

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública



ISSN: 2215-3624



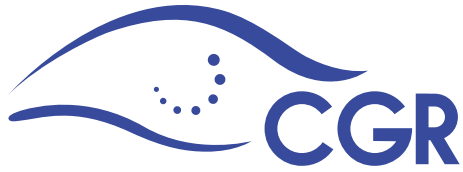
Estudios —

Consultas Relevantes —

Jurisprudencia relevante —



Vol VIII. 2017



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

Editor:

Roberto Rodríguez Araica

Diseño y diagramación:

Publicaciones,
Contraloría General de la República

Correspondencia

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica.

Teléfono:

25018585

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. 8. (2017)–. San José Costa Rica

Semestral
ISSN-2215-3624

Índice

Editorial	vii
Concurso Día del Abogado	viii
Estudios de Colaboradores Nacionales	
Irreductibilidad, desafectación, compensación y no regresión de áreas silvestres protegidas	3
Responsabilidades derivadas de la vulneración del principio de buena administración.....	15
Estudios de Colaboradores Internacionales	
La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. Ojeada histórica dentro del derecho administrativo ambiental cubano.....	45
Consultas relevantes	
CGR señala límites a la autorización de auditores internos para realizar movimientos de personal	76
¿Qué sucede si las directrices sobre contención del gasto afectan a la auditoría interna?.....	76
CGR explica cómo modificar presupuesto ordinario municipal después de haber sido presentado ante el Concejo	76
Fundaciones tienen obligación de contar con auditoría interna	77
CGR aclara prohibiciones de alcaldes y vicealcaldes para integrar comités y asociaciones del cantón	77
Auditores internos pueden ocupar cargos en juntas directivas de cooperativas	77
Auditoría interna no puede realizar estudio en una entidad diferente a la que pertenece.....	78
Estados financieros deben reflejar la totalidad de la situación financiera	78
Rol de CGR en disolución de fundaciones	78

CGR señala responsabilidad de contralorías de servicios con el control interno.....	79
Municipalidades no pueden usar vehículos discrecionales	79
La modificación del destino de un inmueble adquirido mediante partida específica requiere autorización legal	79
Concejo Municipal no puede ordenar la realización de auditorías a un Comité Cantonal de Deportes con cargo a su presupuesto	79
CGR emite criterio sobre contratación de familiares de proveedor municipal	80
CGR aclara quién puede sustituir a auditor interno en caso de ausencia temporal.....	80
CGR definió el alcance del seguimiento a los informes de relación de hechos y denuncias penales de las auditorías internas.....	80
Municipalidades pueden donar bienes inmuebles a Asociación de Guías y Scouts.....	81

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CGR aprobó contrato para administrar fondos del Parque Nacional Manuel Antonio.....	81
Autorización de CGR para modificar unilateralmente un contrato de mantenimiento de bienes no es necesaria.....	82
Inclusión o exclusión de equipos dentro de un contrato de mantenimiento no requiere autorización contralora	82
En contrataciones directas se debe demostrar la satisfacción del interés público	82
Administración puede adjudicar más bienes de los solicitados en el cartel.....	83
La CGR no opera como segunda instancia	83
No debe establecerse un límite de participantes en procedimiento de precalificación....	83
CGR emite criterio novedoso en procedimiento de entrega según demanda	83
CGR permite uso de figuras de derecho privado en venta de inmueble a un fondo de inversión.	84

CGR desestimó requisito de experiencia laboral exigido por la administración en un cartel de contratación	84
Los incentivos industriales aplican solamente al productor	85
Representación de una parte en sede administrativa.....	85

Resoluciones judiciales relevantes

Cambio de criterio de la Sala Constitucional en relación con la aplicación automática de la cláusula penal en materia de contratación administrativa	89
Sala Constitucional reafirma potestades de la CGR para recomendar sanciones	89



Editorial

La Revista Derecho de la Hacienda Pública inició sus publicaciones el II semestre del 2013, como una herramienta para generar espacios de reflexión y debate jurídicos. Es una publicación académica, científica, abierta a la discusión, cuyo objetivo es promover el análisis teórico, analítico y crítico del derecho de la Hacienda Pública, bajo el entendido de que por medio del debate doctrinal es posible avanzar en una mejor gestión pública orientada al cumplimiento del ordenamiento jurídico con la plena finalidad de satisfacer el interés público, en la construcción de un mejor régimen de derechos y libertades, en el perfeccionamiento de la democracia y en la consolidación y defensa del Estado constitucional.

En este volumen número VIII se hacen una serie de aportes especialmente relevantes para quienes deseen estudiar diferentes perspectivas del Derecho asociados a la adecuada gestión pública, tutela ambiental y los procesos de auditoría en esta delicada materia. Así las cosas, tenemos el placer de presentarles los siguientes estudios: *“Responsabilidades derivadas de la vulneración del Principio de Buena Administración”*, elaborado por el Máster Esteban Villalobos; *“Irreductibilidad, Desafectación, Compensación y no regresión de Áreas Silvestres Protegidas”*, desarrollado por el Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Máster Mario Peña Chacón; y *“La Potestad Inspectiva V/S La Auditoría Pública. Ojeada Histórica Dentro del Derecho Administrativo Ambiental Cubano”*, por el Máster Alcides Antúnez Sánchez y el Máster Amed Ramírez Sánchez, profesionales destacados en Cuba.

Aprovechamos la ocasión para comentarles que como parte de nuestros procesos de mejora continua, se han abierto espacios internos y externos para establecer las áreas que podemos fortalecer y ofrecerles una herramienta útil, eficaz, moderna, y especialmente, que agregue valor a nuestros lectores. De tal manera, desde ahora anunciamos que a partir del próximo volumen tendremos algunos cambios, reitero, con el fin último de satisfacer los intereses de nuestros usuarios.

Finalmente, compartir con todos ustedes que en el marco de la celebración del Día del Abogado/Abogada del pasado 19 de mayo, en la Contraloría General de la República realizamos un concurso interno entre los profesionales del área legal de nuestra Institución, el cual buscaba que respondieran a la siguiente pregunta: Qué significa para vos ser abogado/a de la CGR? Además de estar muy complacidos por la importante cantidad de participantes, destacamos la gran oportunidad de generar espacios de acercamiento de los profesionales en esta materia, pero principalmente acentuamos en la posibilidad de fortalecer las ideas rectoras y valores del órgano contralor. La frase ganadora: *“Recto en actuar, inteligente en analizar y justo en sancionar”*. Felicitaciones al Lic. Alejandro Herrera López, autor de dicho pensamiento.



Luis Diego Ramirez Gonzalez
Gerente División Jurídica

Concurso Día del Abogado

19 de mayo

Qué significa para vos ser abogado/a de la CGR?

“Recto en actuar, inteligente en analizar y justo en sancionar”

Alejandro Herrera

La rectitud, la inteligencia y la justicia son conceptos dependientes entre sí. La rectitud, entendida como el deseo de actuar bien y no beneficiarse de una condición o de un puesto, es el punto de partida para quienes trabajamos en la Administración Pública. Nadie se puede considerar inteligente, si busca su beneficio particular a cualquier costo, de forma deshonesto y menoscabando la sociedad; desconociendo de esta forma, el hecho que todos somos parte de ella y que el daño se lo también hace a sí mismo.

En el mundo jurídico, corremos el riesgo de usar el principio de legalidad y el precedente, como una jaula para el pensamiento y una peligrosa condición de confort, más que una estructura para mantener el Estado de derecho, convertimos un medio en un fin en si mismo. Por esto, es necesario cada día, hacer uso de nuestra inteligencia, cuestionando el entorno y buscando el porqué de cada circunstancia, este es el camino indispensable en la búsqueda de la justicia.

La rectitud, inteligencia y justicia, son piezas de un mismo rompecabezas, la falta de una de ellas hace que la imagen nos quede incompleta. Uno de los pasajes más interesantes en el campo del Derecho, donde se mezclan estos tres elementos, lo podemos encontrar en “El Mercader de Venecia” de Shakespeare; la solución jurídica de la situación humana presentada en la obra, es un ejemplo de rectitud, inteligencia y justicia en su contexto histórico, es una lección tan clara, que amerita tenerla presente en la resolución de los retos laborales de cada día.



Estudios de
Colaboradores
Nacionales

Irreductibilidad, desafectación, compensación y no regresión de áreas silvestres protegidas¹

Sumario

I. Irreductibilidad de espacios sometidos a regímenes especiales de protección ambiental. II. Desafectación de Áreas Silvestres Protegidas y prohibición de retroceso ambiental. III. Compensación ambiental como requisito para la reducción de áreas protegidas. IV. Conclusiones.

Mario Peña Chacón ²

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 Vicerrectoría 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 en 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). Correo: mariopenachacon@gmail.com

A partir de la sentencia constitucional número 2014-12887 de las 14:30 horas del 08 de agosto de 2014, por medio de la cual se evacuó la consulta de constitucionalidad del proyecto legislativo “Ley para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico, expediente legislativo número 17742”, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica exige como requisito adicional para la desafectación de áreas silvestres protegidas la obligación estatal de compensación del área suprimida con otra de al menos igual tamaño.

En virtud de la ausencia de normativa nacional específica que regule la figura de la compensación ambiental se hace imperativo realizar un estudio a la luz del derecho internacional y comparado con el fin de determinar sus alcances y posibles implicaciones.

I. Irreductibilidad de espacios sometidos a regímenes especiales de protección ambiental

En trabajos anteriores hemos expuesto que el principio de irreductibilidad tiene como finalidad impedir la reducción, exclusión, segregación y todo tipo de desafectación de los espacios naturales que albergan ecosistemas considerados jurídicamente relevantes y que se encuentran sometidos a regímenes especiales de protección ambiental, tales como: áreas silvestres protegidas, terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado, bosques en terrenos privados, territorios indígenas, anillo de contención del Gran Área Metropolitana, entre otros.³

Este principio tiene como objetivo el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y encuentra sustento tanto en el Convenio de Diversidad Biológica⁴ como en la Ley de Biodiversidad,⁵ así como en los Principios del Enfoque de Ecosistemas de Malawi⁶ incorporados en el Reglamento de la Ley de Biodiversidad.

Diversas normas contenidas en instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica imponen la obligación de evitar la reducción de áreas donde tienen lugar procesos ecológicos esenciales, así como el deber de prevenir, mitigar, rehabilitar y de ser el caso, compensar aquellos espacios degradados, independientemente de su naturaleza pública o privada, entre ellas:

- El párrafo tercero del artículo 3 del Convenio Marco de Cambio Climático de las Naciones Unidas dispone que los Estados Partes deben “*tomar medidas de*

³ Se recomienda al lector remitirse al artículo de este mismo autor denominado: “Los principios de objetivación de la tutela ambiental, irreductibilidad de espacios sometidos a regímenes especiales de protección y su relación con la prohibición de retroceso” (2013) publicado en *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica Derecho Ambiental*, Universidad de Sevilla, número 25, España, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

⁴ El artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica contempla el deber del Estado de administrar los recursos “*importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación, y el de promover “la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales”.*

⁵ “Artículo 49.- Mantenimiento de procesos ecológicos. El mantenimiento de los procesos ecológicos es un deber del Estado y los ciudadanos. Para tal efecto, el Ministerio del Ambiente y Energía y los demás entes públicos pertinentes, tomando en cuenta la legislación específica vigente dictarán las normas técnicas adecuadas y utilizarán mecanismos para su conservación, tales como ordenamiento y evaluaciones ambientales, evaluaciones de impacto y auditorías ambientales, vedas, permisos, licencias ambientales e incentivos, entre otros.”

⁶ Elaborados en el Taller sobre enfoque por ecosistemas celebrado en Lilongwe en enero de 1998.

precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos”, mientras que por el artículo 4 se adquiere el compromiso de promover la conservación y el reforzamiento de sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, entre los que se encuentran los bosques.

- El artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica estipula el deber de los Estados Parte de administrar los recursos “importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación”, así como el de promover “la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales”.
- El Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres prioritarias en América Central, en su artículo 10, contiene la obligación estatal de: “tomar todas las medidas posibles para asegurar la conservación de la biodiversidad”; entre éstas, las “que contribuyan a conservar los hábitats naturales y sus poblaciones de especies naturales”.
- El Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Naturales Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales consagra en su artículo 3 el compromiso de los Estados Parte de propiciar que los suelos se utilicen en concordancia con su mejor aptitud; priorizar la rehabilitación de bosques degradados y secundarios y detener o disminuir la presión para la conversión del bosque natural primario a otros usos del suelo.

En el derecho interno el artículo 19 de la Ley Forestal dispone que en terrenos privados cubiertos de bosque, no se permite cambiar el uso del suelo, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado se encuentra autorizada a otorgar permisos en esas áreas para los siguientes fines: a) Construir casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes e instalaciones destinadas a la recreación, el ecoturismo y otras mejoras análogas en terrenos y fincas de dominio privado donde se localicen los bosques. b) Llevar a cabo proyectos de infraestructura, estatales o privados, de conveniencia nacional. En estricta vinculación con el principio de objetivación de la tutela ambiental, la norma expresamente dispone que en estos casos de excepción la corta de bosque debe ser limitada, proporcional y razonable, previo dictamen que podría exigir la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental. Por su parte, el artículo 52 de Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos dispone la obligación de reparar los daños causados al recurso suelo, así como la de indemnizar a terceros afectados, independientemente de la existencia de dolo o culpa.

En esa misma línea, pero en materia de manglares, el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 29342-MINAE⁷ dispone que aquellas áreas que hayan sido desprovistas de manglar

⁷ De acuerdo con el Decreto Ejecutivo 7210-A del 19 de julio de 1977, los manglares o bosques salados que existen en los litorales continentales o insulares y esteros del territorio nacional, y que forman parte de la zona pública en la Zona Marítimo Terrestre, constituyen reserva forestal, y están sujetos a la Ley Forestal y a todas las disposiciones de ese decreto.

mantendrán su condición de tal. Esta disposición de suma importancia establece su irreductibilidad, pues con ella se busca evitar que las zonas de manglar, una vez degradadas, sean objeto de un cambio de uso de suelo y de apropiación privada. Mientras tanto, el artículo 98 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece expresamente la obligación de recomposición de este tipo de ecosistema.⁸

En materia de paisaje, el artículo 72 de la Ley Orgánica del Ambiente, dispone que cuando para realizar una obra se necesite afectarlo, el paisaje resultante deberá ser, por lo menos, de calidad igual que el anterior, siendo que la jurisprudencia constitucional, por medio de los votos números 3705-1993 y 6324-2003, ha expuesto que el paisaje es un recurso integrante del derecho fundamental al ambiente encontrándose por tanto tutelado en los artículos 50 y 89 constitucionales.

Tratándose de áreas silvestres protegidas, tanto La ley Orgánica del Ambiente como el Reglamento de la Ley de Biodiversidad, en armonía con el Convenio de Washington, prohíben la reducción de su superficie, salvo que ésta fuera realizada mediante ley de la República y después de realizar estudios técnicos que justifiquen dicha medida, requisitos a los que se les debe agregar a partir de la sentencia constitucional 2014-12887, la compensación territorial del área suprimida.

II. Desafectación de Áreas Silvestres Protegidas y prohibición de retroceso ambiental

Como consecuencia del principio de irreductibilidad, la reducción, segregación, exclusión y todo tipo de desafectación territorial o espacial de áreas protegidas califica como un acto excepcional y reforzado, que debe cumplir con una serie de requisitos técnicos y legales que tienen como fin impedir todo tipo de regresión en esta materia.⁹

Estos requisitos derivan del artículo III la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, conocida como Convenio de Washington, del numeral 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, así como de la normativa contenida en la Ley Forestal, Ley de Creación de Parques Nacionales y Reservas Biológicas y en especial, de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La reciente sentencia constitucional 2014-12887 de las 14:30 horas del 08 de agosto de 2014, por medio de la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa

⁸ Para mayor información puede consultarse el artículo de este mismo autor (2007) titulado "La tutela jurídica de los ecosistemas de humedal" publicado en Revista Electrónica de Derecho Ambiental "Medio Ambiente & Derecho", Universidad de Sevilla, número 16, setiembre 2007, España, disponible en la siguiente dirección: [_http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/10_humedal.html](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/10_humedal.html)

⁹ En artículos académicos anteriores hemos expuesto que una norma puede ser catalogada regresiva cuando su grado de efectividad resulte ser inferior en comparación al alcanzado con anterioridad, en la medida que derogue, limite, restrinja, reduzca, relaje o flexibilice el nivel de protección ambiental previamente adquirido, siempre y cuando no cuente con justificación ni respaldo técnico-científico que permita determinar, en grado de certeza, la no afectación del bien jurídico objeto de tutela. De esta forma, la nueva norma no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente, desde el punto de vista de su alcance, amplitud y especialmente, de su efectividad. Peña Chacón, Mario, (2013) "Test de Regresividad Ambiental", en *Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA)*, número 6, Brasil.

Rica evacuó consulta de constitucionalidad del proyecto legislativo “Ley para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico, expediente legislativo número 17742”, además de someter la reducción de áreas protegidas a los principios constitucionales de reserva de ley, progresividad, no regresividad, y objetivación de la tutela ambiental, impuso la compensación territorial como requisito adicional. Al respecto la sentencia estableció:

Un área protegida solo se puede reducir si se hace mediante ley, si hay estudios técnicos y científicos que descarten el daño ambiental y si se da una compensación del área suprimida con otra de igual tamaño. Así se desprende de lo que esta Sala ha resuelto en anteriores oportunidades, en los votos números 2012-13367 y 2009-1056. Particularmente: “(...) 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. En este sentido, la Sala Constitucional ha expresado en su jurisprudencia, a propósito del derecho a la salud: ‘...conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. sí entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio’. (Sentencia de la Sala Constitucional N° 9469-07). En relación con el derecho al ambiente dijo: ‘Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela

del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio.’ (Sentencia de la Sala Constitucional N° 18702-10). En consecuencia, en aplicación de estos dos principios, la Sala Constitucional ha establecido que es constitucionalmente válido ampliar por decreto ejecutivo la extensión física de las áreas de protección (principio de progresividad); sin embargo, la reducción solo se puede dar por ley y previa realización de un estudio técnico ajustado a los principios razonabilidad y proporcionalidad, a las exigencias de equilibrio ecológico y de un ambiente sano, y al bienestar general de la población, que sirva para justificar la medida. El derecho vale lo que valen sus garantías, por ello se produce una violación de estos principios cuando el estudio técnico incumple las exigencias constitucionales y técnicas requeridas. Si tal garantía resulta transgredida, también lo será el derecho fundamental que la garantía protege y es en esa medida, que la reducción de las áreas protegidas sería inconstitucional. ‘se viola el derecho al ambiente pues la reducción de un refugio de vida silvestre claramente no sólo disminuye las posibilidades de gozar de este derecho en la zona de Gandoca-Manzanillo sino que desprotege los recursos naturales de la zona al dejar a las áreas urbanas de las comunidades de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo a la libre explotación sin restricciones algunas. Evidentemente no es la misma protección que recibe la propiedad cuando se trata de propiedad forestal. Sobre este tipo de propiedad recuérdese que es un tipo diferente de propiedad con características y particularidades propias y un régimen especial, pues se concibe fundamentalmente para conservar, no para producir ni ser parte del comercio de los hombres. Todas las tierras consideradas como reservas nacionales quedan afectadas en forma inmediata a los fines de la normativa forestal, la cual establece un régimen especial aplicable a todos los recursos forestales. De esta forma, al proceder el decreto impugnado a excluir de la propiedad forestal las áreas urbanas de las comunidades de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo, viola el derecho al ambiente pues tales áreas quedarían fuera de los límites propios de la propiedad forestal que tienden a la conservación y no a la explotación de la propiedad y sus recursos naturales’.”¹⁰

Adoptando como referencia la postura anterior, se llega a la ineludible conclusión de que todas aquellas normas por medio de las cuales se reducen áreas protegidas que no sean Ley de la República, no cuenten con respaldo de estudios técnicos integrales, exhaustivos y comprensivos, ni contemplen compensación territorial, presentarían roces de constitucionalidad por infracción al principio de prohibición de regresividad ambiental.¹¹

¹⁰ Sentencia número 1056 del 28 de enero del 2009 de de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹¹ A partir de las sentencias 2012-13367 y 2013-10158 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica reconoce de manera expresa al principio de no regresión del derecho ambiental y su condición de parámetro de constitucionalidad.

III. Compensación ambiental como requisito para la reducción de áreas protegidas

Tal y como se expuso anteriormente, la sentencia constitucional número 12887 del año 2014 agregó un nuevo requisito para la reducción de áreas silvestres protegidas: la compensación del área suprimida con otra de igual tamaño.

En primera instancia, la obligación de compensación pareciera limitarse a un ámbito estrictamente territorial, sin embargo y como se detallará a continuación, se hace jurídicamente necesario ampliar su espectro de aplicación a aspectos científicos, técnicos, sociales y económicos, considerando las normas que integran el orden público ambiental costarricense, el derecho comparado y la doctrina especializada.

La reducción, segregación, exclusión territorial o espacial de áreas silvestres protegidas puede traer como consecuencias la perturbación, disminución e incluso la extinción, local o regional de biodiversidad. Por ello, toda afectación negativa a la diversidad biológica debe ser en primera instancia prevenida, corregida y mitigada, y únicamente en aquellos casos excepcionales donde ello no sea posible, compensada. La obligación de restauración ambiental es inherente y consustancial a un Estado social y ambiental de derecho, máxime cuando se trata de recursos y servicios localizados en sitios prioritarios bajo regímenes especiales de protección ambiental.

La compensación ambiental busca resarcir los impactos y efectos negativos derivados de la pérdida de biodiversidad a raíz de la reducción territorial o espacial del área silvestre protegida, de manera que se garantice su conservación efectiva al agregársele un área ecológicamente equivalente, que al integrarse al área protegida sería gestionada integralmente bajo los mismos objetivos de conservación, lineamientos técnicos y científicos propios de la respectiva categoría de manejo, y de conformidad con su plan de manejo.

De acuerdo con lo ordenado por la Sala Constitucional costarricense en la sentencia número 2014-12887, la compensación del área protegida suprimida debe darse por otra de igual o superior tamaño, a lo cual habría que agregarle el hecho de que el terreno o espacio a adicionar debe necesariamente ser adyacente al área protegida, y además ecológicamente equivalente, o sea similar en cuanto a su condición y representatividad ecológica.

En virtud a la ausencia de normativa nacional específica que regule la figura de la compensación ambiental se hace imperativo acudir al derecho internacional y al derecho comparado.¹²

La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convención Ramsar),¹³ en sus artículos 2.5 y 4.2, establece como

¹² El Reglamento General de Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Ejecutivo número 31849 que define medidas de compensación como aquellas acciones que retribuyen a la sociedad o la naturaleza, o a una parte de ellas, por impactos ambientales negativos, por impactos acumulativos de tipo negativo, ocasionados por la ejecución y operación de una actividad, obra o proyecto.

¹³ El Convenio Ramsar, fue firmado en Irán el día dos de febrero de 1971, entrando en vigor el 21 de diciembre de 1975. Costa Rica la ratificó mediante la ley número 7224 del 09 de abril de 1991, contando a la fecha con 12 sitios

situaciones de excepción para retirar de la Lista o reducir los límites de humedales de importancia internacional “motivos urgentes de interés nacional” debiendo compensar la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales.

Artículo 2.5-: *“Toda Parte Contratante tendrá derecho(...) por motivos urgentes de interés nacional, a retirar de la Lista o a reducir los límites de los humedales ya incluidos (...).”*

Artículo 4.2-: *“Cuando una Parte Contratante, por motivos urgentes de interés nacional, retire de la Lista o reduzca los límites de un humedal incluido en ella, deberá compensar en la medida de lo posible, la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar.”*

Siendo que los citados “motivos urgentes de interés nacional” fueron sólo mencionados pero no desarrollados ni explicados dentro del texto original de la Convención, fue mediante la Resolución VIII.20¹⁴ que la Conferencia de las Partes de la Convención emite la Orientación general para interpretar la expresión “motivos urgentes de interés nacional” en el artículo 2.5 de la Convención y para considerar la compensación prevista en artículo 4.2.

En aplicación del artículo 3 de la citada Resolución, cuando una Parte Contratante invoque su derecho al tenor del artículo 2.5 de retirar de la Lista de Humedales de Importancia Internacional (sitios Ramsar) o reducir los límites de un humedal incluido en ella podrá tener en cuenta, entre otras cosas, lo siguiente:

- Los beneficios nacionales de mantener la integridad del sistema de humedales y sus beneficios conexos;
- Si el mantenimiento del statu quo amenaza un interés nacional;
- Si el cambio propuesto es compatible con las políticas nacionales;
- Si se requiere una acción inmediata para evitar una amenaza significativa;
- Si un interés nacional sufre una amenaza creciente;
- Las demás alternativas razonables a la acción propuesta, incluida la opción “sin proyecto”, la búsqueda de una ubicación alternativa, la introducción de zonas de amortiguamiento, etc.;
- Los valores económicos, sociales y ecológicos y las funciones existentes del sitio en cuestión. (Cuanto más importantes sean los valores y las funciones del sitio, más elevados deberán ser los beneficios sociales, económicos o ecológicos del proyecto propuesto);
- El valor particular de los hábitat que alberguen especies endémicas, amenazadas, raras, vulnerables o en peligro;
- Si la acción propuesta proporciona beneficios a una amplia base de receptores;
- Si, a largo plazo, la acción propuesta ofrece beneficios mayores;
- La alternativa que reduzca al mínimo el daño al sitio en cuestión; y
- Los efectos transfronterizos.

Ramsar que suman una extensión de 569.742 hectáreas. Información disponible en: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-parties-parties/main/ramsar/1-36-123%5E23808_4000_2__

¹⁴ 8va. Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) 18 a 26 de noviembre de 2002, Valencia, España.

Según la Resolución antes citada, al considerar la compensación prevista por el artículo 4.2. de la Convención, una Parte Contratante podrá tener en cuenta, entre otras cosas, lo siguiente:

- El mantenimiento del valor global del área de humedales de la Parte Contratante incluida en la Lista de Ramsar a nivel nacional y mundial;
- La disponibilidad de una sustitución compensatoria;
- La pertinencia de la medida compensatoria en relación con el carácter ecológico, el hábitat o el valor del sitio o sitios Ramsar afectado(s);
- Las incertidumbres científicas o de otra índole;
- La oportunidad cronológica de la medida compensatoria en relación con la acción propuesta;
- Los efectos adversos que la propia medida compensatoria podría causar.

Mediante las resoluciones VIII.20 y IX.6 se exige, previo a retirar de la Lista o reducir los límites de un humedal de importancia internacional, la realización de una evaluación ambiental previa, que tenga en cuenta toda la gama de funciones, servicios y beneficios ofrecidos por el humedal, y en la medida de lo posible, propone que la evaluación se realice consultando ampliamente a todos los interesados directos; aplicar el principio precautorio al tomar en cuenta que cuando existen amenazas de daño grave o irreversible, la falta de plena certidumbre científica no se debe utilizar como un motivo para aplazar medidas eficaces en función del costo para prevenir el deterioro del medio ambiente, y por último, obliga informar a la Secretaría de la Convención Ramsar de tales cambios a la mayor brevedad posible.

En la Unión Europea, el Anexo II de la Directiva Comunitaria sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales,¹⁵ establece como criterios de equivalencia: recurso-recurso, servicio-servicio, valor-valor, valor-coste, siendo los criterios recurso-recurso y servicio-servicio los que tienen carácter prioritario, al garantizar un mayor grado de sustitución entre los recursos y servicios perdidos, y aquéllos que pueden obtenerse a través de la compensación.

De forma similar, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental de México¹⁶ establece el criterio de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio; priorizando aquellas acciones que proporcionen recursos naturales o servicios ambientales del mismo tipo, calidad y cantidad que los suprimidos, y tomando en consideración los intereses económicos, sociales y culturales de las localidades afectadas.

Por su parte, el “Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad” del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia,¹⁷ establece los siguientes criterios determinantes para la selección del área ecológicamente equivalente a compensar:

- a. Ser el mismo tipo de ecosistema natural afectado.
- b. Ser equivalente al tamaño o área a compensar al fragmento del ecosistema impactado.

¹⁵ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004.

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 07 de junio de 2013

¹⁷ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia (2012) “Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad.” Accesible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tremarctoscolombia.org/pdf/MANUAL_compensaciones%20Final.pdf

- c. Igual o mayor condición y contexto paisajístico al fragmento del ecosistema impactado.
- d. Igual o mayor riqueza de especies al fragmento del ecosistema impactado.

Dado que sería posible identificar más de un sitio equivalente para realizar la compensación, el Manual colombiano dispone que se podrá realizar la selección, considerando el fragmento o los fragmentos que representen una mayor oferta de servicios ambientales y compatibilidad con el régimen de usos y actividades previsto en los Planes de Ordenamiento Territorial, Planes de Ordenamiento y Manejo de Cuencas, u otros instrumentos nacionales y/o regionales de ordenamiento de territorio.

Como puede observarse, en la jurisprudencia costarricense, el derecho internacional y la normativa comparada antes mencionada, delegan en las reglas unívocas de la ciencia y la técnica por medio de la realización de estudios técnicos serios, exhaustivos y comprensivos, la tarea de determinar el sitio y los criterios de equivalencia del área o espacio a compensar, ello en virtud del vínculo inquebrantable y relación simbiótica que une al derecho ambiental con dichas reglas, lo cual se ve reflejado a través del principio de objetivación de la tutela ambiental o principio de razonabilidad en relación al derecho ambiental, por medio del cual existe la obligación estatal de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o bien, disposiciones de carácter general de cualquier rango o jerarquía, reforzando con ello el deber de contar siempre y en toda situación con posibilidad de impacto negativo sobre el ambiente, con estudios que garanticen la no afectación o al menos, el menor impacto ambiental posible sobre el bien jurídico tutelado.

IV. Conclusiones

El mecanismo de compensación por pérdida de biodiversidad en áreas protegidas da sus primeros pasos en Costa Rica a partir de la sentencia constitucional número 2014-12887.

Es primordial tener claro que su aplicación es excepcional encontrando justificación única y exclusivamente en aquellas situaciones donde los impactos negativos a la biodiversidad en definitiva no puedan ser evitados, corregidos ni mitigados.

Por medio de su correcta utilización es posible resarcir los efectos ambientales y sociales negativos derivados de la pérdida de biodiversidad a raíz de la reducción territorial o espacial del área silvestre protegida, de manera que se garantice su conservación efectiva con la participación de las comunidades locales circunvecinas que pudieran resultar afectadas. Sin embargo, mal empleada podría convertirse en un mecanismo que a través de “*pagar por contaminar*” fomente la destrucción de ecosistemas, con la promesa de que el hábitat se puede recrear en algún otro sitio, con un potencial aumento de pérdida de biodiversidad.

V. Bibliografía

- Peña Chacón, Mario (2013) "Test de Regresividad Ambiental", Revista Internacional Direito Ambiental (RIDA), número 6, Brasil.
- Peña Chacón, Mario (2013) "El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano", PNUD.
- Peña Chacón, Mario (2013) "El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del Principio de Prohibición de Retroceso", Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 8, Argentina.
- Peña Chacón, Mario (2013) "La Ley Orgánica del Ambiente y el Principio de No Regresión", Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 7, Argentina.
- Peña Chacón, Mario (2013) "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", Revista de Direito Ambiental RDA, año 18, número 71, Brasil.
- Peña Chacón, Mario (2007) "La tutela jurídica de los ecosistemas de humedal", Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho, Universidad de Sevilla, número 16, España

Responsabilidades derivadas de la vulneración del principio de buena administración

Mag. Esteban Villalobos Fernández¹

Sumario

I. Introducción. II. La gestión por resultados u objetivos en Latinoamérica. III. Conceptualización del derecho a la buena administración y su vinculación con los principios de transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia. IV. Correspondencia del contenido del derecho a la buena administración, la gestión por resultados y los principios básicos de los servicios públicos en Costa Rica. V. Algunos casos de fiscalización superior en donde se responsabilizó a servidores que restringieron el derecho de los habitantes a obtener una buena administración. VI. Reflexiones conclusivas en torno a las buenas prácticas que se podrían extraer de las anteriores experiencias de los procedimientos administrativos sancionatorios. VII. Referencias

¹ Máster en Derecho Constitucional, Notario Público y Licenciado en Derecho. Posee una especialidad en contencioso administrativo y la formación de nivelación para juez de lo contencioso administrativo y civil de Hacienda, ambos de la Escuela Judicial. Desde el 2007, imparte clases en materia de compras públicas y de lo contencioso administrativo y civil de Hacienda. Tiene 19 años de experiencia en Derecho Administrativo. Actualmente labora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República de Costa Rica. E-mail: esteban.villalobos@cgr.go.cr

I. Introducción

No es extraño escuchar a ciudadanos afirmar, como si fuere una verdad de perogrullo, que en el sector público es imposible responsabilizar a un funcionario ineficiente e inoportuno. En las próximas líneas se compartirán algunas reflexiones que intentan romper ese paradigma que tanto erosiona la gestión pública.

Costa Rica posee un importante avance en la sensibilización institucional de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la información pública, así como a seguir trabajando en elementos asociados al concepto del gobierno abierto, el cumplimiento de los principios de transparencia y rendición de cuentas.

No obstante, se estima que existen oportunidades de mejora con respecto al mandato de optimización de la gestión administrativa. Concretamente sobre la arista de la *nueva gestión administrativa*, en asuntos como la gestión por resultados y sus necesarias evaluaciones.

En la fiscalización superior costarricense de la Hacienda Pública, se han detectado debilidades en relación con el deber de garantizar que la gestión tenga un enfoque **centrado en el ciudadano**. Se debe trabajar en un cambio de paradigma para que la administración pública y, ante todo, el habitante, conozcan la tarea esencial de la administración, cual es la mejora continua de la calidad de la información, la atención del usuario y los servicios prestados eficientemente. Se deben edificar decisiones a partir de un trabajo conjunto con el administrado, donde se consideren sus necesidades de manera efectiva.

Lo anterior permitirá que el habitante pueda ejercitar realmente su derecho fundamental a fiscalizar la gestión administrativa y **exigir resultados**, o bien, demandar que se establezcan **consecuencias por no alcanzarlos**.

Desde ese enfoque, en el presente artículo se comparten algunas buenas prácticas de fiscalización superior, que se extraen a partir de la experiencia de casos donde hubo responsabilización de funcionarios públicos que incumplieron el deber de realizar una gestión administrativa celeré, eficaz y eficiente para lograr los objetivos y alcanzar los resultados que el interés público demanda.

II. La gestión por resultados u objetivos en Latinoamérica

En este artículo no se pretende desarrollar ni definir el amplio y rico universo de la gestión por resultados u objetivos. No obstante, se hace referencia al término para analizar los casos de fiscalización y responsabilización de funcionarios en Costa Rica. A continuación se procede a destinar este acápite para realizar una pequeña conceptualización de la figura en Latinoamérica.

La publicación "Modelo abierto de gestión para resultados en el sector público" del Programa de Implementación del Pilar Externo del Plan de Acción a Mediano Plazo para la Efectividad en el Desarrollo (PRODEV), del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) de julio de 2007, indica que el

concepto y la práctica de la gestión por resultados –en adelante GpR– en el sector público tienen un grado de desarrollo y consolidación relativamente bajo.

El término gestión para resultados ha recorrido un largo camino y es una de las variantes de la Dirección por Objetivos, cuyo origen se encuentra en el libro de Peter Drucker “La práctica del management”, publicado en inglés en 1954. Drucker complementó posteriormente sus ideas (1964) en la obra “Managing for Results: Economic Tasks and Risk-Taking Decisions” (En español esta obra fue traducida como “La Gerencia Efectiva”), en la que utiliza, por primera vez, este término.

En sus inicios, la GpR se usó principalmente en el sector privado. El gobierno federal de los Estados Unidos comenzó a utilizar algunos de sus planteamientos en el manejo de diferentes organismos públicos –durante la presidencia de Nixon–, a partir de lo que se conoce como la **Nueva Gestión Pública**. Esta nueva filosofía sugiere el paso de una gestión burocrática a una de tipo gerencial.

Diversos estudiosos y expertos de la gestión pública plantearon los beneficios que el enfoque de la GpR podría traer a este nuevo escenario. La GpR contiene tres tipos de consideraciones para la administración del sector público:

- Constitucionales: la mayoría de las constituciones regulan el uso de los fondos públicos por parte de las autoridades en el cumplimiento de su mandato.
- Políticas: las autoridades deben responder sobre sus acciones y sobre los contenidos de sus programas electorales, de acuerdo al principio de la responsabilidad en el cargo.
- Ciudadanas: de acuerdo al principio de delegación democrática, los ciudadanos confían en las autoridades electas y les delegan la gestión de los fondos públicos, producto del pago de sus impuestos.

Si bien existen muchos documentos que tratan sobre la GpR, no hay una definición única.

Para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la GpR incluye la priorización del logro de los objetivos estratégicos generales y específicos en el proceso de gestión de los recursos públicos. La evaluación de los resultados se guía, en general, por criterios de eficacia, eficiencia, economía y calidad de la intervención del Estado.

La literatura procedente del CLAD también se refiere constantemente a la GpR.

El término gestión pública orientada a resultados (Wirkungsorientierte Verwaltungsführung) ha sido utilizado por el gobierno de Suiza para referirse a las reformas administrativas que se han implementado en ese país desde 1996.

En este caso, los productos y los resultados son los principales componentes de los acuerdos de gestión, que se combinan con un presupuesto asignado por cada unidad de desempeño. Por ello, en Suiza se han impulsado también importantes reformas presupuestarias.

En conclusión, una GpR demanda que el sector público no se conforme con la preocupación burocrática tradicional orientada al cumplimiento de las normas y procedimientos legales,

sino que, además y por encima de eso, se ocupe de asegurar de que sus procesos de planificación, presupuesto, ejecución, evaluación y control respondan a una adecuada priorización de necesidades, fijación de objetivos, metas y de indicadores que permitan a la obtención de resultados concretos, mediables y verificables, en términos de menores tiempos de respuesta (eficacia) e incrementos en la optimización de los bienes y servicios entregados a la ciudadanía (eficiencia y efectividad).

¿La gestión por resultados o la gestión para resultados?

En este trabajo se adopta la idea de *dirigir por objetivos para conseguir resultados*. El modelo conceptual que se propone a continuación aspira a dar consistencia a la expresión “gestión para resultados” en la perspectiva de fortalecer la acción de los organismos públicos para mejorar el efecto de su acción en beneficio de los ciudadanos y de la sociedad.

Indica Makón (2000) en su obra “El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración Pública Nacional”, que dado que el modelo pone en el centro de la discusión la medición del desempeño de la gestión pública, adquiere relevancia una distinción conceptual que hace a la naturaleza de la producción pública: productos y resultados (figura 1).

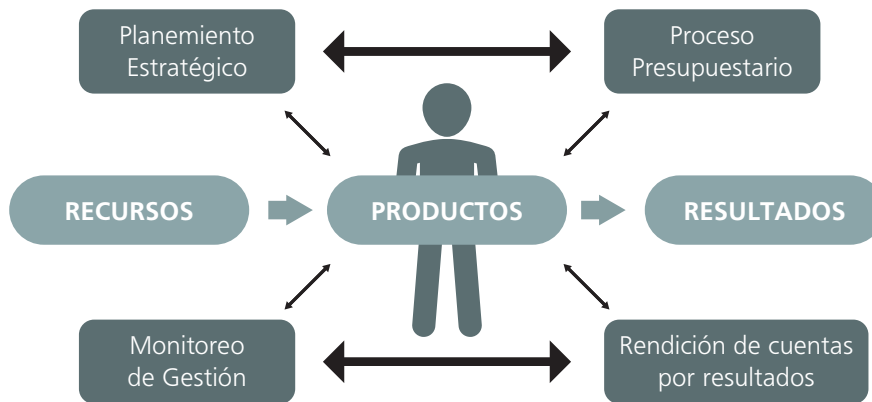


Figura 1: Modelo de gestión por resultados de Makón.

Los organismos públicos, responsables de una determinada producción pública, utilizan insumos financieros, humanos y materiales –asignados a través del presupuesto– para la **producción de bienes y servicios** (productos) destinados a la **consecución de objetivos** (resultados).

Los sistemas de evaluación de productos y de resultados, consecuentemente, tienen distintas connotaciones: mientras la medición de productos puede asociarse a un proceso continuo, al interior de las organizaciones, lo que atañe a los resultados tiene consecuencias que trascienden el ámbito de una institución.

Por otro lado, la implementación de un sistema de evaluación generalmente requiere una adecuación de los procesos internos, que permita detectar inconsistencias entre los objetivos de la institución y su operación diaria. Como consecuencia, suele ser necesario revisar

procedimientos, rutinas operativas e instancias de coordinación entre distintas áreas de una organización pública.

Este conjunto de actividades, conocidas usualmente como reingeniería de procesos, es el otro pilar sobre el que descansa la implementación de este nuevo modelo de gestión. La reingeniería permite introducir cambios en las prácticas de trabajo a partir del análisis de los procedimientos y circuitos administrativos y de rediseños que involucren **mejoras de eficiencia**. En conjunto, posibilita orientar los procesos internos al logro de los productos identificados como prioritarios en el plan estratégico.

Las gerencias operativas, por su parte, se comprometen a cumplir las metas y a dar cuenta de los resultados obtenidos. El modelo se hace autosustentable en la medida en que existan **indicadores de la gestión gerencial** en el marco de un sistema de seguimiento y monitoreo de la gestión, y un sistema de incentivos que premie el buen desempeño y, recíprocamente, castigue los incumplimientos. Interesa tener en cuenta esto último, por cuanto se analizan casos donde se responsabilizaron servidores públicos que no cumplieron eficaz y eficientemente con lo que se les requirió.

Así, el modelo de gestión por resultados incentiva una fuerte descentralización en la toma de decisiones de gestión *para que la Administración Pública pueda responder a las demandas sociales eficazmente, sin renunciar a la transparencia de la gestión*. Esta descentralización se apoya, como vimos, en un plan estratégico formulado en estrecha vinculación con el presupuesto del organismo y precisa de un conjunto de objetivos e indicadores medibles y de un sistema de incentivos racional. En general, y la experiencia internacional al respecto así lo demuestra, es recomendable un mayor grado de flexibilidad en la administración de los recursos disponibles (materiales, financieros y humanos) a medida que se profundiza la implementación del modelo.

El esquema de incentivos diseñado, da sentido a la gestión exitosa o al compromiso cumplido, porque lo premia. Evidentemente, un esquema de incentivos puede utilizar instrumentos variados: reconocimiento salarial adicional, acceso a capacitación, participación en ámbitos de discusión de políticas, entre otros, cuya elección y viabilidad dependerá de condiciones legales e institucionales y de la creatividad de las altas jerarquías. Sin perjuicio de ello, el esquema que resultare elegido debe ser explicitado a los gerentes públicos en el momento de suscribir los compromisos de resultados de gestión (CRG) conjuntamente con el sistema de monitoreo de la gestión, cuyo diseño y administración es también una responsabilidad de la altos jercas. Los resultados asignados por los gerentes implican una definición cuidadosa de indicadores de gestión que puedan ser monitoreados, a fin de determinar el grado de cumplimiento de aquellos.

Por su parte, en la obra "Planificación estratégica y gestión pública por objetivos" (Sánchez Albavera, 2003), se indica: "Un gerente público, como cualquier otro de la actividad privada, es aquel que tiene la capacidad de usar lo más productivamente sus recursos; motivar a su personal en función de la misión, los objetivos y el rendimiento prescritos; desarrollar una cultura organizacional centrada en los valores que justifican la creación de su institución; y de crear un ambiente que premie la excelencia, la probidad y el constante desarrollo de las capacidades de sus funcionarios".

La gestión pública tiene que ver con la conducción de capacidades humanas; es decir, de personas que tienen una vocación que debería superar el interés individual con respecto a la remuneración que reciben. Son hombres y mujeres que deberían tener muy claro lo que se denomina vocación de servicio público.

No se trata de un grupo humano que consume recursos sin ningún resultado. Si esto fuera así, lucrarían del sacrificio financiero que hacen quienes entregan parte de sus recursos para financiar la gestión pública. Los resultados serán buenos si incrementan el bienestar general o malos si lo perturban o deprimen. **Por ello deberán rendir cuentas** a los ciudadanos. Estos deben preguntarse siempre que están haciendo las autoridades políticas y los funcionarios públicos y cuáles son sus verdaderas tareas. Solo así pueden ejercer a plenitud sus derechos.

Como corolario de este acápite, la conclusión es simple pero fuerte: En la Administración Pública, al igual que en el sector privado, se debe exigir el cumplimiento de los objetivos y metas tanto a los altos jefes o mandos medios –en la jerga del control interno se les denomina titulares subordinados-, como a cada uno de los/las colaboradores(as); por eso, a través de la transparencia, el acceso a la información útil y la rendición de cuentas, se les debe medir y se les debe exigir una mejora continua que se adapte a la constante mutación de este mundo cambiante y globalizado.

En la Figura 2 se pueden observar los grados o niveles de aplicación de determinadas técnicas del modelo privado al sector público, ya sea que proceda su aplicación directa, que para su aplicación se requiera una adaptación creativa, o bien, resulte necesaria una reconceptualización.

TÉCNICA DE GESTIÓN CONSIDERADA	APLICACIÓN DIRECTA	ADAPTACIÓN CREATIVA	RECONCEPTUALIZACIÓN
Planificación estratégica		██	
Gestión del cambio organizativo		██	
Dirección por objetivos		██	
Dirección de proyectos	████████████████		
Gestión de servicios	██		
Marketing	██		
Dirección de operaciones	████████████████		
Diseño organizativo	██		
Dirección de recursos humanos		██	
Gestión financiera	████████████████		
Sistemas de información	████████████████		
Control de gestión		██	

Figura 2: Técnicas de gestión empresarial desarrolladas en el área privada que se han considerado tradicionalmente de utilidad potencial en la administración pública.

Y en un entorno como es este, es fundamental tener un gestor público que cuente con las condiciones indispensables para trabajar apropiadamente y con motivación, que logre innovar constantemente para adaptarse a los cambios y con una altísima vocación de servicio público, donde la mística y la entrega son indispensables, pues este espíritu de apoyo a la colectividad y la solidaridad para la búsqueda de un interés público son factores que en estos servidores públicos deberán estar por encima del natural deseo de obtener una mayor remuneración económica.

Por todo esto, resulta fundamental que se motive al colaborador para que alcance los resultados. Por el contrario, cuando no se consigan, se le debe responsabilizar de diversas formas, siempre que el incumplimiento sea injustificado, en supuestos como por ejemplo, que se produzca por negligencia, imprudencia, falta del debido cuidado, inercia injustificada, falta de diligencia o por un letargo o falta de celeridad desproporcionada e injustificable. En los casos de fiscalización superior de Costa Rica que se analizarán más adelante, se podrá apreciar cómo no se alcanzaron los resultados deseados, lo cual transgredió los principios de eficacia o eficiencia y generó consecuencias legales a diversos personeros estatales.

III. Conceptualización del derecho a la buena administración y su vinculación con los principios de transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se consideró en el escenario de las negociaciones del llamado Tratado de Lisboa, cuando se trabajaba en la formulación de la llamada Constitución Europea. Y el artículo 41 de esta Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, conocida como la Carta de Niza positiviza todos estos antecedentes para regular el "Derecho a una buena administración".

Para algunos doctrinarios, dicho concepto podría aproximarse al concepto de "*governance*" o buen gobierno, aunque otros diferencian ambos conceptos. La noción de "buen gobierno" la circunscriben a la responsabilidad de quienes al más alto nivel dirigen una entidad pública (jerarca y alta dirección) y reservan el término "buena administración" a la labor confiada a los responsables de estructura gerencial y operativa de una organización pública (mandos medios y demás personal).

Dicho Tratado de Lisboa liga directamente el derecho a la buena administración con los principios de transparencia, participación, rendición de cuentas o *accountability*, eficacia y coherencia, como un enlace directo con el concepto mismo de democracia.

A partir de esta norma supra constitucional, cada país o territorio autónomo queda habilitado para emitir su respectiva norma constitucional o ley de buena administración o buen gobierno, como es el caso de España, en donde el derecho a una buena administración se encuentra ya incorporado en diversa normativa. Así, la Constitución Española de 1978 prevé implícitamente un auténtico deber jurídico de medios: lo que se ha denominado, siguiendo la línea clásica de la legislación, jurisprudencia y doctrina española, *deber de buena administración*. El deber se encuentra explicitado en las arts. 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios

de objetividad, coordinación y eficacia) y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa.

Ahora se pasa de los textos legales a la jurisprudencia generada en la resolución de problemas concretos. Aquí hay que mencionar la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y lo aplica a la actividad administrativa. El TEDH mantiene una consistente jurisprudencia al aludir al principio de buena gobernanza como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros.

Con respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal de Primera Instancia², diversas sentencias se han referido a la buena administración de forma implícita y explícita. En la misma línea, el Tribunal Supremo Español y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas ya se han referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración. Esta jurisprudencia insiste en la necesidad de desarrollar una diligencia debida en la ponderación de hechos e intereses relevantes en la toma de la decisión y que esta quede plasmada en el expediente y la motivación de las decisiones públicas.

El derecho a la buena administración supone, pues, un auténtico cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública. Incluso la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas, supone un servicio para la colectividad, como la gestión de hospitales o de escuelas, servicio que puede y **debe ser evaluado** tomando como parámetros, entre otros, los criterios de eficacia, eficiencia y economía, que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones. Esta reflexión nos conduce a la relevancia del Derecho en garantía de la buena administración, aunque esta no solo dependa de él.

En España, Carrau (2015) indica que una novedad jurídica relevante ha sido la aprobación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno 19 del año 2013, cuyo título II se refiere al buen gobierno, artículos 25 a 32. Sin embargo, agrega que lamentablemente esta ley se limita a establecer una serie de principios de buen gobierno que no suponen ninguna real novedad y que utiliza el derecho administrativo sancionador, en negativo, como instrumento de castigo del mal gobierno. También indica que el buen gobierno requiere de algo más que de sanciones.

Señala la paradoja que la ley estatal 19/2013 ni siquiera menciona a la buena administración, pese a que los altos cargos a que se refiere desarrollen funciones administrativas y adopten decisiones administrativas. Se desconocen, así, todos los avances internacionales y nacionales antes expuestos.

² Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, son destacables diversas decisiones, sobre todo desde los años setenta, entre ellas, por ejemplo, el caso C-260/90 Technische University München v. Hauptzollamt München-Mitle (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos Fundamentales, y el caso ante el Tribunal de Primera Instancia que dio lugar a la sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission).

Además, Ponce (2015) señala que para esta ley sigue pendiente la exigencia legal de que la motivación de las decisiones públicas sea suficiente (con la debida explicitación de los criterios extrajurídicos que fundan las discrecionales, como exige, por ejemplo, el ordenamiento jurídico alemán) y congruente con el contenido del expediente, sea de papel o electrónico. Y además que dicha motivación se diferencie, según el tipo de decisión, debiendo exigirse una mayor diligencia y detalle cuando se trate, por ejemplo, de decisiones, normativas o no, que restrinjan derechos, incluidos, claro está, derechos sociales en caso de recortes

El Doctor Ponce parece referir a que una ley que sí puntualiza y regula de mejor forma la buena administración como un derecho fundamental es la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Respecto a este valioso cuerpo legal, interesa destacar lo siguiente.

De la exposición de motivos de esta norma, destaca como se explica en el acápite III, que el derecho a la buena administración, se puede entender como la presencia y el despliegue del conjunto de principios, herramientas, estrategias e instrumentos que dirigen la actuación de la administración hacia la ciudadanía. Este derecho, ha sido objeto de una regulación que ha supuesto unos niveles de exigencia cada vez más altos y que, hoy en día, nos habla al mismo tiempo de la calidad de las organizaciones y de los servicios públicos.

Posteriormente, se indica que el artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (AGE) de España, precisó y renovó los principios mencionados, esta vez con más atención a las demandas de la ciudadanía, en dos bloques: uno de organización que incluye temas como jerarquía, descentralización funcional, desconcentración funcional y territorial, economía, suficiencia y **adecuación estricta de los medios a las finalidades** institucionales, simplicidad, claridad y proximidad a la ciudadanía y coordinación. Y otro de funcionamiento, que comprende **eficacia** en el cumplimiento de los objetivos fijados, **eficiencia** en la asignación y utilización de los recursos públicos, programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados, **responsabilidad por la gestión pública**, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, servicio efectivo a la ciudadanía, objetividad y *transparencia* de las actuaciones administrativas y cooperación y coordinación con el resto de administraciones públicas.

El Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el cual se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, es un hito destacable en este recorrido, dado que tiene por objeto definir el espacio común para la mejora de la calidad en la AGE y regular los aspectos básicos de los programas que la integran. Estos programas, que tienen por objeto fomentar la transparencia mediante la difusión pública del nivel de calidad ofrecida a la ciudadanía, son los de análisis de la demanda y de evaluación de la satisfacción de los usuarios de los servicios, de cartas de servicios, de quejas y sugerencias, de evaluación de la calidad de las organizaciones, de reconocimiento y del Observatorio de la Calidad de los Servicios Públicos.

La creación de la Agencia de Evaluación de Políticas y Calidad de los Servicios del Gobierno de España, mediante el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, es una referencia inexcusable en este ámbito. En el preámbulo de este Real Decreto se manifiesta que los

organismos internacionales y las administraciones públicas de los países más adelantados comparten líneas similares de reforma en materia de gestión pública. La gestión orientada a resultados, el desarrollo de indicadores para medir eficacia, eficiencia y calidad, el fortalecimiento de los mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento de objetivos, junto con el uso de la evaluación, son algunos de los rasgos básicos que, entre otros, configuran esta nueva gestión pública.

En el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears, el artículo 34 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears, establece como principio general que informará los derechos de los ciudadanos y de las ciudadanas el hecho de que la actuación administrativa procurará, entre otros, velar por la mejora continua de los servicios y de las prestaciones públicas mediante modelos de gestión orientados a la innovación y a la evaluación de los resultados por los usuarios y por las usuarias.

Especialmente relevante es el artículo 39 de la ley mencionada, que recoge el derecho de la ciudadanía a la calidad de los servicios públicos y, en concreto, a **exigir los niveles de calidad en la prestación de los servicios públicos** establecidos por los órganos competentes. Además, dispone como obligación del Gobierno de las Illes Balears la adopción de alguno de los modelos reconocidos y existentes en relación con la evaluación de la calidad de los servicios públicos, a fin de que los órganos de la administración puedan autoevaluar, periódicamente, su actividad.

Ya dentro un ámbito más concreto, el mismo artículo prevé la posibilidad de que el Gobierno establezca premios u otro tipo de incentivos para promover entre sus órganos la mejora continua de la calidad de los servicios.

El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de mayo de 2009 para impulsar la simplificación y la reducción de cargas administrativas en la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears, y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de diciembre de 2009 por el cual se aprueba la implementación del sistema de gestión por procesos de la comunidad autónoma de las Illes Balears, son dos claros ejemplos de esta *tendencia* de regulación como apoyo de una **buena administración** en el marco de dicha comunidad autónoma.

Y en relación con Latinoamérica, precisamente existe un Código Iberoamericano de Buen Gobierno que fue gestado por el CLAD³, donde se pueden ubicar ciertas normas que guardan estrecha relación con lo indicado, veamos:

“IV. Reglas vinculadas con la gestión pública

26. Actuarán de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad y eficiencia y vigilarán siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado.

³ Respaldo por la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, noviembre de 2006.

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” (los destacados son nuestros)”

En la misma línea, la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública” (CIDYDCAP)⁴, contiene, entre otros, los siguientes principios que interesa destacar, según la numeración de la Carta:

“6. **Principio de eficacia**, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, que siempre estarán ordenadas a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano.

7. El **principio de eficiencia** obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general.

8. De acuerdo con el **principio de economía**, el funcionamiento de la Administración Pública estará guiado por el uso racional de los recursos públicos disponibles.

El gasto público se realizará atendiendo a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia.

9. En virtud del **principio de responsabilidad** la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

10. De acuerdo con el **principio de evaluación permanente** de la Administración Pública, esta tenderá a adecuar su estructura, funcionamiento y actividad, interna y externa, a la identificación de oportunidades para su mejora continua, midiendo de forma objetiva el desempeño de sus estructuras administrativas”.

Para el enfoque de los casos de fiscalización que se pretenden comentar, el catedrático español Jaime Rodríguez-Arana Muñoz -quien lideró la redacción de esta carta latinoamericana de buena administración- (Rodríguez-Arana, 2014), precisa que como es lógico, la CIDYDCAP no entra en la cuestión de si las lesiones deben ser consecuencia del funcionamiento anormal o irregular de los servicios públicos, optando por la regla general de la responsabilidad por actuaciones administrativas que lesionen, sin más, los bienes o derechos de los ciudadanos.

Indica Rodríguez-Arana que los ciudadanos son los dueños y señores del poder público y por ende quienes lo ejercen en su nombre deben dar cuentas a la ciudadanía permanentemente

⁴ Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Ciudad de Panamá, Panamá, 27 y 28 de junio de 2013.

de cómo lo administran. De ahí la existencia de esta regulación del punto 10, de acuerdo con el principio de evaluación permanente de la Administración Pública.

“21. **Principio de celeridad**, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que será el que corresponda de acuerdo con la dotación de personas y de medios materiales disponibles y de acuerdo con el principio de servicio objetivo al interés general, así como en función de las normas establecidas para tal fin”.

Y respecto a los derechos derivados del derecho fundamental a la buena administración, de dicha carta nos interesa destacar los siguientes:

“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.

34. Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa para lo cual la administración pública propiciará el uso de las TICS”.

“37. Derecho a **conocer las evaluaciones de gestión** que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente”.

“46. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo”.

Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la Administración o ante los jueces o tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

A partir de este orden de ideas, interesa destacar las siguientes precisiones respecto de la diferencia entre eficacia y eficiencia.

Rodríguez-Arana (Rodríguez-Arana, 2014) indicó que la eficacia, según la Carta, busca que las actuaciones administrativas **cumplan los fines** previstos. En el mismo punto 6, la CIDYDCAP dispone que:

“Las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. // En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública”.

Señala Rodríguez-Arana (Rodríguez-Arana, 2014) que en la medida en que se identifique al funcionario responsable de cada procedimiento, será más sencillo derivar la **responsabilidad** en que pudiera incurrir como consecuencia de dilaciones y retardos indebidos, sin justificación alguna. Por su parte, indica que el principio de eficiencia atiende a la consecución de los objetivos establecidos con el menor coste posible. El apartado 7 de la Carta, “obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general”. Es decir, la eficiencia debe tener presente, para alcanzar los resultados esperados, los **recursos, personales y materiales**, disponibles en un marco equidad y servicio como criterios determinantes. Esto se debe a que la Administración no es una organización que se mueva por el lucro o el beneficio económico, sino por la *rentabilidad social*.

Romero (2009) presentó la ponencia en el Congreso del CLAD de Perú de 2015 “Reflexiones sobre el buen Gobierno” y sobre la misma temática publicó su artículo “Reflexiones sobre el buen gobierno” (Romero-Pérez, 2009); de ambas fuentes, interesa destacar los siguientes tres párrafos:

- La gobernabilidad o la gobernanza implican la tesis del buen gobierno, en una **época en la cual son prioritarias las acciones públicas** en la realización efectiva del Estado social y democrático de derecho.
- La buena administración pública y el desempeño y ejecución de las políticas estatales en un marco democrático, mediante el Estado social de derecho, no se dan en el vacío. La globalización en todos los órdenes y dimensiones económica, política, jurídica, social, etc., le ha plantado a las sociedades América Latina un reto que tiene que ver con la paz, el nivel de vida, empleo, vivienda y salud.
- Desde la vieja y conocida expresión de Abraham Lincoln (1809- 1865) de la democracia como el gobierno del, para y por el pueblo se ha escrito bastante, pero se ha olvidado de la necesidad del **gobierno con el pueblo**, lo cual recientemente se trata de solventar con la idea de la democracia participativa que complementa la democracia representativa. En los hechos, no en los discursos oficiales ni en el papel.

Interesa destacar la intención del profesor Romero Pérez, cuando redacta que se debe procurar un “gobierno con el pueblo”, por cuanto se articula perfectamente con el contenido y desarrollo de varios componentes del derecho a la buena administración y, por ende, con la nueva visión del gobierno abierto para que habitantes y administración construyan conjuntamente las conductas administrativas de interés de los ciudadanos. Respecto a lo

anterior, en el citado documento de “Fortalecimiento de los sistemas de monitoreo y evaluación en América Latina y el Caribe, a través del aprendizaje Sur-Sur y del intercambio de conocimientos” del CLAD y del Banco Mundial, se hizo referencia a que el principio de publicidad de las administraciones modernas debe adaptarse a los medios y tecnologías que, actualmente, aporta la revolución de la tecnología de la información porque los procesos decisivos deben adaptarse a estos nuevos esquemas de relación y representación social. Desde un punto de vista amplio, tecnología, gobernanza y transparencia pueden ser entendidos dentro del contexto de modernización e incorporación de las tecnologías de información y comunicación (TIC) a la actividad política.

Así, en sus consideraciones generales sobre la utilización de las nuevas tecnologías, se considera que la revolución de la tecnología de la información, debido a su capacidad de penetración en todo el ámbito de la actividad humana, constituye el punto de entrada para analizar la complejidad de la nueva economía, sociedad y cultura en formación. En este sentido, la evolución y el uso real y actual de la red obliga a que cualquier referencia a participación y democracia electrónicas no eluda la realidad del uso ciudadano y participativo de la red en la llamada web 2.0 o web social o, en un futuro casi inmediato, la realidad virtual del **web 3.038**. En este contexto, la internet posibilita organizar movimientos de opinión, reacciones populares ante acontecimientos, campañas de sensibilización, debates múltiples, todo ello compatible con el sistema de partidos y la democracia representativa. Estos nuevos espacios de opinión y *participación ciudadana* se encuentran en la línea de los principios de participación y transparencia de las políticas públicas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁵ y de la United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization -Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura- (UNESCO)⁶, así como por la Unión Europea⁷.

En este contexto, por un lado, la funcionalidad de la tecnología se concreta en la facilitación de la actividad relacional. Se habla entonces de la tecnología al servicio de las relaciones entre personas, órganos e instituciones y constituye, sin duda, uno de los elementos centrales de la sociedad en que vivimos. Por otro lado, la tecnología desempeña una función de apoyo al conjunto de herramientas que se ponen al servicio de los gestores públicos para optimizar sus procesos de producción.

En definitiva, el **derecho a la buena administración en sus aspectos relacionados con la transparencia y la participación** no puede ser articulado de las posibilidades que ofrecen las TIC en facetas tan concretas como el acceso a expedientes, la participación en procesos de toma de decisión, las audiencias públicas en los parlamentos, entre otros.

⁵ La OCDE publicó en el 2004 “La administración electrónica: Un imperativo”, donde resalta los ahorros que la administración electrónica puede generar al permitirles aumentar su eficacia. Véase OCDE (2003): The E-Government imperative, disponible en [http://webdomino1.oecd.org/COMNET/PUM/govproweb.nsf/viewHtml/index/\\$FILE/EGovernment%20Imperative%20Final\(\).pdf](http://webdomino1.oecd.org/COMNET/PUM/govproweb.nsf/viewHtml/index/$FILE/EGovernment%20Imperative%20Final().pdf)

⁶ La UNESCO ha sugerido a la comunidad internacional que tome las medidas necesarias para reconocer y fomentar como “Derecho humano fundamental, el acceso a las redes de comunicaciones y servicios telemáticos”(vid. Programa Intergubernamental de Comunicaciones, UNESCO).

⁷ Junto al Libro Blanco de la gobernanza, en este ámbito, es de gran interés que, en el Libro verde sobre la información del sector público, se realizó una clasificación de lo que llamaba “servicios del gobierno electrónico”; COMISIÓN EUROPEA. 1998: “La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde sobre la información del sector público”.

Ahora bien, con base en el enfoque del artículo y la ponencia del Romero-Pérez (Romero-Pérez, 2009 y 2015) de Costa Rica, es importante señalar algunos ejemplos de esta perspectiva del derecho a la buena administración. Dentro de ellos, se puede citar el buen uso de los recursos públicos, en el amplio sentido del término, no solo de acuerdo con criterios de eficiencia y eficacia (aquí se referencia al artículo 11 de la Constitución Política vigente de Costa Rica y a los fallos de la Sala Constitucional de Costa Rica n.º 136-02 y 2120-03); El derecho de acceso a la información administrativa que es un mecanismo de control en mano de los administrados, ya que les permite a estos ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficiencia y eficacia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos; La transparencia: Ejercicio de las funciones públicas de tal modo que la sociedad puede comprobar ese ejercicio y a la vez la posibilidad real de que los miembros de esa sociedad puedan llevar al Poder Judicial a los agentes públicos para sentar responsabilidades civiles, penales y administrativas. Los habitantes de un país deben tener fácil acceso a la completa información pública, con el fin de que se cumpla el interés general; El cumplimiento de los principios de responsabilidad, eficiencia y eficacia en el ejercicio del poder; La toma de decisiones públicas de modo democrático y participativo (se referencia al artículo 1 de la Constitución Política de Costa Rica); La rendición de cuentas y la transparencia (se referencia al citado artículo 11 constitucional) y las medidas efectivas de combate a la corrupción.

Como es evidente, el código, la carta y las obras de Romero-Pérez están en clara sincronía con las regulaciones europeas al efecto. Interesa destacar que la gestión pública debe buscar cumplir los objetivos, mejorar continuamente los servicios prestados –se aprecia ventana de oportunidad para la innovación– y sobre todo, no olvidar que el norte de toda prestación de servicios es que debe nacer, desarrollarse, ejecutarse y concluir, con un claro enfoque centrado en el habitante. Se estima que este es un término que podría llegar a ser más inclusivo que *ciudadano*, *administrado* o que contribuyente. En distintos foros internacionales de administración pública, se le viene poniendo cada vez más énfasis a este enfoque, por lo que debería ser tomado muy en cuenta en Costa Rica.

a. ¿Derecho fundamental, principio o mandato de optimización?

Sobre su configuración como derecho o principio, la obra de Carrau hace referencia de un asunto conocido como “Max.Mobil”⁸, donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconocía la autonomía propia al “principio” a la buena administración, desligado de su configuración como un conjunto de reglas procesales, corrigiendo al Tribunal de Primera Instancia que había considerado que se trataba de un derecho propiamente dicho⁹ (Carrau, 2016).

En este contexto, cabe plantearse en el contenido de la buena administración como principio; ¿se pueden incluir en este contenido una serie de mandatos rígidos a la Administración y referidos a su organización tanto interna como externa? Esta idea de ciertos autores sugiere que nos encontramos más bien ante un **principio rector** de la actuación de las administraciones públicas, entendido como **mandato de optimización**, y no tanto frente a

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 22-12-2005, asunto t-54/99, Max. Mobil c. Comisión.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 30-1-2002, asunto c-141/02, Comisión c. Max. Mobil.

un formal derecho, jurídicamente hablando. No obstante, como veremos, ya muchos cuerpos normativos lo clasifican no solo como derecho, sino como derecho fundamental.

Partiendo de su inclusión en el “Derecho a la Buena Administración”, es conocido que no es fácil adaptar el concepto de eficiencia a la realidad de la acción administrativa tanto desde el punto de vista de su organización como de su funcionamiento. Esto último no significa aceptar sin más ambages la conocida como “huída al Derecho privado” de nuestra administración, por múltiples motivos como financieros y presupuestarios, la reclamada eficacia en la acción del sector público, transparencia y necesario control o *accountancy*, etc.

Por ello, más allá de que se pueda acuñar y ajustar un concepto del ámbito privado al público, lo que realmente interesa es la buena práctica, la intención, la mística.

Lo anterior no es novedad para este inicio de siglo, pues se viene planteando con carácter general en el contexto de las administraciones públicas con dificultades conceptuales e insuficiencias de las concepciones implícitamente asumidas en torno a los conceptos de eficiencia y eficacia. Gore (1994)¹⁰ resumió estos planteamientos con la sencilla afirmación de que se hace necesario crear una **administración pública que funcione mejor y cueste menos**.

Desde el enfoque de este acápite, Carrau afirma que la gestión por objetivos se impone en la Administración pública mundial, como recoge el documento de la OCDE¹¹ de 2006 sobre el futuro de la modernización del Estado. Por otro lado, el empleo de instrumentos de evaluación de la calidad de la gestión pública constituye igualmente una referencia fundamental en el ámbito de las administraciones públicas contemporáneas.

Estos planteamientos que se engarzan con el reconocimiento del derecho a la buena administración que se recoge en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-, tienen precedentes en sus Estados miembros. Es en el contexto de mejorar la eficacia administrativa en el que, hoy en día, adquiere la buena administración pleno significado.

En definitiva, las cotas de eficiencia y eficacia de la Administración Pública europea son facetas por considerar al menos a título de principio programático de la buena administración.

Procede plantear si se está ante un derecho fundamental o un principio rector de la actividad administrativa. Desde un punto de vista formal, la CDFUE afirma la categoría de derecho para la buena administración, mientras que, desde un punto de vista sustantivo, la doctrina científica y la jurisprudencia han considerado tradicionalmente que nos hallamos ante un principio rector, entendido como mandato de optimización.

Cabe plantearse si en el contenido de la buena administración como principio se pueden incluir una serie de mandatos dirigidos a la administración y referidos a su organización tanto

¹⁰ GORE, A., “Crear una Administración Pública que funcione mejor y cueste menos”, en Informe del National Performance View, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994. Obra citada en (Guillem Carrau, 2016), que viene en la bibliografía de este artículo.

¹¹ OCDE (2006): El futuro de la modernización del Estado: el camino a seguir, Diciembre. Obra citada en (Guillem Carrau, 2016), que viene en la bibliografía de este artículo.

interna como externa. Esta idea parece confirmar que nos encontramos más bien ante un principio rector de la actuación de las administraciones públicas, entendido como mandato de optimización que ante un verdadero derecho (Carrau, 2016).

La incorporación en el anexo de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es un avance en gran parte porque se conecta directamente con las disposiciones del Tratado, en las que se regulan los principios de **transparencia, apertura y participación** (artículos 10, 11 y 15 del TFUE).

En el marco del derecho a la buena administración, junto a los planteamientos en torno al principio de transparencia y al de participación, es necesario subrayar la importancia de la mejora del funcionamiento de las Administraciones Públicas y su adaptación a las tecnologías de la sociedad de la información.

Sería deseable que el régimen del derecho a la buena administración no quede limitado por un excesivo carácter programático de sus leyes de desarrollo o vinculado a instrumentos de softlaw, como el Código de Buena Conducta Administrativa Europea¹². Resultaría oportuno que se recoja en suficientes elementos normativos de carácter imperativo con los que por lo menos se logre garantizar su respeto y la posibilidad de resarcirse de su incumplimiento. Una buena referencia sería la comentada Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.

Para concluir este primer apartado, se debe partir de la premisa que sí se puede dar un paso más en esta línea de respeto del derecho a la buena administración, por lo que con el presente artículo, más que entrar en este rico debate jurídico de si nos encontramos frente a un derecho, a un principio o a un mandato –en este documento se utilizarán indistintamente–, se pretende empoderar al habitante para que a través del acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas, fiscalice a la administración pública y exija resultados y consecuencias de ellos. Esto se pretende lograr a través del análisis de casos concretos donde se han determinado responsabilidades por restringir este principio rector en Costa Rica.

b. Beneficiarios del derecho a una buena administración

En relación con los beneficiarios del derecho a la buena administración, en las recientes reformas estatutarias de España, por un lado, se proclama el derecho a la buena administración hacia los ciudadanos de dicha comunidad o, por lo menos, así hay que interpretar la referencia a ciudadanos como titulares del mismo. También se atribuye el derecho a “todas las personas”, en el caso de la reforma catalana y aragonesa o a “todos”, en el caso de la reforma andaluza.

Los dos últimos textos siguen la línea del reconocimiento al derecho a la buena administración en el artículo 41 CDFUE, donde se define con la máxima amplitud posible a los beneficiarios

¹² Mediante resolución adoptada el 6 de septiembre de 2001, el Parlamento Europeo aprobó un Código de Buena Conducta Administrativa dirigido a las instituciones y órganos de la Unión Europea, cuyos contenidos deberán ser respetados por esas administraciones y sus funcionarios en sus relaciones con los ciudadanos (consulta de internet hecha el 31 de mayo de 2017 a esta dirección: <https://www.google.com/search?q=Banco+Interamericano+de+Desarrollo+PRODEV&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b#q=c%C3%B3digo+de+buena+conducta+administrativa+uni%C3%B3n+europea>)

de este derecho: “toda persona”. No se circunscribe, por tanto, a los ciudadanos europeos. Desde una perspectiva más técnica, es lo que el derecho administrativo conceptualiza como “interesados”.

En el caso del derecho administrativo de Costa Rica, podría echarse mano al concepto de administrado que utiliza la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, debe considerarse que el administrado debería tratarse como un cliente con todas las prerrogativas –dentro de lo que cabe en el derecho administrativo– y derechos que dicta la técnica del servicio al cliente.

Incluso, se ha percibo que en Europa pareciere existir una tendencia a interpretar estos conceptos de forma amplia, en donde la interpretación siempre busca que el derecho a la buena administración cubra a la mayor parte de personas. En esa línea, en Costa Rica, en la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República n.º 7319, se utiliza el término “habitante”¹³, para ampliar la cobertura de protección de derechos a la mayor cantidad de personas. Se entiende el concepto como toda persona que esté habitando en un territorio, por lo que cabría cuestionarse si cuando en Costa Rica se busca emitir alguna legislación en este sentido, se podría utilizar este u otro término similar que busque que todas las personas estén empoderadas para ejercitar sus derechos y así evitar alguna restricción formalista – como por ejemplo falta de legitimación activa– que los torne nugatorios.

IV. Correspondencia del contenido del derecho a la buena administración, la gestión por resultados y los principios básicos de los servicios públicos en Costa Rica

Para lograr mayor acercamiento al caso de Costa Rica, si se coteja el contenido del derecho a la buena administración que se ha venido desarrollando con la jurisprudencia¹⁴ de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre los principios básicos de los servicios públicos, se han detectado varios comunes denominadores que pueden destacarse en este artículo. Dado el carácter *erga omnes* que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional n.º 7135 del 11 de octubre de 1989, confiere a las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en materia de derechos fundamentales, a continuación se a destacan los principios coincidentes que ha venido perfilando cada vez mejor y más frecuentemente este alto Tribunal Constitucional, en relación con un par de fallos del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda del Poder Judicial:

¹³ Como un simple ejemplo, en su página web oficial consultada el 30 de junio de 2016, se indica que dentro de sus principales funciones está el “Proteger los derechos e intereses de cada **habitante**, ante las actuaciones irregulares que puedan cometer las instituciones públicas cuando brindan sus servicios. Por esta razón cuida que el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, a la justicia, a la Constitución Política, a las leyes y a los convenios internacionales vigentes”. También señala que “En caso de que **cualquier habitante nacional o extranjero** reciba un mal servicio por parte de algún funcionario o funcionaria de las instituciones que conforman el aparato del Estado Costarricense o que usted considere que se ha irrespetado, sus derechos, puede presentar su reclamo [...]”. (la negrita no es del original).

¹⁴ Entre otras, ver las resoluciones n.º 2013-1456 de 14:30 horas del 30 de enero de 2013, 15955-2015 de las 14:30 horas del 13 de octubre de 2015, n.º 15692-2015 de las 9:05 horas del 7 de octubre de 2015, n.º 5895-2015 de las 14:30 horas del 28 de abril de 2015, n.º 4295-2015 de las 9:30 horas del 27 de marzo de 2015 y n.º 3977-2015 de las 9:05 horas del 20 de marzo de 2015.

Antes, debe recordarse que según la Ley General de la Administración Pública n.º 6727 – LGAP-, las administraciones públicas son entes prestacionales. En ellas, los servicios que brindan los entes públicos están sujetos a ciertos principios fundamentales. Lo que se busca es asegurar la prestación de servicios de *calidad* y en condiciones óptimas para los usuarios (ver artículo 4 de la LGAP). Además, la prestación del servicio es obligatoria para el ente u órgano público.

Como se ha indicado, el Tribunal Constitucional y la legislación costarricense coinciden con que existe un derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos y que este derecho es exigible por cualquier persona.

Se busca un actuar con elevados estándares de calidad y de forma continua, regular, cèlere, eficaz, eficiente y sin dilaciones. A continuación se detallan estos términos en el entorno administrativo de Costa Rica.

- **Eficacia:** La organización administrativa debe estar diseñada y concebida para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos según la planificación, la evaluación de resultados y la rendición de cuentas.
- **Eficiencia:** Obtención de los mejores resultados con el mayor ahorro de costos y el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.
- **Simplicidad:** Las estructuras administrativas deben ser de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos formalistas que retarden la satisfacción del interés público.
- **Celeridad:** Cumplir con la satisfacción del interés público de la forma más expedita, rápida y acertada posible evitando retardos indebidos.
- **Continuidad:** La prestación del servicio no se debe interrumpir. Cualquier acción, omisión o imprevisión que conduzca a interrumpir un servicio público es antijurídica. En ese sentido, no podemos olvidar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se pueden alegar falta de recursos, equipos o exceso o saturación de la demanda, para dejar de prestar el servicio de forma continua.
- **Regularidad:** El servicio público debe prestarse con apego a las reglas, normas o condiciones preestablecidas tanto legales como técnicas.
- **Adaptabilidad:** Capacidad de previsión para hacerle frente a las nuevas exigencias, sea por el aumento en el volumen de la demanda, los cambios tecnológicos o las nuevas necesidades que imponga el contexto socioeconómico.
- **Igualdad de trato o universalidad:** todos los que lo requieran tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones

Según los anteriores principios y concretamente la citada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido los siguientes componentes que guardan comunes denominadores con el objeto de este artículo:

- Buena marcha de gobierno.
- Derecho a servicios con elevados estándares de calidad.
- Derecho de los ciudadanos **a una buena administración**. Derecho fundamental al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos.
- Eficiencia de la administración.
- Garantía de la administración para garantizar la obtención de objetivos, fines y metas de cara a una adecuada planificación y a la evaluación o rendición de cuentas.

Incluso, en este orden de ideas, recientemente el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Poder Judicial de Costa Rica, con ocasión de una demanda contra la Contraloría General de la República, por la inconformidad de un funcionario, quien se responsabilizó por violación a estos principios, mediante la sentencia n.º 9-2016-IV, señaló que era importante:

Recordar que la Ley General de Control Interno número 8292 del 31 de julio del 2002, constituye la respuesta legislativa a la necesidad cada vez más imperiosa, de remozar los mecanismos de fiscalización de la Hacienda Pública, con vistas a propiciar el desarrollo de una cultura de rendición de cuentas y de evaluación de resultados de la gestión estatal, particularmente acorde con el principio consagrado en el artículo 11 de la Carta Fundamental a partir de la reforma operada con anterioridad a la vigencia de la Ley de General de Control Interno referida, por el artículo único de la ley n.º 8003 del 8 de junio del 2000. Esta reforma a la Constitución Política, constituyó una redefinición del principio de sumisión al principio de legalidad (a la norma escrita) para introducir como expreso mandado al deber de evaluar resultados y **rendir cuentas**, al que la Administración y sus agentes como consecuencia lógica necesaria se encuentran sujetos, lo que sin duda constituyó un importante avance en la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Para comprender desde la Óptica finalista sus alcances, véase que en el contexto en que fue debatida en su génesis legislativa (expediente legislativo 13338) se entendió como un cambio radical en los medios usuales de pedir cuentas a quienes administran la cosa pública, siendo ahora el propio texto de la constitución, con la potencia y resistencia superior que reviste dentro del bloque de legalidad, el que habría de someter al funcionario público a la necesaria actividad vinculada no solo con el tener que rendir cuentas, sino además, de evaluar los resultados en forma sistemática de su gestión. De otra parte, se reconoce la necesidad de materializar el reconocido principio a partir del cual las autoridades públicas no solo deben actuar apegados a la ley, sino **además eficientemente**. El sistema de control interno supone entonces, control administrativo tanto desde fuera como dentro de la Administración sobre la dinámica de los procesos de trabajo, con el objetivo primordial más no exclusivo, de contar con instrumentos de dirección que permitan alcanzar los resultados prefijados, en revisión constante de los planes, métodos y procedimientos necesarios para satisfacer la misión, las metas y los objetivos de las institucionales, posibilitando el ejercicio de acciones internas que permitan detectar y corregir deficiencias, al tiempo que para proteger y conservar

el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal. Efectos **muy usualmente generados por la ineficiencia administrativa** (Artículo 8. 9, 20 y 25 de la Ley General de Control Interno). Él se encuentra compuesto por una serie de instancias y etapas, cada una de las cuales pretende intensificar el cumplimiento de los deberes de control y sana administración de la hacienda pública que ha sido asignada para el cumplimiento de los fines trazados y las acciones para las cuales, fueron asignados esos bienes (principio de legalidad presupuestaria, para citar un caso). A lo interno de las administraciones públicas y en lo que toca a los agentes que funden dentro de sus estructuras orgánicas resulta una consecuencia de la observancia del sistema, el que los funcionarios públicos a quienes corresponda, se tengan como sujetos pasivos de la rendición de cuentas y su correlativa obligación de establecer y observar prácticas y una organización interna, adecuada para hacer posible una rendición de cuentas efectiva, siendo ahí en donde reside su condición de sujetos pasivos, sea, en su obligación de someterse a un tercer ente u órgano para dar cuentas de su desempeño. (Sentencia n.º 9-2016-IV).

Ante otra demanda contra la Contraloría General por parte de una persona a quien se encontró responsable, ese mismo Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda por medio de la sentencia n.º 33-2013-IV de las 14:45 horas del 23 de abril de 2015. En este fallo se realizaron consideraciones en una línea similar a la anterior transcripción de la sentencia n.º 9-2016-IV.

Como es evidente, todos estos elementos guardan una estrecha y entendible relación con el desarrollo de los acápites que anteceden, por lo que no se puede más que concluir que en Costa Rica no solo están consagrados en el ámbito legal, sino que han sido expresamente utilizados por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa para motivar fallos que lo que buscaron era la prevención, garantía y protección de elementos que están contenidos en el estudiado concepto del derecho a la buena administración.

Y como se observa a continuación, el órgano de fiscalización superior de Costa Rica¹⁵, a saber, la Contraloría General de la República, ha utilizado varios de los fundamentos anteriores para responsabilizar a las personas que han transgredido o restringido desproporcionadamente lo que en este artículo se denomina el derecho fundamental a la buena administración.

En este sentido, interesa destacar que el órgano fiscalizador costarricense tiene como atribución general fungir como “auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización” (artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, n.º 7428 del 7 de setiembre de 1994).

¹⁵ Que por mandato de los artículos 183 y 184 de la Constitución Política vigente y de los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 22, 28, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77 y concordantes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República n.º 7428 y otras regulaciones de nuestro ordenamiento de control y fiscalización superior es el que tiene la potestad sancionatoria –a diferencia de otros pares de fiscalización de la región– respecto al citado ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública.

De esa atribución general se deriva por mandato legal expreso lo que establece el artículo 11 de la LOCGR que regula la finalidad del *ordenamiento de control y fiscalización superior*, cual es garantizar no solo la legalidad de las conductas administrativas de los sujetos pasivos de su fiscalización, sino que debe fiscalizar la **eficiencia** de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, sobre los cuales tiene competencia la Contraloría General de la República.

Y no se debe perder de vista que el concepto de fondos públicos del que habla el artículo 11 de la LOCGR, se subsume jurídicamente en el término más amplio de "Hacienda Pública" la cual está:

"(...) 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 (...)**".

A su vez, resulta conveniente tener claro que el artículo 8 de la LOCGR, proporciona un empoderamiento del órgano contralor a los fines de aplicar por sí y ante sí todo un mecanismo de sanciones y responsabilidades, según las regulaciones contenidas en el Capítulo V de la LOCGR.

Asimismo, la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos n.º 8131, impone la obligación al órgano contralor de efectuar la interpretación técnica de sus contenidos y la aprobación y fiscalización de los presupuestos públicos y de propiciar que la obtención y aplicación de los recursos públicos se realicen según los principios de economía, eficiencia y eficacia. Entre muchos otros, ver los siguientes artículos:

Artículo 3, –finalidad de economía, eficacia y eficiencia–;
28 inciso c –competencias como órgano rector de la CGR–;
Y 126 inciso d –competencia contralora para aprobar o no presupuestos- de esta ley n.º 8131.

Y los artículos 2 –principios de eficiencia, economía, eficiencia y obtención efectiva de los resultados de la gestión institucional– y 36 –misión, objetivos, metas de gestión e indicadores de desempeño- de su reglamento: Decreto Ejecutivo n.º 32988.

En igual sentido, el deber de probidad regulado en el artículo 3 la Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito (Ley n.º 8422) dispone que:

El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República (...) y asegurándose de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente. (Ley n.º 8422 2004)

Además, tal y como se vio en las sentencias contencioso administrativas, a partir del mandato de los numerales –entre otros– 8, 9, 20 y 25 de la Ley General de Control Interno n.º 8292 del 31 de julio del 2002, la Contraloría General de la República debe procurar que la Administración, apoyada en el *control interno*, consiga los objetivos y metas institucionales con eficiencia.

Dicho lo anterior, interesa destacar un enfoque del derecho a la buena administración que realizó Ponce (2015) en el documento escrito presentado en el Congreso del CLAD celebrado en Perú, acerca del tema La responsabilidad patrimonial por mal gobierno y mala administración.

Resulta preciso retomar la aclaración de Ponce sobre el gobierno (y el buen gobierno). Este se refiere al modo cómo una parte del poder ejecutivo desarrolla sus funciones, mientras **la buena administración hace referencia al modo cómo el otro componente del poder ejecutivo desarrolla sus tareas administrativas**. Los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) son sus opuestos.

El concepto de buena administración ha conocido en las últimas décadas una tecnificación jurídica que lo ha hecho plenamente operativo como guía de conducta pública y como criterio de resolución de concretos conflictos. El poder ejecutivo se ve hoy sometido a concretas obligaciones jurídicas vinculadas con la existencia de un auténtico derecho subjetivo de los particulares a una buena administración. Por lo anterior, el buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren.

Ahora bien, sobre el tema “la responsabilidad patrimonial por mal gobierno y mala administración”, se indica que la garantía del buen gobierno y la buena administración quedaría coja si no existiera la necesidad de que cuando se desarrolle un mal gobierno o una mala administración y se causen daños, estos deban ser compensados. La responsabilidad patrimonial tiene un papel tanto preventivo (muestra lo que ocurrirá en caso de mala gestión pública) como, naturalmente reparadora.

En el caso específico de responsabilidad derivada de *actos discrecionales* ilegales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha establecido una doctrina consistente desde mediados de los años noventa del pasado siglo, en la que se afirma que la simple declaración de ilegalidad en el ejercicio de la discrecionalidad no supone la existencia de responsabilidad, siempre que el decisor público se haya mantenido dentro de los márgenes de un ejercicio razonable y razonado de la discrecionalidad. En otras palabras, siempre que se respeten las obligaciones de *debida diligencia* y *debido cuidado* del derecho a una buena administración. De **ahí surge la importancia** de concretar esa razonabilidad y racionalidad del ejercicio discrecional (mediante, por ejemplo, las mencionadas *cartas de servicio*), porque si no se hace, la interpretación judicial queda abierta y las posibilidades de condena de la Administración por daño antijurídico causado por un funcionamiento anormal se incrementan.

Por tanto, la incorporación y precisión normativa de esta jurisprudencia española otorgaría certeza y seguridad jurídica al comportamiento público y le evitaría futuras condenas judiciales por daños causados por mal gobierno o mala administración.

Ante esta valiosa conclusión de España, que podría aplicarse a los casos de fiscalización superior costarricense que se abordarán más adelante, es preciso señalar que estas sugeridas *cartas de servicio* que suscribirían los funcionarios de la Hacienda Pública con sus superiores podrían ser buenas prácticas de frente a la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República de Costa Rica (órgano constitucional encargado del control superior de la Hacienda Pública) donde se debería acreditar y motivar que se está en presencia de "dolo o culpa grave"¹⁶.

V. Algunos casos de fiscalización superior en donde se responsabilizó a servidores que restringieron el derecho de los habitantes a obtener una buena administración

Producto de la experiencia de casos que se quieren compartir, se detectó que existen buenas prácticas que se podrían implementar para una efectiva y eficiente gestión por resultados. A continuación se presentan cuatro casos de análisis:

- a. El Subgerente de una empresa estatal de energía y telecomunicaciones era responsable de llevar a buen puerto las migraciones de datos de dos importantes sistemas tecnológicos que tenían relación con los servicios de facturación y la comercialización de los servicios de telefonía. El Subgerente conocía con antelación la necesidad de contar con el suficiente recurso humano experto para alcanzar el resultado. No obstante, en aproximadamente un año, el proyecto solo logró entre un 5 y 9% de avance, cuyo producto esperado no se materializó y, además, los productos entregables del proyecto no tuvieron utilidad alguna para la empresa pública, lo que finalmente tuvo un peso importante en la decisión de cancelar el proyecto de migración de datos. Al efecto, la Contraloría General recomendó vinculantemente a la empresa que debía suspender sin goce de salario por 30 días al Subgerente.
- b. El extinto Instituto de Desarrollo Agrario de Costa Rica adjudicó ilegalmente parcelas agrícolas a una asociación. La máxima jerarquía institucional comisionó a un Jefe Regional y a su asesora legal para que en 30 días revocaran la adjudicación. Y por la negligencia, absoluta falta de cuidado y total vulneración de los principios de eficiencia, celeridad, razonabilidad y proporcionalidad, tardaron cinco años en resolver el procedimiento. Y esto para finalmente indicar que no procedía, sino que debía acudirse a la jurisdicción contencioso administrativa a solicitar su nulidad absoluta por ser una conducta contraria al fin público de procurar que la propiedad de la tierra se promoviera para una justa distribución de su producto y elevar la condición socioeconómica del pequeño campesino. Y por este desproporcionado retardo injustificado en la tutela de los bienes públicos, la Contraloría General recomendó vinculantemente la destitución sin responsabilidad patronal de ambos funcionarios.
- c. El jerarca de la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo del Ministerio de Educación Pública autorizó transferencias de presupuestos públicos sin contar con el sustento técnico y, más grave aún, no brindó el seguimiento y la evaluación a los proyectos, razón por la cual infringió los principios de eficiencia, eficacia y

¹⁶ Ver artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica n.º 6227 de 1978.

economía. Por lo anterior, la Contraloría General recomendó vinculadamente despedir sin responsabilidad para el Estado al jerarca y prohibirle el ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública por dos años.

- d. El último caso refiere a un instituto público encargado de generación eléctrica y telecomunicaciones. Aquí hubo un proyecto donde surgió la necesidad de realizar una actualización de los estudios de factibilidad, que resultaba necesaria en virtud de las nuevas premisas, escenarios y costos; aspectos que se vinculan al tema de la demanda y del mercado meta, lo que inevitablemente impactaba la rentabilidad y viabilidad del proyecto. Esto respecto a un proyecto promovido para obtener una plataforma de acceso inalámbrico estandarizado, basado en tecnología "WiMAX", con el fin de brindar acceso inalámbrico principal o de respaldo a los servicios soportados por la red IP del instituto. Dentro del procedimiento administrativo que tramitó el órgano fiscalizador, se concluyó que no es posible que un proyecto de gran cuantía se administre sin actualizar los estudios de factibilidad, ya que lo anterior se opone a una administración eficaz y eficiente de recursos públicos. Por lo anterior, la Contraloría General recomendó vinculadamente separar del cargo sin responsabilidad patronal al Gerente de Telecomunicaciones y al Director de la División Banda Ancha de dicha institución.

VI. Reflexiones conclusivas en torno a las buenas prácticas que se podrían extraer de las anteriores experiencias de los procedimientos administrativos sancionatorios.

Al margen de que se catalogue como principio, derecho, derecho fundamental o *soft law*, no hay duda de que en muchas latitudes de Iberoamérica, varios elementos integrantes de la buena administración han llegado para quedarse y seguir evolucionando y madurando.

Por esto no es extraño que ya en Europa esté regulado tanto en *soft law* como en normativa que podría ser catalogada como supraconstitucional. Y con mucha más razón esto se articula con el hecho de que ya existan leyes que formalmente intenten regular estos principios y darles contenido para avanzar hacia una evolución más práctica en cada país.

Si bien existen leyes que parecen ser más efectivas que otras, como es el caso de las Illes Balears que comentamos, en donde unas tendrán oportunidades de mejora para optimizar este real ejercicio a exigir una gestión pública eficaz, eficiente, económica y de calidad, y poder reclamar responsabilidad por su incumplimiento, ya su sola existencia es un logro positivo para seguir bajo la senda de su evolución.

Asimismo, si bien en distintas latitudes podría verse más grande o más estrecho el contenido de este derecho o principio a la buena administración, en este artículo interesa destacar los principios básicos de los servicios públicos, en donde pareciera haber poca discusión. Verbigracia: derecho a servicios con elevados estándares de calidad, derecho al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, economía, eficiencia, efectividad y eficacia de la administración, y derecho a que la función administrativa garantice la obtención de objetivos, fines y metas de cara a adecuada planificación y a la evaluación o rendición de cuentas.

Ya concretamente Latinoamérica para nada es ajena a lo anterior, donde incluso se acuñó la experiencia europea al efecto, para empezar a trabajar en la maduración y evolución de regulaciones respecto al derecho a la buena administración. Tanto el Código Iberoamericano de Buen Gobierno como la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”, ambos gestados por participación del CLAD, son dos claros ejemplos que acreditan esta conclusión. Si bien algunos críticos podrían decir que no es más que *soft law*, interesa destacar su existencia, contenido, y sobre todo, la voluntad de las partes de trabajar en ellos y suscribir dichos cuerpos normativos. No se duda que el camino por seguir es continuar con esta senda de evolución y diversificación de regulaciones que busquen tener una jerarquía normativa de mayor peso.

Para el caso de Costa Rica, se destaca la aplicación, de hecho (esto porque no siempre se formaliza con la nomenclatura de *derecho fundamental a la buena administración*, pero sí se protege el derecho de los habitantes a exigir servicios públicos de calidad, rendición de cuentas sobre el logro de los resultados y consecuencias para los que no los alcancen), que han venido realizando la Sala Constitucional, el Tribunal Contencioso Administrativo y, para los casos de fiscalización aquí analizados, la Contraloría General de la República.

Sin duda una buena práctica para administrar el riesgo de que se vulnere este derecho sería mantener un adecuado ambiente de control en la asignación de roles, funciones, plazos, supervisión, seguimiento y logro de los resultados. Y en este sentido interesa destacar no solo que se responsabilice a quien restrinja desproporcionadamente los principios de eficiencia, eficacia, economía, celeridad, adaptabilidad y continuidad, entre otros, sino también que los mandos medios y jefes hagan conciencia de la importancia de gratificar a los servidores que alcancen los resultados. Si bien podría pensarse que las posibilidades dentro de la administración pública son limitadas, hemos expuesto que siempre, acudiendo a la innovación y creatividad, se podrían encontrar elementos que den resultados que vendrían a favorecer la prestación de servicios que efectúa un funcionario que esté motivado.

En ese orden de ideas, hay que destacar que los llamados compromisos de gestión o cartas de servicio son algunas de las herramientas que han generado resultados positivos en diversos países de Latinoamérica, en donde Costa Rica no ha estado ajena a ello.

Y si luego de implementar estos y otros insumos de mejora de la nueva gestión administrativa se logra acreditar que no se lograron los resultados, pues será igualmente importante para el sistema la instauración de las consecuencias; verbigracia: responsabilización.

Aquí se destaca el papel que en Costa Rica ha desempeñado la Contraloría General, ya que al responsabilizar a personeros estatales por ser ineficientes, poco céleres y no adaptarse a las cambiantes circunstancias para poder brindar servicios de forma más eficaz, efectiva y económica, logra generar un efecto multiplicador en los sujetos pasivos de su fiscalización. Para minimizar este riesgo, lo mejor es contar con un adecuado ambiente de control interno que propicie alcanzar los resultados con eficacia, eficiencia, efectividad y economía. Esto sin duda se traduce en la generación de valor público en la fiscalización superior de los servicios públicos de Costa Rica.

VII. Referencias

- Aliaga Vílchez, T. (2015). La gestión por procesos y la gestión por resultados como base de la satisfacción del ciudadano: la experiencia del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú. Congreso del CLAD realizado en Lima, Perú.
- Banco Interamericano de Desarrollo, PRODEV, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (2007). Modelo Abierto de Gestión para Resultados en el Sector Público.
- a- Carrau, J. (2016). La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos? Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3870621.pdf>.
- b- Carrau, J. (2016). El derecho a la buena administración tras las reformas estatutarias. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3982059.pdf>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo y Banco Mundial. (2016). Proyecto "Fortalecimiento de los sistemas de monitoreo y evaluación en América Latina y el Caribe, a través del aprendizaje Sur-Sur y del intercambio de conocimientos". Taxonomía en gestión para resultados y monitoreo y evaluación. Recuperado de <http://siare.clad.org/siare/innotend/evaluacion/taxonomia/1-GestionparaResultados.html>
- Carta de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea, Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007.
- Código Iberoamericano de Buen Gobierno que fue gestado por el CLAD, noviembre de 2006.
- Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.
- Constitución española de 1978.
- De la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la n.º 2013-1456 de 14:30 horas del 30 de enero de 2013, n.º 15955-2015 de las 14:30 horas del 13 de octubre de 2015, n.º 15692-2015 de las 9:05 horas del 7 de octubre de 2015, n.º 5895-2015 de las 14:30 horas del 28 de abril de 2015, n.º 4295-2015 de las 9:30 horas del 27 de marzo de 2015 y n.º 3977-2015 de las 9:05 horas del 20 de marzo de 2015.
- Ley 4, de la buena administración y del buen gobierno; Illes Balears. 31 de marzo de 2011.
- Ley 19, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; España. 9 de diciembre de 2013.
- Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito n.º 8422. Costa Rica, 2004
- Ley General de Control Interno número 8292. Costa Rica, 2002.

- Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República n.º 7319. Costa Rica, 1992.
- Ley General de la Administración Pública n.º 6727. Costa Rica, 1978
- Ley de la Jurisdicción Constitucional n.º 7135. Costa Rica, 1989.
- Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos n.º 8131. Costa Rica, 2001.
- Makón, M. (2000). El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración Pública Nacional. Congreso del CLAD realizado en Lima, Perú.
- Ponce Solé, J. (2015). Transparencia y derecho a una buena administración. Congreso del CLAD realizado en Lima, Perú.
- Protocolos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Rastrollo, J. (2016). El control de la administración a través del derecho de acceso a la información. Conferencias para asesores legales, realizado en el Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Reglamento a la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos n.º 8131: Decreto Ejecutivo n.º 32988; Costa Rica, 2011.
- Romero Pérez, J. (2015). Buen gobierno y Estado de derecho. Congreso del CLAD realizado en Lima, Perú.
- Romero Pérez, J. (2009). Reflexiones sobre el buen gobierno. Revista de Ciencias Jurídicas. Nº 118, pp 101-120.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2014). Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública. Aprobado por el Consejo de redacción del CLAD. pp.23.
- Rodríguez Bereuo, A. (2001). La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Revista de Derecho de la Unión Europea, n.º 1.
- Sánchez Albavera, F. (2003). Planificación estratégica y gestión pública por objetivos. Serie Gestión Pública nº 32 ILPES. Santiago de Chile: Las Naciones Unidas.
- Tomás Mallén, B. (2004) El derecho fundamental a una buena administración (1.ª ed.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Poder Judicial de Costa Rica, la n.º 9-2016-IV de las 13:20 horas del 20 de enero del 2016 y la n.º 33-2013-IV de las 14:45 horas del 23 de abril de 2015.



Estudios de
Colaboradores
internacionales

La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. Ojeada histórica dentro del derecho administrativo ambiental cubano

Sumario

I. La potestad inspectora de la administración pública. Un acercamiento a sus criterios doctrinales. II. La auditoría pública. Criterios doctrinales dentro del derecho administrativo económico y el ambiental. III. La administración pública como ente vigilante en la dimensión ambiental, una mirada en el proceso de reforma del modelo económico cubano en la segunda década del siglo XXI. IV. A manera de conclusiones. V. Referencias bibliográficas

Alcides Antúnez Sánchez¹
Amed Ramírez Sánchez²

¹ Licenciado en Derecho. Máster en Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar, imparte las materias Derecho Ambiental y Mercantil en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. El trabajo es parte de una investigación vinculada al control ambiental a través de la Auditoría Pública dentro de las formas de gestión por su vínculo con la Función Inspectiva en la República de Cuba, resultado de la Tesis Doctoral sobre el Control Ambiental a través de la Auditoría Pública. Miembro de la Liga de Abogados Ambientalistas. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo y de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la UNJC.

² Licenciado en Derecho, Universidad de Oriente, Cuba (Título de Oro). Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Universidad de Granma, Cuba. Doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (CEPC), España, (Becario del CEPC curso 2014-2015), Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Oriente, Cuba, 2013. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo y de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la UNJC

A manera de Prólogo

El desarrollo social de las últimas décadas ha sido un factor determinante en la definición del rol de lo público como mecanismo de dirección y control social. Esta situación se debe en buena medida a que el contenido de la actividad administrativa y la propia concepción de la Administración Pública han sido dos conceptos variables y no uniformes, consustanciales con el tiempo, el escenario geográfico, el régimen sociopolítico y en especial referencia dentro de este, a la intervención del Estado en las relaciones sociales en sus distintas modalidades.

Sin embargo, a pesar de las mutaciones genéticas de lo público, pervive la eficacia de aquellas palabras Forstthoff: *“La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar orientada toda su actividad. La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado...”*³

Dos fenómenos distintos al contexto de estas palabras como el de la integración europea y la globalización hacen del Derecho Público un grupo de cánones cada vez menos distantes desde los diversos sistemas de Derecho.⁴ Y con ello, se ha replanteado una y otra vez el rol del Estado y concretamente, de las Administraciones Públicas, quienes en los marcos de la exigencia de eficiencia económica⁵ han visto venir desplazados sus actividades tradicionales enfocadas en la prestación de servicios públicos para ser instancias de regulación, garantía y control⁶, con independencia de que mantengan bajo su abrigo competencial el desarrollo de actividades que revisten un marcado interés general o tiene naturaleza de servicio público.⁷

Es en esa dirección, que la menor intervención en la gestión directa de la actividad administrativa impuesta por lo grandes procesos liberalizadores se han volcado en torno a un necesario equilibrio, en pos de la regulación y el control de las crecientes modalidades de colaboración público privada, asegurando así la necesaria garantía que representa el cumplimiento de la juridicidad en las relaciones jurídicas administrativas.⁸

³ Forstthoff, Ernst, “Tratado de Derecho Administrativo”, traducción de Legaz Lecambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junje, Instituto de Estudios Políticos. España. 1958. p 30.

⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “La teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistémica”, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, Barcelona, 2006, p 40 y ss, Guichot, Emilio, “Globalización Jurídica y Derecho Público. Recientes aportaciones en la doctrina europea” en Revista de Administración Pública, núm. 187, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-abril, 2012, pp. 305-326.

⁵ Vaquer Caballería, Marcos, “El Criterio De La Eficiencia En El Derecho Administrativo” Revista de Administración Pública, Nº 186, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre Madrid, España, 2011, pp. 91-135

⁶ Cfr. Sauter, Wolf, “Public Services in EU Law”, Cambridge University Press, United Kingdom, 2015, p 29 y ss.,

⁷ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Tercera edición revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, p 32 y ss.

⁸ Cfr. Mir Puigpelat, Oriol “El Derecho Administrativo Español en el Actual Espacio Jurídico Europeo” en Von Bogdandy, Armin y Mir Puigpelat, Oriol, (Coords.), Ius Publicum Europaeum. El Derecho Administrativo en el Espacio Jurídico Europeo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. P 219 y ss, Cantero Martínez, Josefa, “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el derecho” en Revista española de Derecho Administrativo, Num.151/2011, Civitas, SA., s/p (BIB 2011\107) administrativo.

Como contrabalance, la retirada en la gestión directa de actividades de naturaleza administrativa, ha exigido la aplicación más coherente de las técnicas contenidas en la actividad de limitación o policía, de tradicional construcción desde la doctrina europea,⁹ que ha evolucionado hacia la ordenación y el control. Con ello se ha pretendido alcanzar una articulación de técnicas de intervención desarrolladas desde las potestades administrativas que se configuran a partir de la autotutela organizadora. De tal modo, a pesar que la ecuación de la fórmula de gestión se haya modificado, el resultado final de garantía y realización de los derechos fundamentales que tiene aparejado la realización del interés público, mantiene el ámbito de actuación, pero desde otro ámbito de incidencia, estableciendo límites y estándares en los niveles de actividad, por un lado, y controlando su cumplimiento, por el otro.

El artículo tiene como objetivo demostrar la distinción y semejanzas entre la función inspectiva y la auditoría pública dirigidas a la protección del bien jurídico ambiental, actividades de control ejecutadas por la Administración Pública como sujeto activo dirigidas a las formas de gestión estatal, privadas y a los ciudadanos. Para ello se realiza un análisis de la potestad inspectora a partir de los criterios doctrinales, de la actividad de la auditoría pública, sus criterios doctrinales desde la dimensión económica y ambiental, los elementos que la distinguen y los puntos de coincidencia de ambas instituciones jurídicas. Que culmina con el análisis de lo que concurre en el proceso de reforma del modelo económico cubano en pos de lograr conformar la empresa amigable con el ambiente para alcanzar la meta del desarrollo sostenible.

I. La potestad inspectora de la Administración Pública. Un acercamiento a sus criterios doctrinales

La inspección deviene en una técnica de intervención sobre la actividad administrativa de creciente utilidad. Su presencia ha desbordado los tradicionales ámbitos de actividades de gestión financiera, prestacionales de sanidad, higiene y educación, para ganar presencia en sectores más emergentes como la economía (pesca, agricultura) y la industria, los servicios de interés general (recursos hídricos, electricidad y energía, telecomunicaciones, transporte), consumo, medioambiente y urbanismo.

A ello, debe sumarse el hecho de que su contenido vincula a las más importantes instituciones del Derecho Administrativo, desde la actividad administrativa propiamente, pasando por organización y función pública, hasta procedimientos y actos administrativos, potestad sancionadora, control administrativo, responsabilidad, entre otros.

Pero ello no indica que la inspección contenga una categoría jurídica de novedosa introducción en el Derecho Administrativo, todo lo contrario, su arraigo en la práctica de las Administraciones

⁹ Bonnard, Roger, "Précis de Droit Administratif", 4TA Ed. Revue et mise au courant des Réformes Administratives, LGDJ, París, Francia, 1943, p 413 y ss, Hauriou, Maurice, "Précis de Droit Administratif et Droit Public Generale", quatrième Edition, Librairie de Société de Recueil General de Lois & Arrêts, París, 1904, p 585 y ss 533 y ss, Rivero, Jean, Droit Administratif, Treizième Edition, Jurisprudence Générale Dalloz, Francia, 1990, p 538, Vedel, Georges, Derecho Administrativo, traducción de la 6tª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar S.A., Madrid, 1980, pp 661-687, 74. Mayer, Otto, "Derecho Administrativo Alemán", T II, Parte Especial. Poder de Policía y Tributario, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p 3-36.

es en buena medida, consustancial al propio desarrollo de esta Ciencia. Sin embargo, ha sido una "Cenicienta", pues los estudios teóricos en este campo no resultan abundantes en comparación con otras instituciones y no es hasta décadas recientes que se encuentran artículos y monográficos vinculados al tema, hecho que habla de sistematización doctrinal de su contenido en proceso de construcción.

Conjuntamente, en materia de regulación jurídica se asiste a una dispersión normativa ocasionada por una creciente reglamentación sectorial en término muchas veces no compatibles, que se agudiza con la carencia de una regulación general sistematizadora de sus elementos.¹⁰ Tal referente se aprecia inclusive en los pronunciamientos de los máximos intérpretes y controladores de la Convencionalidad, Constitucionalidad y legalidad; tendencias comparadas que en Cuba tienen plena constatación.

Es por ello que como bien sostiene Rebollo Puig desde la realidad Española, pero aplicable a disímiles contextos, "(...) una regulación de la inspección administrativa es especialmente necesaria por la elemental razón de que aquí el ámbito cubierto por la actuación administrativa sancionadora es más amplio que en otros países y que, en consecuencia, donde en éstos basta una regulación de la investigación judicial de los delitos, entre nosotros es muchísimo lo que depende de la inspección administrativa de las infracciones."¹¹

Conviene por ello, valorar los elementos de las más importantes posiciones teóricas sostenidas al respecto. En tal sentido, un primer grupo identifica la inspección como actividad, con referencias a los vínculos de la actividad sancionadora y la de control preventivo o represivo.

En esta vertiente destacan los criterios de Sánchez Morón, para quien la inspección es "(...) una actividad formalizada que tiene por finalidad verificar, igualmente con carácter preventivo o represivo, el cumplimiento de deberes u obligaciones, prohibiciones o limitaciones impuestas por la legislación vigente."¹² Aquí destacan los elementos de la formalización de la actividad, su carácter preventivo o represivo y la comprobación del cumplimiento de la legalidad, sea cual sea la intervención.

Siguiendo esa línea, García Ureta la califica como "una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta actividad incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular."¹³

Esta construcción para, como las anteriores del criterio de los derechos y obligaciones impuestos por la legalidad al particular, destacando los elementos de las fases de los procedimientos administrativos, y su carácter ejecutivo por encima del formal señalado por

¹⁰ Cfr. Rebollo Puig, Manuel, "Propuesta de Regulación General y Básica de la Inspección y de las Infracciones y Sanciones Administrativas" en Sainz Moreno, Fernando, (Director) Estudios para la reforma de la Administración Pública, 1ªEd., INAP, Madrid, España, 2004, p 449

¹¹ Ídem, p 449

¹² Sánchez Morón, Miguel, "Derecho Administrativo. Parte General", 6ta Ed., Tecnos, Madrid, España, p 660.

¹³ García Ureta, Agustín, "La potestad inspectora de las administraciones públicas", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona, 2006. p. 29.

Sánchez Morón, con la cualificación del cumplimiento del principio de legalidad como adaptación al ordenamiento jurídico.

Un segundo grupo, suele encuadrarla como mecanismo de control posterior puramente. Así, pueden ser identificados los criterios de Bermejo Vera, quien fundamenta el criterio de que: *"(...) se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad..."*¹⁴

Esta resulta una de las definiciones más acabadas en la doctrina, que introduce un aspecto importante: las múltiples miradas de la inspección como potestad, actividad o función, aspecto que ha tomado diversos caminos, como veremos luego. En igual sentido, la caracterización técnica de la actividad inspectora se conjuga con la legalidad para configurarse como un control de legalidad técnica.

En tercer lugar, se distingue una posición que la asocia como actividad auxiliar a otras. Desde esa línea, al decir de Rebollo Puig, *"La inspección es una actividad administrativa auxiliar de otras porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas: no sólo la sancionadora, como simplistamente puede pensarse, sino a otras muchas de intervención de entidades de crédito, de reintegro de subvenciones, de restablecimiento de la legalidad, etc. Aun así, ella misma cumple por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes. Y, en cualquier caso, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de esas otras."*¹⁵

De tales posiciones, emanan algunas características relevantes que precisan ser sistematizadas.

- a. La inspección administrativa ha sido vislumbrada desde una óptica tripartita, bien como potestad reconocida en el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, bien como función pública desarrollada por inspectores (funcionarios), bien como técnica de intervención de actividad material de control o policía, que no resultan incompatibles, sino resultan diversas posiciones jurídicas del ciclo de la actividad inspectora (ente administrativo atribuido de potestades exorbitantes en régimen reglado, funcionario público habilitado competencialmente y actividad investigativa de hechos, documentación de información y comprobación).

Como potestad puede ser entendida como una técnica de atribución de poder, propia de la teoría general del Derecho y expresión del principio de legalidad (juridicidad),

¹⁴ Bermejo Vera, José, *La Administración Inspectora*, Revista de Administración Pública, número 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998, pp. 40-41.

¹⁵ Rebollo Puig, Manuel, "La actividad de inspección" en Cano Campos, Tomás, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo.* Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen II. El Contenido, 1ª Ed., Lustel, Madrid, España, 2009, p. 55

que emana directamente del ordenamiento jurídico, para el reconocimiento de una situación de poder de incidencia de los órganos de inspección hacia una actividad o sector de la actividad administrativa o particular, con el objetivo de producir efectos jurídicos derivados de la comprobación de la actividad con los criterios técnico legales, sin que ello genere de facto relaciones jurídicas, derechos o deberes; sino una sujeción al ordenamiento jurídico, a partir de posiciones pasivas.¹⁶

Como parte del criterio función del Derecho Administrativo, matizado por la arista subjetiva de la organización administrativa, se entiende como la acción administrativa desplegada por un funcionario (inspector), inserto en el tejido administrativo de forma estable, bajo las formas de ingreso y permanencia establecidas legamente para el cuerpo de inspección, que en ejercicio de las competencias profesionales aparejadas a su formación, eficacia y experiencia, realiza con objetividad y proporcionalidad un análisis de conformidad de las manifestaciones de la actividad inspeccionada con los requerimientos establecidos en normas generales y reglamentarias de carácter técnico que ordenen el desarrollo de la actividad.¹⁷

Como técnica de intervención de actividad material de control, tiene como fin la aludida verificación de cumplimiento de la actividad inspeccionada con el contenido de deberes u obligaciones, prohibiciones y limitaciones reconocidas desde el orden legal o reglamentario para el desarrollo de la actividad, bien con carácter preventivo o posterior.¹⁸

- b. Es de *naturaleza individual*, no depende ni requiere de la voluntad o del concierto del administrado ni de otros sujetos (en principio) para su plena eficacia y puesta en ejecución, incluso en aquellos casos en los que el título habilitante para el ejercicio de la potestad inspectora provenga o esté conectado con la participación voluntaria del administrado en una determinada relación jurídica de naturaleza administrativa (relación contractual de servicios públicos).
- c. En relación al ámbito de inspección, la actividad puede desarrollarse hacia lo interno de la organización administrativa, como hacia lo externo, en la actividad de otras Administraciones o particulares.¹⁹

¹⁶ Se sigue en este sentido el criterio de la doctrina italiana sistematizado por García de Enterría y Rodríguez Fernández y extendido a parte importante de la doctrina española, Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás – Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”, T.I, 15ta Ed., Editorial Thompson- Civitas, Madrid, España, 2011, p 466 y ss., Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, traducción de la 5ta edición italiana (1949) por Héctor MASNATTA y actualizada con la 6ta edición por Francisco Humberto PICONE, Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires, 1954, p 227 y ss., Giannini, Massimo Severo, “Derecho Administrativo”, INAP, trad. Pos. Ortega, Luis, Vol Primero, Madrid, España, 1991, p 171 y ss, Bacigalupo Seggese, Mariano, “Las potestades Administrativas”, en Cano Campos, Tomás, Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen I. La forma, 1ª Ed., Iustel, Madrid, España, 2009, Linde Paniagua, Enrique, “Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos”, 2ª Ed., UNED, Madrid, 2010, p 267 y ss, Gamero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano, Manual Básico de Derecho Administrativo. Séptima edición, Tecnos, Madrid, España, 2010, pp 58-59

¹⁷ En este sentido se siguen los criterios básicos de la función administrativa establecidos por Cassese, Sabino, “Las Bases del Derecho Administrativo”, trad. pos., Luis Ortega, INAP, Madrid, España, 1994, pp 106-116, Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “Principios de Derecho Administrativo General”, 2da Ed. Iustel, Madrid, España, 2009, p 641 y ss, Parejo Alfonso, Luciano, “Lecciones de Derecho Administrativo. Tercera edición revisada y actualizada”, Tirant lo Blanch, Valencia, p 755 y ss, Parada, Ramón, “Derecho Administrativo. Organización y empleo público”, Decimosexta Ed, Marcial Pons, 2003, Madrid, España, p 381 y ss, Blanquer, David, Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la actividad, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2006, pp 358- 359

¹⁸ Cfr. Sánchez Morón, Miguel, ob. cit., p 660.

¹⁹ Cfr. Rebollo Puig, Manuel, ob. cit. ult., p. 57

- d. Resulta una actividad de comprobación de legalidad (juridicidad) en la actividad de los particulares conforme a las reglas establecidas, bien desde disposiciones generales habilitadas con preferencia mediante Reserva de Ley, bien desde normas reglamentarias para el desarrollo de la actividad inspeccionada.²⁰
- e. Sus efectos tienen un carácter instrumental al ejercicio de otras potestades administrativas como la sancionadora o la procedimental, en una actividad en concreto desarrollada por la Administración, con independencia de la fórmula de gestión, lo mismo en el procedimiento autorizador, tributario o sancionador, inmobiliario, o de otra administración sectorial.

Sin embargo, debemos afirmar que posee una autonomía propia que las diferencia de aquellas como mera fase o instrumento, pues obedece a fines y funciones propias que, aunque coadyuvan a aquellas, desbordan el contenido de aquellas, pues en reiterados casos se desarrolla para obtener una actualización del estado de funcionamiento de la actividad inspeccionada y en consecuencia planificar una actividad tendente a la mejor progresiva de la calidad y eficiencia del servicio.

De ahí que la potestad de inspección tenga como fin la comprobación de la certeza de juridicidad; expresando el resultado de la intervención de control, mediante evidencia documental certificante del estado de compatibilidad de la actividad administrativa con sus parámetros de ordenación.²¹

- f. Es una función de carácter técnico. El ejercicio de la función requiere un alto nivel de cualificación y habilitación técnica para el desempeño, de ahí que su desarrollo atienda a factores como la competencia, formación del inspector, conocimientos y aptitudes demostradas en la actividad. Ha sido precisamente ese carácter tecnocrático, el que ha influenciado en los años recientes la externalización en el desarrollo de esta actividad desde formas de gestión indirecta, a partir de mecanismos de colaboración público-privada.²²
- g. Es una potestad de ejercicio reglado, no cabe discrecionalidad en su aplicación. Debe ajustarse a un canón de objetividad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que permitan asegurar, desde la planificación y control de su ejercicio, la debida neutralidad, probidad y cumplimiento estricto de la juridicidad por parte del inspector.²³
- h. Tiene un efecto fedatario sobre la actividad inspeccionada. Esta facultad reconocida a los notarios públicos, se desarrollada en la inspección mediante las Actas de inspección, verdaderos informes que certifican el estado de compatibilidad de la práctica administrativa en relación con la ordenación jurídica de la actividad, a las que el ordenamiento procesal les atribuye el carácter vinculante y directo en la fase probatoria, por la certeza y veracidad que la competencia del inspector aporta en el Acta.²⁴

²⁰ Cfr. Blanquer, David, ob. cit., p 358, Rivero Ortega, Ricardo, "Derecho Administrativo Económico", Marcial Pons, Madrid, España, 2007, p 162

²¹ Cfr. Blanquer, David, ob. cit., p 360

²² Cfr. Ídem., pp 360-361; Cfr. Fernández Ramos, Severiano, "La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora", Comares, Granada, España, 2002, pp.54-55

²³ Cfr. Ídem., p 362

²⁴ Cfr. Blanquer, David, ob. cit., p. 359

- i. En algunos supuestos, sobre todo en casos de gestión indirecta, pueden resultar una actividad de carácter oneroso para la inspeccionado, porque así lo requiera para la certificación de hechos o circunstancias relativas a su actividad o por un tercero con interés procesal o técnico, creado en virtud de una relación orgánica. A ello se debe agregar la posible preferencia de un cuerpo de inspectores ajenos a la actividad inspeccionada que brinde un mayor nivel de neutralidad en las valoraciones técnicas que puedan ser emitidas en el Acta.²⁵

Sentadas tales características, resultaría conveniente referirnos a los principios que informan la actividad inspectora. En primer lugar, el principio de legalidad (juridicidad) deviene en eje estructural de esta potestad, pues la comprobación de conformidad se realiza desde los criterios técnicos establecidos para la actividad inspeccionada. Su desarrollo, atendido a los criterios reglamentarios y legales, impone por un lado una verificación de lo normado en el desarrollo de la actividad inspeccionada, y por otro, una función inspectora acorde al canon de legalidad, de vinculación positiva, mediante el cual se asegura la sujeción de la actividad a la norma jurídica administrativa.

De igual forma, debe destacarse uno de los principios de mayor invocación en el Derecho Público, el de proporcionalidad. Según la aplicación de este principio deben de establecerse un justo balance de ponderación entre la calidad e intensidad de la función inspectora en relación a la eficiencia de la actividad inspeccionada, de modo tal que esta no resulte inoperativa o en estado de inactividad como consecuencia de la intervención de la función inspectora.²⁶

En igual sentido, vinculado al ámbito subjetivo de la función inspectora, el principio de objetividad o imparcialidad, impone una actitud y desempeño inmaculado del inspector, ajeno a favoritismos, parcializaciones de índole políticas, administrativas o motivadas por dádivas económicas monetarias o en especie. La función inspectora debe ser desarrollada de modo independiente, incluso, sin predisposiciones o indicaciones de superiores jerárquicos de fuerzas políticas o administrativas externas. En resumen, debe de deberse solo al estricto deber de comprobación de compatibilidad de la legalidad con la actividad inspeccionada.

Por último, nos referimos al principio de confidencialidad de la información obtenida y deber de secreto y discreción de los inspectores. Bajo la égida de este principio de actuación de la función inspectora, se destaca una de las exigencias fundamentales para los funcionarios que desarrollan la actividad, la del manejo adecuado y exclusivo de la información obtenida conforme a los resultados de la inspección. Así ha de exigirse que esta no sea manejada con terceros ajenos a la relación de inspección o con los beneficiarios directos de sus resultados, caso en contrario podrían generarse lesiones incidentales directas a la actividad inspeccionada e imputable a la inspección por la violación de algún derecho reconocido a personas naturales o jurídicas.

Pero no basta la ordenación de principios rectores de la actividad, resulta preciso para su desarrollo una adecuada ordenación de las facultades derivadas de la potestad de inspección. Siguiendo a Muñoz Machado, entre las normas sectoriales, como tendencia, son reconocidas las potestades de *"(...) requerir información, la exhibición de documentos, la comparecencia de los inspeccionados ante las oficinas públicas, la facultad de entrada en fincas, instalaciones*

²⁵ Cfr. Blanquer, David, ob. cit, pp. 361

²⁶ Cfr. Rivero Ortega, Ricardo, ob. cit., p 162

o recintos de propiedad particular, la toma y análisis de muestras, las visitas de inspección, etc. Inclusive se prevé la facultad de requerir aquellos datos necesarios para las finalidades de la inspección que sobre un sujeto puedan estar en poder de terceros o de otras Administraciones públicas.”²⁷

Pero estas potestades deben ser ejecutadas desde un prisma de proporcionalidad, de modo tal que no afecten de modo irrazonable el ejercicio y disfrute de derechos fundamentales de los inspeccionados, como por ejemplo el derecho a la intimidad, que, al decir de Rivero Ortega, “(...) es el derecho que más seriamente puede verse afectado por técnicas consistentes sobre todo en la recopilación de datos e informaciones. Pero también la igualdad, no siendo aceptable la focalización de las intervenciones inspectoras en sujeto determinado, de forma arbitraria o discriminatoria.”²⁸

Pero no agota su posible incidencia negativa en el derecho a la intimidad, sino que puede generar estados lesivos a los derechos desde el resultado de la actuación como la inviolabilidad del domicilio, del secreto de las comunicaciones, o la protección de los datos de carácter personal. Por otro lado, puede generar fricciones con los derechos de toda persona a no declarar contra sí mismo y del derecho a obtener información sobre sus derechos, cuestión de la que data una doctrina jurisprudencial importante.²⁹

Los autores valoran como la inspección constituye una actividad material de la Administración, esta tiene lugar a través de un despliegue de medios personales y materiales para realizar las comprobaciones que correspondan. Es una actividad técnica, realizada por funcionarios públicos cualificados y bajo ciertos procedimientos y estándares de actuación. Constituye en sí misma un acto trámite, dado que su realización sirve a decisiones administrativas ulteriores. Es una auténtica potestad de la Administración. Su titularidad es completamente pública. Como técnica de intervención administrativa, responde al mecanismo o medio que se emplea para lograr determinados fines. Es, por tanto, una actividad esencialmente instrumental. La particularidad de la inspección radica en que resulta ser una técnica doblemente instrumental, al servicio de la eficacia del ordenamiento jurídico y de ciertos actos administrativos (su finalidad inmediata) y al servicio de la protección de los intereses generales de la comunidad (su finalidad mediata).

El ejercicio concreto de la potestad de inspección implica la formación de una relación jurídica entre la Administración y el ciudadano. La relación jurídica de inspección es aquella que se da entre un órgano de la Administración que tenga atribuido el ejercicio de dicha potestad y un particular que se relaciona de alguna manera con el objeto de la inspección. El sujeto activo de la relación jurídica de inspección corresponde a un órgano de la Administración del Estado que ostente potestad para ejercer funciones inspectivas o fiscalizadoras.

Al ser la inspección una función pública, su ejercicio debe quedar reservado, en primer lugar, a los funcionarios públicos. Con todo, las crecientes necesidades experimentadas por la Administración en el control de la técnica y sus riesgos han planteado nuevos dilemas en torno a la forma de organización de la inspección y a los recursos con que cuenta para ser ejecutada eficazmente.

²⁷ Cfr. Sánchez Morón, Miguel, ob. cit., p 661

²⁸ Rivero Ortega, Ricardo, ob. cit., p 162, Sánchez morón, Miguel, ob. cit., p 662.

²⁹ Cfr. Sánchez Morón, Miguel, ob. cit. p. 662

Los inspectores pueden llegar a tener un conocimiento elevado respecto de la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas y de los actos administrativos que regulan a un determinado sector. Por lo mismo, son portadores de información valiosa para la configuración de nuevas modalidades, planes o programas de inspección, que tengan en consideración las particularidades propias de la realidad frente a la cual ellos se enfrentan en el ejercicio de sus funciones.

Se aprecia como el principio de prevención no sólo está asociado a la inspección como técnica de intervención sino que, en general, resulta predicable de innumerables otras técnicas relacionadas con la ordenación de diversas actividades económicas y sociales. Es un principio general que rige la actividad de la Administración. Con la inspección, primordialmente, se pretende evitar o rechazar los peligros que pudieran afectar al orden público. Así, el tradicional binomio ordenación- sanción contempla un nuevo matiz - intermedio, si se quiere - protagonizado por la prevención. En este sentido, la inspección es útil por dos razones. Primero, porque otorga una herramienta - el conocimiento - al legislador y a la Administración para el diseño de nuevos mecanismos que eviten la producción de daños en el actual contexto de la sociedad del riesgo. Segundo, porque produce un efecto intimidatorio sobre los ciudadanos que no son sujetos directos de ella, pero que sí pueden serlo en un futuro próximo. La inspección es, como advierten algunos, "una advertencia de control permanente del cumplimiento de obligaciones y deberes".

Sus dos funciones primordiales se constatan a través de la comprobación o verificación y la tutela de los intereses generales. Por ello en la doctrina más actual, se ha caracterizado a la potestad de inspección como una actividad unilateral desarrollada por la Administración para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Ella incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad que el particular sea titular.

La potestad de inspección es una forma de intervención administrativa, unilateral, de carácter material e interlocutoria de decisiones administrativas ulteriores, realizada con la finalidad de comprobar la adecuación del ejercicio de derechos y obligaciones de los particulares al ordenamiento jurídico y a los actos administrativos que los rigen. Al ser una potestad pública, su atribución debe realizarse por ley. Sus características son: la atribución que hace la ley de una potestad a la Administración puede ser reglada o discrecional, la potestad fiduciaria o potestad-función, esto es, que debe ejercerse en función de un interés distinto al de su titular, la potestad preventiva y correctora y la potestad autónoma de la potestad sancionadora. Los principios que informan a la potestad inspectora son el de legalidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, oficialidad, impugnabilidad, control, probidad, transparencia y publicidad en el desarrollo de esta función.

Son sujetos pasivos de la relación jurídica de inspección todas las personas naturales o jurídicas que resulten obligadas al cumplimiento de las normas y de los actos de la Administración que rigen a la actividad inspeccionada. El objeto de la relación jurídica de inspección puede consistir en cualquier actividad, objeto o entidad regulada por el Derecho, esto es, sometida al cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones para su correcto ejercicio, ya sea que tales requisitos y condiciones estén establecidos en leyes, reglamentos o en los concretos títulos habilitantes con los cuales deba contar la actividad. El objeto de la

inspección nunca recae directamente en personas, puesto que estas sólo son titulares o responsables de las actividades inspeccionadas. El prestar testimonio o declaración en torno al desarrollo de una actividad no las transforma en objeto mismo de la inspección.

Es frecuente que una misma actividad pueda ser objeto de inspecciones múltiples. Ello ocurre en las actividades agrícolas, turísticas, educacionales, recreativas, de transporte, entre otras, las cuales están sujetas a la actividad de inspección realizada por diversos órganos administrativos. Por ejemplo, el transporte interurbano está sujeto a la inspección técnica vehicular, a la inspección sobre los impuestos que deben pagar, a la inspección sobre las normas de seguridad que debe cumplir el transporte de pasajeros, a la inspección laboral sobre las horas que cada conductor puede trabajar, entre otros controles. En el caso de la inspección ambiental, se han ideado mecanismos que coordinan la acción fiscalizadora de la Superintendencia del ramo y los organismos sectoriales, para que sus inspecciones no signifiquen una duplicación de funciones administrativas y no afecten el normal desarrollo de las actividades inspeccionada.

II. La auditoría pública. Criterios doctrinales dentro del Derecho Administrativo Económico y el Ambiental.

Abordar la Auditoría Pública como temática poco tratada en el Derecho Público y en especial en Cuba por parte del gremio de juristas dedicados a la investigación en los temas administrativos, económicos y ambientales por la importancia que reviste la aplicación de manera adecuada de la función inspectiva y la auditoría dentro del proceso de reforma del modelo económico cubano, en pos de alcanzar el desarrollo sostenible que contribuya a una mejor calidad de vida y al bienestar social. Esta actividad de control por ser una de las actividades más importantes que ejercita la Administración Pública, sus destinatarios serían las formas de gestión sujetas a acciones de control por la norma legal que la regule, estando obligados a mantener sistemas de control interno conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales. Su fin es mantener, controlar y evaluar la efectividad del sistema en las instancias de dirección, señalado por autores de la talla de Gordillo³⁰, Dromi³¹ y Muñoz Machado³². Su importancia, se aprecia en la comprobación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo, incorporándose la dimensión ambiental en la década de los 90 del siglo XX, ponderada en el siglo XXI ante las consecuencias negativas generadas por el cambio climático, analizados en el último conclave internacional en París de 2015.³³

Su *íter* histórico, se enmarca a partir de ser reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) en el año 1995 del siglo pasado como una herramienta de gestión, otros estudios contables consideran su génesis vinculada a la Contabilidad y a la Auditoría Social, relacionada a la Responsabilidad Social Empresarial. De igual forma, la práctica de la auditoría, reconocida como una actividad de control y como una herramienta técnica de gestión, de

³⁰ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.

³¹ DROMI, José, Tratado de Derecho Administrativo, 7ma edición, Editorial Ciudad, Argentina, 1998.

³² MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General, Editorial Iustel, España, 2011.

³³ CONVENCION INTERNACIONAL DE PARIS DEL CAMBIO CLIMATICO, Francia, 2015.

amplia aplicación por parte de las EFS, al reconocerse ambas denominaciones para su ejecución por los auditores, su evolución se materializa en correspondencia a las áreas geográficas donde se aplica, y al nivel de desarrollo tecnológico de la industria. Al analizarse los conceptos de los Organismos Internacionales que intervienen en las regulaciones en materia contable como la Asociación Americana de Contabilidad, la define como: *...“proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otros hechos relacionados. Su finalidad consiste en determinar el grado de correspondencia del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen, para determinar si en dichos informes se han elaborado observando los principios establecidos para el caso”...* La Cámara Internacional de Comercio, la reconoce como: *...“herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medio ambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa medio ambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procedimientos ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa”...*

La Entidad Fiscalizadora Superior, la identifica como: la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental en el desarrollo normativo que ha tenido.

a. ¿Es considerada como una Actividad de Control, de Servicio Público, de Fomento o de Gestión Económica?

Al responder estas interrogantes, lo iniciaremos analizándola como actividad de control, al ser esta una de las actividades más importantes de la Administración Pública, sus destinatarios serían los órganos, organismos, organizaciones y entidades sujetos a las acciones de control que por Ley se establece. En materia de protección ambiental este tipo de control ha mutado, se valora la aplicación de otros mecanismos de control que se le han incorporado en el transcurso de estos años, conocidos como técnicas de tutela ambiental, realizadas a través de la aplicación del control interno, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y educación ambiental. Pueden ser preventivos, para esto se establece la aplicación de instrumentos de control como: autorizaciones, aprobaciones, permisos, licencias, concesiones y otros. Los de control ambiental, se establecen a través de la auditoría ambiental, la policía ambiental, la supervisión ambiental y otros. Son aplicados para mejorar la conciencia ambiental e identificar los riesgos dentro de estas empresas para el desarrollo sostenible.

Todos estos conceptos, principios y elementos establecidos desde la doctrina administrativa relacionada con otras ramas del Derecho, este tipo de actividad de control deberá estar sustentada en ellos; en los ordenamientos jurídicos revisados se reconoce como actividad de control y de servicio público. Como servicio público conlleva en sí acciones de control para

medir su eficacia y eficiencia de las actividades auditables ambientales en las formas de gestión, como elementos de actividad pública visibles en la empresa estatal. Dentro de esta materia medio ambiental, pudiera ser conformado a través del ordenamiento ambiental como parte del desarrollo urbanístico, la licencia ambiental, la Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema de Inspección Ambiental y la recogida de desechos sólidos, todos tributan a la ejecución de la auditoría ambiental por su vínculo administrativo-ambiental. La Administración Pública al practicarla para preservar el bien jurídico ambiental como bien de utilidad pública, la realiza de forma obligatoria a través de un plan, se valora su vínculo con la inspección y la potestad sancionadora que posee esta Administración Pública de sus funcionarios ante sus faltas por cometer daños a los recursos naturales del Estado. Culmina todo este proceso con la entrega del resultado del informe final de la auditoría, sí cumple con las regulaciones y exigencias para ser reconocida como una empresa responsable con el ambiente, le certifican con la ecoetiqueta-certificación ambiental.

Como actividad de gestión económica, analiza el uso de los instrumentos económicos considerados por la Derecho Administrativo Ambiental como alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental al modificar las conductas de producción y de consumo al concebirlas como empresas sostenibles. Aparece en este escenario la alternativa jurídico-económica con el uso e implementación del tributo ambiental, elemento utilizado para obtener un desarrollo limpio en relación con el principio de quien contamina paga desde el Derecho Ambiental. Su vínculo con la actividad de control practicada a las formas de gestión, es implementada y controlada por el Fisco en normas tributarias afines al vertido ambiental generado en la actividad productiva, abren el camino al utilizar nuevos instrumentos de protección con el impuesto ambiental con la promoción de la Investigación + Desarrollo, la etiqueta-certificación ambiental y a la auditoría ambiental como el control de todo este proceso.³⁴

Como fomento ambiental, estímulo este promovido por la Administración Pública para que las empresas sean menos contaminadoras, es regulado en normas jurídicas a través de Leyes de Fomento en los ordenamientos jurídicos. En los países de Hispanoamérica se constata el reconocimiento de estímulos fiscales por la doctrina ambiental a través de impuestos o reformas fiscales ambientales como se citó. Son utilizados como instrumentos de mercado aplicados al transporte híbrido o eléctrico, en el reciclaje del plástico, en el control de la deforestación boscosa, en el tratamiento al agua potable y los desechos sólidos, en la conservación de la biodiversidad y en el uso de combustibles fósiles para modificar la matriz energética. Se vincula con la reingeniería de procesos en la industria a través de las tecnologías al final del tubo y con los encadenamientos productivos, señalado por autores como Ríos Gual³⁵ y Ospina Duque³⁶. Ello ha permitido desde la doctrina ambiental consultada por los autores, apreciar dos variables, una a través de la competitividad empresarial y otra en la protección ambiental con la entrega de instrumentos de acreditación ambiental al decir de

³⁴ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, Actualización del modelo económico cubano para el ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio, Revista Multiciencias, número 3, Venezuela, 2015, pp.1-27.

³⁵ RÍOS GUAL, Josep, La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI, Revista de Empresas, España, 2007.

³⁶ OSPINA DUQUE, Rodrigo, La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones, Revista de Psicología y Administración de Empresas, España, 2011, pp.3-34.

Mora Ruiz³⁷, Martín Mateo³⁸ y Sanz Rubials³⁹, permiten distinguir el tránsito desde la actividad de limitación u ordenación -policía- hacia la de fomento en este siglo XXI, fortalecida con la aparición en todo este escenario de las normas EMAS y la ISO 26 000 en su dimensión ambiental al fomentarse la empresa amigable con el ambiente.

Los autores aprecian que la función inspectiva se configura dentro de las acciones de control que ejecuta la Administración Pública; empero la auditoría pública se configura como una actividad de control ejecutada por el Estado, es también reconocida como una actividad de servicio al ejecutarla de forma indirecta a través de sociedades mercantiles que ejercitan el servicio de la auditoría, es considerada como una actividad de gestión económica y de fomento, toda vez que es un instrumento de mercado para que las empresas sean más competitivas al obtener la etiqueta-certificación ambiental.

Aunque en las nuevas tendencias de la función inspectiva esta se está ejercitando por sujetos privados, requeridos de títulos habilitantes y por profesionales, en pos de abarcar otros escenarios que la Administración Pública no controlaba.

b. Elementos que distinguen la función inspectiva de la auditoría Pública en materia ambiental

Con la aplicación de instrumentos contables e incentivos fiscales se ha desarrollado como una institución jurídica, ha permitido con ello la configuración del trinomio de la contabilidad como instrumento de las ciencias contables, del derecho desde su dimensión socio-económica al mutar hacia la auditoría ambiental, necesitada de una adecuada y necesaria ordenación jurídica, en razón de su importancia para proteger el medio ambiente y la economía; la que considera este autor no podrá estar divorciada como herramienta de gestión de la potestad inspectora por ser más integradora, debido a la información que le aportan otros saberes, como es el caso de la ciencia contables que tributan hacia la configuración del Derecho Ambiental Administrativo. Los elementos analizados up supra, permiten a los autores considerar que la Auditoría se distingue de la actividad inspectiva como potestades de la Administración Pública, toda vez que la función de Inspección tiene como objeto proteger la legalidad, la vigilancia y la fiscalización al revisar el nivel de observancia por parte de los sujetos obligados a su obediencia, coinciden en que ambas solicitan títulos habilitantes para su ejercicio. Son ejecutadas a través de un plan anual con procedimientos específicos, en el caso de la ambiental está dirigida a los ecosistemas de interés de la autoridad ambiental, se inspecciona el resultado de las medidas dejadas en la licencia ambiental otorgada como respuesta de la Evaluación de Impacto Ambiental practicada o por las denuncias públicas recibidas por la autoridad ambiental, su alcance es limitado posición asumida por autores como Rebollo Puig⁴⁰, Fernández Ramos⁴¹ y Miranda Hernández.⁴²

³⁷ MORA RUÍZ, Manuela, La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, Revista Catalana de Derecho Ambiental, número 4, España, 2012, pp.1-29

³⁸ MARTÍN MATEO, Ramón, La ecoauditoría, Boletín de Estudios Económicos, número 150, España, 1993.

³⁹ SANZ RUBIALS, Iñigo, El mercado de derechos a contaminar, 1era edición, Editorial Lex Nova, España, 2007.

⁴⁰ REBOLLO PUIG, Manuel, La actividad inspectora, Editorial Iustel, España, 2011.

⁴¹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, La inspección ambiental, Revista Medio Ambiente y Administración Local, España, 2012, pp.

⁴² MIRANDA HERNÁNDEZ, Gloria, La potestad inspectora de las Administraciones Públicas, Revista Cuadernos de Inspección del Territorio, España, 2012, pp.1-22.

La doctrina consultada desde las ciencias jurídicas en el Derecho Administrativo por los autores, define la función inspectora como la actividad ejercida de forma directa por la propia administración in situ, con carácter aleatorio, discrecional y esencial; ligada al ejercicio de la potestad sancionadora. Es una función de control configurada a una entidad por la complejidad de los riesgos que deben afrontarse por la sociedad actual. Esta potestad inspectora reconocida como policía administrativa es ejercitada de forma directa por la Administración Pública como una función de control, se configura a una entidad por la complejidad de los riesgos que deberá afrontar al tener un alcance horizontal. Empero, la auditoría es más abarcadora como evaluación a los bienes públicos que la inspección por ser integral, ella le permite a los empresarios obtener una evaluación como empresa amigable con el ambiente al evaluar la eficacia y eficiencia del SGA como un primer elemento y contrapartida de la actividad inspectora. Esta revisa la implementación dentro de las formas de gestión la aplicación y ejecución del presupuesto contable en materia ambiental dentro del sistema contable establecido en el ordenamiento jurídico, es ejecutada por auditores habilitados por el órgano de control, en su práctica se aplican los procesos y procedimientos de auditoría pública, se evalúa la observancia de la legalidad, el cumplimiento y la aplicación de las normas y los principios contables, del Derecho Ambiental⁴³ y los de Auditoría Pública regulados en los ordenamientos jurídicos y por la INTOSAI⁴⁴, posiciones concebidas como resultado de la producción científica de autores como Gordillo⁴⁵, Sanz Rubials⁴⁶, Nogueira López⁴⁷ y Fernández de Gatta Sánchez⁴⁸.

Es ejecutada conforme al plan anual conformado por la EFS, comprende los lugares ambientales o áreas críticas con problemas de contaminación generados por las diferentes actividades desarrolladas en áreas rurales, cuencas, bahías, áreas naturales protegidas. Permite a los auditores identificar los diversos sectores que tengan competencias ambientales. Las actividades dentro de la evaluación incluyen las que se realiza en la empresa auditada, asociadas con el manejo o contención de sustancias peligrosas, el control a los materiales y residuos con propiedades corrosivas, explosivas, tóxicas, inflamables o de algún modo contaminadoras y en los procesos o instalaciones que generen otras formas de contaminación ambiental. Como auditoría, en su proceso de ejecución revisa la observancia de la legislación y de la normativa ambiental por parte del sujeto auditado. Verifica variados aspectos como el uso del agua, la contaminación del aire, la disposición y el manejo de los residuos peligrosos y no peligrosos, la contaminación del suelo y del subsuelo; las descargas de agua residual, los procesos y los servicios industriales, el almacenaje de las materias primas y los residuos peligrosos, como las fuentes de emisión a la atmósfera.

La auditoría evalúa la información relativa a la región donde está ubicada la industria auditada. Los mapas de localización de las instalaciones, otras industrias y colindancias, los planos de edificios e instalaciones, el tipo de construcción y el drenaje utilizado; se valora

⁴³ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, The principles of Environmental Law that inform environmental audit, the role of the SAI in the environmental area, Revista del Tribunal de Cuentas de la Unión, número 132, Brasil, 2015, p.57

⁴⁴ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial, Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión, número 26, España, 2015, pp.3-27

⁴⁵ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.

⁴⁶ SANZ RUBIALS, Iñigo, El mercado de derechos a contaminar, 1era edición, Editorial Lex Nova, España, 2007.

⁴⁷ NOGUERIA LÓPEZ, Alba, Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Editorial Marcial Pons, España, 2000.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, Las auditorías ambientales, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2008.

también por los auditores la participación ciudadana en la práctica de la evaluación ambiental como causas lógicas entre las problemáticas detectadas y la evaluación realizada se aprecia cómo esta institución jurídica es introducida por los países a partir de la firma de Convenios y Acuerdos internacionales con la INTOSAI⁴⁹. Luego es introducida en los derechos internos a través de leyes orgánicas ambientales, de la auditoría y de la propia auditoría ambiental. Su aplicación se vincula a otras normativas jurídicas en materias como las de Administración Pública ambiental, orgánicas de la administración, de gestión ambiental, de responsabilidad ambiental, de control de la contaminación ambiental, de la salud, del agua, de la vida silvestre, de los parques nacionales, de los corredores marinos, agrarias; en ordenanzas municipales, de ordenamiento ecológico territorial, de regulaciones ambientales de los asentamientos humanos, de metrología y normalización, de instrumentos económicos ambientales, de fomento ambiental, en la investigación y en la educación ambiental.

La auditoría ambiental es complementada en su aplicación por el equipo auditor que la realiza con la aplicación de las normas ISO 14 000 y 19 011. En conjunto podrá ser exigible la responsabilidad a los auditados al ser formulada la denuncia en las Fiscalías ambientales con el informe de la auditoría practicada ante la inobservancia de las políticas ambientales. La solución final del conflicto se realizará en sede judicial por parte de los Tribunales ambientales. Los autores se incorporan a la postura de reconocer a la auditoría ambiental como la actividad de control que responde a las necesidades sociales. Es la herramienta susceptible de integrarse en la realización de las revisiones clásicas que se establecen por otras ramas de la economía industrial, esto le ha permitido integrarse a otras tipologías de auditorías como son las de legalidad, la financiera, la de cumplimiento y la de gestión, las que revisan en sus programas auditores aspectos vinculados con la protección ambiental, al brindar a los empresarios una mejor información en la materia ambiental y responden a las necesidades sociales como meta hacia la sostenibilidad para el desarrollo de la empresa. Al ser realizada en base a criterios como al nivel de importancia y de urgencia de los problemas ambientales detectados, al alcance y complejidad de las actividades que realizan las formas de gestión, la influencia en el ambiente, al volumen de las emisiones de contaminación y al historial de los problemas ambientales. Identifica los elementos que enmarcan a la auditoría ambiental, al ser practicada en dependencia de las condiciones que la enmarquen, de los objetivos específicos que la motivan y del nivel de desarrollo que la organización empresarial a auditarse. Comparte un objetivo común, entregar información documentada y validada sobre diferentes aspectos de la situación ambiental de la entidad auditada al identificarse los riesgos e impactos asociados, el examen y la evaluación de las prácticas existentes para mejorar el desempeño ambiental, permitirá comprobar el respeto a la legislación y los estándares ambientales de relevancia. La evaluación de la gestión ambiental realizada a las formas de gestión en razón de los principios básicos que la comunidad internacional ha reconocido para lograr una gestión ambiental eficaz y eficiente, al contar con módulos y herramientas que permitan a las sociedades proteger el derecho de las personas a disfrutar de un ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar social, a través de dispositivos que permitan a cualquier persona tener acceso a la justicia ambiental, como lo es el proceso de la auditoría ambiental.⁵⁰

⁴⁹ INTOSAI, Evolución y tendencias de las auditorías ambientales en el mundo, ONU, 2010.

⁵⁰ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica, Revista Dos Tribunais Thomson Reuters, número 951, Brasil, 2015, pp.17-52

Se aprecia que las reformas energéticas y de los recursos naturales realizadas en América Latina en los sectores de la economía, la salud, la ciudadanía y el ambiente tributan a la ejecución de políticas sostenibles, permitirán conocer al equipo auditor el grado de economía, eficiencia y eficacia, la calidad e impacto en la planificación, el control y el uso de los recursos naturales, la conservación y la protección ambiental como características fundamentales en todo este proceso de planeación y práctica de esta actividad de control. Permitirá con ello el acceso a los empresarios a coberturas financieras mediante la póliza ambiental, al decir de autores de la talla de Viguri Perea⁵¹, Cabeza Ares⁵², Antúnez Sánchez⁵³ y Lorenzetti⁵⁴.

Los elementos subjetivos que se distinguen en esta relación jurídica administrativa serían el auditor -auditores certificados que pertenecen a las EFS, a las sociedades mercantiles- y los auditados -formas de gestión estatal y no estatal- integrado por técnicos, juristas y científicos, no identificados de manera adecuada dentro de la normativa jurídica vinculada a la actividad de la auditoría ambiental. Esta actividad de control evalúa el SGA, si el mismo satisface los criterios del control contable y de la ingeniería ambiental, el cumplimiento de la norma en relación a las actividades que ejecuta. Evaluación que permitirá identificar y analizar los riesgos para alcanzar los objetivos, las metas propuestas y las posibles alternativas para darle solución. El SGA es uno de los elementos que se certifica en las empresas en el área tecnológica, recoge los requisitos relativos a la implementación de un sistema de protección ambiental al capacitar a la organización y permitir con ello formular la política y los objetivos de mejoras continuas como elemento clave, necesita un presupuesto financiero que permita su mantenimiento y reparación programada. Los requisitos legales y la información sobre los impactos ambientales generados por las formas de gestión en el desarrollo de su política ambiental. Los elementos objetivos que recoge el informe de la auditoría luego de formalizado el contrato de servicio público son: el cumplimiento de los parámetros de las tecnologías limpias, la implementación de las normas ISO 14 000, 19 011, 26 000 y las EMAS, el uso del SGA, el impacto ambiental generado al medio ambiente, y la implementación de la contabilidad ambiental, el que se informa al sujeto auditado al concluir. En su ejecución por el equipo auditor aplica un programa de auditoría ambiental (transversalidad) en relación con el escenario a auditarse, concluye con la entrega del informe conforme a las etapas evaluadas y se entrega de la etiqueta-certificado ambiental, vinculada con las normas sustantivas en materia de metrología y normalización. En su ejecución, la auditoría ambiental tiene en cuenta las formalidades acorde a la forma de gestión en que se realiza y al sujeto activo que la ejecuta, la realizada por la Administración como actividad de control inicia con la notificación inicial al auditado. La ejecutada por sociedades mercantiles de auditoría como servicio público requerirá del contrato como servicio público. Los elementos formales a incorporarse en el informe final serían: la identificación de los sujetos, el contenido a auditar, el resultado de las acciones de control ambiental en torno a ejes como el de la tecnología, la contabilidad, la responsabilidad empresarial -ambiental-, la situación legal, el plan de acciones de control y la certificación ambiental. El equipo auditor implementa en su ejecución las directrices para la auditoría ambiental de la EFS, las normas ISO 14 000, 19 011, 26 000 y

⁵¹ VIGURI PEREA, Alberto, La responsabilidad en materia medio ambiental, la auditoría ambiental y el seguro, Revista Española de Seguros, número 5, España, 2010, pp.21-43

⁵² CABEZA ARES, Alberto, Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la obligación de reponer y restaurar el medio ambiente alterado, Editorial Trivium, España, 2003.

⁵³ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, La auditoría pública con enfoque ambiental y el tributo ambiental. Aplicación e implementación en Cuba, Revista internacional Legis de Impuestos, número 64, Colombia, 2015, pp.110-143.

⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo, Teoría del Derecho Ambiental, 1era edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2008.

las EMAS, los parámetros de las tecnologías limpias, la implementación del SGA, las normas y los principios de contabilidad y de la auditoría pública.⁵⁵ Todo esto permitirá hacer un paneo del comportamiento que ha tenido la dimensión ambiental dentro del proceso de reforma del modelo económico por la Administración Pública, al utilizar la función inspectiva y la de auditoría ambiental.

Función Inspectiva

Auditoría Pública

Objeto proteger el bien jurídico ambiental

Objeto proteger el bien jurídico ambiental

Naturaleza jurídica es preventiva, afín al principio de prevención desde el Derecho Ambiental

Naturaleza jurídica es preventiva, afín al principio de prevención desde el Derecho Ambiental

Características, requiere título habilitante, designación como funcionario público por la Autoridad Ambiental con esta facultad. Es concebida como una herramienta de gestión. Es transversal y multidisciplinaria. Se ejecuta a través de un Plan de Inspección, de forma obligatoria. Tiene vínculo con la Evaluación de Impacto Ambiental y la Licencia Ambiental. Se vincula a los principios del Derecho Ambiental, es pluridisciplinaria.

Características, requiere un título habilitante. Designación como funcionario público por la Contraloría de la República, el ejecutante como auditor debe estar inscripto en el Registro Público de Auditores de la nación. Está concebida como una herramienta de gestión. Es transversal, multidisciplinaria y multidimensional. En sí, evalúa la Contabilidad Ambiental y los Sistemas de Gestión Ambiental en las formas de gestión auditadas. Se aprecia la gestión directa por las Contralorías, Procuradurías, Tribunales de Cuentas, y Oficinas de Auditoría. La gestión indirecta es ejecutada por Sociedades Mercantiles, requerida de una concesión administrativa.

Se ejecuta a través de un Plan de Auditorías, de forma voluntaria u obligatoria. Se realiza a través de un proceso, procedimiento. Para su ejecución, media la suscripción de un contrato de servicios. Tiene vínculo con la Evaluación de Impacto Ambiental, la Inspección Ambiental Estatal y la Licencia Ambiental. Se vincula a los principios del Derecho Ambiental, al tributo ambiental (vertido) y al fomento ambiental (producciones limpias). Es pluridisciplinaria.

Elementos objetivos

Elementos objetivos, subjetivos y formales

Reconocimiento como institución jurídica a través de la Constitución, desarrollada en el ordenamiento jurídico

Reconocimiento como institución jurídica a través de la Constitución, desarrollada en el ordenamiento jurídico

⁵⁵ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, número 18, Argentina, 2015, pp.1-25.

Cumplimiento del mandato legal en materia ambiental	Cumplimiento del mandato legal en materia ambiental
Se vincula con la Responsabilidad en la materia ambiental	Se vincula con la Responsabilidad en la materia ambiental
Actividad de Control -policía administrativa- o también denominada como policía ambiental	Actividad de Control y de Servicio Público, forma de gestión mixta
	Tiene vínculo con la Responsabilidad Social Empresarial -dimensión ambiental-
Como actividad de control se ejecuta a los ecosistemas de interés, a través de un plan, por quejas o por denuncia pública	Se ejecuta a través de un plan. Ha trascendido del control de las formas de gestión hacia la naturaleza en el siglo XXI
Es realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública	Como categoría rectora de interés público, es realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública
La ejecuta la Administración Pública y personas privadas habilitadas para ejecutar esta función inspectora	La ejecutada las Entidades Fiscalizadoras de Control y las Sociedades Mercantiles

III. La Administración Pública como ente vigilante en la dimensión ambiental, una mirada en el proceso de reforma del modelo económico cubano en la segunda década del siglo XXI.

En la nación cubana, luego de constatado como es el tratamiento doctrinal en Hispanoamérica, se aprecia que su reconocimiento parte de los postulados constitucionales establecidos en los artículos 10, 27 y 69; a partir de que el 27 consagra la protección ambiental como una función pública del Estado. Toda vez que técnicamente, a la vez que se habilitaron los órganos competentes para que intervengan en la protección ambiental inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de “hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras” con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad al trascender al texto constitucional cubano.⁵⁶

No obstante el primer referente a partir de la institucionalización en la nación cubana aparece La Ley No. 1323 de 1976, de Organización de la Administración Central del Estado, atribuyó al Comité Estatal de Ciencia y Técnica por el Decreto-Ley No. 31 de 1980 el establecimiento,

⁵⁶ Constitución de la República de Cuba. G.O. Extraordinaria No. 3 de fecha 31 de enero de 2003.

la dirección y el control del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales y por el Acuerdo del Consejo de Ministros de igual fecha, se creó la Comisión Nacional de Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales. Esquema institucional que se mantuvo hasta la promulgación del Decreto-Ley No. 118 de 1990 con apego a la Ley No. 33 de 1981, el que dispuso la creación del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales y de una Comisión Nacional como la instancia coordinadora de la gestión ambiental con la participación de todos los órganos y organismos estatales, empresas, cooperativas, organizaciones políticas, sociales y de masas y de la ciudadanía en general.

Coexistiendo con la distribución de competencias previas respecto a los recursos naturales y sub sistemas ambientales. Empero la autoridad ambiental a través de la potestad inspectora controló los ecosistemas de interés del país dando cumplimiento a las políticas públicas para proteger el medio ambiente. Con posterioridad, con la creación del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, como organismo de la Administración Pública, con su sustento legal en el Decreto Ley No. 147 de 1994 y en la Ley No. 81 de 1997, este tiene el encargo público de garantizar la adecuada obediencia de las políticas y la normativa ambiental "ecuación para la vida" para comprobar y evaluar el cumplimiento del mandato legal. Para ello fueron creadas instituciones que han permitido incorporar nuevas funciones, muchas de ellas con un fuerte peso específico en la protección de la diversidad biológica y en la aplicación de las herramientas de gestión, ejecutada por inspectores estatales designados como funcionarios públicos por la Autoridad Ambiental, requeridos del título habilitante para el ejercicio de la potestad inspectora (técnicos de nivel medio y superior, juristas y científicos), con una identificación oficial y numeración a cada inspector. Ello permite ponderar que hay un Estado Vigilante en la materia ambiental en el país.

Los autores aprecian como fue el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente el que ha ejecutado a través de la función inspectora regulada en la Ley No. 81 de 1997 en todo el país. Existen otros organismos dentro del entramado de la Administración Pública patria que en este mismo íter ejercitan la función inspectiva en la protección ambiental por su interdisciplinariedad y transdisciplinariedad, realizada a través de la inspección sanitaria ejecutada por el Ministerio de Salud Pública, el que evalúa el componente ambiental y el respeto de las ordenanzas sanitarias⁵⁷; el Ministerio del Interior en relación a la obediencia de la seguridad laboral; el Ministerio de Economía y Planificación para el control de la política pública y el desarrollo urbanístico; el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el control de la seguridad y la política laboral (ambiente laboral); el Ministerio de la Agricultura en relación a la política forestal, agraria, la medicina veterinaria, el Ministerio de Transporte para el control del transporte automotor (contaminación atmosférica, acústica y lumínica); uno de los últimos cuerpos de inspección en crearse ha sido el de los Consejos de la Administración Local en los municipios dedicados al control administrativo. En el desarrollo normativo patrio tiene su soporte jurídico en el Decreto Ley No. 100, de la Inspección Estatal y cada organismo establece sus regulaciones internas a través de actos administrativos, por ello el artículo 1, señala que la inspección estatal consiste en la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones y normas jurídicas vigentes llevadas a cabo por los organismos centrales de la

⁵⁷ RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed, ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, La responsabilidad administrativa derivada de la inspección estatal sanitaria en Cuba. Una mirada a su régimen jurídico sancionador desde la lucha contra el dengue, Revista Derecho y Cambio Social, número 27, Perú, 2015, pp.2-27.

Administración del Estado dentro de su propio sistema o en el ejercicio de su función rectora, o por los órganos locales del Poder Popular a través de sus dependencias administrativas sobre las actividades administrativas, de producción y de servicios. Ello permite señalar el vínculo que esta potestad inspectiva posee con la exigencia de la responsabilidad administrativa, y la multiplicidad de disposiciones jurídicas que coexisten en este sentido, que permiten ponderar la necesidad de que se promulgue un Código Contravencional a futuro y que sea actualizada la Ley Ambiental en consecuencia, toda vez que es considerado que el marco regulatorio complementario no garantiza la adopción de enfoques preventivos adecuados aparejados a la indisciplina tecnológica que impera en la mayoría de las formas de gestión del sector estatal cubano al ser esta la mayoritaria, aspectos que deberán ser tenidos en cuenta en la futura actualización normativa. Su sustento se establece en la Resolución No. 103 del 2008 del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, esta se constriñe para la protección de los ecosistemas de interés del país.

También se aprecia como interviene en todo este control ambiental la Fiscalía General de la República, a tenor del artículo 27 constitucional y el artículo 42 de la Ley No. 81 de 1997, regulan la función especial que posee este órgano en relación a la actuación fiscal para la tutela ambiental y el cumplimiento de la legalidad comprobado con la acción de la Verificación Fiscal. Los autores consideran que los otros organismos de la Administración Pública que ejercitan la potestad inspectora en la nación no la ejecutan de manera adecuada en su mayoría con apego a la norma; a pesar de que en los medios de comunicación de forma periódica se divulgan los temas ambientales y las acciones a tomar para protegerlo y preservarlo, empero no hay percepción del riesgo de una manera adecuada.

Los autores también aprecian irregularidades en relación con la función inspectora que tributa a la contaminación ambiental generada por las formas de gestión, por ausencia de Sistemas de Gestión o por inadecuados tratamientos de estos donde los hay, lo que ocasiona vertido industrial visible en los procesos en las industrias, hospitales, empresas y otras instalaciones del sector estatal. Se aprecia también que en las formas de gestión no hay un uso adecuado de los medios de protección y en muchas de estas hay ausencia de estos ante la falta de presupuesto. Es también visible en el transporte automotor por los años de explotación no acorde con la norma internacional como potenciales contaminadores al ambiente al expeler gases producto de la combustión del combustible que utilizan, hay también una apreciada obsolescencia tecnológica de más de 55 años de explotación en las industrias, y que en muchas no son implementadas tecnologías limpias. Pero se reitera que la propia norma ambiental establece que la prioridad en la nación de la función inspectiva en materia ambiental es a los ecosistemas de interés.

En la materia de Auditoría Pública, valoramos que en la reforma del modelo económico los estudios realizados a partir de la primera década del siglo XXI permitieron conocer la nueva decisión a nivel de Estado para crear la Contraloría General de la República en Cuba (CGR), como el nuevo órgano de control supremo, sustentado en la Ley No. 107 de 2009, al amparo de los artículos 9 y 75 constitucionales; es así, que a este órgano le corresponderá ejercitar el más alto control estatal ambiental en cumplimiento del mandato legal. No obstante, es el Reglamento de la CGR del 2010, complementada en las directrices del 2013 de este órgano, el que regula la auditoría ambiental como proceso y procedimiento para evaluar la actuación de las formas de gestión, las que hoy no se corresponden de manera adecuada en su mayoría

con los problemas ambientales declarados en la Estrategia Nacional Ambiental, en el Programa Nacional de lucha contra la contaminación del medio ambiente y en el informe presentado por la Oficina Nacional de Estadísticas e Información sobre el Panorama Ambiental cubano, ante las conductas no proporcionales de las respuestas dadas por los actores competentes al realizarse la función inspectora, el control, la fiscalización y la auditoría.

Es así, que al analizar la Ley No. 107, se señala en su artículo 11, donde se refiere que la auditoría es un proceso sistemático, realizado de conformidad con normas y procedimientos técnicos establecidos, consistente en obtener y evaluar objetivamente las evidencias sobre las afirmaciones contenidas en actos jurídicos o de carácter técnico, económico, administrativo u otros, con el fin de determinar el grado de correspondencia entre esas afirmaciones, las disposiciones legales vigentes y los criterios establecidos. El Control es definido como el conjunto de acciones que se ejecutan para comprobar la aplicación de las políticas del Estado, así como del cumplimiento del plan de la economía y su presupuesto, y la Supervisión es el acto de inspección, investigación y comprobación que se realiza con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vinculadas con la actividad económico-financiera, preservar la disciplina y la integridad administrativa, así como prevenir y detectar actos de corrupción administrativa; sobre la base de intereses estatales y a partir de las informaciones que se reciban por cualquier vía, en especial las provenientes del pueblo, vinculadas con la ilegalidad en el control y uso de los recursos del Estado y actos de corrupción administrativa.

Se considera como los funcionarios designados para ejercer esta función pública requieren de una habilitación oficial, esta se obtiene al realizar un examen de suficiencia académica en este órgano de control, el que le permite obtener a posterior la inscripción en el Registro de Auditores de la nación, al obtenerse la certificación que los acredita para esta potestad (técnicos, juristas y científicos). Ello también permite señalar que las causales que han conllevado al país para que tenga acumulado todas las situaciones ambientales adversas han sido los patrones de producción utilizados, el consumo y el uso de los recursos aplicados inciden en la contaminación, la degradación de los suelos, la pérdida de diversidad biológica, la carencia, disponibilidad y calidad del agua potable, y la afectación de la cobertura forestal, de ahí la necesidad de transformarlos y orientarlos hacia modelos de sostenibilidad ambiental adecuados. Son identificados entre los principales problemas en relación con la eficiencia en el uso de los recursos: la sostenibilidad de la producción y el consumo en el ámbito nacional, el difícil acceso a las tecnologías de avanzadas, la insuficiente comprensión y aplicación del concepto de sostenibilidad, la atención dirigida a los procesos vinculados a la problemática ambiental de los productos y servicios, la poca aplicación de las herramientas de gestión por los empresarios, la no implementación de la contabilidad ambiental, no ejecutar compras públicas sostenibles con un diseño sostenible y responsable a todos los productores de las formas de gestión.

Elementos estos que a criterio de los autores con la función inspectiva y la auditoría aplicada a las formas de gestión en la nación, permitirán influir en la construcción de la empresa responsable con el ambiente, ante una cultura empresarial caracterizada en su mayoría por la no adecuada utilización de los instrumentos financieros, no evaluadora de la dinámica del mercado interno y el foráneo, donde no se analizan los niveles de información de cómo opera la competencia empresarial con el empleo de técnicas comerciales, las tecnologías y la innovación para su desarrollo futuro, señalado desde el pasado siglo por autores de la talla

de Triana Cordoví⁵⁸ y Fernández-Companioni⁵⁹, solo utilizadas por las autorizadas a operar en las actividades del comercio exterior como causales endógenas que permitan evolucionar a las formas de gestión del sector estatal cubano al aplicarse la fórmula económica de la: **Investigación + Desarrollo + Innovación + Etiqueta-Certificación Ambiental= Empresa Amigable con el Ambiente**⁶⁰, como la propuesta que permita insertarse a la nación en mercados más exigentes para contribuir a incrementar la productividad y con ello el Producto Interno Bruto.

Hoy ambas funciones se aprecia por parte de los autores como una sigue constreñida a los ecosistemas de interés (función inspectiva) y la auditoría si está dirigida a controlar las formas de gestión, desde la arista ambiental hasta la contable, lo que la hace más integral. Siendo solo la función inspectora que ejecutan otros organismos de la Administración Pública la que si ejercita el control a las formas de gestión, de manera mayoritaria al sector estatal.

IV. A manera de conclusiones

La Inspección Ambiental es una actividad de control, ejecutada por la Administración Pública, pero es menos integral que la Auditoría Ambiental ya que se constriñe al control de los ecosistemas de interés, por denuncia pública, o por interés estatal, es realizada a través de un plan. En Cuba es ejecutada por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, pero se reconoce en el desarrollo de la normativa jurídica que hay otros organismos que controlan aspectos ambientales en relación con el Derecho Urbanístico, el Derecho Agrario, el Derecho Mercantil, el Derecho del Transporte, el Derecho Forestal, y el Derecho Tributario.

La etiqueta-certificación ambiental en el ordenamiento jurídico cubano es un acto administrativo cuya potestad recae en el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, organismo de la Administración Pública quien al amparo de la potestad inspectora hace la entrega a las formas de gestión estatal del país consideradas como sujetos estratégicos para el desarrollo del comercio internacional en la nación a través de este reconocimiento. Su naturaleza jurídica es reglada. Se sustenta en la Ley No. 81 de 1997 y en la Resolución No. 103 de 2008, como en las normas complementarias ISO. El interés creciente de los consumidores para adquirir productos respetuosos con el ambiente, permite la oportunidad de su presencia en los mercados para que las formas de gestión ejecución su certificación como empresa amigable con el ambiente para ser más competitivas, ejecutada a través de la auditoría ambiental. Siendo el objetivo primordial obtener beneficios económicos, pero con regulación y control, que permita reforzar la imagen de la marca dentro del marketing ecológico.

La Auditoría Ambiental emergió debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, su génesis fue la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por las Entidades Fiscalizadoras Superiores y las Sociedades Mercantiles,

⁵⁸ TRIANA CORDOVÍ, Juan, La economía cubana frente al desarrollo sostenible, Memorias 1er Simposio sobre ciencia de la sostenibilidad, La Habana, Cuba, 2013.

⁵⁹ FERNÁNDEZ-COMPANIONI, Andrés, La empresa cubana, la competitividad, el perfeccionamiento empresarial y la calidad en, Anuario de la Facultad de ciencias económicas y empresariales, volumen IV, Universidad de Oriente, 2012.

⁶⁰ ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides y POLO MACEIRAS, Elena, La auditoría ambiental, la industria amigable con el ambiente y el desarrollo sostenible, Revista de contabilidad Cofin Habana, volumen 9, número 2, Cuba, 2015, pp.135-141.

posee una construcción jurídica a partir de estar reconocida en Convenios Internacionales, es introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, brindan solidez y sustento para el desarrollo de políticas ambientales como la herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad policía, un servicio público u actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias. Tiene carácter multidimensional, integral y transdisciplinario, su finalidad es la evaluación de la gestión ambiental de la empresa y la certificación de producciones limpias, para realizarla las entidades auditadas deben implementar la contabilidad ambiental y el tratamiento de los residuales de la producción de la empresa. Es un proceso integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) cuyo procedimiento fundamental está regulado en normas ISO y las EMAS. Aparece regulada dentro de los ordenamientos jurídicos como una actividad de control o de servicio público dirigida a las formas de gestión, es ejecutada a través de normativas jurídicas ambientales y procedimientos.

La Administración Pública en el país deberá valorar la necesidad de intensificar los estudios de Derecho Administrativo por la interrelación que posee con el Derecho Ambiental, en especial, sobre la actividad de policía, fomento y servicios públicos en la esfera de los particulares y las personas jurídicas, en función de la protección del medio ambiente en los estudios de pregrado y posgrado en la formación en Ciencias Ambientales, que permita configurar y reconocerse a futuro el Derecho Administrativo Ambiental.

V. Referencias Bibliográficas

- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica, Revista Dos Tribunais Thomson Reuters, número 951, Brasil, 2015.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial, Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión, número 26, España, 2015, pp.3-27
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, La auditoría pública con enfoque ambiental y el tributo ambiental. Aplicación e implementación en Cuba, Revista Internacional Legis de Impuestos, Colombia, 2015.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, número 18, Argentina, 2015.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, Actualización del modelo económico cubano para el ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio, Revista Multiciencias, número 3, Venezuela, 2015.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, The principles of Environmental Law that inform environmental audit, the role of the SAI in the environmental area, Revista del Tribunal de Cuentas de la Unión, número 132, Brasil, 2015.

- ALENZA GARCÍA, José Francisco, Potestad de inspección, Revista Actualidad Jurídica Ambiental, España, p.1894
- AMENÓS ÁLAMO, Juan, La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico, Editorial Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 198-236.
- ARAUJO JUAREZ, José, Derecho Administrativo General. Servicios Públicos, Editorial Paredes, Caracas, 2010.
- BASURTO GONZÁLEZ, Daniel, Responsabilidad Social y Ambiental en las Empresas, Revista Política y Gestión Empresarial, México D. F., 2012.
- BERMEJO VERA, José, La Administración Inspector, Revista de Administración Pública, número 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998, pp.1-20
- BELLORIO CLABOT, Dino, Tratado de Derecho Ambiental, tomo III, 1era edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, Instituciones de Derecho Ambiental, Editorial La Ley, Madrid, 2001.
- CAFFERATA, Néstor, Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental, Editorial INE-Semarnat, México, 2008.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad, en El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Libro homenaje a Fernando Álvarez Tabío, obra coordinada por Ana María ÁLVAREZ -TABÍO ALBO y Andry MATILLA CORREA, Editorial de la Universidad de La Habana, 2010.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis y LÓPEZ BENITEZ, Mariano, Derecho Público Económico, Editorial Iustel, Madrid, 2007.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María, Los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la disciplina urbanística, Revista Fundación Democrática y Gobierno Local, número 5, España, 2010.
- DE LUCA, Javier, Introducción al Derecho, 3era edición, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1997.
- DIEZ SÁNCHEZ, José, Función inspectora, 1era edición, Editorial Instituto de Administración Pública, España, 2013.
- DROMI, José, Tratado de Derecho Administrativo, 7ma edición, Editorial Ciudad, Argentina, 1998.
- ESTEVE PARDO, José, Lecciones de Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, España, 2011.
- ESTEVE PARDO, José, De la policía administrativa a la gestión de riesgos, Revista Española de Derecho Administrativo, número 119, España, 2003.

- ESTEVE PARDO, José, Derecho del medio ambiente, 2da edición, Editorial Marcial Pons, España, 2008
- EMBID, Antonio, Precaución y Derecho, Editorial Iustel, Madrid, 2010.
- HIDALGO CUADRA, Ronald, La terminación convencional del procedimiento y las facultades de inspección en el derecho de la competencia, Revista de Ciencias Jurídicas, número 137, España, 2015.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 21-29
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental, Revista Derecho Ambiental, número 24, España, 2000.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, La inspección ambiental, Revista Medio Ambiente y Administración Local, España, 2012, pp.1-26
- FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo, traducción de LEGAZ LECAMBRA, GARRIDO FALLA Y HERNÁNDEZ MEZA, Lourdes, Inspección y vigilancia, medidas de seguridad y sanciones administrativas, Editorial Lex, España, 2010.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa, Editorial Instituto de Estudios Políticos, España, 1958.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo, Derecho Administrativo sancionador, Parte general. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2da edición, España, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Curso de Derecho Administrativo, tomos I y II, 10ma edición, Editorial Thompson-Civitas, España, 2006.
- GARCINI GUERRA, Héctor, Derecho Administrativo, Editorial Pueblo y Educación, 2da edición, La Habana, 1986.
- GARCÍA URETA, Agustín, La potestad inspectora de las Administraciones Públicas, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 35-36.
- GARCÍA URETA, Agustín, La potestad inspectora en el Derecho Comunitario. Fundamentos, sectores de actuación y límites, Editorial Iustel, Madrid, 2008, pp. 404-418.
- GARCIA URETA, Agustín, Potestad inspectora y medio ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas, Revista Actualidad Jurídica Ambiental, número 54, España, 2016, pp.1-36
- GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.

- GEZZE, Gastón, Principios generales del Derecho Administrativo, 1era parte, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1956.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier, Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp.237-260.
- JORDANO FRAGA, Jesús, La Administración en el Estado Ambiental de Derecho, Revista de Administración Pública, número 173, España, 2007.
- LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, Derecho Administrativo: la actividad administrativa y sus manifestaciones, Editorial Cultural S.A., 3era edición, La Habana, 1952.
- LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J. A. CARRILLO DONAIRE, La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005, p.107 y ss
- LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría del Derecho Ambiental, 1era edición, Editorial Porrúa, México, 2008.
- MACERA, Bernard Franck, El deber industrial de respetar el ambiente, Editorial Marcial Pons, España, 1998.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, Derechos fundamentales y medio ambiente, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental, volumen I, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 2da edición, 1998.
- MARTÍN MATEO, Ramón, Derecho Administrativo Ambiental, 6ta edición, Editorial Trivium, España, 1997
- MARTINS, Daniel, Introducción al Derecho Administrativo, parte 1era y 2da, Editorial Fundación Cultura Universitaria, España, 2004.
- MAUER, Harmut, Derecho Administrativo alemán, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2012.
- MATILLA CORREA, Andry, Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica, Revista Jurídica, México D.F., 2014.
- MIRANDA HERNÁNDEZ, Gloria, La potestad inspectora de las Administraciones Públicas en, Revista Cuadernos de Inspección del Territorio, España, 2012, pp.1-21
- MUÑOZ MACHADO, Manuel, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Editorial lustel, España, 2011.
- NIETO, Alejandro, Algunas precisiones sobre el concepto de policía, Revista de Administración Pública, número 81, España, 1976.
- RAMIREZ SANCHEZ, Amed, ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, La responsabilidad administrativa derivada de la inspección estatal sanitaria en Cuba. Una mirada

a su régimen jurídico sancionador desde la lucha contra el dengue, Revista Derecho y Cambio Social, Perú, 2015.

- REBOLLO PUIG, Manuel, La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad, Revista Vasca de Administración Pública, número 54, España, 1999.
- REBOLLO PUIG, Manuel, Policía administrativa y sanciones administrativas, Revista Ius Publicium, España, 2010.
- REBOLLO PUIG, Manuel, La actividad inspectora, Editorial Iustel, España, 2011.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, El castigo en el Derecho Administrativo, Revista Derecho y Humanidades, número 16, Chile, 2010.
- RIVERO ORTEGA, Ramón, El Estado vigilante, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pp. 79-85.
- RINALDI, Gustavo, Seguro ambiental, ejes, Revista Derecho Integral, Argentina, 2012.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos, Revista de Administración Pública, número 153, España, 2000.
- PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, tomo I, 9na edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997.
- PEÑA SOLIS, José, La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica, Manual de Derecho Administrativo, volumen 3ero, Editorial Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo, Caracas, 2003, p.107 y ss.
- PEREIRA BASANTA, Jolene, Tesis de Maestría: La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba, Universidad de La Habana, 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Derecho Administrativo, 6ta edición, Editorial Tecnos, España, 2010.
- K LOEPFER, Michael, En torno a las nuevas formas de actuación medio ambientales del Estado, artículo traducido por Luciano PAREJO ALFONSO, en Documentación Administrativa, número 235-236, 1993.
- JORDANA DE POZAS, Luis, Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo, Revista de Estudios Políticos, número 5, España, 1942.
- JORDANA DE POZAS, Luis, El problema de los fines de la actividad administrativa, Revista de Administración Pública, número 4, España, 1951.

- VAN LEEUWEN, S. El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI, Revista Internacional de Auditoría Gubernamental, número 1, Estados Unidos de América, 2013.
- VILLEGAS MORENO, José Luis, Derecho Administrativo Ambiental, Editorial Sin Límite, San Cristóbal, 2009.
- VILLAR PALASI, José, Poder de Policía y Precio Justo. El problema de las tasas del mercado, Revista de Derecho Público, número 48, 1991.



Consultas Relevantes

CGR señala límites a la autorización de auditores internos para realizar movimientos de personal

La autorización que ejerce el auditor interno para realizar nombramientos, traslados, suspensiones, remociones, concesión de licencias y demás movimientos de personal, no significa que pueda realizar un ejercicio discrecional absoluto, ya que esa potestad debe ser motivada en razón de la legalidad y con proporción al contenido.

Cuando ocurre una no autorización, ésta deberá justificarse en virtud de la afectación negativa al desarrollo de la actividad de la Auditoría Interna, o bien según la dependencia funcional y de criterio de la Auditoría Interna.

Cabe resaltar que dicha autorización no habilita al auditor interno a la revisión de procesos administrativos iniciados por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria; por lo que no es factible que una Auditoría Interna deniegue la realización de un proceso disciplinario ordenado por la Administración, aún cuando se base en un examen de la falta de correspondencia entre las causas invocadas y la sanción que eventualmente se impondría.

[Oficio N° 16296 \(DFOE-PG-0565\) de 9 de diciembre 2016](#)

¿Qué sucede si las directrices sobre contención del gasto afectan a la auditoría interna?

Las directrices de contención de gasto tienen como propósito el establecimiento de límites para racionalizar el uso de recursos públicos. Al momento de establecer cuál es la dotación razonable de recursos para la auditoría interna, se debe buscar equilibrio entre las capacidades institucionales y las necesidades reales de esa instancia.

Ante situaciones de restricción o limitaciones presupuestarias, ambas partes -el jerarca y la auditoría interna- deben dialogar para que hasta donde sea posible se cubran las necesidades de esta unidad. En cuanto a la aplicación de las directrices del Poder Ejecutivo respecto a plazas vacantes, tales directrices, aun cuando contemplen al Gobierno Central, no pueden ir en detrimento de lo que establece la Ley General de Control Interno, tanto en lo que respecta a los plazos, como a las necesidades reales de la auditoría interna en la aplicación de requisitos que puedan perjudicar el funcionamiento del Sistema de Control Interno Institucional.

[Oficio N° 17355 \(DFOE-IFR-0637\) 22 de diciembre 2016](#)

CGR explica cómo modificar presupuesto ordinario municipal después de haber sido presentado ante el Concejo

Para realizar modificaciones al proyecto de presupuesto ordinario municipal de manera posterior a la aprobación del documento presupuestario por parte del respectivo Concejo Municipal; se deberá presentar la correspondiente moción ante el mismo Concejo, órgano

que deberá remitir lo planteado a la Comisión respectiva para su deliberación y dictamen (cuando sea necesario). O bien, los regidores, en los casos de acuerdos que no hayan sido declarados como definitivamente aprobados, podrían hacer uso del recurso de revisión, mediante el cual, por cuestiones de oportunidad o legalidad, podrían plantear cambios de forma y fondo al proyecto de presupuesto ordinario. En cualquier caso, se debe aplicar lo dispuesto en el Capítulo V "Sesiones del Concejo y Acuerdos" del Título III, y el Capítulo IV del Título IV del Código Municipal.

[Oficio N° 15824 \(DFOE-DL-1306\) 6 de diciembre 2016](#)

Fundaciones tienen obligación de contar con auditoría interna

Las Fundaciones están obligadas a contar con su propia auditoría interna, de acuerdo con los requisitos que deben cumplir para recibir beneficios patrimoniales otorgados por componentes de la Hacienda Pública.

[N° 16063 \(DFOE-PG-0552\) 13 de diciembre 2016](#)

CGR aclara prohibiciones de alcaldes y vicealcaldes para integrar comités y asociaciones del cantón

Los alcaldes y vicealcaldes no pueden integrar puestos directivos en los comités cantonales de deportes, así como en los comités comunales y asociaciones de desarrollo. En igual sentido, esta prohibición aplica para los familiares y parientes de ambos jefes municipales hasta tercer grado de consanguinidad, siempre y cuando su nombramiento ocurra después del inicio de dichos puestos de elección popular.

[Oficio N° 17283 \(DJ-2082-2016\) 22 de diciembre de 2016](#)

Audidores internos pueden ocupar cargos en juntas directivas de cooperativas

Los funcionarios de auditorías internas no tienen prohibición para conformar órganos colegiados de cooperativas, pero esas cooperativas no deben ser administradoras o beneficiarias de recursos públicos, dado que entonces serían objeto de fiscalización de la misma auditoría interna. Así, un funcionario de auditoría puede formar parte de esos órganos colegiados siempre que no se incumplan las prohibiciones establecidas en la LGCI, ni se afecte la independencia funcional, la objetividad y el criterio de la auditoría. Tratándose del auditor y subauditor deberá respetarse lo señalado por el artículo 18 de la Ley N.º 8422, procurando no encontrarse en un supuesto de incompatibilidad, además el funcionario deberá cuidar que las funciones que realice en la cooperativa no se constituyan en un ejercicio ilegal de la profesión y que no se dé superposición horaria.

[12849-2016 \(DFOE-DL-1024\) de 4 de octubre de 2016](#)

Auditoría interna no puede realizar estudio en una entidad diferente a la que pertenece

La CGR resolvió que el auditor interno del Micitt no tiene competencia para atender la solicitud de colaboración requerida por el ministro, para realizar una auditoría o estudio especial en el Ente Costarricense de Acreditación (ECA), pues el ámbito funcional de cualquier auditoría está limitado a la institución a la que se pertenece, no pudiendo abarcar las actuaciones de otras organizaciones institucionales. No existe objeción alguna a la existencia de una debida colaboración entre las auditorías internas de las diversas entidades, siempre que tal actuación respete la autonomía, objetividad y profesionalismo de cada una de ellas, así como el ámbito de competencias y funcionamiento correspondientes.

[12786-2016 \(DFOE-PG-0416\) de 3 de octubre de 2016](#)

Estados financieros deben reflejar la totalidad de la situación financiera

Los estados financieros deben referir la integralidad de la situación financiera de la institución y no sólo algunas cuentas. Esto es así por la finalidad de este instrumento, que pretende dotar a los interesados de una fotografía de la situación financiera, el rendimiento financiero y los flujos de efectivo, que sea útil y constituya un insumo para la toma de decisiones. Precisamente, en razón de la naturaleza de integralidad del concepto de estados financieros, la CGR estima que la Circular N.º 14.299 referida a la fiscalización y control de los fondos otorgados a particulares, se refiere a la entrega de los estados financieros en el sentido dicho.

[13463-2016 \(DFOE-SOC-1000\) de 14 de octubre de 2016](#)

Rol de CGR en disolución de fundaciones

Debido a que la Ley de Fundaciones otorga la posibilidad de que la CGR solicite la disolución de fundaciones, algunos jueces han considerado necesario integrar a la institución en estos procesos. Al respecto, la CGR considera que si bien el artículo 17 de la Ley de Fundaciones le otorga legitimación para gestionar la disolución de una fundación, ello debe enmarcarse en la función propia de la institución de resguardar la legalidad objetiva de la Hacienda Pública.

Esto quiere decir que la CGR no podría ejercer automáticamente la potestad de solicitar la disolución de una fundación, ya que en primera instancia esto debe realizarlo la Junta Administrativa. La opción de acudir al órgano contralor sería secundaria y sólo en resguardo de la Hacienda Pública.

[Oficio 11930 DFOE-SOC-0928 de 21 de setiembre de 2016](#)

CGR señala responsabilidad de contralorías de servicios con el control interno

Las Contralorías de Servicios, al ser parte de la administración activa como titulares subordinados y derivado de su ley constitutiva, Ley N.º 9158, son responsables de colaborar con establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno institucional (art. 10 Ley N.º 8292), y de participar además en las autoevaluaciones de control interno que se lleven a cabo dentro de la periodicidad legalmente establecida.

[Criterio N° 3893 \(DFOE-PG-0122\) del 31 de marzo de 2017](#)

Municipalidades no pueden usar vehículos discrecionales

La CGR reiteró criterio en cuanto a que está vedado a los gobiernos locales y a sus autoridades municipales usar vehículos discrecionales y semidiscrecionales. Solamente pueden usar vehículos de tipo administrativo, para lo cual deberán emitir regulaciones respecto de horario de uso, recorridos, lugar de resguardo en horas no hábiles, entre otros.

[Criterio N° 4691 \(DJ-0488\) del 27 de abril de 2017](#)

La modificación del destino de un inmueble adquirido mediante partida específica requiere autorización legal

En consulta atendida por solicitud de una corporación municipal, se indicó que, de acuerdo con lo dispuesto mediante la Ley de Control de las Partidas Específicas con Cargo al Presupuesto Nacional, para poder variar el destino que originalmente estaba previsto para un bien inmueble adquirido con fondos provenientes de una partida específica, se requiere, de previo, la autorización expresa de la Asamblea Legislativa, por medio de una ley promulgada al efecto, en que se autorice la variación solicitada por el gobierno municipal. Asimismo, hasta tanto no se otorgue dicha autorización, la corporación municipal debe velar porque los fondos públicos asignados sean utilizados de conformidad con la norma legal respectiva, sin perjuicio de las potestades de fiscalización que tiene encomendadas la CGR.

[Criterio N° 04539 \(DJ-0470\) del 21 de abril de 2017](#)

Concejo Municipal no puede ordenar la realización de auditorías a un Comité Cantonal de Deportes con cargo a su presupuesto

El Área de Desarrollo Local emitió un criterio indicando que un Concejo Municipal –no como superior jerárquico, sino como parte de la Administración Municipal que delegó la competencia en el Comité Cantonal de Deportes y Recreación (CCDR)–, puede ordenar la realización de auditorías externas a los CCDR cuando considere que existen razones para auditar en forma externa, tanto los aspectos financieros como legales. Sin embargo, deberá realizarlas con cargo a su propio presupuesto y en arreglo con el jerarca del órgano desconcentrado, pues el

principio de legalidad no permite extralimitar el fin concreto previsto por el artículo 170 del Código Municipal.

[Criterio N° 4296 \(DFOE-DL-0277\) del 17 de abril de 2017](#)

CGR emite criterio sobre contratación de familiares de proveedor municipal

Se consultó a la CGR si a través de las modalidades de interinato o jornales ocasionales puede contratarse a una persona que sea familiar por consanguinidad o afinidad del proveedor municipal. En relación al proveedor municipal, se indicó que la prohibición para contratar cónyuges o parientes contenida en la norma en mención no alcanza a dicho cargo, en el tanto no se encuentra expresamente indicado así en la norma. No obstante, se señaló con especial énfasis, que el hecho de no estar cubierto por esta restricción legal no releva a dicho funcionario de su obligación de abstenerse de cualquier tipo de injerencia o presión sobre los procesos de reclutamiento y selección de personal.

[Criterio N° 4533-2017 \(DJ-0468\) del 21 de abril de 2017](#)

CGR aclara quién puede sustituir a auditor interno en caso de ausencia temporal

Conforme al régimen jurídico aplicable a los gobiernos locales, se concluyó que según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley General de Control Interno, es imperativo que las municipalidades cuenten con un auditor interno, sin embargo, no existe disposición alguna que establezca el deber de contar con una plaza de subauditor interno para sustituir al titular en sus ausencias temporales. Así, durante ese tiempo, las labores propias de ese cargo pueden ser trasladadas a otro funcionario de la Auditoría por recargo o por nombramiento interino, siempre y cuando éste cumpla con los requisitos de formación académica establecidos, esté incorporado al colegio profesional respectivo y tenga una experiencia mínima de tres años en el ejercicio de la auditoría interna o externa en el sector público, o en el sector privado.

[Criterio N° DFOE-DL-0224 \(03178\), del 16 de marzo de 2017](#)

CGR definió el alcance del seguimiento a los informes de relación de hechos y denuncias penales de las auditorías internas

La Secretaría Técnica definió que el tipo y el alcance del seguimiento de los productos que la auditoría interna remite a la Administración corresponde a una potestad discrecional de ésta, la cual está circunscrita a las observaciones, disposiciones o recomendaciones dirigidas a la Administración, en consideración de los factores y parámetros establecidos en las normas

jurídicas aplicables. En este sentido, el alcance del seguimiento se entiende sobre cada producto independiente que ha sido remitido por la auditoría interna.

[Criterio N° DFOE-ST-0018\(03473\) del 21 de marzo de 2017](#)

Municipalidades pueden donar bienes inmuebles a Asociación de Guías y Scouts

Según criterio emitido por la CGR, las municipalidades están legalmente autorizadas para realizar donaciones de recursos o bienes inmuebles a favor de la Asociación de Guías y Scouts de Costa Rica, sin necesidad de emitir en cada caso una ley específica que lo autorice. No obstante, dicha autorización legal (según Ley N.º 5107) se encuentra limitada por la naturaleza propia de los bienes de dominio público, pues en estos casos sí debe seguirse el proceso de desafectación correspondiente ante la Asamblea Legislativa. Adicionalmente, se indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la CGR, el órgano contralor tiene la facultad de fiscalizar los bienes que eventualmente se puedan donar a favor de dicha Asociación.

[Criterio N° 4796-2017 \(DJ-0500\) del 28 de abril de 2017](#)

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CGR aprobó contrato para administrar fondos del Parque Nacional Manuel Antonio

La CGR aprobó un contrato de fideicomiso para administrar los fondos del Parque Nacional Recreativo Nacional Playas de Manuel Antonio, suscrito entre el Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) y el Banco Nacional de Costa Rica.

En este caso, el legislador definió que la mejor forma para la administración de los fondos provenientes del 50% de los ingresos totales del cobro de la cuota de entrada al Parque Nacional Manuel Antonio, era mediante la constitución de un fideicomiso de administración suscrito con uno de los bancos comerciales del Estado (BNCR), negocio establecido como imperativo, sin que exista la posibilidad de apartarse del contenido de la ley, a diferencia de lo que sucede en otros casos en los que el legislador lo que establece es una habilitación para la utilización de la figura del fideicomiso.

[Oficio N° DCA-2893 15231-2016 del 17 de noviembre de 2016](#)

Autorización de CGR para modificar unilateralmente un contrato de mantenimiento de bienes no es necesaria

En contratos de mantenimiento de bienes no se requiere la autorización de la CGR para reducir en más de la mitad los bienes contratados en una línea del objeto contratado originalmente, o incluso si se elimina del todo una de las líneas que lo componen. Si bien esas disminuciones modifican el objeto en más de un 50% y hasta en un 100%, no desnaturalizan el objeto de la contratación (según los términos del inciso a del artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). (Es importante resaltar que según Decreto Ejecutivo n°40124-H publicado en el Alcance n°19 a la Gaceta n°20 del 27 de enero de 2017, se reformó el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se derogó el numeral 115 y se adicionó en su lugar una Sección Quinta denominada Convenio Marco que contiene los numerales del 115 al 123, con lo cual se movió la numeración, por lo que ahora deberá leerse artículo 208 en vez de 200).

[Oficio N° DCA-16151-2016 del 7 de diciembre de 2016](#)

Inclusión o exclusión de equipos dentro de un contrato de mantenimiento no requiere autorización contralora

La inclusión o exclusión de equipos dentro de un contrato de mantenimiento, como acto unilateral de la Administración, aún cuando supere el 50% del total, no requiere la autorización de la CGR, en tanto no se están variando los precios unitarios, ni se está desnaturalizando el objeto del contrato, y dicha modificación responde a la misma dinámica del contrato debidamente prevista por el cartel, donde algunos equipos ya no requerirán de mantenimiento y otros se incorporarán ante el vencimiento de las garantías, entre otros supuestos (Es importante resaltar que según Decreto Ejecutivo n°40124-H publicado en el Alcance n°19 a la Gaceta n°20 del 27 de enero de 2017, se reformó el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se derogó el numeral 115 y se adicionó en su lugar una Sección Quinta denominada Convenio Marco que contiene los numerales del 115 al 123, con lo cual se movió la numeración, por lo que ahora deberá leerse artículo 208 en vez de 200).

[Oficio N° DCA-16140-2016 del 7 de diciembre de 2016](#)

En contrataciones directas se debe demostrar la satisfacción del interés público

Para que cualquier administración pueda realizar contrataciones directas, debe clarificar en su propuesta que esa vía es la mejor forma de satisfacer el interés público, situación que debe ser demostrada, no bastando con la simple afirmación.

[Oficio N° DCA-17225-2016 del 21 de diciembre de 2016](#)

Administración puede adjudicar más bienes de los solicitados en el cartel

La CGR emitió un criterio en el que indica que la Administración puede adjudicar una mayor cantidad de bienes a los solicitados en el cartel, siempre que pueda acreditar que tal necesidad había sido previamente determinada desde el inicio del procedimiento, lo cual debe constar en el expediente administrativo.

[11481-2016 de 9-12-2016](#)

La CGR no opera como segunda instancia

La CGR, debido a su jerarquía impropia en materia de contratación administrativa, no opera como segunda instancia o de alzada, en aquellos recursos que sean competencia de la Administración conocer.

[R-DCA-768-2016](#)

No debe establecerse un límite de participantes en procedimiento de precalificación

La licitación con precalificación es un procedimiento de contratación que se encuentra regulado en el artículo 105 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual tiene como finalidad permitir que la Administración realice un estudio y valoración de los oferentes que existen en el mercado para un determinado bien o servicio y, posteriormente, precalificar a aquellos oferentes que resulten aptos como potenciales adjudicatarios. El objetivo de este procedimiento es que la Administración pueda tener la mayor cantidad de oferentes aptos, para escoger la oferta que mejor convenga al interés público. Por ese motivo, la DCA consideró que no es aceptable que se establezca un tope máximo de empresas precalificadas, pues eso contraviene el principio de igualdad de trato y libre participación, salvo que exista un acto motivado de parte de la Administración que justifique esa limitación y sea de acceso a todos los interesados.

CGR emite criterio novedoso en procedimiento de entrega según demanda

En el marco de un proceso de contratación, una empresa participante solicitó que la Administración contratante definiera la cantidad de insumos médicos y sistemas instrumentales (por ítem del cartel) que debía mantener en "stock" para cumplir con los requerimientos del contrato, pues, a su criterio, el no conocer esos datos implicaba una limitación a su participación, en el tanto debía comprar una cantidad indeterminada de insumos para abastecer las necesidades de la Administración por un periodo determinado. La DCA emitió un criterio novedoso respecto a la posibilidad de adjudicación múltiple en los procesos de

entrega según demanda, al considerar que por la particularidad de los bienes requeridos, éstos deben responder a las necesidades de los pacientes según el análisis y la determinación que haga el médico, por lo que la empresa debe contar con los inventarios necesarios para satisfacer el servicio médico sin ninguna interrupción.

[Resolución N° R-DCA-119-2017 del 23 de febrero de 2017](#)

CGR permite uso de figuras de derecho privado en venta de inmueble a un fondo de inversión

En el marco de un acuerdo para desarrollar proyectos de construcción de vivienda entre una institución del Estado y un Banco, en donde era necesario que se vendiera un bien inmueble a un fondo de inversión de naturaleza privada, para llevar a cabo el proyecto, la DCA indicó que la Administración puede hacer uso de figuras del derecho privado o mercantil adaptándolas al bloque de legalidad administrativa y justificando el porqué de su uso. Señaló también, que para que ello sea posible, la institución pública debe estar posibilitada por su marco regulatorio para dicha venta, tener competencia para ello, que se ajuste a los fines públicos que está llamada a satisfacer (independientemente de quién sea el comprador o el destinatario) y que el bien, en caso de cumplir con los requisitos anteriores, no esté destinado a un fin público por disposición de la ley, pues de lo contrario, deberá hacerse un proceso para sacarlo del patrimonio del Estado. Además, los recursos provenientes de dicha venta deben ser utilizados y presupuestados según el destino que corresponda.

[Oficio N° 2914 \(DCA-0538\) del 9 de marzo de 2017](#)

CGR desestimó requisito de experiencia laboral exigido por la administración en un cartel de contratación

Bajo el supuesto de que un cartel no puede imponer restricciones innecesarias a la libre participación si éstas no se encuentran debidamente sustentadas y justificadas por la Administración, la DCA estimó que establecer, sin justificación previa, como requisito del cartel que el personal debe tener una antigüedad mínima de seis meses dentro de la empresa a contratar, podría estar limitando la participación de potenciales oferentes que se encuentren en capacidad de ofrecer los profesionales con el perfil laboral, profesional y de experiencia requeridos para cumplir con el objeto contractual, pero que podrían quedar por fuera de concurso por no contar con profesionales incorporados en la empresa desde seis meses mínimo antes de la apertura de oferta. De este modo, cualquier restricción cartelaria debe estar justificada de frente al objeto contractual. Además, la DCA añadió que el que un potencial oferente al momento de apertura de ofertas haya tenido sus profesionales en planilla desde seis meses antes, no asegura que sean esas mismas personas las que lleguen en definitiva a ejecutar la contratación.

[Resolución N° R-DCA-165-2017 del 15 de marzo de 2017](#)

Los incentivos industriales aplican solamente al productor


Tras un análisis de la “Ley de Incentivos para la Producción Industrial”, se consideró que los beneficios establecidos en ella son de aplicación exclusiva a las “unidades productivas” nacionales y no a intermediarios o terceras personas, de modo que el sujeto denominado “vendedor distribuidor” se posiciona como intermediario y no como productor, independientemente de la relación comercial que exista entre ambas empresas.

[Resolución N° R-DCA-973-2016 del 5 de diciembre de 2017](#)

Representación de una parte en sede administrativa

La representación de una parte en un procedimiento administrativo puede constituirse de manera privada siguiendo las normas que establece el derecho común, o bien, mediante una simple carta firmada autenticada por un abogado, de modo que no puede la Administración Pública obligar a la parte a cumplir requisitos formales mayores e invalidar así su voluntad final de que la representen, siendo suficiente que del contenido del documento se desprenda la facultad de quien la representa para intervenir en el proceso.

[Resolución N° R-DCA-0212-2017 del 31 de marzo de 2017](#)



**Resoluciones
judiciales
relevantes**

Cambio de criterio de la Sala Constitucional en relación con la aplicación automática de la cláusula penal en materia de contratación administrativa

La acción se declaró con lugar en este punto, en consideración a que por la naturaleza de la cláusula penal, que es un cobro por atraso en la ejecución de un contrato, su aplicación debe ser automática, es decir, no resulta necesaria la demostración de la existencia de daños. Por otra parte, la fijación del monto de la cláusula penal no puede ser arbitraria sino que debe guardar proporcionalidad con los intereses públicos en juego. Asimismo, la cláusula penal debe utilizarse única y exclusivamente cuando la entidad pública estime que es de suma importancia disponer del suministro, obra o servicio en un plazo determinado.

[Resolución de la Sala Constitucional 2015006057 de las 11:31 horas del 29 de abril de 2015](#)

Sala Constitucional reafirma potestades de la CGR para recomendar sanciones

La Sala Constitucional rechazó una acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 73 de la Ley Orgánica de la CGR, así como contra el numeral 18 inciso d) del Código Municipal, referidos a la potestad de sancionar que tiene el órgano contralor.

Dicha sentencia establece -entre otras cosas- que la CGR se encuentra constitucionalmente facultada para investigar malos manejos de fondos públicos así como exigir la sanción del responsable, aún y cuando el funcionario sea de elección popular, previo desarrollo de un procedimiento con amplio respeto a las garantías del debido proceso. Se señala además que las competencias de control y fiscalización que ejerce la CGR se encuentran ampliamente sustentadas en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y que este órgano es altamente cualificado y especializado para establecer la responsabilidad administrativa de los funcionarios investigados.

[Resolución 6655-2015 de las 11:41 horas del 08 de mayo de 2015](#)



Contraloría General de la República

Publicaciones
●●●●●Cgr