que fungen como el marco general donde se debe desarrollar el proceso investigativo.

Referencias

- Código Procesal Penal. Ley 7594 del 10 de abril de 1998. Costa Rica.
- Contraloría General de la República. Oficio 888 (DJ-0058) de 25 de enero del 2013.
- Contraloría General de la República. Oficio 7942 (DJ-0583) del 1° de agosto del 2013.
- Contraloría General de la República. Oficio 2392 (DJ-0251) del 12 de marzo del 2012.
- Contraloría General de la República. Oficio 06444 (DJ-0663) del 28 de junio del 2012.
- Contraloría General de la República. Oficio 09823 (DFOE-AE-0495) de 20 de setiembre del 2012.
- Contraloría General de la República. Oficio 12872 (DJ-1377) del 19 de diciembre del 2011.
- Contraloría General de la República. Oficio 01310 (DFOE-IFR-0053) del 9 de febrero del 2011.
- Contraloría General de la República. Oficio 4116 (DJ-0495) del 10 de mayo del 2011.
- Contraloría General de la República. Oficio 035 (DI-CR-2) de 4 de enero del 2005.
- Jinesta Lobo, E. (2014). La investigación preliminar en el procedimiento administrativo. Recuperado de <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/INVESTIGACION%20PRELIMINAR%20PROCEDIMIENTO%20ADMINISTRATIVO.PDF>
- Ley General de la Administración Pública (LGAP). Ley 6227 de 2 de mayo de 1978.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR). Ley 7428 de 7 de setiembre de 1994.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-076 del 4 de marzo del 2004.
- Sáenz Carbonell, J. (2011). La potestad disciplinaria en la Administración y la prescripción para el inicio de los procedimientos. Revista de Ciencias Jurídicas No.124 .
- Sala Constitucional. Resolución 4167 de las 8:30 horas del 30 de marzo del 2012.
- Sala Constitucional. Resolución 01904 de las 12:24 horas del 29 de enero del 2010.
- Sala Constitucional. Resolución 15833 de las 10:00 horas del 24 de setiembre del 2010.
- Sala Constitucional. Resolución 04980 de las 14:44 horas del 25 de marzo del 2009.

Sala Constitucional. Resolución 12810 de las 12:04 horas del 22 de agosto del 2008.

Sala Constitucional. Resolución 3890 de las 15:51 horas del 20 de marzo del 2007.

Sala Constitucional. Resolución 11108 de las 19:14 horas del 31 de julio del 2007.

Sala Constitucional. Resolución 16474 de las 14:40 horas del 14 de setiembre del 2007.

Sala Constitucional. Resolución 2377 de las 10:48 horas del 24 de febrero del 2006.

Sala Constitucional. Resolución 6035 de las 14:00 horas del 05 de mayo del 2006.

Sala Constitucional. Resolución 560 de las 15:22 horas del 26 de abril del 2006.

Sala Constitucional. Resolución 17380 de las 14:05 horas del 28 de abril del 2006.

Sala Constitucional. Resolución 6505 de las 11:02 horas del 12 de mayo del 2006.

Sala Constitucional. Resolución 10132 de las 14:55 horas del 19 de julio del 2006.

Sala Constitucional. Resolución 2365-2005 de las 10:34 horas del 4 de marzo del 2005.

Sala Constitucional. Resolución 03618 de las 14:47 horas del 05 de abril del 2005.

Sala Constitucional. Resolución 4300 de las 18:30 horas del 20 de abril del 2005.

Sala Constitucional. Resolución 4593 de las 16:46 horas del 26 de abril del 2005.

Sala Constitucional. Resolución 13620 de las 14:33 horas del 05 de octubre del 2005.

Sala Constitucional. Resolución 15063 de las 15:59 horas 1° de noviembre del 2005.

Sala Constitucional. Resolución 2985 de las 14:47 horas del 23 de marzo del 2004.

Sala Constitucional. Resolución 3782 de las 11:49 horas del 16 de abril del 2004.

Sala Constitucional. Resolución 02462 de las 10:16 horas del 21 de marzo del 2003.

Sala Constitucional. Resolución 6552 de las 15:16 horas del 8 de julio del 2003.

Sala Constitucional. Resolución 2689 de 15:12 horas del 31 de octubre del 2003.

Sala Constitucional. Resolución 10824 de las 10:32 horas del 26 de setiembre del 2003.

Sala Constitucional. Resolución 4842 de las 16:12 horas del 21 de mayo del 2002.

Sala Constitucional. Resolución 1969 de las 9:08 horas del 3 de marzo del 2000.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 143 de las 10:00 horas del 31 de mayo de 1999.

Sala Constitucional. Resolución 1571 de las 12:36 horas del 29 de marzo de 1996.

Sala Constitucional. Resolución 11353-2014 de las 10:05 horas del 11 de julio de 2014.

Sala Constitucional. Resolución 6378 de 22 de noviembre de 1995.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1416 de las 6:45 horas del 29 de enero de 2008.



**Estudios de
Colaboradores
Externos**



Hacia una nueva hermenéutica ambiental¹

Sumario

Mario Peña Chacón²

Hermenéutica jurídica. 2. El rol de los principios generales del derecho en la hermenéutica jurídica. 3. ¿Por qué una nueva hermenéutica ambiental? a. Carácter finalista del derecho ambiental. b. Derechos ambientales como derechos humanos. c. Principios generales del derecho ambiental. d. Consolidación de los principios de progresividad, no regresión y precautorio del derecho ambiental. 4. Criterios para una nueva hermenéutica ambiental. 5. Nueva hermenéutica ambiental en la práctica. a. Desarrollo sostenible democrático. b. Reconocimiento de los principios de progresividad y no regresión ambiental como principios autónomos y parámetros de constitucionalidad. c. Inconstitucionalidad del concepto bosque d. Efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental. e. Tutela de nacientes intermitentes. f. Demanialidad de los manglares en zona marítima terrestre.

¹ Este artículo es producto del Proyecto de Investigación denominado “Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión” inscrito ante la Vicerectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

² Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). mariopenachacon@gmail.com

1. Hermenéutica jurídica

Tal y como lo ha entendido y desarrollado la jurisprudencia constitucional costarricense,¹ la interpretación de las normas por parte de los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo.

Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos que tienen una área de significado o campo de referencia así como, también, una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación.

En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental –método teleológico-. El intérprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica –método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico –método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación –método histórico-evolutivo-.

Cuando de interpretar una norma jurídica se trata el intérprete no puede utilizar uno solo de los métodos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo.

De esta forma, al interpretar una norma, el aplicador deberá considerar su espíritu y finalidad y para ello, deberá tomar en cuenta el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y la realidad social del momento en que han de ser aplicadas, en otras palabras, el operador debe apuntar hacia una interpretación finalista y evolutiva de las normas jurídicas.

¹ Al respecto puede consultarse entre otros el voto 2003-3481 del 02 de mayo de 2003.

2. El rol de los principios generales del derecho en la hermenéutica jurídica

El Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanelas edición 2003² al definir “*Principios Generales del derecho*” expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Mu-ger).

En doctrina a los Principios Generales del Derecho también se les conoce como: principios rectores, principios fundamentales de ley, principios deontológicos fundamentales, exigencias fundamentales, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho, entre otros. Para JAQUENOD DE ZSOGON se entiende por *Principio* (del latín *principium*), aquella “*norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales*”, y por *Rector* (del latín *rector*), lo que ‘*rige o gobierna*’, por ende son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justificación y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho.³

CAFFERATTA⁴ citando a VIGO y a CAÑIZA-MERLO destaca que “*A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar*”.⁵ En ese mismo sentido, “*tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares*”.⁶

LORENZETTI menciona las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho, función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un

2 Disponible en: <http://www.mediafire.com/?01unzvz1fyw>

3 Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

4 Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

5 Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.

6 Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas".⁷ Por su parte VIGO expone que en materia de principios "el Juez los utiliza para resolver cuestiones difíciles, el legislador para proyectar normas legales, el jurista para pensar y el operador del derecho, para actuar."⁸

Tanto Código Civil como Ley General de Administración Pública encasillan a los principios generales como fuentes o normas no escritas del ordenamiento jurídico, asignándoles funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas. En el caso específico de la Ley General de Administración Pública, los principios generales llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan y ostenta rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo.⁹

3. ¿Por qué una nueva hermenéutica ambiental?

Como bien lo afirma GONZÁLEZ BALLAR, la interpretación expansiva en el derecho ambiental tiene su importancia ante los bienes jurídicos con los que tratamos, el equilibrio de los ecosistemas y la salud, el bienestar o el buen vivir - de la Pacha Mama -. Esto implica recordar la amplitud del criterio de bloque de legalidad ambiental y la necesidad de romper - ampliar - los criterios clásicos de la interpretación jurídica.¹⁰

Su carácter finalista, la condición de derecho humano fundamental y la consolidación de sus principios generales, en especial los de progresividad, no regresión y precautorio, obligan un nuevo enfoque hermenéutico finalista y evolutivo para el derecho ambiental.

a. Carácter finalista del derecho ambiental

El derecho ambiental posee un carácter finalista. Dentro de sus objetivos se encuentra la tutela de bienes jurídicos del más alto rango, básicos, esenciales e indispensables como lo son la vida, la salud y el equilibrio ecológico, a través de normas jurídicas que buscan "proteger más y contaminar menos", o sea, "aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación",¹¹ por medio de un uso racional de los recursos naturales con la finalidad de satisfacer las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Con el fin de lograr las metas que se propone el derecho ambiental, se han promulgado una serie de regulaciones jurídicas que conforman lo que actualmente es posible denominar *orden público ambiental*, conformado por normas de rango constitucional, convenios, tratados y declaraciones internacionales (soft y hard law), leyes, reglamentos, decretos, circulares y directrices, así como también, por normas no escritas como la costumbre, los principios generales del derecho ambiental y la jurisprudencia.

7 Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.

8 Citado por Edgardo, Saux., Los principios generales del derecho civil", LL, 1992-D-839.

9 Artículo 1 del Código Civil y artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

10 Gonzalez Ballar, Rafael, Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano, PNUD, 2013.

11 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

Para CAFFERATTA la tesis del orden público ambiental consiste en *“la preservación del equilibrio ecológico, el deber de la autoridad administrativa de preservarlos y también de los integrantes del Ministerio Público de velar por él, aun respecto de actos de la autoridad sea administrativa o judicial”*.¹²

El conjunto de derechos ambientales que integran el orden público ambiental según BIBILONI¹³, se caracterizan por ser indisponibles e irrenunciables, *“porque revisten condición de derechos de incidencia y goce colectivo, que además compromete intensamente el “interés público” y los derechos de terceros. Y porque estos caracteres también se infieren del principio de equidad intergeneracional que surge de la Constitución Nacional y de la legislación ambiental específica, en cuanto garantías que consagra a favor de las generaciones futuras”*

Por medio del *orden público ambiental* el Estado busca la satisfacción de los intereses del conjunto social (interés público ambiental) que además representan un orden inter e intrageneracional, mismo que se vio consolidado a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50 constitucional, al reconocer un modelo de desarrollo económico y social respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y futuras, como primer paso para la consolidación de un Estado Social y Ambiental de Derecho.¹⁴

b. Derechos ambientales como derechos humanos

El marco normativo de los derechos humanos ambientales previsto en la Constitución Política se encuentra integrado además, entre otros instrumentos internacionales, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales (Pacto de San Salvador), viéndose además reforzado por las declaraciones de principios ambientales de Estocolmo 1972 sobre Medio Ambiente Humano, Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Johannesburgo 2002 sobre Desarrollo Sostenible y la Declaración Río+20 del 2012.

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia 1994-2485, la Sala Constitucional refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los derechos humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados,

12 Cafferatta, Néstor, Orden Público y Paradigma ambiental, en prensa, ED Suplemento de Derecho Ambiental

13 Bibiloni, Héctor Jorge, “El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos”, Lexis Nexis, diciembre 2005.

14 “El artículo 50 citado, también perfila el Estado Social de Derecho, por lo que podemos concluir que la Constitución Política enfatiza que la protección del ambiente es un mecanismo adecuado para tutelar y mejorar la calidad de vida de todos, lo que hace necesaria la intervención de los Poderes Públicos sobre los factores que pueden alterar su equilibrio y obstaculizar que la persona se desarrolle y desenvuelva en un ambiente sano. La incidencia que tiene el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado dentro de la actividad del Estado, encuentra su primera razón de ser, en que por definición, los derechos no se limitan a la esfera privada de los individuos, sino que tienen asimismo trascendencia en la propia estructura del Estado, en su papel de garante de los mismos y, en segundo término, porque la actividad del Estado se dirige hacia la satisfacción de los intereses de la colectividad” Sentencia número 2007-17552, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica.¹⁵

En la sentencia 1995-2313,¹⁶ el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al derecho internacional, y dentro de éste, al derecho ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre derecho humano y derecho fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los derechos humanos que pudieran no estar incluidos en su texto. De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de derechos humanos, forma parte del elenco positivo y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica.¹⁷

Además, el fallo constitucional 1993-6240 instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.¹⁸ Y aunado a lo anterior, mediante las resoluciones constitucionales 1992-3435 y 1995-2313 se dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestra legislación interna.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano recogido en instrumentos internacionales, se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, entre ellas la doctrina de "*cláusula de interpretación conforme*".

Según explica FERRER MAC-GREGOR, la cláusula de interpretación conforme contiene un "*principio de armonización*" entre la Constitución Política y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita "*armonizar*" la "*norma nacional y la internacional*". No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado

15 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

16 "... como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución".

17 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001. // Cuando exista conflicto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

18 "De las sentencias 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-1990 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional" Piza Escalante, Rodolfo "La Justicia Constitucional en Costa Rica" Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. De ahí que esta cláusula cumple con una función hermenéutica de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia. En todo caso, ante una eventual antinomia debe aplicarse la norma que favorezca "a las personas la protección más amplia" como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece.¹⁹

FERRER MAC-GREGOR citando a Bidart Campos manifiesta que la cláusula de interpretación conforme se constituye en una "*interpretación conciliadora*" en una doble vía, en la medida de que efectúa interpretación "*de*" la constitución (derechos humanos de fuente constitucional e internacional) y "*desde*" la constitución hacia abajo (con la norma infra constitucional cuya interpretación debe ser conforme a la constitución y a los tratados internacionales)

Este criterio hermenéutico incorpora el principio "*pro homine*" previsto en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno o excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza o bien, limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad.

Partiendo de lo anterior, la hermenéutica de los derechos ambientales debe ejercerse en estricta consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y no regresión de los derechos humanos. Cada uno de estos principios debe ser considerado en la interpretación que se efectúe para favorecer "*en todo tiempo a las personas la protección más amplia*", bajo la premisa de la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

c. Principios generales del derecho ambiental

A fin de evitar que la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se restrinja al plano semántico de la realidad jurídica, el Derecho Ambiental ha integrado una serie de principios rectores que garantizan la tutela efectiva del derecho. Estos axiomas describen los compromisos adquiridos por las Partes Contratantes de los más representativos instrumentos internacionales en materia ambiental. Debido a la rápida evolución del derecho internacional ambiental se ha creado una gran gama de *soft law* que, aunque no es vinculante, da pautas que luego pueden convertirse en normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados).²⁰

Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas resoluciones y declaraciones de principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales. Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados. La doctrina los ha

¹⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, accesible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

²⁰ Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente. El *soft law* no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

La Declaración de Estocolmo de 1972 marca un hito en el desarrollo de la problemática ambiental en el mundo constituyéndose en el inicio fundacional del Derecho Ambiental. A lo largo de su articulado se consagran los siguientes principios del Derecho Internacional:

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el apartheid, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.
- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos;
- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.
- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de los costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución en la fuente, solidaridad, participación ciudadana, cooperación internacional, notificación previa, entre otros.²¹

21 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
- El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
- Todos los estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Se dará especial prioridad a la situación y necesidades especiales de los países en desarrollo.
- Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud

Por su parte, en junio de 2012 se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, mejor conocida como la Conferencia de Río+20, cuyo mayor logro fue el de reafirmar los principios aprobados en la Conferencia de Río de 1992, asignándoles con ello un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando por tanto toda regresión.²²

Como dato importante a destacar, la jurisprudencia constitucional costarricense no sólo ha reconocido la función de integración, delimitación e interpretación del bloque de legalidad ambiental por parte de los principios rectores del derecho ambiental derivados tanto de la Constitución Política y del Derecho Internacional Ambiental, sino que además, les ha otorgado rango de principios constitucionales, elevándolos por encima de todo el ordenamiento jurídico e incluso utilizándolos como parámetros para el control de constitucionalidad.²³

y la integridad del ecosistema de las tierras.

- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.
- Los estados deberán cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible aumentando el saber científico. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.
- Los estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.
- Los estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
- Los estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación o la transferencia de cualesquiera actividades o sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
- Los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades con el fin de proteger el medio ambiente.
- Las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina, debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
- Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo.
- Los estados parte deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos estados.
- Los estados deberán proporcionar la información pertinente, o notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener efectos ambientales transfronterizos adversos y celebrar las consultas con estos estados en fecha temprana y de buena fe.
- Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo.
- Deberán movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para lograr forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
- Debido al conocimiento de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como de otras comunidades locales, éstas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y del desarrollo. Los estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

22 El documento final de la Conferencia fue aprobado el día 19 de junio de 2012 bajo el nombre "El futuro que queremos".

23 "Este Tribunal Constitucional ha derivado de los artículos 7, 48, 50 y 89 constitucionales, y los Tratados Internacionales enunciados, los derechos y principios ambientales, pero a la vez, reconoce la necesidad del Estado de contribuir con políticas para impulsar la diversidad económica, a la vez que de conservación y protección de los bienes culturales y naturales, porque sin uno ni el otro, no podría entenderse que existe progreso humano equitativo para todos los sectores sociales" Voto 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.

d. Consolidación de los principios de progresividad, no regresión y precautorio del derecho ambiental

En otros trabajos académicos hemos expuesto que el principio de no regresión o de prohibición de retroceso dispone que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser modificadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad, por ello la nueva norma o sentencia, no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad.²⁴

Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica necesariamente una obligación negativa de *no hacer*, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado.

Como contenido mínimo o núcleo duro es posible identificar la obligación constitucional de tutela del interés público ambiental, sea el deber estatal de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.²⁵

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al *status quo ante*, respetando al menos, el nivel de protección ambiental ya alcanzado; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental actualmente adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; asegurar la calidad de las normas ambientales; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso, todo lo anterior con la finalidad de asegurar condiciones ambientales aptas para la posteridad.

24 Para mayor información puede consultarse los ensayos académicos de este mismo autor denominados: "Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense", en la Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 3, febrero 2012, Argentina, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=2&idpublicacion=19&view=1>; La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2>; Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2> y El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>

25 "La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar ese derecho. Prima facie garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales". Voto número 1999-644 del 29/01/1999, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Es posible afirmar que la prohibición de regresión actúa como una limitación a la potestad normativa estatal, inhibiendo la derogación, reducción, relajamiento o desaplicación de la legislación ambiental, lo cual encuentra justificación como garantía de mantenimiento del nivel actual de protección, y de toda mejora experimentada desde entonces.

A la vez, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas regresivas, vedando al Estado el *"dar un paso hacia atrás"*.²⁶

Debido al carácter finalista del derecho ambiental, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten conlleven un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral.

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en *"progreso"* o *"mejora continua en las condiciones de existencia"*. Aquí el imperativo manda *"hacer"*, el Estado debe *"moverse hacia delante"* y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas.

De esta forma, mientras el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo²⁷ de protección ambiental que debe respetarse, el de progresión busca el avance sistemático de la normativa ambiental. Por ello, este principio no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe derecho alguno que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Sería posible entonces afirmar que el principio de no regresión actúa como una obligación negativa inherente a la obligación constitucional de carácter positivo de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En primera instancia el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto. Al igual que como sucede con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de tutela del interés público

26 Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, en *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles : Editions Bruylant, 2012.

27 "La idea de "mínimo" pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del "volumen de transferencia" hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar un idea de "mínimo" en lugar de "máximo" a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir" Berros, María Valera, *Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino*, JA,2011-IV, fasc. N.13, 2011.

ambiental, por los principio de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.²⁸

Partiendo del reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, receptado en el artículo 50 de la Constitución Política y el principio número quince de la Declaración de Río, se ha reconocido igualmente el denominado principio precautorio en materia ambiental o principio *in dubio pro natura*, cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, la administración debe abstenerse de realizar este tipo de actividades.²⁹

4. Criterios para una nueva hermenéutica ambiental

La nueva hermenéutica jurídica ambiental requiere que su aplicador considere el espíritu y finalidad de la norma y para ello, tomar en cuenta el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y la realidad social del momento en que han de ser aplicadas.

Para ello, se deberá tener como norte el carácter finalista y evolutivo del derecho ambiental y su objetivo primordial de tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico. El operador debe buscar aquella interpretación que permita aplicar la norma para *“proteger más y contaminar menos”*, *“aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación”* sin perder de vista la necesidad un *“uso racional de los recursos naturales”* que satisfaga las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

De esta forma, como lo afirma GONZÁLEZ BALLAR,³⁰ la interpretación debe ser un instrumento por medio del cual se logre el equilibrio de los tres factores que integran la fórmula del desarrollo sostenible (lo económico, lo ecológico y lo social) y donde la apreciación de los valores en su relación con la realidad permitan que las normas jurídicas cumplan su finalidad esencial.

Bajo esta inteligencia, la hermenéutica ambiental debe perseguir siempre la protección del interés público ambiental a la luz del artículo 50 constitucional que establece el deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en cumplimiento de ese orden público impuesto a partir de la reforma constitucional de 1994 que inició la era hacia la consolidación del Estado Social y Ambiental de Derecho costarricense.

Ese carácter evolutivo y finalista también es compartido por el derecho internacional ambiental el cual por medio de tratados, convenios y declaraciones de principios ambientales, busca procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar

28 Al respecto puede consultarse el voto constitucional 2006-17126.

29 Votos constitucionales números: 2011-14596 y 2011-16316.

30 Gonzalez Ballar, Rafael, El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental, en Temas de Derecho Ambiental, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2011.

la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental. Partiendo del hecho de que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad³¹, el intérprete jurídico se ve constreñido a interpretar la normativa interna de conformidad con las obligaciones contraídas por el país al suscribir y ratificar dichos convenios ambientales.

En tanto las normas ambientales deben atender a los fines sociales a los que están destinadas, corresponde interpretarlas e integrarlas de acuerdo con el principio hermenéutico *in dubio pro natura* cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, el operador jurídico debe interpretar y aplicar la norma de manera que impida la realización de este tipo de actividades hasta tanto cuente con certeza científica respecto a su inocuidad.

Los consolidados principios ambientales de prevención, contaminador pagador, recomposición, participación pública y uso racional, desarrollados ampliamente por parte de la jurisprudencia constitucional, también obligan a interpretar las normas ambientales de conformidad con su finalidad esencial.

Además, el operador jurídico no debe perder de vista a la hora de interpretar y aplicar la normativa ambiental que está frente a un derecho humano reconocido tanto a nivel constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que se vea obligado a utilizar el criterio "*pro homine*" previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, así como la "*cláusula de interpretación conforme*" a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (no regresión), bajo una lógica de promoción, respeto, protección y garantía lo más amplia y extensa posible de los derechos humanos ambientales.

Al amparo del artículo 29 de la Convención Americana, ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

31 "En Costa Rica, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. De conformidad con la reiterada jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior. Asimismo, los principios contenidos en Declaraciones Ambientales o "soft law" gozan igualmente de plena ejecutoriedad, y la normativa de rango inferior, llámese leyes, decretos y reglamentos, deben ser acordes a ellos. Además, las regulaciones y principios contenidos en los Tratados y Convenios sobre medio ambiente, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento obligatorio. De esta forma, es posible afirmar que los instrumentos internacionales ambientales suscritos por Costa Rica son legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa" Peña Chacón, Mario, La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, abril 2003, número 94, México

- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Como consecuencia de lo anterior, la legislación de tutela de los sujetos vulnerables y de los derechos de incidencia colectiva debe interpretarse de la manera que les sea más favorable y provechosa y mejor pueda viabilizar, en el plano de la eficacia, la prestación jurisdiccional y la *ratio essendi* de la norma jurídica.

Tampoco puede desligarse el operador jurídico de interpretar de conformidad con la obligación de progresividad prevista en la Convención Americana y su Protocolo de San Salvador, por la cual en principio, le está vedado al Estado (incluyendo por supuesto al aplicador del derecho) adoptar políticas, medidas, sancionar y aplicar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el protocolo o con posterioridad a cada avance "progresivo". Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no autorizada por el Protocolo.³²

Al efecto, la jurisprudencia constitucional ha expuesto:

Estiman los accionantes que la eliminación de la causal señalada infringe el principio de progresividad y no regresividad. Dicho principio, si bien se ha relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, es reconocido respecto de todos los derechos previstos en los instrumentos de derechos humanos. La progresividad debe ser entendida en relación con los niveles de obligaciones que genera cada derecho (respetar, proteger y satisfacer) independientemente de que sea civil, político, económico, social o cultural. Esto por cuanto, algunas medidas que se deben implementar tienen un carácter más inmediato que otras que son progresivas o graduales, que se desarrollan a mediano o largo plazo con el fin de lograr el pleno ejercicio de los derechos humanos. Los instrumentos de derechos humanos incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos contenidos en ellos, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos fueron elaborados y ampliados

32 CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales CIDH, accesible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>

en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en todas las demás normas convencionales sobre derechos humanos. La Declaración constituyó el primer paso para el desarrollo progresivo de los derechos humanos y por ello, sus previsiones tienen un carácter positivo en el sentido de que representan el primero de muchos avances en la protección internacional de tales derechos y en virtud de la prohibición de regresividad, sus presupuestos tienen un carácter negativo, en el sentido de que los Estados no pueden retroceder en relación con el estándar de protección establecido. El principio de progresividad exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria. Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna. Sentencia: 11088 Expediente: 12-017473-0007-CO Fecha: 21/08/2013 Hora: 03:30:00 p.m. Emitido por: Sala Constitucional

Tratándose de derechos estrictamente ambientales, en la histórica resolución número 2012-13367, la Sala Constitucional desarrolló el principio de no regresividad como una garantía sustantiva de los derechos ambientales que prohíbe al Estado adoptar medidas, políticas ni aprobar ni modificar normas que empeoren, sin justificación razonable ni proporcionada, los derechos alcanzados con anterioridad, derivándolo de los principios de progresividad de los derechos humanos, objetivación de la tutela ambiental e irretroactividad de las normas:

“V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el

Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección”.

Nótese que las obligaciones de progresividad y no regresión implican para el operador jurídico, interpretar y aplicar la normativa ambiental al amparo de las reglas unívocas de la ciencia y técnica. El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense, y consiste básicamente en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias,³³ reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

Se trata ni más ni menos de la aplicación del principio constitucional de razonabilidad al derecho ambiental, obligando a que los actos y las normas que se dicten con respecto a esta materia, estén debidamente motivados en estudios técnicos serios, aun cuando no existiera otra normativa legal que así lo estableciere de manera expresa.³⁴ No exige sólo cumplir con ciertas formalidades, sino utilizar todos los medios jurídica y fácticamente posibles para preservar el ambiente.³⁵

33 Votos constitucionales: 14293-2005, 17126-2006, 2063-2007, 3684-2009, 075-2010, 21258-2010, entre otros.

34 Votos constitucionales: 1998-7294, 1999- 2988, 2012-1963.

35 Votos constitucionales: 2012-964, 2007-8210-, 2011-3744, 1998-7294 y 2010-13099.

En relación con el principio de objetivación, la Sala Constitucional en los votos 2005-14293, 2006-17126 y 2009-2009 expuso:

“De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos horas del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior [refiriéndose al principio precautorio], en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente.”

Por último vale la pena retomar e impulsar la atrevida postura de GONZALEZ BALLAR³⁶ de cambiar el criterio de la jerarquía de las fuentes al interpretar en el derecho ambiental, donde lo esencial es que una norma o un principio sea más importante para lograr la solución del problema o conflicto, no importa si viene de un reglamento o principio de soft law, al momento de su aplicación al caso concreto. Un primer paso hacia su consolidación lo encontramos plasmado en la Ley General de Administración Pública cuando dispone que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan ostentando el rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo.³⁷

5. Nueva hermenéutica ambiental en la práctica

Es posible encontrar claros ejemplos jurisprudenciales de correcta aplicación de las reglas y criterios hermenéuticos antes expuestos. A continuación se expondrán algunos de ellos que a la vez, pueden servir de modelo para la interpretación, integración y delimitación normativa ante futuros conflictos ambientales.

a. Desarrollo sostenible democrático

El concepto desarrollo sostenible fue acuñado por primera vez en 1987 en el informe denominado “*Nuestro Futuro Común*” de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y

³⁶ Gonzalez Ballar, Rafael, Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano, PNUD, 2013.

³⁷ Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

Desarrollo (Informe Brundtland) y reconocido a nivel internacional dentro del seno de las Naciones Unidas por medio de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, entendiéndose como *“aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las propias”*.

A nivel costarricense, a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50, la Constitución Política reconoce un modelo de desarrollo económico y social absolutamente respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El concepto hasta hace poco aplicado de desarrollo sostenible abarcaba un componente ambiental -la protección del ambiente-, uno económico -el desarrollo económico basado en la explotación sustentable del ambiente-, y uno social - se consideraba que el desarrollo económico y la conservación del ambiente conllevaban automáticamente el bienestar social. Sin embargo, el énfasis del modelo de desarrollo se había venido centrando primordial y preponderantemente en los elementos económico y ambiental, relegando sistemáticamente en la práctica al factor social a un segundo plano.

Esta situación viene a cambiar favorablemente a partir de la sentencia 2013-10540 del 07 de agosto de 2013, por medio de la cual la Sala Constitucional innovó a través de la creación jurisprudencial del nuevo principio/concepto de *“desarrollo sostenible democrático”* donde ya no solo se trata de garantizar el aprovechamiento de los recursos existentes por las presentes generaciones, y de asegurar la subsistencia de las futuras, sino que para lograrlo, también se debe asegurar que el acceso a esos recursos y a la riqueza generada por las actividades económicas se distribuya equitativamente en la sociedad, de modo que alcance al mayor número posible de personas y permita el progreso solidario.

Por medio de una nueva interpretación finalista y evolutiva de los artículos 50, 74 y 89 constitucionales, la Sala Constitucional otorgó especial relevancia al elemento social del desarrollo sostenible como un componente de la justicia social propio del Estado de Derecho que se verifica a través del reparto más adecuado de la riqueza y el ambiente sano, así como en el deber estatal de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

Es posible afirmar, a partir de este fallo, que el elemento democrático del desarrollo sostenible conlleva intrínsecamente la distribución justa tanto de los beneficios como de las cargas ambientales, lo que implica la preservación de la naturaleza para las generaciones futuras y el aprovechamiento solidario del ambiente, lo cual a todas luces se convierte en un enorme paso hacia la consolidación del Estado Social y Ambiental de Derecho costarricense.

b. Reconocimiento de los principios de progresividad y no regresión ambiental como principios autónomos y parámetros de constitucionalidad

Para el año 2010 la Sala Constitucional reconoció de manera expresa el principio de no regresión de los derechos ambientales mediante una línea jurisprudencial que inicia con el voto número 2010-18702, derivándolo de la interpretación de los principios precautorio, objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, en aplicación de lo que ella misma

denominó *“interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio”*. Al efecto dispuso:

“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales”.

Mediante el voto 2013-13367, la Sala Constitucional logra extraer el principio de no regresividad esta vez, de la interpretación evolutiva de los principios de progresividad de los derechos humanos e irretroactividad normativa:

“Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces”.

En esta línea, el voto 2013-10158, reitera el carácter de principio constitucional a la no regresión relacionándolo con los principios precautorio, objetivación de la tutela ambiental y de progresividad, pero además en esta ocasión, lo elevó al rango de parámetro de

constitucionalidad, al disponer que toda regresión deviene en inconstitucional. Al respecto expuso:

“Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de régimen transitorio, la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas, la poca claridad sobre el término de “estructura”, la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial por ser población históricamente postergada, inexistencia de un inventario claro quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Estas omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional”.

“Respecto al Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional en acatamiento del Principio Precautorio, se requiere de previo a la declaratoria como territorio costero comunitario y a la concesión –tal y como lo señalan las y los diputadas y disputados consultantes- de un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de Secretaría Técnica Ambiental, de modo tal que se demuestre el tipo de daño y las medidas que deban adoptarse, estudio que se echa de menos en esta iniciativa de ley, ya que no podría dejar de protegerse un refugio sin criterios técnicos que así lo respalden. Por lo tanto dicha omisión implica una violación del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales, aspecto señalado en el vicio de forma analizado en esta sentencia.”

c. Inconstitucionalidad del concepto bosque

Mediante el voto número 2007-3923, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia realizando una interpretación evolutiva y finalista, declaró la inconstitucionalidad del concepto jurídico bosque del artículo 28 de la Ley Forestal, en cuanto a la omisión relativa de establecer medidas precautorias que aseguraran la protección del ambiente. En lo que interesa expuso la Sala:

“Ciertamente la reforma a esta ley, que se produjo mediante ley No. 7575 de 5 de febrero de 1996, tuvo como fin el promover e incentivar la reforestación en nuestro país, para lo cual intentó librar de trámites innecesarios la corta de determinado tipo de árboles. No obstante lo anterior, considera este Tribunal que al haber pasado la ley de una definición amplia de bosque, con mayor cobertura de protección, a una tan restringida en cuanto a especies y superficie, hace que la protección dada con anterioridad al ambiente, haya sido disminuida sin una justificación razonable, que vaya más allá de la necesidad de reforestar y eliminar las trabas administrativas, como un incentivo de esta actividad, pero sin asegurar previamente, que esta en su ejecución, no pusiera en peligro el ambiente. Debemos recordar que nuestro país ha suscrito compromisos

internacionales de protección al ambiente y uno de los principios que debe resguardar es el principio precautorio ya citado, según el cual, la prevención debe anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, este principio rector de prevención, se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Sin duda alguna, para ello se requiere de una posición preventiva, activa y alerta por parte de la administración, pues una conducta posterior y únicamente sancionatoria, haría nugatoria cualquier acción efectiva que se pretenda a favor del ambiente, donde una vez producido el daño, difícilmente puede ser restaurado y sus efectos nocivos pueden afectar no sólo a nivel nacional, sino mundial. Y es que este, es uno de los principios rectores en materia ambiental, la prevención. Con ello no se trata tampoco de evitar el desarrollo y detener el progreso y la economía, sin embargo se debe procurar un equilibrio que le permita al ser humano desarrollarse, pero también vivir y disfrutar ese desarrollo, al cual tienen derecho no sólo las generaciones actuales, sino también las venideras. (...) Según el análisis practicado al artículo impugnado, el legislador modificó el concepto de bosque a partir del cual se desarrolla la protección, restricciones y permisos otorgados en la Ley Forestal -como es el caso del artículo 28 en cuestión "Excepción de permiso de corta"-, de tal manera que, restringió sin fundamento técnico, el concepto anterior de bosque existente en la ley previo a su reforma. De modo que fueron dejadas sin protección vía ley, las especies no autóctonas y las áreas inferiores a dos hectáreas que constituyeran bosque, trayendo como consecuencia, que a través del artículo 28 impugnado, no se requiera de permiso para talar, ni siquiera de inspección previa, que permita asegurar que se trata del supuesto que la norma quiso incentivar, toda plantación forestal, sistema agroforestal o cualquier árbol plantado, quedando expuestas áreas que por su ubicación, cantidad y la función que han ejercido durante muchísimos años, amerita la conservación y regulación de su tala, independientemente de la naturaleza de su especie y de la naturaleza del terreno donde se ubique. Así las cosas, esta Sala considera de conformidad con lo expuesto, que en este caso, se produce una inconstitucionalidad por omisión relativa".

d. Efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental.

A la luz de la sentencia constitucional número 2013-10540 de las quince horas cincuenta minutos del siete de agosto de 2013, específicamente el voto salvado de los magistrados Fernando Cruz Castro y Gilbert Armijo Sancho, es posible una nueva interpretación evolutiva y finalista respecto a la graduación y dimensionamiento de los efectos de la sentencias declarativas de inconstitucionalidad cuando existe colisión entre derechos adquiridos de buena fe y derechos colectivos de carácter ambiental.

Para los magistrados redactores del voto salvado, si bien es cierto que la sentencia anulatoria puede graduar y dimensionar en el espacio, tiempo o materia su efecto retroactivo, lo cierto del caso es que dicha graduación o dimensionamiento no puede equivaler a que la sentencia no se haya dictado, o a que el derecho o interés lesionado que da lugar a la interposición de la acción quede desprotegido, máxime estando de por medio el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La tesis relevante expuesta en el voto salvado de comentario, criterio compartido en su totalidad por el autor de este artículo, es que no se violan derechos adquiridos cuando están en contra del derecho al ambiente y, específicamente, cuando un derecho presuntamente adquirido se enfrenta a un derecho ambiental de naturaleza colectiva; si el primero pone en peligro la conservación o sostenibilidad del segundo, la Constitución Política protege el derecho ambiental, por razón de los daños irreparables al ambiente.

Ante la lógica del proceso constitucional y sus principios, el carácter declarativo y retroactivo de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad frente al cual no cabría invocar derechos adquiridos de buena fe, en nada obstaculiza la posibilidad de los titulares de derechos subjetivos de reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El voto salvado de comentario nos recuerda que no se debe confundir la imposibilidad de invocar derechos adquiridos de buena fe, con la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios, que a todas luces sería lo procedente para todos aquellos casos donde están de por medio la salvaguarda de derechos colectivos de carácter ambiental, lo anterior en virtud que los daños ambientales generalmente son de difícil o imposible reparación en espacio y tiempo.

e. Tutela de nacientes intermitentes

Recalcar la existencia de amparo legal para la protección de nacientes intermitentes, aunque éstas se encuentren en dominios privados, fue lo que estableció la resolución 858-F-S1-2012, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En el análisis del caso en particular, los magistrados del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo destacaron que al tenor de los artículos 149 y 145 de la Ley de Aguas, que hace referencia a las medidas para la conservación de árboles para evitar la disminución de las aguas, lo que procura es que las autoridades del Estado velen por "...“(...) el estricto cumplimiento de las disposiciones legales referentes a la conservación de los árboles, especialmente los de las orillas de los ríos y los que se encuentren en los nacimientos de aguas” (artículo 149) y que con el fin de evitar la disminución de las aguas: "...“Se prohíbe destruir, tanto en los bosques nacionales como en los de particulares, los árboles situados a menos de sesenta metros de los manantiales que nazcan en los cerros, o menos de cincuenta metros de los que nazcan en terrenos planos”. (artículo 145)

De esta manera, la Sala Primera consideró que *“... la norma no distingue entre manantiales permanentes e intermitentes, por lo que no cabría hacer tal diferenciación a la hora de aplicarla. Se trata de una típica limitación de interés público (artículo 45 de la Constitución Política), que al igual que otras previstas en diversos cuerpos normativos del ordenamiento*

jurídico, ha evolucionado el concepto de límites a la propiedad privada, en aras de una tutela real y efectiva de la garantía constitucional (artículo 50 de nuestra Constitución Política) de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Tampoco distingue el precepto entre aguas de dominio público y de dominio privado. La norma alude a aguas solamente, sea, al recurso hídrico en general, por lo que la cita de los artículos 1 a 4 de la Ley número 276 no resulta pertinente al caso”.

f. Demanialidad de los manglares en zona marítima terrestre

Clarificar que la legislación costarricense sobre la zona marítimo terrestre determina que los manglares, al igual que otros recursos costeros, son bienes de dominio público y sobre los cuales no puede alegarse derecho, fue lo que interpretó la sentencia 799-F-S1-2013, de la Sala Primera de la Corte.

Los magistrados del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo, tomaron en consideración lo que establece entre otras normas legales, la Ley de Zona Marítimo Terrestre (LZMT) y su reglamento, así como la Ley Orgánica del Ambiente, al efecto resolvieron:

“El canon 10 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, no. 6043, (en adelante LZMT) establece que la zona marítimo terrestre: “... se compone de dos secciones: La ZONA PUBLICA, que es la faja de cincuenta metros de ancho a contar de la pleamar ordinaria, y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja; y la ZONA RESTRINGIDA, constituida por la franja de ciento cincuenta metros restantes, o por los demás terrenos en caso de islas. Los islotes, peñascos y demás áreas pequeñas y formaciones naturales que sobresalgan del mar corresponden a la zona pública”. De igual manera, el ordinal 11 de la LZMT, refiere que: “Zona pública es también, sea cual fuere su extensión, la ocupada por todos los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional”. Debe agregarse a lo anterior, conforme al mandato 20 de la Ley de cita, que: “Salvo las excepciones establecidas por la ley, la zona pública no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella. Estará dedicada al uso público y en especial libre tránsito de las personas (...)”. Por su parte, el precepto 39 de la Ley Orgánica del Ambiente no. 75754 incluye a los manglares en la definición de los recursos marinos y costeros, cuando prevé, que: “Se entiende por recursos marinos y costeros, las aguas del mar, las playas, los playones y la franja del litoral, las bahías, las lagunas costeras, los manglares, los arrecifes de coral, los pastos marinos, es decir praderas de fanerógamas marinas, los estuarios, las bellezas escénicas y los recursos naturales, vivos o no, contenidos en las aguas del mar territorial y patrimonial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y su zócalo insular”. Evidentemente, al tenor de lo dispuesto por la LZMT, la norma de cita equipara también a los manglares con aquellos recursos costeros, como playas, estuarios y las mismas aguas del mar, a los cuales se ha conferido un carácter especial como parte del demanio. En consecuencia, al encontrarse en este inmueble zonas de manglar, a las cuales hace ingreso la marea; de manera inobjetable, se está frente a un bien afectado al dominio público. De suyo

resulta también, tal denominación conlleva el carácter de imprescriptible, toda vez que frente a este tipo de bienes "nadie podrá alegar derecho alguno" ni ocuparlo bajo ningún título ni en ningún caso."

A manera de cierre, en palabras de GONZALEZ BALLAR *"El Derecho Ambiental tiene una generación de atraso con respecto a los problemas que debemos resolver en la actualidad"*, por ello requiere de un nuevo abordaje que permita mejorar su efectividad, bajo el replanteamiento y reingeniería de su objeto, funciones, fuentes, principios, institutos y normas. Alcanzar un derecho ambiental eficaz solo será posible a través de una nueva hermenéutica ambiental.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, en El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

Berros, María Valera, Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino”, JA,2011-IV, fasc. N.13, 2011.

Bibiloni, Héctor Jorge, “El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos”, Lexis Nexis, diciembre 2005.

Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

Cafferatta, Néstor, Orden Público y Paradigma ambiental, en prensa, ED Suplemento de Derecho Ambiental

Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

Comisión Interamericana Derechos Humanos, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales CIDH, accesible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, accesible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

Gonzalez Ballar, Rafael, Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano, PNUD, 2013.

Gonzalez Ballar, Rafael, El aporte del proceso de interpretación en la construcción del derecho ambiental, en Temas de Derecho Ambiental, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2011.

Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

Lorenzetti, Ricardo L., *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995.

Peña Chacón, Mario, *Test de regresividad ambiental*, en *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, número 6, Brasil, 2013.

Peña Chacón, Mario, *El carácter democrático del desarrollo sostenible*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 9, agosto 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idediccion=270 y en *Lex Difusión y Análisis* año XII, agosto 2013, número 218, México.

Peña Chacón, Mario, *El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.

Peña Chacón, Mario, *El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 8, mayo 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1&PHPSESSID=b0a1ae9fea7edb e0d33db7164ecbad6e>; en *Dial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, junio 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; en *Derecho Ambiental y Cultural*, Revista del Instituto Peruano de Derecho Ambiental y Patrimonio Cultural, número 1, agosto 2013, Perú.

Peña Chacón, Mario, *La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64177&print=2>; en *elDial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, marzo 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp.

Peña Chacón, Mario, *Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a régimen especial de protección y su relación con la prohibición de retroceso*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>; en *Dial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, abril 2013, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; en *Revista Judicial* 108, junio 2013, Costa Rica; en *Revista de Direito Ambiental*, RDA año 18, número 71, julio - setiembre 2013, Brasil.

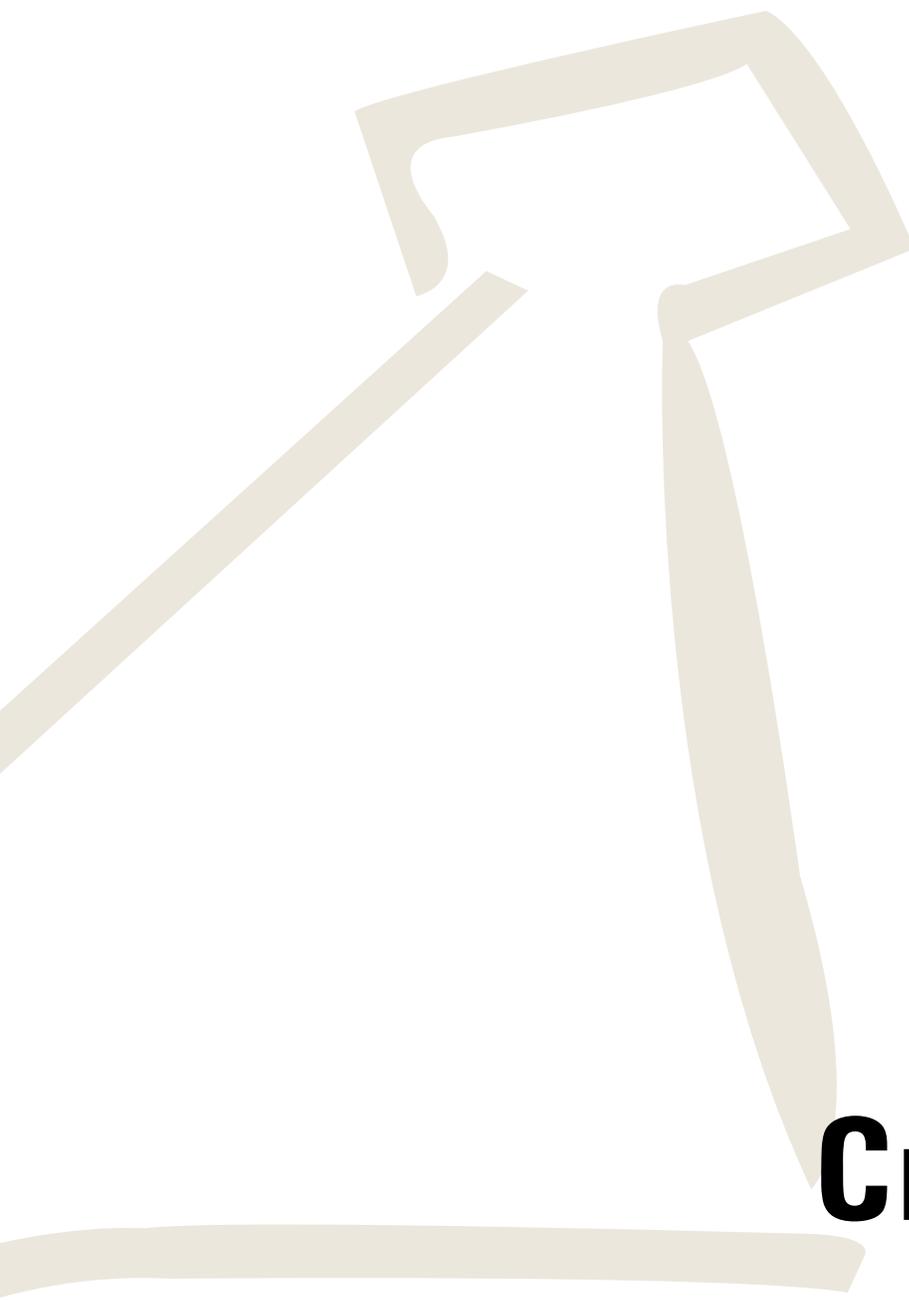
Peña Chacón, Mario, *El CAFTA-DR y la prohibición de retroceso ambiental* en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 7, febrero 2013, accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=64426&print=2>

Peña Chacón, Mario, *Gobernanza Territorial y principio de no regresión*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 9, agosto 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idediccion=270 ; en *Lex, Difusión y Análisis*, 4ta época, año XVIII, junio y julio 2013, México.

Peña Chacón, Mario, Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 10, noviembre 2013, accesible en: http://www.ijeditores.com.ar/abm_news_publicacion.php?idpublicacion=19&idedicion=301; en Revista Monfrague, Desarrollo Resiliente, volumen II, número 1, enero 2014, España, accesible en: <http://monfragueresiliente.com/numero3/indice3.html>

Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.



Crónicas



Competencia de la Contraloría: Potestad sancionatoria¹

La CGR intervino en un proceso contencioso administrativo, tramitado con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que se originó en un procedimiento administrativo de responsabilidad (civil y disciplinaria) seguido contra funcionarios del IDA (actual INDER).

Este asunto fue resuelto en primera instancia de manera favorable para el órgano contralor mediante resolución No. 1735-2011 de las trece horas del treinta de agosto de dos mil once emitida por el Juzgado Contencioso Administrativo. Asimismo, mediante resolución No. 38-2012-II de las 15 horas 10 minutos del 15 de marzo de 2012, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, confirma la sentencia recurrida y se declara sin lugar la demanda en contra de la Contraloría General de la República.

Señala el Tribunal entre otros temas que, la Contraloría General de la República, está dotada de la facultad de iniciar procedimientos sancionatorios así como de dictar dictámenes vinculantes respecto de las sanciones que recomienda aplicar a los servidores de los sujetos de su labor fiscalizadora.

Sobre el particular, se advierte que esa facultad tiene su origen en la norma contenida en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, con los cuales, la potestad otorgada no puede ser considerada como una invasión a la autonomía de las instituciones autónomas, ya que además de que esa autonomía no resulta ilimitada, sino que el propio artículo 188 de la Constitución Política las sujeta a la ley, a la tutela administrativa y con ello, a los controles de fiscalización que ejerce la Contraloría. Esa facultad sancionatoria reconocida al Órgano Contralor, no proviene de una relación jerárquica o laboral con el servidor investigado, sino, que debe entenderse como sanciones disciplinarias que resultan parte integral de sus facultades de vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública.

Por otra parte, mediante resolución No. 516-F-51-2014 de las nueve horas del diez de abril de dos mil catorce, la Sala Primera, declara sin lugar el recurso de casación y al respecto, interesa destacar que la Sala comparte la tesis del Tribunal, en el sentido de que es la propia Constitución, la que otorga la competencia a la Contraloría General para realizar procedimientos administrativos disciplinarios como función fiscalizadora de la Hacienda Pública, de manera que no puede concebirse una vulneración de la autonomía del IDA, sino más bien refiere al tema de la vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública, entre otras, el cual incluye la instrucción del procedimiento y la eventual sanción a los funcionarios que incumplan, de manera directa, con la normativa aplicable en esta materia.

Cabe indicar, que la resolución establece que la Contraloría General de la República puede realizar auditorías o instruir procedimientos administrativos necesarios, para determinar el cumplimiento de las normas jurídicas y financieras, así como establecer la responsabilidad de los funcionarios quienes hayan cometido alguna infracción o lesión a la Hacienda Pública, sus componentes o al ordenamiento de fiscalización y control.

¹ Elaborado por la Licda. Johanna Rodríguez Monestel, Fiscalizadora, División Jurídica de la CGR

En ese tanto, advierte la Sala, que la Contraloría General de la República no sustituye a la Administración activa al imponer una sanción al funcionario o servidor público que haya infringido una norma del ordenamiento de control o fiscalización de la Hacienda Pública o le haya causado alguna lesión. En el caso referido, en acatamiento del ordinal 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el acto final de despido así fue ejecutado por el Instituto, por lo que tampoco se entiende exista una vulneración de esa competencia, ya que la sanción fue emitida por la administración correspondiente. Resta mencionar que, actualmente se encuentra en fase de ejecución la responsabilidad civil, cuyo monto total ronda los veinticuatro millones de colones.

Validez y Eficacia de los Actos Administrativos²

Mediante la sentencia N° 735-2012 de las 7:50 horas del 30 de marzo de 2012, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda declaró sin lugar, la demanda ordinaria interpuesta por una empresa particular en contra del Decreto Ejecutivo N° 17023-MAG del 6 de mayo de 1986, norma reglamentaria de alcance general que dispuso la creación de la denominada Zona Protectora de Tivives.

Cabe mencionar, que en este proceso en el que el Estado figuró como parte demandada, la Contraloría General participó bajo una condición de coadyuvante pasivo, buscando la protección de bienes que forman parte de la Hacienda Pública y aportando elementos de juicio con el objeto que la demanda fuera declarada sin lugar.

La parte actora, inconforme con lo resuelto interpuso primero, un recurso de apelación que fue declarado sin lugar por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda mediante la sentencia N° 241-2012 de las 9:45 horas del 31 de octubre de 2012 y, finalmente, un recurso extraordinario de casación también rechazado a través de la sentencia N° 1208-F-51-2014 de las 8:55 horas del 18 de setiembre de 2014, lo cual permitió que la sentencia de primera instancia adquiriera un estado de firmeza.

Vale destacar, que en la sentencia N° 735-2012 se hace un desarrollo sobre temas de interés como son la validez y eficacia de los actos administrativos, así como del plazo de caducidad aplicable tratándose de la impugnación de normas de alcance general como la que se cuestionó en este proceso.

² Elaborado por el Lic. Jáinse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República

La protección de la Zona Marítimo Terrestre como parte integral de la Hacienda Pública³

El Área de Denuncias e Investigaciones de la Contraloría General de la República (CGR) desarrolló un proceso de fiscalización tendiente a determinar la existencia de construcciones ilegales en la zona litoral así como posibles irregularidades en el manejo, custodia y administración de la zona marítima terrestre que se encuentra bajo la administración municipal.

El trámite de la investigación culminó con la emisión de disposiciones vinculantes que ordenaron a la Administración, realizar gestiones tendientes a proteger, corregir, ordenar y legalizar la forma como se viene gestionando la administración de los territorios litorales, que son parte del Patrimonio Natural de la Nación.

La Municipalidad interpuso un proceso contencioso administrativo, por medio del cual se solicitó anular las disposiciones emitidas por el órgano contralor para lo cual manifiesta – entre otras cosas- que se ve lesionada su autonomía en tanto la CGR no tiene competencia para conocer de los asuntos referentes a la zona marítimo terrestre que se encuentra bajo su administración.

Por resolución No. 12-2014-VII de las 7:30 horas del 25 de febrero de 2014 el Tribunal Contencioso Administrativo, declaró sin lugar la demanda resolviendo que la Contraloría General ostenta una competencia de rango constitucional para el control y fiscalización superior de la Hacienda Pública, en ese sentido, la CGR es parte activa en el desarrollo de procesos que tienden al combate de la corrupción, el despilfarro y en general, la gestión deficiente de los recursos públicos. El Tribunal analizó el concepto de Hacienda Pública para concluir de manera categórica que la protección de la zona marítima terrestre es consustancial al desarrollo de las competencias constitucionales y legales del órgano contralor.

Los juzgadores destacan que la autonomía municipal no puede erigirse como una barrera o escudo frente al control y fiscalización de los bienes que corresponde administrar a las municipalidades y sobre los cuales tienen el deber de rendir cuentas. La resolución no fue recurrida razón por la cual se encuentra firme.

³ Elaborado por el Lic. Jesús González Hidalgo, Fiscalizador, Área de Litigios de la División Jurídica, CGR.

Legalidad de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para nuevo Muelle de Contenedores en Moín⁴

Esta Contraloría General participó en un proceso contencioso administrativo, referente a la “Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Financiamiento, Diseño, Construcción, Operación y Mantenimiento de la Nueva Terminal de Contenedores de Moín”. Como resultado de este proceso, se verificó la legalidad de las actuaciones de la Contraloría General de la República vinculadas con la concesión antes indicada.

De tal forma, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, mediante la resolución N° 153-2012-VI, de las 08:45 horas del día 06 de agosto del año 2012, declaró sin lugar, en todos los extremos, las demandas presentadas por los actores. Posteriormente, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante la resolución N° 1307-F-S1-2014, de las 14:00 del 09 de octubre del año en curso, se pronunció con respecto al recurso de casación presentado por una de las partes actoras, confirmando las sentencias.

Las resoluciones judiciales emitidas en el proceso se pronunciaron sobre distintos aspectos importantes, como la inexistencia de un supuesto monopolio en manos de una empresa privada. Según se expuso tanto en la sentencia de primera instancia, como en la resolución de la Sala Primera, el contrato de concesión analizado implica la prestación delegada o indirecta de un servicio público, acorde con el Derecho de la Constitución; en otros términos, sería el Estado quien gestione el proyecto del nuevo muelle de contenedores, mediante la utilización de la figura de concesión de obra pública con servicio público, cuya finalidad sería utilizar los servicios del concesionario para materializar el proyecto. Esta situación no implica enajenación alguna o desplazamiento de la titularidad del muelle por construir, que por su naturaleza de bien demanial, deberá ser siempre propiedad del Estado.

Corolario de lo anterior, se podría citar una breve reseña de la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, la cual cita:

“(...) la propia Sala Constitucional ha puesto en evidencia la validez y legitimidad de un sistema de prestación delegada o indirecta de servicios públicos acorde al Derecho de la Constitución. Explicó, “los servicios públicos en sí, son actividades cuya titularidad corresponde a la Administración, quien la puede delegar en un tercero conforme a los parámetros señalados. Desde ese plano, no es válido el alegato de implementación de un monopolio frente a esos servicios públicos delegados.”

Otro de los puntos relevantes de la resolución se sustenta en el análisis del cumplimiento de los requisitos ambientales en el procedimiento de la contratación administrativa; en cuyo caso, se aclara que, por las obligaciones que cada parte contratante asume con la celebración del contrato de concesión de obra pública con servicio público, resultaba materialmente imposible obtener los estudios de impacto ambiental antes de iniciar con los trámites de la licitación pública; por cuanto, estos estudios técnicamente dependen del diseño final y definitivo de la obra por construir, diseño que se incluye como una de las principales

⁴ Elaborado por el Lic. Fabio Salas Chinchilla, Fiscalizador, Área de Litigios de la División Jurídica, CGR.

obligaciones y etapas del contrato de concesión suscrito en este caso concreto. Por otra parte, también se identificó que la administración concedente obtuvo la llamada "Viabilidad Ambiental Potencial", que demostraban, con cierto grado de certeza, la eventual factibilidad ambiental de un proyecto de estas dimensiones.

Lo dicho previamente se puede ejemplificar con los siguientes extractos de la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

"Es hasta el considerando XIII donde el Tribunal expuso su parecer en forma más concreta. Puntualizó, es claro que una obra como la TCM ha de contar con un Estudio de Impacto Ambiental y una Evaluación Ambiental definitiva, pero esta exigencia, en casos como este, en que el contrato incluye el diseño de la infraestructura, ese requerimiento debe ser satisfecho de previo del inicio de la obra y no antes del inicio del procedimiento de licitación pública, sin que ello implique violación al artículo 50 de la Constitución Política."

Sobre este punto, la Sala Primera aclaró:

"En el sub lite, tal y como indica el hecho probado no. 17 del fallo, Setena concedió la Viabilidad Ambiental Potencial al proyecto de la Terminal de Contenedores de Moín, mediante resolución 274-2009-SETENA del 10 de febrero de 2009. Con lo cual, la Administración cumplió con la exigencia del artículo 21 de la LGCOPSP, tal y como dispusieron los juzgadores."

Por último, se debe aclarar que con el pronunciamiento de la Sala Primera se confirma lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, lo que implica el archivo definitivo del proceso judicial.

Análisis de la Prohibición al ejercicio liberal de la Profesión⁵

Mediante la sentencia N° 35-2014 de las 8:30 horas del 10 de marzo de 2014, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda declaró sin lugar una demanda interpuesta por un funcionario público en contra del Estado y la Contraloría General de la República.

El caso guardó relación, con un procedimiento administrativo sustanciado por la Contraloría General en contra de dicho funcionario por la violación al régimen de prohibición al ejercicio liberal de la profesión, el cual culminó con una recomendación vinculante de despido y la obligación de reintegrar una suma de dinero a título de responsabilidad civil.

Luego de analizados y rechazados los recursos ordinarios incoados en contra del acto final del procedimiento administrativo, el actor procedió a interponer una demanda ordinaria que fue declarada sin lugar en todos sus extremos por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, confirmando así la validez de las conductas desplegadas por el órgano contralor durante el procedimiento administrativo respectivo.

⁵ Elaborado por el Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República.

Cabe mencionar, que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo desarrolla consideraciones relevantes en torno a varios temas de interés, como son el instituto de la prohibición al ejercicio liberal de la profesión, la Hacienda Pública y sus componentes, los deberes funcionales de los funcionarios públicos y el Sistema de Registro de Sanciones de la Hacienda Pública.

Legitimidad de procedimiento administrativo sancionatorio y prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública⁶

Mediante sentencia número 31-2011-VI de las 11:20 horas del 04 de febrero de 2011, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, fue declarada improcedente la demanda interpuesta contra la Contraloría General de la República, con ocasión de un procedimiento sancionatorio que derivó en la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública, del servidor respectivo.

El primer tema analizado fue el relativo a la competencia del órgano decisor para llevar a cabo tanto la instrucción como la resolución del procedimiento seguido, respecto de lo que el Tribunal comentó sobre la independencia funcional de la Contraloría General para la regulación de los procesos a su cargo y la ausencia de pretensión alguna del actor para la declaratoria de nulidad de las disposiciones reglamentarias emitidas por el órgano contralor en la materia, así como sobre el sustento de rango legal para la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública, previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría.

En segundo lugar, fue analizado un conjunto de actuaciones de trámite del procedimiento administrativo que fueron cuestionadas por el actor -características del acto de apertura, origen y nombramiento del órgano decisor y tramitador, asesores y suplentes- concluyendo el Tribunal sobre el efectivo ajuste a los recaudos del debido proceso, por parte del órgano contralor.

Como tercer punto, el Tribunal desarrolló el tema de la prescripción de la potestad sancionatoria, aplicable según los artículos 71 y 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, rechazando la excepción de prescripción opuesta.

Finalmente, señaló el Tribunal la improcedencia de referirse a aspectos de fondo alegados por el actor en sus conclusiones expuestas al finalizar la audiencia preliminar, en el tanto no estaban previstos en ninguna de sus pretensiones inicialmente presentadas, las que además no fueron ajustadas en el momento procesal oportuno.

⁶ Elaborado por la Licenciada Paula Serra Brenes, Fiscalizadora, Área de Litigios de la División Jurídica, CGR.

La sentencia referida fue confirmada por resolución número 000020-F-TC-2014, de las 08:36 horas del 13 de marzo de 2014, mediante la que el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, rechazó por el fondo el recurso de casación interpuesto por el actor, desarrollando a su vez a los mismos temas tratados por el tribunal de instancia.

Contratación Administrativa y Fideicomisos⁷

Mediante la sentencia N° 2188-2011 de las 10:00 horas del 18 de octubre de 2011, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda declaró sin lugar, una demanda ordinaria interpuesta por una empresa particular en contra de varios entes públicos incluida la Contraloría General de la República.

Cabe mencionar, que la sentencia antes relacionada fue confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda a través de la sentencia N° 130-2013 de las 10:00 horas del 30 de setiembre de 2013 y, finalmente, mediante la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 614-2014 de las 17:55 horas del 30 de abril de 2014.

El caso guardó relación, con un incumplimiento contractual en la compra de unos vehículos y la imposición de una sanción a la empresa actora por parte de la Administración contratante, actuaciones que siendo impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa superaron con éxito el control de legalidad ordinaria, confirmando así la conformidad de tales conductas administrativas con el ordenamiento jurídico.

En el caso puntual de la Contraloría General, se cuestionó el otorgamiento de una autorización de contratación directa en favor de la Administración, con el objeto de adquirir los vehículos requeridos de manera paralela al desarrollo del procedimiento administrativo de resolución contractual promovido ante el incumplimiento en el que incurrió la empresa actora.

Interesa destacar, que la sentencia de interés desarrolla temas importantes en materia de contratación administrativa y la aplicación de normas de derecho público a los fideicomisos. En específico, se analizan entre otros- temas como la autotutela administrativa, las prórrogas en materia de contratación administrativa, ejecución de garantías, fuerza mayor y caso fortuito, resolución contractual.

Resta indicar, que al ser un proceso ordinario interpuesto de conformidad con las disposiciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la sentencia N° 5188-2011 fue impugnada ante el Tribunal Contencioso Administrativo y, finalmente, ante la Sala Primera a través de un recurso extraordinario de casación que fue rechazado de plano por falta de fundamentación, alcanzado así un estado de firmeza.

⁷ Elaborado por el Lic. Jaïnse Marín Jiménez, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República



Consultas Relevantes



Consulta sobre los alcances y contenidos de la supervisión técnica que debe ser ejercida sobre los abogados (funcionarios bancarios) responsables de la gestión de demandas judiciales en relación de empleo público

Oficio n.º 11053

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Los abogados contratados como empleados de la institución deben sujetarse a las disposiciones legales y reglamentarias propias del empleo público, siendo deber del superior constatar la legalidad de sus actos. Todos los empleados de la institución deben sujetarse al sistema de control interno. Se reserva la referencia sobre los alcances y contenidos de la supervisión técnica cuya determinación corresponde a la administración activa.

Sobre la participación de funcionarios de la auditoría interna como representantes de la seccional del ANEP-MEP

Oficio n.º 11051-2014

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República

Si un funcionario de la Auditoría quiere ejercer el derecho de libertad sindical está obligado a verificar en cada caso, que su condición de sujeto asociado a un sindicato o representante sindical, no comprometan su deber de independencia y objetividad dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional.

Los jefes y titulares subordinados están obligados asegurar que los funcionarios de la auditoría interna no violenten o pongan en riesgo su independencia y objetividad.

Sobre el Régimen de Prohibiciones y la participación de oferentes en contrataciones administrativas

Oficio n.º 05198-2014

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Se hace un análisis del régimen de prohibiciones que limita la participación de algunos potenciales oferentes en los procedimientos de contratación administrativa en procura de garantizar la transparencia en las contrataciones públicas, enfocado en las causales establecidas para los funcionarios públicos bajo los supuestos establecidos en el artículo 22

bis de la Ley de Contratación Administrativa y sobre la posibilidad de planteamiento de la solicitud de levantamiento de prohibición ante este órgano contralor.

Solicitud de criterio sobre los vehículos de uso discrecional y semidiscrecional

Oficio n.º 12567-2014

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

La normativa de la Ley de Transito vigente no aplica para PROCOMER, por tratarse de un ente público no estatal. La Junta Directiva debe reglamentar el uso que le den a los vehículos, para el cumplimiento de sus fines públicos. Debe respetarse los principios de proporcionalidad, razonabilidad, economía, eficiencia y conservación del patrimonio.

Consulta en relación con el aporte estatal a los procesos electorales, en el marco de los fondos públicos

Oficio n.º 11098-2014

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República.

Existen dos tipos distintos de controles. El primero, dentro del ámbito de fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo relativo a la administración y uso de fondos públicos que realice el Tribunal Supremo de Elecciones como administración activa, y el segundo, asignado por norma constitucional y legal al TSE, respecto de los fondos que se le transfieren a los partidos políticos.

Los partidos políticos se encuentran vinculados y en consecuencia sujetos, al Derecho de la Constitución y en particular a las disposiciones constitucionales relativas al sufragio, al Código Electoral, a la normativa especial que les resulte aplicable, y también a las disposiciones y lineamientos emanados del Tribunal Supremo de Elecciones.

Consulta sobre fideicomisos y el refrendo Contralor

Oficio n.º 10795-2014

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Criterio en relación con la posibilidad de constituir fideicomisos y si el respectivo contrato requiere o no del refrendo contralor. Se hace un análisis sobre los alcances de la aplicación del principio de legalidad y concretamente del principio de legalidad financiera en materia de fideicomisos constituidos con fondos públicos y la determinación de los casos en los cuales

los contratos respectivos deben ser sometidos al trámite de refrendo ante este órgano contralor.

Consulta sobre la aplicación del régimen de prohibiciones al ejercicio liberal de la profesión, en relación con el artículo 148 inciso j) del Código Municipal

Oficio n.º 6498

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

La reforma realizada mediante la ley N°9081, al Código Municipal, añade un inciso que reconoce la posibilidad del pago de prohibición a los abogados de la municipalidad. Sin embargo, para contar con este derecho, es necesario cumplir con los requisitos funcional, académico y profesional. Igual reconocimiento debe hacerse a los funcionarios interinos, si cumplen con los requisitos. El pago de prohibición a estos funcionarios rige desde la entrada en vigencia de la Ley, salvo para aquellos que ya recibían esta compensación producto del artículo 118 del Código Tributario.

Consulta relacionada con la obligación de contar con auditoría Interna

Oficio n.º 08407-2014

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República

De acuerdo con el artículo 20 de la LGCI, todos los entes y órganos sujetos a esa Ley, deben tener una auditoría interna, salvo aquellos en los cuales la CGR, disponga, por vía reglamentaria o disposición singular, que su existencia no se justifica, en atención a criterios tales como presupuesto asignado, volumen de operaciones, nivel de riesgo institucional o tipo de actividad.

La norma N.º 1.10 de la Resolución N.º R-CO-9-2009, que contiene las “Normas de control interno para el Sector Público (N-2-2009-CO-DFOE)”, establece como excepción al artículo 20 de la LGCI, que las instituciones de menor tamaño, consideradas como aquellas que dispongan de un total de recursos que ascienda a un monto igual o inferior a seiscientos mil unidades de desarrollo y que cuenten con menos de treinta funcionarios, incluyendo al jerarca, los titulares subordinados y todo su personal, no están obligadas a contar con una auditoría interna, sin perjuicio de que por decisión propia o por disposición específica de la CGR, se establezca dicha unidad, se implanten controles alternos, o se emprendan ambas medidas.

Consulta sobre los principios de Contratación Administrativa

Oficio n.º 11132-2014

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Criterio sobre las instituciones que se rigen únicamente por los principios de contratación administrativa, en el sentido de que si les resulta o no aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento en las que se establece el requisito de contar con autorización previa de la Contraloría General de la República. Se analizan los alcances de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa a los sujetos de naturaleza privada, en el tanto se utilicen parcial o totalmente recursos públicos.



**Jurisprudencia
Relevante**



Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Resolución N° 015343-2013. Acción de inconstitucionalidad. Sobre la inconstitucionalidad de todo el Código Electoral, aprobación se dio justamente a menos de seis meses de una elección popular

[Ver resolución](#)

Resolución N° 011087-2013. Acción de inconstitucionalidad. Convención Colectiva. Violación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

[Ver resolución](#)

Resolución N° 11457-2013. Acción de inconstitucionalidad. Convención Colectiva. Violación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

[Ver resolución](#)

Resolución N° 11506-2013. Acción de inconstitucionalidad. Convención Colectiva. Violación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

[Ver Resolución](#)

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda

Resolución N° 38 -2012- II. Procedimiento administrativo disciplinario. Competencia constitucional para la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública y potestad sancionatoria. Debido proceso.

[Ver resolución](#)

Resolución N° 516-F-51-2014. Procedimiento administrativo disciplinario. Competencia constitucional para la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública y potestad sancionatoria. Debido proceso.

[Ver resolución](#)

Resolución N° 31-2011-IV. Prescripción de la sanción administrativa disciplinaria. Plazo aplicable con respecto al impedimento de reingreso a la función pública

[Ver resolución](#)

Resolución N° 20-F-TC-2014. Procedimiento administrativo disciplinario. Competencia de la Contraloría General de la República para la instrucción del procedimiento en materia de la hacienda pública

[Ver resolución](#)



Contraloría General de la República

Publicaciones
●●●●●Cgr