

Revista de Derecho de la

# Hacienda Pública

Vol X. 2018

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

Vol. 10. (2018). San José Costa Rica

Semestral  
ISSN-2215-3624

# Consejo Editorial

---

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

---

## Consejo Editorial:

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

## Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

## Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

## Revisión Filológica:

Olga Patricia Arce Cascante, artículos:

- ¿Existe responsabilidad civil para los servidores públicos respecto a las contrataciones irregulares?.
- Incidencia del nuevo Código Procesal Civil en el Derecho Administrativo: cambios en el régimen de impedimentos.
- Gobierno abierto, transparencia y participación ciudadana en la emisión de disposiciones administrativas de carácter general.

**Contraloría General  
de la República  
San José, Costa Rica**

**Teléfono:**  
25018518

**Fax:**  
22965713

**Correo electrónico:**  
[revista.juridica@cgr.go.cr](mailto:revista.juridica@cgr.go.cr)

# Índice

## **Estudios de Colaboradores Nacionales ..... 7**

¿Existe responsabilidad civil para los servidores públicos respecto a las contrataciones irregulares? ... 9	
Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental..... 27	
Incidencia del nuevo Código Procesal Civil en el Derecho Administrativo: cambios en el régimen de impedimentos..... 41	
Gobierno abierto, transparencia y participación ciudadana en la emisión de disposiciones administrativas de carácter general ..... 49	

## **Estudios de Colaboradores Internacionales ..... 79**

El control administrativo en Cuba..... 81	
---	--

## **Consultas relevantes ..... 103**

Institución solicita saneamiento de acto administrativo que nombró a subauditor interino sin autorización de la Contraloría General de la República ..... 104	
Contraloría General de la República aclara el tipo de regulación que puede aplicar la administración para rendir garantías y cauciones ..... 104	
Auditorías internas no pueden refrendar documentación relacionada con el plan de acción creado por la administración para implementar las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP)..... 104	
Solicitud del dictamen previsto en el artículo 155 de la Ley General de la Administración Pública..... 104	
¿Procede el pago de prohibición al plataformista de la administración tributaria de la municipalidad? ..... 105	
Sobre el uso del canon de ARESEP para cubrir indemnizaciones..... 105	
Sobre la naturaleza de las regulaciones de tipo administrativo contempladas en el artículo 24 de la LGCI ..... 105	
Sobre la posibilidad de realizar la transferencia de software desarrollado por una institución pública costarricense a su homóloga extranjera. .... 106	
Sobre el sistema de control interno y la rendición de garantías o cauciones ..... 106	

## **Contratación Administrativa ..... 107**

Contraloría General de la República elimina posibilidad de presentar el original de un recurso de apelación con posterioridad al vencimiento del plazo ..... 108	
--	--

Administración puede imponer multas de forma automática en contratos administrativos .....	108
Contraloría General de la República carece de competencia para conocer una apelación en contra de la declaratoria de desierto de un contrato entre entes de derecho público .....	108
Por posible injerencia en toma de decisiones síndico tiene prohibición de participar en Concejo Municipal .....	108
Contraloría General de la República resuelve recurso de apelación en caso relacionado con la ley de incentivos a la producción industrial .....	108
Criterio de Desempate .....	109
Principios en materia de Contratación Administrativa .....	109
Subsanación .....	109
Revisión de Precio en la Modalidad Entrega Según Demanda.....	109

**Resoluciones judiciales relevantes..... 111**

Administración debe cumplir plazos de ley para atender gestiones o reclamos .....	113
Aplicación del plazo de prescripción contenido en el artículo 71 de la LOCGR.....	113
Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo resuelve sobre integración de nuevas partes al proceso judicial .....	113



Estudios de

# Colaboradores Nacionales





# ¿Existe responsabilidad civil para los servidores públicos respecto a las contrataciones irregulares?

## Sumario

I. Introducción. II. Conceptualización introductoria de la contratación irregular. III. Precisiones de responsabilidad disciplinaria respecto a las contrataciones irregulares. IV. Algunas consideraciones orientadoras respecto a la responsabilidad civil y disciplinaria. 1. Responsabilidad civil para los contratistas. 2. Responsabilidad administrativa para los funcionarios. V. Responsabilidad civil del servidor público respecto a las contrataciones irregulares. VI. Responsabilidad civil solidaria de funcionarios públicos. VII. Conclusiones

**Lic. Esteban Villalobos Fernández, MDC<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> 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

Este trabajo corto de investigación trata acerca de una de las figuras jurídicas propias del derecho de la contratación administrativa costarricense: las contrataciones irregulares. Para su abordaje, interesa primeramente referirnos a su conceptualización, a partir de una lectura basada en su positivización en la Ley de Contratación Administrativa –en adelante LCA- y en su Reglamento –en adelante RLCA- así como algunos precedentes de la jurisdicción contencioso-administrativa. Posteriormente, se hará un enfoque en las consecuencias que conlleva incurrir en este tipo de contratación, en especial en el plano de la responsabilidad civil y su índole, para efectos de lograr una aproximación que permita evacuar la interrogante que plantea el título de este artículo.

## II. Conceptualización introductoria de la contratación irregular

Una de las figuras con las que debería estar familiarizado cualquier gestor en materia de compras públicas, es lo que en el argot se conoce como contratación irregular, dado al alto grado de incidencia con que se suscitan. De ahí que se considera relevante poder despejar la interrogante de si a raíz de una contratación irregular se podría derivar responsabilidad civil o patrimonial respecto a los personeros estatales que interactúan en la tramitación o gestión de la erogación presupuestaria que conlleva la adquisición de determinados bienes y servicios.

¿Qué es una contratación irregular? Lo primero que se debe indicar, es que no existe una lista taxativa que defina clara y puntualmente los supuestos que pueden ser categorizados como tal. Más bien será un ejercicio casuístico a la luz de la normativa sectorial y los antecedentes administrativos y jurisprudencia que se manejen al efecto.

Podemos comenzar por indicar que la regulación normativa nace a raíz de una obligación compartida que tienen tanto los contratistas como la Administración Licitante que refiere al deber de *verificación de los*

*procedimientos* y de la ejecución contractual –artículo 21 de la LCA-. Es decir, que están obligados a hacer cumplir el ordenamiento jurídico aplicable a la materia especial de las compras públicas, en donde, entre otros, podemos mencionar, la Ley de Contratación Administrativa no. 7494 –LCA- y su reglamento –RLCA-, los principios generales aplicables a la materia, los reglamentos institucionales, la respectiva normativa interna, el cartel o pliego de condiciones y otras regulaciones administrativas relacionadas con los procedimientos de contratación y el contrato (art. 10 de la LCA).

Respecto a esta obligación compartida, la sentencia n° 12-2009 del 23 de enero de 2009 de la sección VII del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, recaló que bajo una adecuada interpretación de las normas, no es posible concluir que se está ante una renuencia previa y genérica al régimen constitucional de la responsabilidad administrativa, por el contrario, dichos cánones establecen una obligación de un sujeto que se integra en una relación jurídico administrativa de naturaleza contractual con un ente público, que en casos excepcionales, implica una distribución de responsabilidades, cuya inobservancia puede tener consecuencia patrimoniales.

Entonces, para tratar de conceptualizar la contratación irregular, se debe recurrir al numeral 218 del RLCA, que indica que ésta refiere a cuando en el trámite de la contratación, se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como (insistimos, no es lista taxativa): la omisión del procedimiento correspondiente, que se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción, contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna -cuando ello sea exigido- o la no formalización del contrato.

Muy relacionada con la regulación constitucional del artículo 129 respecto a que nadie puede alegar ignorancia de la ley por ser ésta obligatoria y que surte efectos desde que se designe, o bien, diez días después de su publicación, tenemos que el numeral 218 *ibídem* regula que en gestiones resarcitorias no se puede alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni las consecuencias de su conducta.

La sentencia no. I-1246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009 de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, definió la contratación irregular como aquella en donde a pesar de una anomalía en el procedimiento,

la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios (previamente pactados), parcial o totalmente, con claro provecho para ella.

En ese sentido, a fin de que la Administración no incurra en un enriquecimiento sin causa, surge el derecho del prestatario a percibir una indemnización (no pago) al ejecutar una orden de compra por la que se adquiera de un tercero un bien o un servicio, siempre y cuando concurren, se ha dicho, en principio, tres circunstancias: irregularidad en el procedimiento, la Administración obtenga una ventaja o beneficio y la buena fe del contratista.

En igual sentido, la Sala I<sup>2</sup> indicó que cuando se realiza una contratación sin cumplir con el procedimiento debido (por regla el concurso licitatorio ordinario), se alude a un acuerdo que de forma irregular se suscita entre la Administración y el proveedor, y una negociación con el consentimiento de la entidad interesada, siempre que medie buena fe en la actuación del contratista, la que es fundamental para determinar el posible resarcimiento de servicio.

Ello supone un comportamiento honrado y leal en el ejercicio de los derechos, exigiendo coherencia en el comportamiento de las relaciones negociales; es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y que impone el rechazo de interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a aquel como cuando los procedimientos de contratación se utilizan con un fin distinto del querido por el ordenamiento jurídico, o se ejerciten en circunstancias que los vician de nulidad absoluta.

Y precisamente refiriendo a que no es una lista taxativa de supuestos, se puede apreciar que en la sentencia n° 33-2012 del 30 de abril de 2012 de la sección VIII del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, se resuelve que la contratación irregular no se agota con las deficiencias que puedan generarse en la etapa pre-contractual, pues se extiende al curso de la ejecución del contrato. La figura incluso es aplicable a las modificaciones contractuales que se realicen desatendiendo las exigencias del numeral 12 de la LCA. Se indica que desde este punto de vista, la contratación

---

<sup>2</sup> Sala I n° 1246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009 (En igual sentido puede verse la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda n° 242-2011 de las 16:10 horas del 8 de noviembre de 2011).

irregular cubre las imperfecciones en el trámite contractual, pero además, la ausencia de acto o contrato que legitime las acciones emprendidas por el contratista.

En el mismo orden de ideas de la no taxatividad, el Tribunal en voto n° 1730-2009 del 25 de agosto de 2009<sup>3</sup> de la sección VI, refiere a uno de los presupuestos de la contratación irregular y aclara que se puede dar por no haberse seguido el procedimiento debido, es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o haberse obviado procedimientos básicos dentro de un contrato existente, o del todo, inexistencia absoluta de una contratación, que es conocido como un contrato de hecho.

Aclara el Tribunal que la figura pretende resolver la controversia mediante reglas que permitan una resolución equitativa acorde a un principio de buena fe, equidad en la distribución de las cargas contractuales y en aplicación de la máxima de no enriquecimiento sin causa, de modo que ni el contratista se beneficie ilegítimamente pese a la infracción a los procedimientos, ni la Administración obtenga ventaja de su funcionamiento anormal o conducta ilícita, pese haber recibido a satisfacción un determinado bien y servicio, sin que se indemnice por éstos.

En criterio del Tribunal, esta solución del ordenamiento jurídico implica un trato justo que distribuye entre los actores la responsabilidad por haber actuado en disonancia de las normas que rigen la contratación pública.

No podemos finalizar este acápite introductorio sin mencionar que existe una sentencia, la n° 16-2015-V de las 10:00 del 16 de febrero de 2015 de la sección quinta del Tribunal Contencioso Administrativo, en donde esa integración de jueces realizó una advertencia respecto a que la conceptualización per se, de cualquier anomalía en la tramitación de un procedimiento de compras públicas como contratación irregular, siempre deberá estar precedida del necesario análisis de lógica y razonabilidad. Esto por cuanto calificar la misma como contratación irregular, para luego poder alegar que por el deber de verificación de los procedimientos, aplica la presunción legal respecto a que el contratista es responsable junto

---

<sup>3</sup> En igual sentido, de ese Tribunal Contencioso Administrativo ver sentencia n° 716-2009 de las 11:02 horas del 20 de abril de 2009 y resolución n° 1246 del 3 de diciembre de 2009 de la Sala I.

con la Administración, es un aspecto complejo que requiere un análisis concienzudo, razonable y casuístico.

Al señalar lo anterior, el Tribunal busca hacer conciencia respecto a que se deberá administrar el riesgo de no clasificar todo tipo de inconsistencia o anomalía como contratación irregular, por la posible restricción desproporcionada del derecho de defensa del contratista; pareciera insinuar el Tribunal, que por una posible aplicación mecánica de la presunción de responsabilidad, el contratista podría estar teniendo que soportar una carga mayor a la que está obligado; con el consecuente riesgo indemnizatorio del Estado en virtud de la responsabilidad objetiva. En este orden de ideas se debe recordar que la anormalidad del daño indemnizable tiene que ser valorada cualitativamente, es decir, refiere a una anormalidad por su amplitud, intensidad o trascendencia<sup>4</sup>.

Al efecto, la comentada sentencia n° 16-2015-V señaló que: "...el Tribunal no desconoce el deber de verificación que tiene el contratista en el ámbito contractual del derecho administrativo, pese a lo anterior, este deber no puede ser llevado a un extremo contrario a la lógica y razonabilidad. En el caso concreto, es criterio unánime de este Órgano Colegiado, que han sido transgredidos estos límites de exigencia al contratista, en su deber de verificación, que dicho sea de paso, cumplió con sus obligaciones contractuales. Resulta desajustado a los principios antes dichos, haberle exigido a la sociedad actora sus deberes de verificación del marco contractual, más allá de sus posibilidades reales. En lo óptica del Tribunal, la conducta administrativa, traspasó los límites de la arbitrariedad, al exigirle al contratista un deber de verificación ajeno a sus posibilidades, bajo criterios sumamente confusos y oscuros, en los que la Administración no fue lo suficientemente explícita para ubicar al contratista en el cumplimiento de estos deberes. Por los motivos expuestos, debe ser declarada nula la resolución n.° 003-JADGME. Consecuentemente, deberá la Administración dar trámite correspondiente, al pago de las facturas n.° 200 y 201, reconociendo el lucro (...)"

Se infiere que la sentencia busca que siempre se realice un análisis previo

<sup>4</sup> Al respecto, se pueden ver las sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia n° 112-92, 977-06, 115-98, 1006-06, 1011-06, 654-08, 822-08, 97-09, 126-09 y 211-09. Y la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, No. 2474-2009 de las 9:23 horas del 26 de octubre del 2009.

y casuístico respecto a si no se podrían estar traspasando los límites de la arbitrariedad, al exigirle al contratista un deber de verificación ajeno a sus posibilidades.

### III. Precisiones de responsabilidad disciplinaria respecto a las contrataciones irregulares

Habiendo conceptualizado la contratación irregular, se debe señalar que las acciones u omisiones de los funcionarios que interactúan en la respectiva contratación irregular, podrían, al tenor de lo que establece el numeral 211 de la Ley General de la Administración Pública n° 6727 –LGAP–, ser calificadas como efectuadas con culpa grave, en el tanto se acredite, por ejemplo, una condición negligente e imprudente en su conducta, al no cumplir de manera adecuada con los deberes que son propios y consustanciales con el cargo desempeñado.

Por consiguiente, una contratación irregular causada por una actuación culposa, devendría en una causal de responsabilidad administrativa, la cual es sancionable por violación a lo dispuesto en la siguiente normativa: Transgresión a los numerales 1, 21 y 80 de la LCA; 127, 132 y 218 del RLCA en el tanto se acredite su violación en el desarrollo de las contrataciones irregulares; verbigracia, omitir verificar del trámite de excepción que establece el ordenamiento jurídico para el desarrollo de contrataciones en situaciones de urgencia, aplicar de forma anómala alguna de las causales de excepción al concurso ordinario licitatorio o ejecutar un contrato sin la respectiva aprobación administrativa previa.

Esto por cuanto con su conducta, el funcionario podría incurrir en los hechos generadores de responsabilidad que se describen en los incisos a) y b) del artículo 110 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos por cuanto se establece que generará responsabilidad "(...) a) *La adquisición de bienes, obras y servicios con prescindencia de algunos de los procedimientos de contratación establecidos por el ordenamiento jurídico (...)* b) *La omisión, el retardo, la negligencia o la imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del*

*patrimonio público o a la adopción de acciones dolosas contra su protección, independientemente de que se haya consumado un daño o lesión.”*

Asimismo, se podría incumplir el ordinal 3 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, que regula el deber de probidad. Esto en virtud de que la contratación irregular podría dar al traste con que no se atendieran las necesidades colectivas de manera regular, en atención a que no se administraron los fondos públicos con apego al principio de legalidad, lo que produciría una transgresión al *deber de probidad*.

Es preciso tener presente que el deber de probidad se erige como uno de los baluartes centrales de la función pública, mediante el cual se impone a todos los servidores 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, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse 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 (artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública n° 8422 –en adelante LCLCEIFP-).

Dicho precepto refleja principios constitucionales y normas que, desde vieja data, guían el correcto ejercicio de la función pública; de tal manera que las actuaciones de sus servidores se ajusten a la legalidad, se garantice su imparcialidad, el trato igualitario a los usuarios, una atención, planificada, eficaz y eficiente y demuestren rectitud y buena fe (al respecto se puede ver del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, la resolución n° 22-F-TC-2104 de las 8:40 horas del 13 de marzo de 2014).

En el mismo sentido, se podría violentar la Ley General de Control Interno n° 8292; la cual en su numeral 8 delimita el concepto y los objetivos del control interno, la norma establece en el inciso a), que uno de los objetivos

del sistema de control interno es precisamente proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, objetivo que no se lograría en una contratación irregular, puesto que, se podría estar, por ejemplo frente a un supuesto en donde no se cumplieron a cabalidad determinados procedimientos de contratación administrativa que establece el ordenamiento vigente, produciéndose un uso irregular o indebido de los recursos públicos bajo el manejo del servidor público; con lo cual se incumpliría el inciso d) de dicha norma, en el sentido de que se indica que en todo momento debe cumplirse con el ordenamiento jurídico y técnico, lo cual no se daría en el caso concreto, pues se realizarían y cancelarían con fondos públicos contrataciones irregulares con proveedores a contrapelo de los procedimientos y trámites que se establecen en la LCA y el RLCA, por lo que se violentarían normas esenciales en materia de contratación administrativa.

Así también, es menester recordar que el artículo 10 del mismo cuerpo normativo, puntualiza que la responsabilidad de establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno recae sobre el jerarca y los titulares subordinados. Por su parte, el numeral 12 inciso a) señala que es un deber del jerarca y los titulares subordinados, velar por el adecuado desarrollo de la actividad del ente o del órgano a su cargo, lo que no se cumpliría en el caso de una contratación irregular, donde se actúa en detrimento de las normas de contratación administrativa supra indicadas. Así también el inciso b) del artículo en comentario, establece el deber de tomar de inmediato las medidas correctivas cuando se está en evidencia de una irregularidad, lo cual debería ser ponderado para cada caso en concreto.

A partir de este orden de ideas, se observaría un debilitamiento del sistema de control interno, en detrimento de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Control Interno, por cuanto esta señala que se generará responsabilidad administrativa para el jerarca y los titulares subordinados cuando “(...) incumplen injustificadamente los deberes asignados en esta Ley, sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios. El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa, cuando debiliten con sus acciones el sistema de control interno u omitan las actuaciones necesarias para establecerlo, mantenerlo, perfeccionarlo y

evaluarlo, según la normativa técnica aplicable (...)."

El sistema de control interno se encuentra compuesto por una serie de instancias, cada una de las cuales pretende intensificar el cumplimiento efectivo y en condiciones de legalidad, de los deberes de control y sana administración de los fondos públicos y de la Hacienda Pública que ha sido asignada para el cumplimiento de los fines trazados y las acciones para las cuales fueron destinados una serie de recursos en atención al interés que persigue la administración. El numeral 39 antes citado, establece que los titulares subordinados incurrirán en responsabilidad administrativa si incumplen injustificadamente los deberes asignados, cuando debiliten con sus acciones dicho sistema u omitan las actuaciones necesarias para establecerlo y mantenerlo.

Sobre este punto la Procuraduría General de la República ha indicado que: *"(...) Importa recordar que la Ley General de Control Interno sienta el principio de responsabilidad civil y administrativa no solo del jerarca y titulares subordinados sino de todo funcionario por el incumplimiento de los deberes en orden al control interno. Este control comprende las acciones de la Administración activa que tengan como objeto, entre otras la protección y conservación del patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, artículo 8 de dicha Ley. Patrimonio público constituido por los fondos públicos (incluidos créditos) y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública (artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República) (...) //Constituye un hecho generador de responsabilidad administrativa la omisión, el retardo, la negligencia o imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos que integran el patrimonio público, o la adopción de acciones dolosas contra su protección, independientemente de que se haya consumado un daño o lesión (...)"* (Dictamen n° C-076-2014 del 10 de marzo de 2014).

Todo este marco conceptual y de responsabilidad supra descrito, podría generar el debilitamiento del sistema de control por parte del funcionario que participe en una contratación irregular.

De la misma forma, se podría verificar una transgresión a los numerales

11 de la Ley General de la Administración Pública y 11 de la Constitución Política dado que la condición de funcionario público, implica un deber inexcusable de cumplir a cabalidad con lo que establece el ordenamiento jurídico, es decir, con el principio de legalidad y de rendición de cuentas por el ejercicio de sus funciones, tanto en la aplicación responsable de las normas sustanciales como procedimentales.

Sobre el principio de legalidad, mediante la sentencia n° 509-2001 de las 10:03 horas del 19 de enero de 2001, la Sala Constitucional señaló que el mismo significa que los actos de la Administración deben de conformarse con el ordenamiento jurídico; dicho principio también se conoce como el principio de juridicidad de la Administración, en la medida que las instituciones públicas solo pueden actuar si se encuentran habilitadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso. En consecuencia, sólo les es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma expresa y únicamente en la forma en que les está autorizado hacerlo.

Del mismo modo, habría que confrontar la conducta del servidor en la contratación irregular, de frente al numeral 213 de la LGAP, que establece que a la hora de apreciar el presunto vicio, deberán tomarse en cuenta – entre otras condiciones posibles- la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones -en relación al presunto vicio-, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.

## IV. Algunas consideraciones orientadoras respecto a la responsabilidad civil y disciplinaria

Ahora bien, es oportuno aclarar que de conformidad con el ordenamiento jurídico, cabe cuestionarse si es posible responsabilizar civilmente tanto a los contratistas como a los funcionarios que participaron en la contratación irregular.

El presente documento, como lo indica su título, se avocará solo a la perspectiva de los servidores. No obstante, antes es necesario hacer algunas precisiones respecto al tema de los contratistas<sup>5</sup>.

Pareciera que el modelo de la normativa sectorial, fue concebido para que, a partir de la presunción legal de que se ha irrespetado el deber de verificación de los procedimientos –artículos 21 de la LCA y 218 del RLCA-, en primera instancia se sancione<sup>6</sup> dicho incumplimiento normativo bajo el siguiente razonamiento dual:

### 1. Responsabilidad civil para los contratistas

Como ya se explicó consiste en indemnizar al contratista, pero dejándole de pagar el lucro del monto de su oferta.

Aquí se debe apuntar que en materia sancionatoria, donde la interpretación debe ser restrictiva, la lectura de los numerales 99, 100 y 100 bis de la LCA, pareciere hacer concluir que no sería posible apercibir y/o inhabilitar a un proveedor que suministró un bien o servicio mediante una contratación irregular. Esto, por cuanto se estima que el actual diseño sancionatorio que efectuó el legislador, podría tener oportunidades de mejora para ser más

<sup>5</sup> En algunos supuestos, podría surgir la duda de si cabe acuñar el concepto “contratista” respecto a una persona que sin concurso, procedimiento o documento alguno –más que la factura-, simplemente no se le pagó un precio, sino una indemnización. De ahí que según el supuesto fáctico, se podría estar en presencia de una circunstancia que más se aproxima a poder afirmar que se adjudicó a una persona sin procedimiento alguno, y no a catalogar a la persona como un contratista ordinario de la Administración Licitante; no obstante, se usa el concepto contratista por cuanto es el que maneja la normativa sectorial.

<sup>6</sup> Si cabe el término “sanción”, por cuanto podría ser opinable si se considera sanción o no el no pago del lucro.

versátil y adecuado a la realidad del mundo globalizado en el que vivimos. Lo anterior debido a que se estima que la experiencia en procedimientos sancionatorios indica que ciertos supuestos normativos se han quedado cortos como para poder sancionar algunos otros comportamientos anómalos de los contratistas, algunas normas son poco precisas o que el ámbito o radio de acción de algunos incisos es muy limitado.

No obstante, no estaría tan lejano de la realidad analizar si al contratista que lucró de fondos públicos irrespetando la normativa de compras públicas, se le podría apercibir, en el tanto previamente se tenga por acreditado en el expediente sancionatorio<sup>7</sup>, que anteriormente dicha persona ya ha incurrido en una contratación irregular; esto por haber afectado reiteradamente, el normal desarrollo de los procedimientos de contratación. Incluso, si se apercibiere en esos términos y dentro de los tres años siguientes reincidiere en la misma conducta, con idéntico bien o producto, a partir del inciso a) del artículo 100 de la LCA, se podría valorar su inhabilitación para ofrecer el mismo bien o producto objeto del contrato por el que fue previamente sancionado. Lo anterior, claro está, a partir de un amplio y afinado desarrollo de motivaciones fácticas y jurídicas para el caso en concreto.

### 2. Responsabilidad administrativa para los funcionarios

Bajo el mencionado enfoque ordinario, habiéndosele endilgado la responsabilidad civil al contratista(s), a los funcionarios se les aplicaría el régimen disciplinario de cada órgano u ente, según el numeral 98 de la LCA; entre otros, se podrían considerar al efecto los artículos 96 inciso h); 96 bis inciso a), y por supuesto, la regulación que expresamente habla de promover una contratación irregular: artículo 96 bis inciso d), todos de la LCA.

Lo anterior por supuesto, sin olvidar que la normativa especial expresamente indica en el numeral 94 de la LCA y 220 del RLCA, que las responsabilidades no son excluyentes, por lo que por un mismo hecho no cabe alegar el non bis in idem (entre muchas otras, ver la sentencia de la Sala Constitucional n° 1265 de 1995) un servidor puede ser disciplinado administrativamente y responsabilizado penal y civilmente.

<sup>7</sup> Por ejemplo con una certificación de la Administración que acredite que la persona oficiosamente –o ante una prevención- devolvió el monto correspondiente al lucro por cuanto reconoce tácitamente que intervino en una contratación irregular.

Esto sin detrimento, de que en el marco de la potestad sancionatoria del órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superior de Costa Rica<sup>8</sup>: la Contraloría General de la República, instruya un procedimiento y resuelva separar temporalmente a un servidor de la Hacienda Pública por un plazo de 2 a 8 años según la gravedad de la causa que se acredite en el expediente previo debido proceso; lo anterior por acreditarse que se pierde la idoneidad a la que refiere el numeral 192 de nuestra Carta Magna. Esto por mandato del numeral 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República n° 7428 –LOCGR-. Sanción que sería inscrita en el respectivo Sistema de Registro de Sanciones de la Hacienda Pública –SIRSA-, que encuentra fundamento en lo dispuesto en los artículos 183 y 184 constitucionales, así como los 12 y 24 de la LOCGR<sup>9</sup>.

## V. Responsabilidad civil del servidor público respecto a las contrataciones irregulares

No obstante lo anterior, es posible que en el ejercicio de sus potestades, en determinadas circunstancias de tiempo y espacio, la Administración Pública determine que lo procedente ante determinada coyuntura es incoar un procedimiento administrativo de responsabilidad disciplinaria y civil solo contra determinados servidores públicos sin la participación del contratista. Y bajo ese enfoque es en el que se procede a analizar en qué supuestos sería aplicable la responsabilidad civil solidaria, de funcionarios que participen en contrataciones irregulares.

A ellos, su posición les obliga a apreciar los vicios que éstas podrían contener; de lo contrario, estarían actuando de una manera negligente, al margen de lo prescrito en los numerales 21 de la LCA y 218 del RLCA. Y, por ejemplo, en supuestos de circunstancias en donde se haya prescindido de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación, también se podrían estar vulnerando los numerales 80 de la LCA y 135 y 140 del RLCA.

<sup>8</sup> Ver artículos 1, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República n° 7428.

<sup>9</sup> Valga señalar que la validez, funcionamiento y administración del SIRSA ha sido validado por la Sala Constitucional mediante sentencia n° 2013-11454, de las 15:05 horas del 29 de agosto de 2013 y por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda mediante sentencia N° 35-2014-VI de las 08:30 horas del 10 de marzo de 2014.

El numeral 21 de la LCA, establece un deber general de verificación sobre la legalidad de los procedimientos, el cual es consustancial **tanto al contratista como a los funcionarios** públicos que participan en los procedimientos de contratación.

El Tribunal Contencioso Administrativo, sobre la aplicación de esta norma, ha indicado que "(...) *La potestad de verificación y corrección de la contratación administrativa es una potestad indeclinable de la Administración Pública, en orden a lo establecido por los preceptos 59 y 66 de la LGAP. No podría sostenerse la negación de la responsabilidad pública en verificar la corrección de los procedimientos. El citado canon 21 no puede tenerse como una norma que imponga esa carga solo al contratista, entendiendo que por tal está obligado a indicarle a la Administración que está actuando de manera indebida. Una interpretación en esa línea llevaría a supuestos en los que la Administración se beneficia de su propia inercia, de su descuido y hasta de su propia ineficiencia, aspecto que con claridad, no puede cohonestarse. La correcta comprensión de ese mandato estriba en la carga bilateral de buscar el apego a los procedimientos, carga que en el caso de la Administración, aún ante la ausencia de una norma como la comentada, sería de principio. Así las cosas, la contratación irregular no puede asimilarse en todos los casos a una responsabilidad por funcionamiento normal o conducta lícita, pues en determinadas hipótesis ocurre todo lo opuesto, sea, un descuido público, actos inválidos o deficiencias de trámite que desembocan en infracción de normas, principios y procedimientos, ergo, en conductas ilícitas o funcionamiento anormal, sea por prestación defectuosa, tardía u omisión. (...)*" (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI sentencia n° 168-2011 de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011).

A partir de lo anterior vemos que para el Tribunal la presunción de responsabilidad por acaecer una contratación irregular trae aparejada una responsabilidad compartida tanto del contratista como de la Administración Licitante.

De ahí que si se llega a acreditar la existencia de un nexo de causalidad directo entre las conductas de los funcionarios y una afectación de carácter patrimonial que fue causada a la Hacienda Pública, se podría responsabilizar civilmente a los servidores. Tómese en cuenta que parte de

los presupuestos de una contratación irregular es la actuación de buena fe y que los bienes y servicios contratados hayan sido recibidos a satisfacción y que se encuentran funcionando de manera correcta, es decir, con provecho para la Administración; pero no obstante lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el numeral 218 del RLCA, se podría producir un pago irregular en el tanto se constate que los investigados gestionaron una cancelación por el 100% de los montos cotizados y facturados, sin descontar el monto del lucro, o bien, en caso de no poderse acreditar el mismo por no contar con un desglose de los elementos de la oferta<sup>10</sup>, echando mano a la presunción respecto a que el mismo se estimará en un 10%.

Dicho pago por la totalidad de los montos dispuestos por el proveedor, se produce de una manera indebida, negligente e irregular por parte de los funcionarios, es decir con culpa grave, y en perjuicio directo de los fondos públicos sobre los cuales debieron ejercer su vigilancia de una forma diligente los investigados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 218 párrafo segundo del RLCA.

El deber de observancia de la normativa de contratación administrativa es mayor, conforme sea mayor el grado de jerarquía de los funcionarios, conforme a lo previsto por la Ley 8131, artículo 108, inciso b), el cual prescribe que *“todo servidor público responderá, administrativa y civilmente, por el desempeño de sus funciones, deberes y atribuciones asignados al cargo, cuando en su conducta medie dolo, culpa o negligencia, sin perjuicio de las responsabilidades penales. Para tal valoración, se tomarán en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes: b) El rango y las funciones del servidor. Se entenderá que a mayor jerarquía y complejidad de las tareas, mayor será el deber de apreciar la legalidad y conveniencia de los actos que se dictan o ejecutan.”*

Entonces podemos concluir, que ante un supuesto donde no se han seguido los procedimientos previstos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, deviene imperiosa una sanción o consecuencia de responsabilización tal y como lo ha señalado la Sala I de la Corte Suprema

<sup>10</sup> Según el numeral 26 del RLCA, aparte de ser obligatorio para de servicios y obra este desglose de la oferta, la Administración podría exigirlo en sus carteles para otros objetos contractuales; y si no lo reguló en el cartel, igual dicho numeral la habilita para “solicitar información adicional atinente al cálculo de los precios contemplados en la oferta, cuando ello resulte necesario”.

de Justicia<sup>11</sup>. Y esa inteligencia no podría avanzar en sentido contrario, siendo que tornaría nugatorio todo el sistema de compras públicas de Costa Rica.

Si bien no es objeto de este artículo, interesa al menos aclarar que no es de recibo la tesis de algunos operadores jurídicos, respecto a que de frente a los procedimientos de responsabilidad administrativa tramitados por la Contraloría General de la República, resulte necesaria la declaratoria judicial previa como condición o requisito para que proceda el cobro de la responsabilidad civil imputada a nivel administrativo; y esto por dos razones muy claras.

Primero, por cuanto ya lo ha resuelto claramente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en funciones de Tribunal de Casación al indicar en la sentencia 000079-F-TC-2017 de las 9:15 horas del 15 de junio de 2017, lo siguiente: *“...que exista nulidad decretada previamente, sea por la propia CGR o por autoridad judicial, según los supuestos de los numerales 68 de la LOCGR y 173 de la LGAP, sobre determinado acto lesivo a la Hacienda Pública no es requisito sine qua non para ejercer válidamente el régimen sancionatorio contra el servidor público responsable de esa conducta u omisión dañosa. La exégesis del propio precepto 68 de la LOCGR es clara en ese sentido, y del entramado de normas de ese cuerpo legal se colige claramente que no condicionan o subordinan uno y otro procedimiento, sino que ambos son plenamente independientes entre sí y diferenciables en cuanto su objeto y alcances. De manera que, en el subjúdice, erró el Tribunal al anular todo lo actuado en el procedimiento sancionatorio seguido contra el actor, ello bajo el argumento de que no cabía sancionarle por actos administrativos que aún no habían sido invalidados mediante sentencia dictada por la autoridad jurisdiccional competente [...]”<sup>12</sup>.*

Y como una segunda razón, se ha de indicar la siguiente consideración. Ordinariamente es muy extraño encontrarse frente a un supuesto de

<sup>11</sup> Ver sentencia de la Sala I n° 121-F-S1-2011 de las 8:35 horas del 8 de febrero de 2011. En igual sentido puede verse la sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda n° 965-2009 de las 10:54 horas del 15 de mayo de 2009 y la del Tribunal Contencioso Administrativo n° 100 de las 16:27 horas del 30 de octubre de 2009.

<sup>12</sup> En igual sentido ver resolución 3-F-TC-2018 de las 9:00 horas del 18 de enero de 2018 de magistrados de la Sala I en funciones de Tribunal de Casación.

declaración de nulidades previas, sino que se parte de contratos que ya desplegaron sus efectos y los servicios o bienes ya fueron recibidos a satisfacción, pero no fueron instrumentados por las formas, bajo los presupuestos, trámites o procedimientos correctos; hecho fundamental que genera la responsabilidad civil, consistente en la eventual recuperación del monto del lucro de la oferta que se giró a los contratistas, si es que la Administración no lo dedujo oportunamente, por cuanto realizó un giro del 100% de la suma cobrada, cuando en realidad correspondía rebajar el lucro, al tratarse de una contratación irregular. Y en tal caso, procedía un reconocimiento a título de indemnización por un 90% de la suma cobrada. Así las cosas, en dichos supuestos operaría una responsabilidad civil en forma solidaria respecto a los investigados<sup>13</sup>.

Precisamente por lo anterior es que la normativa especial buscó regular en el numeral 218 del RLCA –el cual tiene su acervo en el artículo 21 de la LCA-, las consecuencias prácticas de estar frente a una contratación irregular, para que una vez acreditados los presupuestos de la mismas, simplemente se aplican las regulaciones de la normativa sectorial; y en lugar de buscar ordinariamente la tramitación de procedimientos tendientes a la anulación de ciertas conductas de contratación administrativa –con toda la *ineficiente*<sup>14</sup> administración de fondos públicos que esto implicaría-

<sup>13</sup> Al respecto se puede ver la resolución n° 17469 –DC/0454- (R-DC-118-2016) de las 12:00 horas del 23 de diciembre de 2016 de la Contralora General de la República.

<sup>14</sup> Respecto a la efectividad en la debida administración de fondos públicos, es oportuno recordar que la misma está contenida en el amplio concepto del **Derecho a una Buena Administración**, el cual se puede constituir en una gran herramienta para la correcta fiscalización de la actividad estatal por parte de los ciudadanos, quienes son los legítimos detentadores de la soberanía nacional; respecto a este “Derecho a la Buena Administración”, entre otros se pueden ver los artículos 11, 140, inciso 8 -deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”-, 139, inciso 4 - “buena marcha del Gobierno”- y el 191 -“eficiencia de la administración”- de la Constitución Política de Costa Rica; artículos 4, 225, párrafo 1° y 269, párrafo 1° de la LGAP, el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -conocida como la Carta de Niza-, los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno que fue gestado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –CLAD- (respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, noviembre de 2006), la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública” del CLAD, (Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013; esto 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) y las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica n° 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, 15692-2015 de las 9:05 horas del 7 de octubre de 2015, 5895-2015 de las 14:30 horas del 28 de abril de 2015, 4295-2015 de las 9:30 horas del 27 de marzo de 2015 y 3977-2015 de las 9:05 horas del 20 de marzo de 2015 y del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, las sentencias n° 9-2016-IV de las 13:20 horas del 20

simplemente se procede a deducir el lucro de la oferta y a pagar el rubro a suerte de indemnización.

Lo anterior por cuanto en materia de contratación administrativa, la ejecución de los actos hace que, desde un punto de vista jurídico, no siempre es factible su retroacción, por cuanto el contrato ya ha desplegado sus efectos y las prestaciones ya han sido ejecutadas<sup>15</sup>.

Conviene traer a colación el numeral 114 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos n° 8131, el cual establece que todo servidor público será responsable civil por los daños y perjuicios que ocasione, por dolo o culpa grave, a los órganos y entes públicos, independientemente de si existe con ellos relación de servicio. Tal responsabilidad se regirá por la Ley General de la Administración Pública y podrá surgir, sin que esa enumeración sea taxativa, por la comisión de alguno de los hechos contemplados en los artículos 110<sup>16</sup> y 111 -Delito informático- de la

de enero de 2016 y la n° 33-2013-IV de las 14:45 horas del 23 de abril de 2015.

<sup>15</sup> Al respecto ver resolución n° R-DC- 111-2015 (DC/334 -12502-) de las 13:00 horas del 01 de agosto de 2015 de la Contralora General de la República.

<sup>16</sup> **ARTÍCULO 110.- Hechos generadores de responsabilidad administrativa.** Además de los previstos en otras leyes y reglamentaciones propias de la relación de servicio, serán hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que puedan dar lugar, los mencionados a continuación:

- La adquisición de bienes, obras y servicios con prescindencia de alguno de los procedimientos de contratación establecidos por el ordenamiento jurídico.
  - La omisión, el retardo, la negligencia o la imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio público o la adopción de acciones dolosas contra su protección, independientemente de que se haya consumado un daño o lesión.
  - El suministro o empleo de la información confidencial de la cual tenga conocimiento en razón de su cargo y que confiera una situación de privilegio que derive un provecho indebido, de cualquier carácter, para sí o para terceros, o brinde una oportunidad de dañar, ilegítimamente, al Estado y demás entes públicos o a particulares.
  - El concurso con particulares o funcionarios interesados para producir un determinado resultado lesivo para los intereses económicos de la Administración Pública, o el uso de maniobras o artificios conducentes a tal fin, al intervenir, por razón de su cargo, en la adopción de un acto administrativo, la selección de un contratista o la ejecución de un contrato administrativo.
  - El empleo de los fondos públicos sobre los cuales tenga facultades de uso, administración, custodia o disposición, con finalidades diferentes de aquellas a las que están destinados por ley, reglamento o acto administrativo singular, aun cuando estas finalidades sean igualmente de interés público o compatibles con los fines de la entidad o el órgano de que se trate.
- Asimismo, los funcionarios competentes para la adopción o puesta en práctica de las medidas correctivas serán responsables, si se facilita el uso indebido, por deficiencias de control interno que deberían haberse superado razonable y oportunamente.
- La autorización o realización de compromisos o erogaciones sin que exista contenido económico suficiente, debidamente presupuestado.
  - La autorización o realización de egresos manifiestamente innecesarios, exagerados o superfluos.

presente Ley n° 8131. Interesa destacar esta regulación en cuanto a que no solo generará responsabilidad civil lo que se indique en dicha norma, por lo que se habilita una lista abierta de supuestos en donde se le puede responsabilizar civilmente a un funcionario público.

Y si cotejamos lo anterior con la regulación de las consecuencias económicas que contiene la norma especial, a saber, el numeral 218 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se logra llegar a una premisa que podría no tener tantos detractores:

Por el *deber de probidad* –artículo 3 de la ley n° 8422- se espera que todo servidor público (y como vimos, con mucho más énfasis un jerarca) verifique que la gestión en la que participa, esté apegada al bloque de legalidad, y en caso de tener duda, que acuda a las personas competentes para expresarle sus inquietudes antes de tramitar positivamente el asunto. Pero si a pesar de lo anterior la persona procede a pagar la totalidad del precio de la contratación irregular sin descontar el respectivo monto de lucro, esto le resta a la Administración Pública la posibilidad de utilizar dichos fondos públicos para otras necesidades.

Es decir, su conducta, ya sea dolosa o culposa, le privó a la Administración

- 
- h) Las actuaciones simuladas o fraudulentas en la administración, el manejo y la custodia de bienes o fondos públicos.
  - i) El endeudamiento al margen de lo preceptuado por el ordenamiento jurídico aplicable.
  - j) El incumplimiento total o parcial, gravemente injustificado, de las metas señaladas en los correspondientes proyectos, programas y presupuestos.
  - k) La aprobación o realización de asientos contables o estados financieros falsos.
  - l) El nombramiento de un servidor con facultades de uso y disposición de recursos públicos, que no reúna las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico o los manuales y las reglamentaciones internas, o darle al servidor posesión del cargo sin rendir previamente la caución que ordena esta Ley.
  - m) El ingreso, por cualquier medio, a los sistemas informáticos de la Administración Financiera y de Proveeduría, sin la autorización correspondiente.
  - n) Obstaculizar el buen desempeño de los sistemas informáticos de la Administración Financiera y de Proveeduría, omitiendo el ingreso de datos o ingresando información errónea o extemporánea.
  - ñ) Causar daño a los componentes materiales o físicos de los aparatos, las máquinas o los accesorios que apoyan el funcionamiento de los sistemas informáticos de la Administración Financiera y de Proveeduría.
  - o) Apartarse de las normas técnicas y los lineamientos en materia presupuestaria y contable emitidos por los órganos competentes.
  - p) Causar daño, abuso o cualquier pérdida de los bienes en custodia que reciba un funcionario público, cuyas atribuciones permitan o exijan su tenencia y de los cuales es responsable.
  - q) Permitir a otra persona manejar o usar los bienes públicos en forma indebida.
  - r) Otras conductas u omisiones similares a las anteriores que redunden en disminución, afectación o perjuicio de la Administración Financiera del Estado o sus instituciones.

del monto correspondiente al lucro de la plica, ya que el servidor público propició que se girara el respectivo monto presupuestario, generando así un pago indebido. Entonces, el monto que se le podría responsabilizar civilmente al funcionario (s) sería el equivalente a ese lucro que debió abstenerse de pagar pero no lo hizo.

Y sin que este artículo pretenda ser una lista taxativa de supuestos, se podría pensar en otra circunstancia que generaría responsabilidad civil al funcionario público frente a una contratación irregular: Cuando teniendo conocimiento de que no se descontó el lucro del pago del 100% del precio ofertado por el contratista, los servidores competentes no ordenan incoar los respectivos procedimientos para que se recupere ese monto del lucro en el plazo de ley, es decir, que su inercia generaría que prescriba el plazo para poder gestionar la recuperación de la indebida erogación de esos presupuestos públicos.

Si la conducta administrativa que se le endilga al investigado solo tuvo participación de él (responsabilidad individual), no habría mayor complejidad en determinar que la totalidad de la responsabilidad civil sería de esta persona, no obstante, vamos a realizar algunas consideraciones respecto a los supuestos en donde participa más de un funcionario (responsabilidad plural) en las mencionadas acciones u omisiones.

## VI. Responsabilidad civil solidaria de funcionarios públicos

Es claro que a lo largo del proceso de las diversas modalidades o procedimientos de contratación administrativa, en una organización ordinaria de la Administración Pública (ya sea que esta cuente con muchos o pocos funcionarios), desde la etapa de planificación hasta que el contrato llega normal o anormalmente a su fin –ejecución-, es común que vaya a participar más de un funcionario; por lo que podría suceder que ante una contratación irregular que es el supuesto bajo análisis, hayan tenido participación dos o más personas.

Luego de la entrada en vigencia de la Ley de la Administración Financiera

de la República y Presupuestos Públicos n° 8131 el 16 de octubre del 2001 -LAFRPP-, existe el artículo 116 que proporciona una gran claridad en cómo proceder para este supuesto, por cuanto señala que la responsabilidad será **solidaria** cuando los responsables por un mismo acto sean varios, su grado de participación en los hechos causantes del daño o perjuicio sea equivalente o se trate de miembros de un órgano colegiado si el daño se deriva de un acuerdo adoptado por ellos, salvo que conste, de manera expresa, su voto negativo.

Así, la responsabilidad de carácter solidario de los investigados podría derivar de su participación común en la planificación, tramitación, formalización, ejecución y/o posterior pago efectivo –no se habla de un lista taxativa de supuestos- de los trámites de compra, a partir de lo dispuesto en los artículos 110 inciso a), 114 y 116 de la LAFRPP. Por su parte, el numeral 210 de la LGAP establece que: “1. El servidor público será responsable ante la Administración por todos los daños que cause a ésta por dolo o culpa grave, aunque no se haya producido un daño a tercero. / 2. Para hacer efectiva esta responsabilidad se aplicarán los artículos anteriores, con las salvedades que procedan. / 3. La acción de recuperación será ejecutiva y el título será la certificación sobre el monto del daño expedida por el jerarca del ente respectivo”.

De ahí que la responsabilidad patrimonial que se declare en la respectiva resolución, constituye título ejecutivo por disposición de ley para efectos de realizar las posteriores gestiones de cobro procedentes en contra de las personas investigadas.

Respecto a las últimas oraciones del citado numeral 116 de la ley de rito, sobra reiterar la importancia de salvar el voto o hacer constar por escrito la disconformidad respecto al acto o conducta de que se trate.

Quepa aquí señalar, que lo anterior puede traer consigo la siguiente buena práctica que describimos con ejemplos: Si en una comisión de recomendación de adjudicaciones, o bien, en la adjudicación de un contrato público por parte de un órgano colegiado competente, algún integrante tiene alguna duda, a partir del citado *deber de probidad*, debe tener muy presente que como funcionario público, de él se espera que la manifieste

e indique que no concurrirá en su voto hasta que la misma le haya sido despejada motivadamente a satisfacción.

Resulta oportuno destacar que si la duda o elemento del contrato que se debe analizar es de alguna rama de la técnica, arte, ciencia o afín –ver numeral 16 de la LGAP- ajena a sus conocimientos, lo más prudente es que gestione apoyo institucional o personal, para que se tramite la respectiva consulta a algún conocedor de la materia. Lo anterior diría que bajo un sentido de la lógica de un hombre promedio, en caso de tener duda, no se debe optar por administrar los fondos que no son propios ni privados –son fondos públicos de los contribuyentes del país- de una manera riesgosa, de forma que lo haga concluir que frente a esas interrogantes sin ser contestadas convincentemente y por escrito en el expediente, se incline por concurrir positivamente con su voto.

O bien, si la persona está clara en que no está de acuerdo en cómo se recomendará parcial o totalmente determinada recomendación de adjudicación, pues resulta imperioso que documente –ojalá dentro del expediente administrativo- el motivo por el cual no concurre en su voto afirmativo para determinado acto.

Volviendo al tipo de responsabilidad civil, pareciere sencilla la ecuación si se tratare de la participación de varias personas en un órgano colegiado o que se pueda equiparar la participación de ellas respecto al acto generador del daño.

Para el supuesto que en principio pareciera no haber regulación expresa ni en la LCA ni su reglamento, ni en la LGAP ni en la ley n° 8131, es para cuando hubo participación de varios sujetos, pero no actuaron ni colegiadamente ni su conducta -constitutiva de un ilícito administrativo- resulta equiparable.

Precisamente en este punto relativo de si es procedente la responsabilidad solidaria, o bien, algún otro tipo de responsabilidad (por ejemplo, mancomunada o subsidiaria), es donde resulta opinable la cuestión.

Siendo que al supuesto objeto de estudio en este artículo no incluye el análisis respecto a si resultaría aplicable la responsabilidad subsidiaria, él mismo no será incluido.

No obstante el artículo sólo refiere a la responsabilidad solidaria, nos limitaremos a referenciar una aproximación conceptual de la responsabilidad mancomunada o individualizada de la siguiente forma.

En materia de responsabilidades de carácter civil, la separación de patrimonio y de responsabilidad, es el principio que rige y aplica en forma general y directa.

Como norma general, refiere a que la regla es la no presunción de la responsabilidad solidaria, en donde la misma sólo cabe por pacto expreso (solidaridad negocial por ejemplo), o bien, para lo de interés de este análisis, por ley. Por lo que en principio, la responsabilidad será separada o fragmentada, en virtud del principio de separación de responsabilidades. Por esto, para que exista responsabilidad solidaria, debe haber reserva de ley.

Mediante la sentencia n° 12423-2015 de las 9:05 horas del 12 de agosto de 2015, la Sala Constitucional rechazó de plano la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 35 párrafo final de la Ley n° 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que establece responsabilidad solidaria entre distintas personas que laboran en la actividad comercial, respecto a violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor. En lo que interesa, indicó que es competencia del legislador y no del constituyente, determinar cuándo cabrá responsabilidad solidaria.

Es decir, el Tribunal constitucional indicó que es viable que el legislador regule excepciones a este principio de separación de responsabilidades.

Sin perder de vista esta premisa, y según fuere interpretada esta reserva de ley, se estima que podrían caber dos supuestos.

1- El primero donde se diría que tratándose de los indicados supuestos fácticos no cubiertos por el numeral 116 de la LAFPP y siendo que en la normativa sectorial de compras públicas y de la LGAP no existe una norma de alguna ley que establezca responsabilidad solidaria para ese supuesto, pues habría un impedimento para determinar la responsabilidad solidaria, por lo cual resultaría necesario individualizar el grado o porcentaje de responsabilidad civil respecto a cada servidor, es decir, resultaría aplicable

el principio respecto a que se debe determinar la responsabilidad de forma separada para cada persona, es decir, la responsabilidad mancomunada.

2- Y el segundo supuesto que se busca analizar, es donde a partir del Principio de la Plenitud Hermética del Ordenamiento y de la supletoriedad que regula el derecho administrativo general, en el artículo 9 de la LGAP, sí se cumple este presupuesto de la reserva de ley al echar mano al numeral 1046 del Código Civil, veamos.

En algún momento podría caber el cuestionamiento respecto a que a partir de la supletoriedad que regulan los artículos 3 de la LCA y 4 del RLCA, sería necesario llenar el vacío con las regulaciones al efecto de la LGAP – artículos 205 y 210 entre otros-. No obstante, como veremos, las mismas no son de aplicación para supuestos como el comentado, por lo cual, bajo la supletoriedad que ordena el numeral 9 de la LGAP, para determinadas circunstancias fácticas de *responsabilidad extracontractual por una actuación ilegítima o ilícito administrativo* (que consistió en dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico), se podría echar mano a la regulación del derecho común, concretamente, al numeral 1046 del Código Civil, que regula que si hay una conducta ilícita en la que dos o más personas concurren para ocasionar un daño, la responsabilidad es solidaria.

Así, la interrogante respecto a cuándo hubo participación de varios sujetos, pero no actuaron ni colegiadamente ni su conducta resulta equiparable, estaría siendo despejada: Para esos servidores, la responsabilidad civil sería *solidaria*, en donde no sería necesario individualizar la participación y el grado de responsabilidad civil de cada una de esas personas; es decir, que no serían de aplicación las regulaciones de los numerales 203 a 210 de la LGAP.

Este análisis respecto a la norma aplicable para determinar el tipo de responsabilidad civil de un servidor quien es responsabilizado civilmente, ya fue desarrollado en firme y de forma amplia por la jurisdicción contenciosa administrativa y civil de hacienda en tres instancias distintas: el Juzgado, el Tribunal Contencioso Administrativo de alzada y la Sala I de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior en el marco de la revisión de la responsabilidad civil solidaria de varios funcionarios, impuesta en firme dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio instruido por la

Contraloría General de la República. Por lo valioso del análisis, se procede a parafrasear lo de interés.

Mediante sentencia n° 203-2012 de las 7:30 horas del 27 de enero de 2012, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, procedió a revisar varias normas en busca de regulación de la responsabilidad civil solidaria de servidores públicos. Concluyó que en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República n° 7428 no había norma alguna. Continuó señalando que el artículo 74 de esa Ley (hoy modificado tácitamente), refiere a que el régimen de responsabilidad civil, por daños causados a los sujetos pasivos o a terceros, será el establecido en el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en esa ley orgánica y en la Ley General de Administración Pública.

Valga reseñar que ni esos artículos ni los siguientes de ese cuerpo normativo, hacen mención expresa a la solidaridad de la responsabilidad civil; en igual sentido, como lo señalaban los actores del referido proceso judicial, tampoco la Ley General de la Administración Pública dispone algo respecto a la solidaridad de los servidores frente a la Administración (artículo 210). Sin embargo, la LAFRPP, sí contempla en el Título X, a partir del artículo 107, un detallado y amplio régimen de responsabilidad administrativa y civil del funcionario público, disponiendo en el artículo 114 que todo servidor público será responsable civil por los daños y perjuicios que ocasione, por dolo o culpa grave, a los órganos y entes públicos, independientemente de si existe con ellos relación de servicio.

Tal responsabilidad indica se regirá por la Ley General de la Administración Pública –LGAP- y podrá surgir, sin que esa numeración sea taxativa, por la comisión de alguno de los hechos contemplados en los artículos 110 y 111 de esa Ley. Luego el Juzgado destaca la claridad del artículo 116 de la citada LAFRPP, respecto a cuándo procede la responsabilidad solidaria.

Sin embargo, esta última normativa no podía ser aplicada al caso concreto de los actores del comentado proceso contencioso administrativo, dada la fecha de comisión de los hechos que dieron origen a la responsabilidad civil, por cuanto la LAFRPP no se encontraba vigente y tampoco les fue intimada expresamente. ¿Significa ello que llevaban razón los actores en su

planteamiento de improcedencia de la responsabilidad civil solidaria por el anterior motivo? No, aclara el Juzgado; por cuanto si acudimos a las reglas de la remisión e integración que la propia LGAP dispone en su artículo 9, según el cual el ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otras ramas del derecho.

Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios. Para el caso analizado, el Juzgado explica que entonces, acudiendo a la normativa civil y considerando que los actores con su conducta habían cometido lo que el Despacho califica como un “ilícito administrativo” –dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico- y dado el principio recogido por el artículo 1046 del Código Civil -tratándose de responsabilidad civil extracontractual-, respecto a que cuando dos o más sujetos contribuyen, con su conducta culpable, a la gestación de un daño, cada uno se convierte en codeudor solidario frente al damnificado, se puede concluir que la responsabilidad civil de los servidores sería solidaria.

Los actores apelaron la sentencia, y el anterior razonamiento fue confirmado mediante resolución n° 47-2013-I de las 7:30 horas del 31 de mayo de 2013 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I.

Y sendos razonamientos fueron impugnados ante la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, quien mediante sentencia n° 000967-F-S1-2015 de las 8:40 horas del 20 de agosto de 2015, los confirmó y en lo que interesa señaló lo siguiente.

Los casacionistas aducían que no resultaba aplicable el artículo 1046 del Código Civil –CC- ya que la LGAP en los cánones 203 al 210 regulan lo pertinente en cuanto a la distribución de responsabilidad del funcionario ante la Administración. La Sala I hizo notar que tal articulado forma parte de la Sección Segunda, -De la Distribución Interna de Responsabilidades- del Capítulo Segundo -De la Responsabilidad del Servidor Público-, del Título Séptimo, -De la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público-, de la ley de cita. Como lo indica el título de la Sección Segunda, lo que se regula es la distribución interna de responsabilidades, aspecto distinto al debatido en el proceso. Lo que norma son aquellos casos cuando

la Administración hubiera pagado a un tercero el detrimento sufrido en virtud del dolo o culpa grave de uno o varios de sus servidores. Sea, se está ante la repetición de lo pagado por ella, que se dirige contra el funcionario o funcionarios culpables (precepto 204 ibídem). El cardinal siguiente (205), dispone que, las responsabilidades se deben distribuir cuando el menoscabo hubiere sido producido por la Administración y el servidor (es) culpable (s), de conformidad con el grado de participación de cada quién.

Por su parte, el caso de análisis era distinto indicaron los magistrados, no se estaba frente a daños y perjuicios causados a un tercero, sino de un detrimento sufrido por la Administración en razón del accionar de sus funcionarios, a quienes se les sancionó por dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico con incidencia patrimonial.

Lo anterior, continuó señalando la Sala I, constituye un ilícito administrativo, que al no estar regulado en la normativa de esta rama del derecho, entonces se tuvo que acudir, de consuno con lo dispuesto en el canon 9 de la LGAP, al derecho privado, concretamente al artículo 1046 del CC.

Sobre el particular, dicha Cámara compartió lo indicado por el Tribunal cuando señaló que el Juez de instancia aplicó bien la responsabilidad solidaria de unos exdirectores y un exgerente, con base en una integración del artículo 9 de la Ley General de la Administración Pública con el numeral 1046 del Código Civil, para confirmar la condena solidaria a los actores.

Se resolvió que dicha integración normativa, que sirvió de base para condenar a los actores de manera solidaria, fue acertada y los impugnantes no aportaron un argumento válido que desvirtuara el criterio emitido por el Juzgado.

Además se indicó era improcedente la afirmación de los actores en el sentido de que la responsabilidad solidaria es una figura aplicable cuando se ocasiona un daño a un tercero ajeno a la Administración de acuerdo al artículo 210 de la Ley General de la Administración Pública, ya que ese numeral no es de aplicación en este caso concreto.

Se recalcó, lo primordial en la especie, es que el cardinal 210 de la LGAP

no resulta aplicable, ya que regula un supuesto distinto al discutido en el proceso. Igualmente, que el ordenamiento jurídico administrativo se integró con el privado (regulación 1046 del CC) de acuerdo con lo preceptuado en el canon 9 ibídem, puesto que no hay norma administrativa.

En consecuencia, contrario a lo argüido por el casacionista, la Sala I concluyó que no era necesario individualizar la participación de cada uno de los funcionarios, ni establecer su grado de culpa.

Abundando en razones, el fallo señala que la responsabilidad civil solidaria que se impuso, no lo fue porque la Administración hubiera reparado daños y perjuicios causados a un tercero, por su dolo o culpa, **sino ante el detrimento patrimonial sufrido por aquella, en razón de la actuación ilegítima** del recurrente, como miembro de un banco estatal.

## VII. Conclusiones

Ante una contratación irregular en donde el funcionario pagó el 100% del monto del precio y no descontó el rubro del lucro, es posible responsabilizarlo civilmente.

Si estando en plazo para poder recuperar esa erogación no descontada del monto del lucro de una contratación irregular, la inercia del servidor competente genera que prescriba el plazo para gestionar dicho cobro, es posible responsabilizarlo civilmente.

Tratándose de responsabilidad civil solidaria, será necesaria una concienzuda y detallada interpretación jurídica del operador jurídico frente a cada caso en concreto, para efectos de determinar si frente a una contratación irregular, es aplicable o no la responsabilidad solidaria respecto a los servidores públicos.

Para los supuestos en donde las personas actuaron colegiadamente –excepto quien salvó motivadamente su voto- o su conducta (si es una constitutiva de un ilícito administrativo extra contractual) resulta equiparable, cabría responsabilidad civil solidaria por expreso mandato del numeral 116 de la LAFRPP n° 8131.

Respecto a los supuestos en donde las personas no actuaron colegiadamente ni su conducta (si es una constitutiva de un ilícito administrativo extra contractual) resulta equiparable, sería inviable establecer la responsabilidad solidaria a partir del numeral 116 de la LAFRPP n° 8131.

Ante supuestos fácticos jurídicos como el comentado en la conclusión anterior, en ausencia de una regulación expresa en el ordenamiento sectorial de que se trate (en las resoluciones judiciales analizadas, era el ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública), y habilitada por la supletoriedad del artículo noveno de la LGAP, sería oportuno analizar si resulta viable determinar la responsabilidad civil solidaria, teniendo como fundamento de ley el artículo 1046 del Código Civil, respecto a las conductas extra contractuales de los servidores públicos, a quienes se les endilgara la comisión de una actuación ilegítima o ilícito administrativo, donde hubo participación de varios sujetos, pero no actuaron ni colegiadamente ni su conducta resulta equiparable.

## VIII. Referencias

*Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.*

*Ley de Contratación Administrativa n° 7494. Costa Rica, 1996.*

*Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y sus reformas, promulgado mediante Decreto Ejecutivo n° 33411. Costa Rica, 27 de setiembre del 2006.*

*Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito n° 8422. Costa Rica, 2004*

*Ley General de Control Interno n° 8292. Costa Rica, 2002.*

*Ley General de la Administración Pública n° 6727. Costa Rica, 1978.*

*Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos n° 8131. Costa Rica, 2001.*

### Resoluciones

*Del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencias n° 509-2001 de las 10:03 horas del 19 de enero de 2001, 100 de las 16:27 horas del 30 de octubre de 2009, 965-2009 de las 10:54 horas del 15 de mayo de 2009 y 203-2012 de las 7:30 horas del 27 de enero de 2012.*

*Del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencias n° 12-2009-VII del 23 de enero de 2009, n° 2474-2009 de las 9:23 horas del 26 de octubre del 2009, n° 33-2012-VIII del 30 de abril de 2012, n° 168-2011 de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011, n° 47-2013-I de las 7:30 horas del 31 de mayo de 2013, n°*

*242-2011 de las 16:10 horas del 8 de noviembre de 2011 y n° 16-2015-V de las 10:00 del 16 de febrero de 2015.*

*De la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias n° 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992, n° I-1246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009, n° 1246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009, n° 121-F-S1-2011 de las 8:35 horas del 8 de febrero de 2011 y n° 000967-F-S1-2015 de las 8:40 horas del 20 de agosto de 2015.*

*Del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resoluciones n° 22-F-TC-2104 de las 8:40 horas del 13 de marzo de 2014 y n° 3-F-TC-2018 de las 9:00 horas del 18 de enero de 2018.*

*De la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, las sentencia n° 509-2001 de las 10:03 horas del 19 de enero de 2001, 1265 de 1995, 12423-2015 de las 9:05 horas del 12 de agosto de 2015, 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, 15692-2015 de las 9:05 horas del 7 de octubre de 2015, 5895-2015 de las 14:30 horas del 28 de abril de 2015, 4295-2015 de las 9:30 horas del 27 de marzo de 2015 y 3977-2015 de las 9:05 horas del 20 de marzo de 2015.*

*De la Contralora General de la República, resoluciones n° R-DC- 111-2015 (DC/334 -12502-) de las 13:00 horas del 01 de agosto de 2015 y n° 17469 -DC/0454- (R-DC-118-2016) de las 12:00 horas del 23 de diciembre de 2016.*

*Dictamen n° C-076-2014 del 10 de marzo de 2014 de la Procuraduría General de la República.*



# Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental

## Sumario

I. Introducción. II. Daño social ambiental. III Daño moral colectivo de carácter ambiental. IV. Daños punitivos ambientales. V. Análisis comparativo. VI. Bibliografía

**MSc. Mario Peña Chacón<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). mariopenachacon@gmail.com

## I. Introducción

En los últimos años, a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario, la figura del daño social y su dimensión extrapatrimonial conocida como daño moral colectivo ha tomado relevancia pública, especialmente a raíz de los emblemáticos fallos judiciales Caja-Fischel e ICE-Alcatel a nivel nacional, así como Municipalidad de Tandil-T.A. La Estrella S.A y Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires- GCBA en el ámbito latinoamericano, específicamente Argentina, país en el que se discute actualmente la promulgación de un nuevo Código Civil y de Comercio que vendría a reconocer y regular la figura de los daños punitivos originaria del common law y que en el caso costarricense, aún no encuentra respaldo jurídico.

## II. Daño social ambiental

La figura jurídica del daño social fue incorporada al ordenamiento jurídico costarricense a partir de la promulgación del Código Procesal Penal<sup>2</sup> de 1996, y a la fecha ha generado en términos económicos más de veintidós millones de dólares al erario público<sup>3</sup>, en virtud de indemnizaciones por demandas civiles planteadas por la Procuraduría General de la República dentro de procesos penales en donde se han visto conculcados derechos de incidencia colectiva, siendo los casos más emblemáticos y que mejor se han posicionado ante la palestra pública la condena civil acaecida en el caso por corrupción conocido como Caja-Fischel<sup>4</sup> relativo a “implicaciones a la economía nacional” por un monto de 639 mil dólares, así como el arreglo conciliatorio por 10 millones de dólares celebrado entre la Procuraduría General de la República y la transnacional francesa de telecomunicaciones Alcatel dentro del proceso penal denominado ICE-Alcatel<sup>5</sup> por este mismo concepto.

2 Ley número 7594 del 28 de marzo de 1996, publicada en el Alcance número 31 a la Gaceta número 106 del martes 4 de junio de 1996, en vigencia a partir del 01 de enero de 1998.

3 Dato obtenido del artículo de opinión de Calderón Alvarado, Gilberth, El daño social que provoca la corrupción, publicado en el Periódico La Nación del 25 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.nacion.com/2012-08-25/Opinion/El-dano-social-que-provoca-la-corrupcion.aspx>

4 Causa Penal por el delito de peculado número: 04-5356-042-PE, contra Rafael Ángel Calderón Fournier y otros en perjuicio de la Caja Costarricense del Seguro Social y el Estado costarricense.

5 Causa Penal por el delito de peculado número: 04-6835-647-PE, contra Miguel Ángel Rodríguez

En virtud de su naturaleza meramente compensatoria y su finalidad de lograr hasta donde sea posible la indemnidad de la colectividad afectada, el daño social encuentra sustento o asidero jurídico en los artículos 41<sup>6</sup> y 50<sup>7</sup> de la Constitución Política de Costa Rica, así como en el artículo 38 del Código Procesal Penal<sup>8</sup>, norma que si bien es omisa en desarrollar sus características y la forma de su aplicación, tiene la virtud de reconocer de manera expresa su existencia tratándose de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos y otorgándole legitimación activa a la Procuraduría General de la República para su ejercicio.

A pesar que a nivel legal, a raíz de lo establecido en el artículo 38 del Código Procesal Penal, la figura del daño social se encuentra limitada a acciones civiles dentro de procesos penales por afectación a intereses difusos o colectivos, supeditado por tanto a actuaciones y omisiones ilícitas y penalmente punibles, lo cierto del caso es que tanto la doctrina como la jurisprudencia le han reconocido a este instituto jurídico una dimensión más amplia, la cual se ve reflejada en la definición desarrollada por las autoras AGUIRRE GARABITO y SIBAJA LÓPEZ en su artículo académico denominado “El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones”<sup>9</sup>, a la cual nos adherimos en este trabajo académico<sup>10</sup>.

Para estas autoras, el daño social puede entenderse como: “... *aquel*

Echeverría y otros en perjuicio del Instituto Costarricense de Electricidad y el Estado costarricense

6 Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

7 Artículo 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

8 Artículo 38.- Acción civil por daño social. La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.

9 Aguirre Garabito, Ana Lucía y Sibaja López, Irina, El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones, en Revista Judicial número 101, setiembre 2011, disponible en: [http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)

10 Mediante la sentencia número 675 de fecha veintiuno de setiembre de 2007, dentro del expediente: 02-000682-0163-CA, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense le otorga una connotación limitada al concepto daño social equiparándolo con el daño moral colectivo, tesis que consideramos no acertada en la medida que entendemos al daño moral colectivos como la manifestación extrapatrimonial del daño social, teniendo éste última una connotación adicional de carácter patrimonial.

*menoscabo, afectación social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a éste (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado”.*

Al amparo de esta concepción amplia de daño social, la figura se configuraría por acciones y/o omisiones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, tanto por hechos lícitos como ilícitos, siempre y cuando se vea afectado el bienestar general por daños injustos que afecten intereses o derechos de incidencia colectiva, daños que pueden tener connotaciones patrimoniales y/o extrapatrimoniales, y en la medida que recaigan sobre bienes ambientales la legitimación para su reclamo se ampliaría a la luz del artículo 50 constitucional, siendo entonces posible su reclamo por parte de cualquier persona (físico o jurídica, pública o privada) en todas aquellas vías procesales que puedan conocer procesos de responsabilidad civil por daño ambiental.

Es importante señalar que el daño social (patrimonial y extrapatrimonial) sujeto a indemnización es aquel que es cierto y no hipotético, que afecta bienes o intereses de incidencia colectiva, sea aquellos intereses ligados a la tutela de bienes comunes o colectivos donde no existe un derecho subjetivo propio sino interés común compartido con una generalidad de individuos. En palabras de GALDOS<sup>11</sup> desde el punto de vista objetivo el “quid” atrapante es objetivo y “de incidencia colectiva” porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación, uso o aprovechamiento individual y exclusivo. Para VERBIC<sup>12</sup> un bien es colectivo cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Los bienes colectivos se singularizan por la *“indivisibilidad de los beneficios derivados de su utilización, fruto de la titularidad común de los sujetos que los comparten”*. El bien colectivo

se caracteriza en opinión de LORENZETTI<sup>13</sup> por: a) la indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan y no es posible su apropiación privada; b) el uso es común; c) el principio de la no exclusión de los beneficiarios significa que todos los individuos tienen derecho a su utilización y no pueden verse limitados; d) uso sustentable: el desarrollo tecnológico no debe consumir bienes no renovables; e) status normativo: es necesario que tenga un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico y protegible<sup>14</sup>. A estos efectos, es relevante recordar que dentro de los derechos de incidencia colectiva sea intereses difusos<sup>15</sup>, intereses estrictamente colectivos<sup>16</sup> e intereses individuales homogéneos<sup>17</sup>,

13 Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, 1996. Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, 1997.

14 Para el caso costarricense las aguas territoriales, las costas, el espacio aéreo, la plataforma continental, el zócalo insular, los recursos y riquezas naturales del agua del suelo y del subsuelo, las bellezas naturales, la fauna y los recursos genéticos y bioquímicos, así como la biodiversidad, el patrimonio histórico y artístico de la Nación, las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas de dominio público, los yacimientos de carbón, las fuentes o yacimientos de petróleo, sustancias hidrocarburadas, depósitos de minerales radioactivos, y el espacio electromagnético, son catalogados como bienes de dominio público. Los bienes de dominio público gozan de especial protección, de manera que no son susceptibles de apropiación por particulares y ni siquiera por la Administración Pública. Su protección y administración corresponde al Estado en nombre de la Nación, lo cual lo realiza generalmente por medio del Ministerio de Ambiente y Energía como órgano rector en materia ambiental, correspondiéndole el disponer y resolver sobre su dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia. Los bienes ambientales de dominio público, pueden ser objeto de explotación racional por parte del Estado o por los particulares de acuerdo con lo que disponga a ley, o mediante las figuras de la concesión y permisos de uso, otorgadas por tiempo determinado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. Este tipo de bienes gozan además, de las prerrogativas de ser inembargables, imprescriptibles e inalienables, y su explotación se puede dar, siempre y cuando se garantice a todos los habitantes, el derecho a una calidad de vida dentro de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

15 Los intereses difusos no entran en la categoría de los intereses legítimos o en los derechos subjetivos, tampoco encajan en la categoría de intereses colectivos o corporativos. No son ni enteramente públicos, ni enteramente privados, sino que se encuentran compuestos de ambas manifestaciones. Son de todos y de ninguno, pues a todos compete su defensa y tutela, sin que pueda pretenderse el monopolio procesal para ella. Pertenecen a todos y a cada uno de los miembros de grupo, clase, comunidad, sin que medie la existencia de un vínculo jurídico determinado. Los intereses difusos pertenecen a una serie indeterminada e indeterminable de personas ligadas por circunstancias de hecho. Se caracterizan, en cuanto a su titularidad, por ser situaciones transindividuales, al salir de la esfera individual de los sujetos afectados y suelen proyectarse a la colectividad. Por esta razón cualquiera de los afectados está facultado para reclamar su tutela.

16 Al igual que el interés difuso, el interés estrictamente colectivo se encuentra diluido en una colectividad de individuos, pero esta colectividad a diferencia del primero, es determinable y fácilmente individualizable, encontrándose los sujetos que la integran unidos por un vínculo jurídico, y por tanto se trata de grupos organizados, estables y permanentes en el tiempo.

17 Los intereses individuales homogéneos pertenecen a una comunidad de personas perfectamente individualizadas que pueden ser indeterminadas e indeterminables por su número, tal y como lo son los derechos de los consumidores. Se trata por tanto de derechos subjetivos, y por tanto divisibles dentro de la comunidad al ser víctima cada uno de un daño, por ello se puede afirmar que los intereses

11 Galdós, Jorge Mario, Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa, en Revista de Derecho de Daños número 6, Buenos Aires, Argentina, 1999.

12 Verbic, Francisco, Procesos colectivos, Editorial Astrea Buenos Aires, 2007.

es posible integrar la defensa del medio ambiente, así como la salud, derechos de los consumidores y usuarios, libre competencia, materia electoral, presupuestaria, patrimonio histórico, cultural, arqueológico y arquitectónico, planificación urbana, bienes y zonas públicas, identidad cultural, entre otros<sup>18</sup>.

Ahora bien, en materia de legitimación activa por daño social, si bien el artículo 38 del Código Procesal Penal expresamente dispone la posibilidad que la Procuraduría General del República interponga la respectiva acción civil resarcitoria dentro de procesos penales, lo cierto del caso es que ese mismo cuerpo legal en su numeral 70 otorga el carácter de víctima a las asociaciones, fundaciones y otros entes en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses, razón por la cual este tipo de personas jurídicas, al igual que la Procuraduría General de la República, se encuentran legitimadas para ejercer acciones civiles por daño social. Y si aunado a lo anterior, el derecho de incidencia colectiva vulnerado es de carácter ambiental, y por tanto nos encontramos ante un daño social-ambiental, el esquema de legitimación, al amparo del artículo 50 de la Constitución Política, 58 de la Ley Forestal<sup>19</sup>, 105 de la Ley de Biodiversidad<sup>20</sup> y el artículo 3 inciso i) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República,<sup>21</sup> se

---

individuales homogéneos son accidentalmente colectivos, pues son personas determinables que alegan cuestiones comunes de hecho o de derecho, se trata entonces de derechos individuales con origen común y por ello, tienen semejanza y homogeneidad. Su divisibilidad se manifiesta en la fase de liquidación y ejecución de la sentencia colectiva.

18 Al respecto puede consultarse el voto constitucional número 8239-2001 que al efecto estableció: "(...) el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, el buen manejo del gasto público, entre otros, trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta".

19 Artículo 58.- Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de la República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado. Para estos efectos, los funcionarios de la Administración Forestal del Estado podrán actuar como peritos evaluadores.

20 Artículo 105.- Acción Popular. Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad.

21 Artículo 3 inciso i). Atribuciones. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada. Ser tenida como parte, desde el inicio del procedimiento, en los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre. Para ello, podrá ejercitar la acción penal, de

amplía permitiéndole a cualquier persona (física, jurídica, pública o privada) ejercer acciones en su defensa, así como legitimación para reclamar daños ambientales en las distintas vías procesales habilitadas al efecto. Por su parte, tratándose de la legitimación pasiva la misma puede recaer sobre todo tipo de personas ya sean físicas, jurídicas, pública y privadas.

La concepción amplia de daño social a la cual nos hemos adherido incluye afectaciones tanto a bienes patrimoniales como extrapatrimoniales bajo la premisa que la reparación debe ser integral al amparo del artículo 41 de la Constitución Política, máxime tratándose de bienes ambientales, y por tanto de daño social-ambiental, donde existe además un marcado interés público y

---

oficio, sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; interponer los mismos recursos que el Código de Procedimientos Penales concede a aquel y ejercer la acción civil resarcitoria. Con autorización del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, podrá coordinar acciones con instituciones públicas y privadas, especialmente con municipalidades, asociaciones de desarrollo comunal y organismos ambientales de carácter no gubernamental, a fin de poner en marcha proyectos y programas de información jurídica sobre la protección del ambiente, la zona marítimo-terrestre, la zona económica exclusiva y la plataforma continental para tutelar los recursos naturales, mediante actividades preventivas que involucren a las comunidades del país.

una obligación constitucional<sup>22</sup>, internacional<sup>23</sup> y legal<sup>24</sup> en su recomposición.

22 Al efecto el texto constitucional costarricense en el párrafo segundo del artículo 50 establece “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.” El numeral 41 de la Constitución Política establece “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Además, el párrafo segundo del numeral 28 constitucional enuncia “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”, lo cual viene a marcar el terreno en cuanto a la protección y reparación del ambiente, pues interpretando a contrario sensu, el deber del Estado en intervenir en la protección y restauración del ambiente se encuentra supeditado a que las conductas que se les achaque a particulares dañen la moral, el orden público o causen daño a terceros.

23 Tratados internacionales y Declaraciones Ambientales suscritas por Costa Rica, entre las que se encuentran: Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, La Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo del 2002, vienen a reafirmar ese poder – deber del Estado de proteger el medio ambiente previniendo acciones que lleguen a degradarlo. Además de las anteriores declaraciones, Costa Rica ha suscrito una gran cantidad de tratados internacionales de carácter ambiental, dentro de los que encuentran: Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convenio para la protección de la Biodiversidad y protección de las áreas silvestres prioritarias en América Central, Convención Internacional de protección Fitosanitaria, Convenio Regional para el manejo y conservación de los ecosistemas naturales forestales y el desarrollo de plantaciones forestales, Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de los países de América, Convenio de Protección Patrimonial, cultural y natural, Convención para la defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las Naciones Americanas, Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Convenio para la protección y desarrollo del medio marino y su protocolo para combatir derrames de hidrocarburos en la región del Gran Caribe, y su Protocolo, Convenio de Naciones Unidas sobre el derecho del mar de Montego Bay, Convención sobre Humedales internacionales como hábitat de aves acuáticas, Convenio de Basilea sobre control del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación, Convenio de Viena para la protección de la capa de Ozono, Protocolo de Montreal relativo a sustancias agotadoras de la capa de ozono, Convenio marco de la ONU sobre cambio climático, Convención de la ONU lucha contra la desertificación especialmente en África, Convención Interamericana para la protección y conservación de las tortugas marinas, Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Acuerdo sobre el programa internacional para la conservación de los delfines entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos de América.

24 En desarrollo del deber de reparación, el Código Civil de Costa Rica en su numeral 1045 recoge el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Dicho principio llevado al derecho ambiental se encuentra contenido dentro del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente que al efecto reza “Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes a las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen daños, ya sea por acción u omisión”. En concordancia con lo anteriormente expuesto, los artículos 45, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad establecen el deber Estatal en la recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas, “El estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad”; “La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio

de Ambiente y Energía y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados”. La reparación ambiental debe ser en la medida de lo posible “in natura” o bien “in pristinum”, al respecto el numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica”. Tratándose de bosques, la Ley de Aguas en su numeral 151 obliga al infractor a reponer los árboles destruidos en terrenos situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación, aquellos que puedan ser explotados sin necesidad cortarlos, así como los situados en terrenos atravesados por ríos, arroyos, o en bosques donde existan manantiales. En materia de humedales, el artículo 98 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, quien, sin previa autorización del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, drene, seque, rellene o elimine lagos, lagunas no artificiales y los demás humedales, declarados o no como tales. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de afectación del humedal; para ello, se faculta al Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a fin de que efectúe los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor”. A la vez, en materia minera el Código de Minería en su artículo 24 establece la obligación del titular del permiso de exploración de “cegar las excavaciones que hiciere y en todo caso, a pagar los daños y perjuicios que causare, a criterio de la Dirección o a juicio de peritos”. Por último, tratándose de degradación de suelos el numeral 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos establece “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados”.

A todas luces, ya sea que se trate de daño social patrimonial o extrapatrimonial el destino de la indemnización debe estar afectado a un fin público en beneficio de la colectividad que vio menoscabado sus intereses de incidencia colectiva de carácter ambiental, recayendo su titularidad en fondos públicos manejados y administrados por entidades estatales quienes deberán aplicarlos e invertirlos en la recuperación, reconversión o eliminación de las causas que generaron el daño social-ambiental acaecido.

de Ambiente y Energía y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes”; “Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir toda clase de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados”. La reparación ambiental debe ser en la medida de lo posible “in natura” o bien “in pristinum”, al respecto el numeral 99 inciso g de la Ley Orgánica del Ambiente establece “Ante la violación de la normativa de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones: La imposición de las obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica”. Tratándose de bosques, la Ley de Aguas en su numeral 151 obliga al infractor a reponer los árboles destruidos en terrenos situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación, aquellos que puedan ser explotados sin necesidad cortarlos, así como los situados en terrenos atravesados por ríos, arroyos, o en bosques donde existan manantiales. En materia de humedales, el artículo 98 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre establece “Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, quien, sin previa autorización del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, drene, seque, rellene o elimine lagos, lagunas no artificiales y los demás humedales, declarados o no como tales. Además, el infractor será obligado a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar los trabajos de afectación del humedal; para ello, se faculta al Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a fin de que efectúe los trabajos correspondientes, pero a costa del infractor”. A la vez, en materia minera el Código de Minería en su artículo 24 establece la obligación del titular del permiso de exploración de “cegar las excavaciones que hiciere y en todo caso, a pagar los daños y perjuicios que causare, a criterio de la Dirección o a juicio de peritos”. Por último, tratándose de degradación de suelos el numeral 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de suelos establece “Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados”.

### III. Daño moral colectivo de carácter ambiental

El daño moral colectivo, manifestación extrapatrimonial del daño social, puede definirse según GALDÓS<sup>25</sup> como el atropello de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente subjetiva u objetiva. En el primer caso, el daño se propaga entre varios sujetos – incluso sin vínculo jurídico entre ellos – y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. En el segundo supuesto, el factor atrapante es objetivo y de incidencia colectiva, porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación o uso individual y exclusivo. En este supuesto la naturaleza del bien categoriza el daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, usan o se benefician con el objeto conculcado. La comunicabilidad de intereses concurrentes no deriva de los sujetos, sino de un objeto público, cuyo daño expande sus efectos a una pluralidad de personas.

Para LORENZETTI<sup>26</sup>, de lo que se trata es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social del individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Debido a lo anterior, cuando se afecta ese bien de naturaleza colectiva, el daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión, de modo que, el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva. De esta forma, por daño moral colectivo puede entenderse aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra de un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las

<sup>25</sup> Galdós, Jorge Mario, Derecho ambiental y daño moral colectivo, algunas aproximaciones, 1998.

<sup>26</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, 1996. Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, 1997.

repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión.

El ambiente es uno de esos bienes de carácter común y colectivo susceptible de generar, ante su contaminación y/o degradación generalizada, una condena indemnizatoria por daño moral colectivo. Al afectarse un bien ambiental la minoración en la tranquilidad la sufre la colectividad como un todo, así como cada uno de los sujetos que forman parte de ella, a raíz de lo anterior, es posible definir al daño moral colectivo de carácter ambiental como la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a la lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que los circunda<sup>27</sup>.

Por tratarse el daño moral colectivo de la manifestación extrapatrimonial del daño social comparte su misma naturaleza y finalidad compensatoria, encontrando su respaldo jurídico en los artículos 41 y 50 constitucionales y por supuesto, en el numeral 28 del Código Procesal Penal.

Cuando el derecho de incidencia colectiva vulnerado es de carácter ambiental, el esquema de legitimación para reclamar daño moral colectivo al amparo del artículo 50 de la Constitución Política, es amplio permitiéndole tanto a la Procuraduría General de la República como a asociaciones, fundaciones a cualquier persona (física o jurídica) ejercer acciones en su defensa y legitimación para reclamar daños ambientales en las distintas vías procesales habilitadas al efecto. Por otra parte, la legitimación pasiva por daño moral colectivo de carácter ambiental, al igual como sucede con el daño social, puede recaer sobre todo tipo de personas ya sean físicas, jurídicas, pública y privadas.

Mientras tanto, la titularidad en la pretensión resarcitoria del daño moral colectivo ambiental no podría ser nunca individual pues generaría un

<sup>27</sup> Peña Chacón, Mario, Daño Moral Colectivo de carácter ambiental, en Revista Derecho Ambiental número 25, enero marzo 2011, Editorial Abeledo Perrot, Argentina 2011, y en Revista Brasileira de Direito Ambiental, julio/setiembre 2011, año 7, número 27, Brasil., disponible en: [http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/rev\\_jud\\_98/completos/04\\_completo.html](http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/04_completo.html)

enriquecimiento sin causa<sup>28</sup>, sino únicamente grupal o colectiva, en el tanto, los montos obtenidos por la indemnización le pertenecen a la colectividad como un todo, encontrándose el juzgador obligado a analizar la mejor forma de repartir e invertir las sumas obtenidas satisfaciendo el interés colectivo (interés público ambiental), y en el caso que deban engrosar las arcas del Estado por el principio de caja única, deberá buscarse la forma que la autoridad de Hacienda destine las sumas obtenidas a planes en beneficio de la colectividad y el mejoramiento de su entorno natural.

Su cuantificación económica a todas luces presenta cierta complejidad en virtud de las dificultades existentes para determinar cuál es la medida del daño moral colectivo y la de su justa y equitativa retribución y distribución, lo anterior debido a que los bienes colectivos exceden lo individual y por tanto, los perjuicios se trasladan a todo el grupo afectado. En materia de daños colectivos extrapatrimoniales el juez no se encuentra sometido a criterios rígidos e inflexibles ni a fórmulas matemáticas que conlleven a la rigurosidad de su cuantificación, siendo la prudencia y razonabilidad con que se mida el daño lo que otorgará legitimidad a la decisión. A todas luces, el daño moral colectivo es uno de los rubros que mayor complejidad conlleva a la actual labor jurisdiccional.

Por lo anterior, el daño moral colectivo se cuantifica, por parte de juzgador en su rol de perito de peritos, acudiendo a criterios de equidad (principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad), así como a las reglas unívocas de la ciencia, técnica, experiencia, conocimiento, la lógica y conveniencia.

El reconocimiento del daño moral colectivo de carácter ambiental en Costa Rica cuenta con un importante precedente jurisprudencial por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante la sentencia número 675 de fecha veintiuno de setiembre de 2007, dentro del expediente: 02-000682-0163-CA, dispuso que ante el daño ambiental existen tres tipos de soluciones a adoptar:

28 Artículo 22 del Código Civil.- “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

a) ante la inminencia de nuevos actos, lo primero será -a modo de medida cautelar innovativa o de no hacer-, ordenar el cese de la conducta, ya que es la mejor forma de prevenir nuevos daños y dejar que el ecosistema comience a autorepararse.

b) Para los elementos del ambiente dañados en forma reversible, es decir, los que permiten su recuperación, se deberá buscar el restablecimiento específico “in natura”, mediante una indemnización para solventar los gastos que irroge llevar adelante los mecanismos concretos con ese fin.

c) En relación a los elementos afectados en forma irreversible, deberá examinarse la posibilidad de solicitar una compensación del “DAÑO MORAL COLECTIVO O SOCIAL”, en la medida en que ya no podrán ser disfrutados por la comunidad, lo que implica un menoscabo a un interés general tutelable.

## IV. Daños punitivos ambientales

GUANZIROLI<sup>29</sup> expone respecto a los daños punitivos o “*punitive damages*”, que si bien la figura tiene un parentesco con otras equivalentes del Derecho Romano, su origen tal como se aplica en la actualidad se corresponde con el *common law* y parte de la premisa de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, sobre todo cuando el que causa el daño lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio de tal proceder.

Los daños punitivos consisten, a criterio de SIDOLI<sup>30</sup>, en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

29 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

30 Sidoli, Osvaldo Carlos, Los daños punitivos y el derecho ambiental, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

En palabras de BESALÚ PARKINSON<sup>31</sup> se trata de un *quid* que se suma al daño efectivamente sufrido por la víctima; dicho en otros términos, el daño punitivo no compensa ni el daño patrimonial ni el moral; se suma a ellos para punir. Por ello, y como bien lo señala RIVERA GARCÍA<sup>32</sup>, son aquellos concedidos además de los daños realmente recibidos, como especie de castigo al demandado. Al respecto KEMELMAJER DE CARLUCCI acota que los “punitive damages” se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo<sup>33</sup>.

Algunos autores como HINES CÉSPEDES<sup>34</sup> muestran su desacuerdo con la traducción literal de “*punitive damages*” a “daños punitivos”, manifestando que podría llevar a confusión, en el entendido que lo que es punible no es el daño sino la cuantía de la pena que se fija a quien resulte responsable. Lo de punitivo es porque su constitución tiene la configuración de una sanción, es una pena por el incumplimiento de un deber de no causar daño a otro. De igual forma BUSTAMANTE ALCINA manifiesta que la traducción resulta impropia ya que alude no al daño sino a la sanción del mismo o sea a la reparación. A raíz de lo anterior, coincidimos con GALDOS<sup>35</sup> en cuanto a que resulta más apropiado y preciso utilizar la expresión “sanción pecuniaria disuasiva” en vez de sanción punitiva, porque es más propia del derecho privado patrimonial y más desprovista de significación estrictamente penal.

SIDOLI<sup>36</sup> manifiesta que la figura más cercana a los daños punitivos es la multa civil, misma que constituye una barrera para quienes intenten repetir la conducta degradadora del ambiente. Este autor considera que las sanciones civiles son necesarias, ya que la clásica nota resarcitoria de la responsabilidad civil, tendiente a la internalización de los costos de las

---

31 Besalú Parkinson, Aurora, Responsabilidad por daño ambiental, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005

32 Rivera García, Ignacio, Diccionario de Términos Jurídicos, Equity, New Hampshire, E.U.A., (1976).

33 Kemelmajer de Carlucci, Aída “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho Argentino?” en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales-Año XXXVIII Segunda época – N°. 3.-

34 Hines Céspedes, César, Virtudes y Desafíos de una jurisprudencia de la Sala Primera, Revista Judicial número 101, setiembre 2011, San José, Costa Rica, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)

35 Galdós, Jorge Mario, La sanción pecuniaria disuasiva ambiental, inédito, Buenos Aires, 2012.

36 Sidoli, Osvaldo Carlos, Los daños punitivos y el derecho ambiental, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

externalidades, no es suficiente factor de disuasión de actividades que afecten el medio ambiente. Aconseja la sanción a través de la reparación por daños punitivos, en los denominados “*ilícitos lucrativos*”, esto es: cuando la utilidad proveniente de la actividad vulnerante sea superior al costo del daño que la sola imposición resarcitoria obligara a indemnizar. La multa civil, presenta respecto de la multa administrativa, la ventaja de aportar las garantías propias de la órbita judicial.

A todas luces los daños punitivos poseen una finalidad estrictamente castigatoria/represiva a título de sanción civil, bajo la premisa que debe castigarse al victimario para con ello disuadir, desaminar y desincentivar acciones u omisiones similares, encontrando similitudes y coincidencias con otras figuras punitivas propias del derecho civil y comercial tales como la cláusula penal, intereses moratorios, temeridad procesal, pérdida de garantía en medidas cautelares; así como por supuesto, con figuras represivas del derecho penal.

En palabras de SIDOLI,<sup>37</sup> su función es prevenir el daño, castigando, de manera ejemplar, a quien haya cometido con un actuar descuidado, negligente o malicioso, un perjuicio socialmente relevante, que afecte el patrimonio ambiental. La multa constituirá una barrera para quienes intenten repetir esa conducta, convirtiéndose por tanto en un complemento adecuado del principio contaminador – pagador, donde el contaminador no solamente debería responder por los daños y perjuicios que ocasionen, incluyendo la reparación ecológica, sino que, además, tendrían que pagar un costo extra en concepto de multa, monto que debería ser sensiblemente superior al que generaría la inversión en nuevas tecnologías, tratamiento de emisiones y efluentes, etc.

Los daños punitivos aún no encuentran respaldo normativo ni jurisprudencial en el sistema jurídico costarricense, siendo más bien proscritos por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a la luz de la interpretación realizada del numeral 41 de la Constitución Política, manifestando al efecto: “*Conforme a la idea de reparación integral del daño que reside tras el artículo 41 de la Constitución Política, no es viable lucrar*

---

37 Sidoli, Osvaldo Carlos, Los daños punitivos y el derecho ambiental, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

a partir de los menoscabos injustamente irrogados, pues la responsabilidad patrimonial concebida en el ordenamiento costarricense no responde a una idea ejemplarizante, o sancionadora del incumplimiento, como sí acontece en otras latitudes, sino a procurar la indemnidad del afectado, siempre que esto sea posible”<sup>38</sup>.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense sigue una línea jurisprudencial similar a la desarrollada por la Corte de Casación de Francia, misma que ha sido avalada por la mayor parte de la doctrina francesa, la cual según expone GUANZIROLI<sup>39</sup>, se ha opuesto a la aplicación de los daños punitivos, al considerar que la responsabilidad civil no debe tener una función penal y que la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño, de ser así entonces implicaría un enriquecimiento injustificado de la víctima.

Contrario a lo anteriormente expuesto respecto a Costa Rica y Francia, Suiza y Alemania le otorgan facultades al juez para medir el quantum indemnizatorio, ponderando entre otros aspectos la gravedad de la falta cometida por el responsable, idea que también se acerca a la doctrina de los daños punitivos. Por su parte, la ley de Protección del Consumidor de Quebec en Canadá, autoriza al consumidor a reclamar “daños e intereses ejemplares” en ciertos casos de graves inconductas del empresario o productor. Mientras tanto, el derecho italiano utiliza como parámetro para cuantificar las sumas que debe abonar el contaminador “el beneficio obtenido por el transgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo al ambiente”, esto en relación con las ganancias obtenidas. Al efecto GUANZIROLI<sup>40</sup> cita fallo de la pretura de Verona: “Cualquiera sea el juicio

38 Resolución 420-F-S1-2012 de las 10:05 horas del 28 de marzo de 2012, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. También puede consultarse la resolución 1153-F-S1-2011 de las 9:35 horas del 3 de setiembre de dos mil 2011 de la misma Sala, sentencia que al efecto dispuso: “Si bien esto le debió generar tristeza, impotencia y enojo –entre otros sentimientos-, estima la Sala que no hay correlación entre el tiempo que duraron esas afectaciones y la indemnización concedida, que en criterio de esta Cámara debe fijarse en la suma de ₡1 000 000,00. Nótese que la finalidad de la responsabilidad civil es asegurar, hasta donde sea posible, la indemnidad del sujeto, o al menos su reparación, por lo cual la imposición de sanciones veladas, al estilo de los daños punitivos normados por otros ordenamientos, están fuera de la idea plasmada por el Constituyente en el artículo 41 supra relacionado”.

39 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

40 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños

crítico que merezca, no puede dudarse que la ley italiana ha querido dejar muy claramente establecido que el principio “el contaminador paga” no quiere decir “el que paga puede contaminar”, pues está claro que no le basta con la “internalización de la externalidad negativa” sino que tiene una verdadera función disuasoria. Por eso ha dicho la pretura de Verona, en el fallo del 1/2/1988, que la tutela prevista en el art. 18 de la ley 349/86 no sólo tiene carácter resarcitorio, sino también inhibitorio, preventivo y dinámico”

En Latinoamérica, Argentina discute actualmente el reconocimiento expreso de la sanción pecuniaria punitiva, lo anterior de conformidad con el artículo 1714 del Proyecto de ley de Código Civil y Comercial que al efecto reza: “Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Coincidimos con GUANZIROLI<sup>41</sup> respecto a que dentro de los objetivos principales de los daños punitivos se encuentran el de punir graves inconductas; prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción; restablecer el equilibrio emocional de la víctima: sería una suerte de venganza privada canalizada por vías legales; así como el de reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas.

Como aspectos especiales y esenciales a resaltar de los daños punitivos se encuentra que únicamente proceden ante daños efectivamente causados (no es suficiente actividad riesgosa), operan exclusivamente en el ámbito de los derechos de incidencia colectiva y a petición de parte (no puede ser concedidos de oficio por el juzgador), requiriendo siempre la existencia demostrada de dolo o culpa grave. La sanción pecuniaria podría ser concurrente con

punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

41 Guanziroli, Julián Enrique, Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

la pretensión resarcitoria y la penalidad debería alcanzar un monto tal que resulte efectiva en lograr los designios para los cual fue destinada.

De esta forma, corresponde a quien demanda por daños punitivos demostrar fehacientemente que el demandado (persona física o jurídica, pública o privada) actuó con dolo o al menos con culpa grave. En cuanto al dolo éste implica siempre mala voluntad, malicia, motivo perverso o un desprecio manifiesto y evidente de los derechos de los demás. Por su parte, la culpa grave conlleva una especie de negligencia grosera, temeraria, una acción u omisión cercana al dolo y la malicia. Otro elemento a destacar de la figura de los daños punitivos es la afectación necesaria a un derecho o interés de incidencia colectiva que en palabras de la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>42</sup>: *"...Debo advertir que ni aun los adherentes más entusiastas de la introducción de los daños punitivos piensan que este tipo de condenas puede ser impuesta a cualquier tipo de daño, sino que debe quedar reservado para daños de fuerte impacto social (por ej., daños ambientales, causados por productos elaborados en masa, etc.)"*

Si bien, tradicionalmente el destinatario o titular de la indemnización por daños punitivos en el *common law* ha sido el o los demandantes (en casos de acciones de clase), en los últimos años un importante sector de la doctrina norteamericana así como la legislación adoptada por algunos Estados de la Unión Americana han venido a cambiar esta regla estableciendo un destino mixto de la indemnización tanto particular como público<sup>43</sup>, línea que podría

---

42 Kemelmajer de Carlucci, Aida, Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Si o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico?, en Revista Chilena de Derecho, volumen 8 de 2001.

43 Al efecto Guanziroli cita los siguientes ejemplos: Colorado requiere que un tercio del monto por daños punitivos sea pagado al fondo general del Estado; Florida requiere que el 35 por ciento del monto por daños punitivos vaya a rentas públicas, o, en casos de daño a la persona o muerte injusta al fondo médico de asistencia pública; Georgia obliga a que el Estado reciba un porcentaje de cualquier reclamo por daños punitivos proveniente de una demanda por responsabilidad de productos; Illinois permite al Juez dividir el monto por daños punitivos discrecionalmente entre el actor, los abogados del actor y el Departamento de Servicios de Rehabilitación del Estado; Indiana sujeta a excepciones al estatuto, asigna el 75 por ciento del monto por daños punitivos a un fondo compensatorio para víctimas de crímenes violentos; Iowa permite que el actor se quede enteramente con los montos ganados si la conducta del demandado tenía como objetivo específicamente su persona, en los demás casos, el actor puede quedarse como máximo con el 25 por ciento, el resto irá a un fondo para reparaciones civiles administrado por el Administrador de la Corte del Estado y para ser utilizado solamente para programas de indigentes en litigios civiles o programas asistenciales de seguros; Kansas divide la mitad de los montos recibidos por daños punitivos en casos de mala praxis médica al tesoro del Estado y aplica el crédito al Fondo para Estabilización del Cuidado de la Salud; Missouri asigna la mitad de lo recibido

seguir el proyecto de ley argentino de Código Civil y de Comercio teniendo la sanción el destino que le asigne el juzgador en virtud de resolución fundada.

En cuanto a la cuantificación o valoración económica de los daños punitivos coincidimos con los parámetros para su fijación propuestos en el proyecto argentino de Código Civil y de Comercio, en el entendido que al tratarse de una multa civil el juzgador debe valorar y tomar en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. A la vez, como bien lo señala KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>44</sup>, si el hecho causante de la sanción pecuniaria también determinó que en actuaciones administrativas, contravencionales o penales se haya aplicado una multa, ese monto debe ser tenido en cuenta por el juez para la fijación del "quantum" de la sanción pecuniaria disuasiva civil o ambiental para impedir que la punición se torne irrazonable por la sumatoria de la sanciones de distinta naturaleza pero similar función represiva y disuasiva.

A todas luces, los anteriores parámetros deben ser coincidentes y ser aplicados en armonía a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como con las reglas unívocas de la ciencia, técnica, experiencia, conocimiento, la lógica y conveniencia.

---

por daños punitivos, después del pago de gastos y los honorarios del abogado del actor, al Fondo de Compensación para las Víctimas de Delitos; Oregon asigna el 60 por ciento del monto por daños punitivos a una Cuenta de Compensación por Daños Intencionales; Utah asigna la mitad de lo recibido por daños punitivos que superen los 20.000 dólares al Tesoro Estatal.

44 Kemelmajer de Carlucci, Aida, Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Si o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico?, en Revista Chilena de Derecho, volumen 8 de 2001.

## V. Análisis comparativo

Respecto a su origen y antecedentes, el daño social, así como su manifestación extrapatrimonial daño moral colectivo, fueron introducidos al bloque de legalidad costarricense a partir de la promulgación del Código Procesal Penal en el año 1996 bajo la figura genérica del “daño social”. En materia ambiental adquirieron relevancia a partir de su reconocimiento jurisprudencial por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante la emblemática e histórica sentencia 675-2007,<sup>45</sup> la cual refiriéndose a los tipos de soluciones a adoptar en esta materia dispuso: *“En relación a los elementos afectados en forma irreversible, deberá examinarse la posibilidad de solicitar una compensación del “daño moral colectivo o social”, en la medida en que ya no podrán ser disfrutados por la comunidad, lo que implica un menoscabo a un interés general tutelable”*.

Por su parte, los daños punitivos – *punitive damages* - o como bien los denomina GALDOS “sanción pecuniaria disuasoria”, si bien guardan cierto parentesco con otras figuras equivalentes del Derecho Romano, su origen se encuentra en el *common law*, y contrario a lo que sucede respecto al daño social y su dimensión extrapatrimonial daño moral colectivo, aún no encuentran respaldo normativo ni jurisprudencial en el sistema jurídico costarricense, estando más bien proscritos por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a la luz de la interpretación del numeral 41 constitucional.

Al analizar los conceptos de estas tres figuras jurídicas sería posible definir daño social, incluyendo por supuesto el daño social ambiental y siguiendo a AGUIRRE GARABITO y SIBAJA LÓPEZ como aquel menoscabo, afectación social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a éste (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para

el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado. Mientras tanto, la dimensión extrapatrimonial del daño social o daño moral colectivo de carácter ambiental, sería la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que los circunda. Por último, nos acogemos a la definición de daños punitivos que ofrece KEMELMAJER DE CARLUCCI quien acota que los “los punitive damages” se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo y que a la vez se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado.

En relación a su naturaleza jurídica, tanto el daño social ambiental como su subespecie daño moral colectivo poseen una finalidad compensatoria/reparatoria/resarcitoria y por ello encuentran asidero jurídico en el numeral 41 constitucional, mientras que los daños punitivos poseen una naturaleza meramente castigatoria/sancionatoria a título de sanción civil, encontrando similitudes en otras figuras punitivas propias del derecho civil y comercial tales como la cláusula penal, intereses moratorios, temeridad procesal, pérdida de garantía en medidas cautelares, así como por supuesto con figuras del derecho penal. De esta forma, mientras el daño social y el daño moral colectivo tienen una finalidad compensatoria y resarcitoria de la colectividad por la violación a un derecho de incidencia colectiva de carácter ambiental, los daños punitivos según GUANZIROLI, buscan castigar graves inconductas, prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción y restablecer el equilibrio emocional de la víctima, por ello, y tal y como opina GALDOS, la “multa civil” supone un “plus”, como incentivo preventivo de conducta y como reacción jurídica ejemplar, respecto de ciertos daños que se añaden o acoplan al resarcimiento en sentido clásico (patrimonial y extrapatrimonial).

Mientras el daño social posee una connotación tanto patrimonial como extrapatrimonial, siendo ésta última lo que denominados daño moral colectivo, los daños punitivos no podría ser sujetos a esta clasificación en virtud a su naturaleza y finalidad castigatoria/sancionatoria.

<sup>45</sup> Sentencia número 675 de las 10:00 horas del veintiuno de setiembre de 2007, dentro del expediente: 02-000682-0163-CA, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la compatibilidad y posible concurrencia entre estos institutos, y ampliando el planteamiento de GALDOS<sup>46</sup>, el daño social (patrimonial y extrapatrimonial) es compatible respecto a los daños punitivos en la medida que responden a distintos aspectos y funciones de la responsabilidad civil, pudiendo incluso acumularse, siempre y cuando el sistema jurídico así lo permita. De esta forma, la sanción pecuniaria podría ser concurrente con la pretensión resarcitoria y la penalidad debería alcanzar un monto tal que resulte efectiva en lograr los designios para los cual fue destinada. Cabe recordar que la anterior situación es imposible de acontecer en el caso costarricense al no encontrar aún sustento jurídico los daños punitivos.

Por otra parte, las tres figuras objeto de este estudio se configurarían tanto por acciones como por omisiones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, siempre y cuando se vea afectado el bienestar general por daños injustos de fuerte impacto social que afecten intereses o derechos de incidencia colectiva. Además, los daños que se generen deben ser ciertos y no hipotéticos, o sea, efectivamente causados, debiendo ser reclamados a petición de parte. En el caso del daño social y el daño moral colectivo la conducta (activa y/o omisiva) podría ser lícitas e ilícitas, mientras que tratándose de daños punitivos ésta únicamente puede ser ilícita en la medida que se exige la existencia fehaciente y comprobada de dolo o al menos culpa grave.

Cuando el derecho de incidencia colectiva vulnerado es de carácter ambiental, el esquema de legitimación para reclamar el daño social así como su dimensión extrapatrimonial - daño moral colectivo- al amparo del artículo 50 de la Constitución Política, es amplio permitiéndole tanto a la Procuraduría General de la República como a asociaciones, fundaciones a cualquier persona (física o jurídica) ejercer acciones en su defensa y legitimación para reclamar daños ambientales en las distintas vías procesales competentes. Tratándose de daños punitivos, y debido a su naturaleza jurídica, objeto y finalidad, la legitimación activa únicamente corresponde a la víctima o afectado por la vulneración del derecho de incidencia colectiva ambiental, sea éste persona física o jurídica, pero siempre de carácter privado. Situación que no sucede respecto a la legitimación pasiva, donde

---

46 Galdós, Jorge Mario, Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa, en Revista de Derecho de Daños número 6, Buenos Aires, Argentina, 1999.

en las tres figuras bajo estudio podría recaer sobre todo tipo de personas ya sean físicas, jurídicas, públicas y privadas.

Ya sea que se trate de daño social patrimonial o extrapatrimonial (daño moral colectivo) el destino de la indemnización obtenida debe estar afectado a un fin público en beneficio de la colectividad que vio menoscabado sus intereses de incidencia colectiva de carácter ambiental, recayendo su titularidad en fondos públicos manejados y administrados por entidades estatales quienes deberán aplicarlos e invertirlos en la recuperación, reconversión o eliminación de las causas que generaron el daño social-ambiental acaecido buscándose idealmente el beneficio de la colectividad y el mejoramiento de su entorno natural. Por su parte, si bien, tradicionalmente el destinatario o titular de la indemnización por daños punitivos en el common law ha sido exclusivamente el o los demandantes (en casos de acciones de clase), en los últimos años, un importante sector de la doctrina norteamericana, así como la legislación adoptada por algunos Estados de la Unión Americana, han venido a cambiar esta regla estableciéndose un destino mixto de la indemnización tanto privado como público.

La valoración económica sobre el daño social de carácter patrimonial debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, mientras que la valoración del daño social extrapatrimonial (daño moral colectivo) con el fin de no incurrir en abusos o arbitrariedades, el juez en su calidad de perito de peritos, debe acudir y aplicar para su fijación a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad y por supuesto, basarse en las reglas de la equidad, justicia, ciencia, técnica, la lógica y conveniencia. Cabe destacar que en materia de daños colectivos extrapatrimoniales el juez no se encuentra sometido a criterios rígidos e inflexibles ni a fórmulas matemáticas que conlleven a la rigurosidad de su cuantificación, siendo la prudencia y razonabilidad con que se mida el daño lo que otorgará legitimidad a la decisión. Por su parte, la cuantificación o valoración económica de los daños punitivos, al tratarse de multa civil, al juzgador si le está permitido valorar y tomar en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

A manera de conclusión es posible afirmar que a pesar de las similitudes aquí descritas, tanto el daño social (patrimonial y extrapatrimonial) como los daños punitivos poseen naturaleza, objetivos, fines y funciones distintos, pudiendo incluso ser compatibles y acumularse, en virtud precisamente a que responden a distintos aspectos y funciones de la responsabilidad civil, pudiendo convertirse entonces en un complemento adecuado del principio contaminador – pagador, en la medida que el sistema jurídico así lo permita, situación aún imposible en el ordenamiento costarricense respecto a los daños punitivos.

## VI. Bibliografía

*Aguirre Garabito, Ana Lucía y Sibaja López, Irina, El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones, en Revista Judicial número 101, setiembre 2011, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)*

*Besalú Parkinson, Aurora, Responsabilidad por daño ambiental, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005.*

*Cafferatta, Néstor, Prueba y nexo de causalidad en el Daño Ambiental, en obra colectiva, Volumen 3, "Meio Ambiente e Acesso à Justiça", Homenagem a Vladimir Passos de Freitas, 11º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 27 de Maio a 1º de Junho de 2007, Sao Paulo, Brasil, Instituto O Direito po um Planeta Verde, Imprensa Oficial do estado de Sao Paulo.*

*Cafferatta, Néstor, Daño Ambiental Jurisprudencia, en Revista Jurídica La Ley. Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.*

*Calderón Alvarado, Gilberth, El daño social que provoca la corrupción, publicado en el Periódico La Nación del 25 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.nacion.com/2012-08-25/Opinion/El-dano-social-que-provoca-la-corrupcion.aspx>*

*Galdós, JORGE Mario, Derecho ambiental y daño moral colectivo, algunas aproximaciones, 1998.*

Galdós, Jorge Mario, *Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa*, en *Revista de Derecho de Daños* número 6, Buenos Aires, Argentina, 1999.

Galdós, Jorge Mario, *La sanción pecuniaria disuasiva ambiental*, inédito, Buenos Aires, 2012.

Guanziroli, Julián Enrique, *Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino*, en *Medio Ambiente y Derecho*, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla*, número 23, julio 2012, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/>

Hines Céspedes, César, *Virtudes y Desafíos de una jurisprudencia de la Sala Primera*, *Revista Judicial* número 101, setiembre 2011, San José, Costa Rica, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/revista%20101/index.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20101/index.htm)

Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Si o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico?*, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 8 de 2001.

Kemelmajer de Carlucci, Aída “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho Argentino?” en *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales-Año XXXVIII Segunda época - N°. 3.-*

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, 1996. *Daño ambiental colectivo: su reconocimiento jurisprudencial*, 1997.

Peña Chacón, Mario, *Daño Moral Colectivo de carácter ambiental*, en *Revista Derecho Ambiental* número 25, enero marzo 2011, Editorial Abeledo Perrot, Argentina 2011, y en *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, julio/setiembre 2011, año 7, número 27, Brasil., disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs\\_juds/rev\\_jud\\_98/completos/04\\_completo.html](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/04_completo.html)

Peña Chacón, Mario, *Daño, responsabilidad y reparación del ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, segunda edición Editorial Investigaciones Jurídica, julio 2011, Costa Rica.

Peña Chacón, Mario, *Tesis de Derecho Ambiental*, Editorial Jurídica Continental S.A., primera edición octubre 2008.

Peña Chacón, Mario, *Jurisprudencia sobre daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*, Editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, junio 2012.

Sidoli, Osvaldo Carlos, *Los daños punitivos y el derecho ambiental*, disponible en: <http://www.eldial.com.ar/bases/ea/2004/12/21/2am041221-a.asp>

Rivera García, Ignacio, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Equity, New Hampshire, E.U.A., (1976).

Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Editorial Astrea Buenos Aires, 2007.

Incidencia del nuevo

# Código Procesal Civil en el Derecho Administrativo: cambios en el régimen de impedimentos.

## Sumario

I. Introducción. II. Generalidades del régimen de impedimentos. III. El régimen de impedimentos en el nuevo Código Procesal Civil. IV. Incidencia de los cambios en el ámbito procesal del Derecho Administrativo. V. Conclusiones. VI. Referencias Bibliográficas.

**Licda. Andrea Bermúdez Ling.<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho. Fiscalizadora Asociada de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

## I. Introducción

La promulgación del Nuevo Código Procesal Civil ha sido ampliamente celebrada por la comunidad jurídica nacional. Si bien es innegable que este instrumento representa un valioso avance para el derecho adjetivo costarricense, cuyo mérito requiere ser reconocido y elogiado, lo cierto del caso es que, concomitantemente con la emoción de la entrada en vigencia de esta norma, que viene a modernizar la tramitación de los procesos civiles, surgen una serie de interrogantes y discusiones respecto del qué vendrá aparejado su acogimiento.

Lo anterior no solamente por el cambio de paradigma que afrontará la justicia civil, al mudarse a un esquema predominantemente oral, enfocado en habilitar las herramientas suficientes y necesarias para la consecución de la tan buscada y añorada justicia pronta y cumplida, sino principalmente porque estamos ante la norma supletoria general, razón por la cual es inevitable que este evento impacte no solamente la rama civil, sino también los sistemas instrumentales de todas las demás áreas del derecho costarricense, incluida la administrativa.

Si bien son muchas las cuestiones que solamente se irán resolviendo de conformidad con el quehacer diario de los Tribunales, la aplicación de las disposiciones, la emisión de sentencias, el análisis de las particularidades de los casos que emerjan y los retos jurídicos que deban resolverse con ello, es posible realizar algunas conjeturas del eventual impacto o efectos que tendrá el Código respecto del panorama actual de la justicia procesalista.

## II. Generalidades del régimen de impedimentos

Al ubicarnos en temas relacionados con jurisdicción y competencia, la primera acotación necesaria refiere a la diferenciación entre ambas figuras. El Código Procesal Civil promulgado en el año 1989 (Ley nº 7130), vigente hasta el próximo 8 de octubre de 2018, indica que la potestad jurisdiccional corresponde a la posibilidad de dirimir conflictos de orden jurídico y "... en

*el ramo civil, a los órganos jurisdiccionales que determinan la Constitución y la ley. Dicha potestad se perderá cuando el juez deje de serlo".* Si bien esta definición desaparece en el nuevo Código (Ley nº 9342), el concepto en sí no deja de tener relevancia; tal cual lo señala Parajeles Vindas, se está ante el poder general de resolver conflictos conferido al Estado, mismo que es único e indivisible por recaer en un ámbito nacional, mientras que la competencia refiere a la distribución de la jurisdicción entre los juzgadores del país (Vindas, 1998, p.21), utilizando para ello tanto criterios objetivos – materia, territorio y cuantía- como subjetivos. Siendo esta última la cuestión de enfoque que ahora nos ocupará.

El desarrollo y análisis de este tema es relevante en cuanto a aspectos de acceso y adecuada gestión pública, ya que las regulaciones atinentes a la competencia del juez se materializan en un principio que se ha constituido como un pilar de la administración de justicia: la imparcialidad del juzgador; garantía fundamental, instituida a efectos de generar confianza en el proceso jurisdiccional y legitimación del sistema. En esencia, se busca dar tranquilidad a quienes acuden a los tribunales de que sus conflictos serán resueltos de manera objetiva, sin que medien intereses de terceros, injerencias o influencias en quien se encuentra investido para dirimir el conflicto. Autores como Moreno Catena, al referirse a la garantía de cita, señalan que la misma conlleva una *"ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico"*, al ser necesario que el juzgador se sitúe en una posición que se aleje del conflicto y que no lo implique de forma alguna en el litigio (Moreno, 2017, p. 135 y 136).

Por su parte, los Tribunales de Justicia han ligado el concepto con la independencia judicial, señalando que *"La independencia e imparcialidad del juez constituyen conceptos relacionados entre sí y son indudablemente principios constitucionales en un régimen político como el nuestro. La independencia determina que el juez esté solo sometido a la Constitución y a la Ley y la imparcialidad significa que para la resolución del caso el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa del caso"* (El subrayado es propio) (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia nº 02838-1998, de las 15:27 horas del 29 de abril de 1998).

Es importante resaltar que el sustento normativo de este principio/garantía, se ha desprendido principalmente de los numerales 35, 39, 41, 42 y 154 de la Constitución Política<sup>2</sup> y de instrumentos de derecho internacional ratificados por Costa Rica, principalmente lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup>, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup> y el artículo 14, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>.

Ahora bien, el exigir que sea un tercero imparcial quien resuelva los conflictos que se susciten entre las partes que activen la vía jurisdiccional, conlleva aparejada la necesidad de contemplar también mecanismos que permitan asegurar que ello se cumpla. Es ahí donde cobra relevancia el régimen de impedimentos, que faculta la pérdida temporal de la competencia de un juzgador, de comprobarse que existen razones suficientes para que se pueda ver comprometido su actuar al momento de emitir sentencia, al existir afectaciones por injerencias indebidas -sean directas o indirectas- que puedan generar que su criterio no se encuentra estrictamente en consonancia con el derecho y que ameriten su necesaria separación del conocimiento del caso específico.

Es en virtud de lo anterior que el derecho formal contempla diferentes

---

2 A mayor abundamiento, se remite a las siguientes resoluciones: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencias nº 1211-2016, de las 9:05 horas del 27 de enero del 2016; nº 7531-1997 de las 15:45 horas del 12 de noviembre de 1997; nº 4727-1998 de las 09:27 horas del 03 de julio de 1998 y nº 1739-1992 de las 11:45 horas del 01 de julio de 1992. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia nº 01469-2011 de las 09:00 horas del 30 de noviembre del 2011. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia nº 00096-2011, de las 15:00 horas del 28 de febrero del 2011. Tribunal Agrario, sentencia nº 00892-2006 de las 11:20 horas del 31 de agosto de 2006.

3 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8.1. *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”*

4 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 10 *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14, inciso 1): *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil...”*

posibilidades por las cuales puede suprimirse temporalmente la competencia subjetiva del juez, en caso de detectarse –ya sea de oficio por parte del juzgador o a instancia de parte- algún potencial conflicto de interés o eventuales causas que devengan en alteraciones a la objetividad para resolver el conflicto que se somete a su conocimiento.

Este tema afecta transversalmente las diferentes ramas y materias de la administración de justicia, convirtiéndose en un elemento esencial para todos los sistemas procedimentales del país, debiendo procurarse una adecuada habilitación general de mecanismos de impedimentos, para lo cual adquiere particular protagonismo la integración del ordenamiento jurídico. Así las cosas, de detectarse posibles debilidades en algún precepto de orden instrumental y pudiéndose integrar uno más completo, con mayores beneficios, los administradores de justicia estarían ante la obligación de acudir al que aporte mayores garantías. Específicamente en lo atinente al Código Procesal Civil, este tema cobra particular relevancia y protagonismo, en tanto se está ante una norma procesal de consulta y referencia obligatoria.

### III. El régimen de impedimentos en el nuevo Código Procesal Civil

Es importante resaltar que, tal cual lo apunta López González, la reforma procesal civil tenía como principal norte el modernizar la normativa adjetiva, a efectos de *“mejorar la forma en que se administra la justicia”* (López, 2007), teniendo como principal sustento *“... la necesidad de adaptar la legislación a las necesidades de la vida moderna”* (López, 2017, p.50). Igualmente, en su momento se señaló en la exposición de motivos del expediente n° 15979 que el Código buscaba instaurar un sistema procesal ordenado y sencillo, enfocado en la oralidad, intermediación, concentración y publicidad; lo anterior con una orientación filosófica centrada en los siguientes temas: Justicia Pronta y Cumplida, calidad de la Justicia, consecución de un orden temático dirigido a facilitar el estudio de la norma, el efectivo cumplimiento de los deberes procesales de las partes y del juez, debida utilización del lenguaje procesal, facultades eficientes para el juzgador, flexibilización de normas procesales con el fin de buscar soluciones efectivas y adecuación a la perspectiva de género (Proyecto de Ley n° 15.979). Estando pronta la entrada en vigencia de la Ley, el estudio de la misma permite denotar la injerencia de esta ideología en los cambios efectuados.

Particularmente en cuanto al tema de la competencia subjetiva del juzgador que contempla el nuevo Código Procesal Civil, ello se regula en los ordinales 12 al 18. Ahora bien, al analizarse lo anterior, saltan a la vista algunos cambios significativos que se han generado con respecto al Código Procesal Civil de 1989 (Ley n° 7130).

En la norma aún vigente, la regulación del impedimento, inhibitoria, excusa y recusación se encuentra dispersa en varios artículos y con constantes remisiones entre dichos cardinales, situación que en ocasiones complica la aplicación de las figuras o la comprensión del régimen. Las causales generales están reguladas en los artículos 49 y 53, por disposición del numeral 51 las razones de inhibitoria son las mismas del impedimento y por instrucción del artículo 79 los motivos de excusa son los mismos de la recusación.

Por otro lado, la figura de excusa ha representado alguna complejidad innecesaria en su interpretación y aplicación, por cuanto -en esencia- es la misma inhibitoria, pero con causas generadoras ampliadas.

A efectos de simplificar el régimen de competencia subjetiva, el nuevo Código Procesal Civil desaparece la figura de la excusa y establece en el artículo 12 una única regulación de causales de impedimento, aplicables tanto al procedimiento de inhibitoria como al de recusación.

Además de fusionarse los antiguos móviles de impedimentos y recusación, hay un cambio que reviste de particular trascendencia, ya que el inciso 16 del artículo 12 establece una causal abierta, al señalar *“La existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad u objetividad”*. La inserción de esta posibilidad sujeta a criterios interpretativos viene a zanjar la discusión jurisprudencial que giraba en torno a si debía responderse obligatoriamente a criterios taxativos o no. Al plasmarse lo anterior de manera expresa en la norma, se materializó la tesis de Sala Constitucional que, mediante resolución n° 001211 de las 9:05 horas del 27 de enero de 2016, interpretó que las causales de inhibitoria, excusa y recusación no pueden ser taxativas, razón por la cual los órganos jurisdiccionales competentes están obligados a conocer cualquier cuestión planteada como una potencial amenaza al derecho fundamental de las partes de contar con un juez imparcial, debiendo acogerse cuando así proceda.

Adicionalmente, también es una novedad importante el establecimiento de la perpetuidad de la competencia subjetiva, por cuanto el artículo 16 señala que es definitiva la intervención de los jueces sustitutos que entren a conocer el asunto en virtud de una inhibitoria o recusación, aunque desaparezcan los motivos que generaron la separación inicial.

Por último, es relevante mencionar que se varía la regla actualmente contemplada en el numeral 64, que estipula que la resolución que resuelve la recusación tiene apelación, siendo que el ordinal 17 del nuevo Código indica que no procede ningún tipo de recurso contra las resoluciones que se dicten con motivo de inhibitoria o recusación.

Las nuevas disposiciones apuntan a la posibilidad de contar con un régimen de impedimentos mucho más claro, efectivo y célere, razón por la cual es esperable que sean bien recibidas por parte de quienes deberán aplicarlas.

## IV. Incidencia de los cambios en el ámbito procesal del Derecho Administrativo

Tanto si nos ubicamos propiamente en la jurisdicción Contencioso-Administrativa como en temas de procedimientos administrativos, encontramos normas que remiten directamente a las regulaciones del régimen de impedimentos del Código Procesal Civil, razón por la que cualquier cambio en el mismo incidirá directamente en las decisiones que se tomen en esos ámbitos. Dos ejemplos determinados de lo anterior se pueden observar en el Código Procesal Contencioso Administrativo y el Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinaria y Anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República.

El Título I del Código Procesal Contencioso Administrativo, contempla los aspectos atinentes a dicha jurisdicción, desarrollando temas referentes a su naturaleza, extensión y límites (artículos 1 al 5). En lo referente a la regulación aplicable por afectaciones a la condición subjetiva del juzgador, el tratamiento del tema no es tan amplio, por cuanto el numeral 8 remite directamente a lo previsto en el Código Procesal Civil, adicionando tres causas específicas aplicables a la materia contencioso-administrativa: a) si los jueces han participado o se han pronunciado previa y públicamente respecto de la conducta activa u omisiva objeto del proceso; b) si tienen parentesco, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con las autoridades superiores de la jerarquía administrativa que participó en la conducta sometida a su conocimiento y decisión, y c) si se encuentran en igual relación de parentesco con la autoridad o los funcionarios que hayan participado o informado respecto de la conducta sometida al proceso<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Artículo 8: "Además de lo previsto en el Código Procesal Civil, los jueces de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda estarán sujetos a las siguientes causas de inhibitoria cuando: a) Hayan participado en la conducta activa u omisiva objeto del proceso, o se hayan pronunciado, previa y públicamente, respecto de ellas. b) Tengan parentesco, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con las autoridades superiores de la jerarquía administrativa que participó en la conducta sometida a su conocimiento y decisión. c) Se encuentren en igual relación con la autoridad o los funcionarios que hayan

Aunado a ello, también contemplan preceptos referentes al régimen de impedimentos los ordinales 96<sup>7</sup> y 100, inciso 1.d)<sup>8</sup>.

Es en razón de lo anterior que el tratamiento jurisprudencial que le han dado los tribunales contenciosos al tema de inhibitorias, impedimentos, excusas y recusaciones, esencialmente corresponde a la aplicación de las disposiciones vigentes en la materia civil.

Tal cual fue referido líneas atrás, previo a que en el año 2016 cambiara la interpretación imperante respecto a la taxatividad de las causales, la tesis vigente se basaba en el artículo 79 del Código Procesal Civil y exponía que, para poder aceptar la separación del juez del conocimiento de la causa, era necesario que la razón invocada estuviese expresamente plasmada en una norma, en tanto se consideraba que no podía darse una ampliación analógica de los supuestos. Adicionalmente, en cuanto al momento procesal oportuno para presentar una recusación, se determinaba que era previo a la emisión de la sentencia, so pena de incurrirse en una falta de interés si se alegaba en la impugnación del fallo, por lo que lo correspondiente en dicho supuesto sería atacar propiamente el fondo de la resolución y no la competencia subjetiva de quién lo emitió<sup>9</sup>.

Por su parte, el Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinaria y Anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República establece en su artículo 13 (Decreto R-DC-199-2011):

"Abstención y recusación. Los impedimentos para conocer de un asunto serán los establecidos en el Reglamento de abstenciones de la Contraloría General de la República así como los establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y el

participado en la conducta sometida a proceso o informado respecto de ella".

<sup>7</sup> Artículo 96: "Lo actuado o manifestado por la jueza o el juez tramitador durante el proceso, no prejuzgará el fondo del asunto, ni será motivo de impedimento, excusa ni recusación."

<sup>8</sup> Artículo 100: "1) La audiencia se realizará sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación, y solamente se podrá suspender: (...) d) En caso de que algún juez, alguna de las partes, sus representantes o abogados estén impedidos por justa causa, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados en ese mismo acto."

<sup>9</sup> Sentencias del Tribunal Contencioso que recogen los criterios mencionados: n° 00232-2012 de las 15:00 horas del 17 de octubre de 2012, n° 00348-2011 de las 09:45 horas del 5 de agosto del 2011, 00613-2010 de las 13:45 horas del 23 de diciembre de 2010, n° 00590-2010 de las 11:30 horas del 30 de noviembre de 2010, n° 00062-2009 de las 11:30 horas del 11 de junio de 2009 y n° 00494-2009, de las 15:25 horas del 13 de marzo de 2009.

Código Procesal Civil.

Los impedimentos se aplicarán a los órganos decisores, y a las demás autoridades o funcionarios que intervengan auxiliándolos o asesorándolos en el procedimiento.

Sin embargo, cuando los motivos concurren en un miembro del órgano, el impedimento no se hará extensivo a los demás miembros, salvo casos calificados en que éstos lo consideren procedente”.

Ahora bien, en ambos casos es claro que se generarán modificaciones significativas en el régimen al que se encuentran sujetos, las cuales, naturalmente, conllevarán un periodo de adaptación y acomodo, pero que podría pensarse que traerán consigo mayores ventajas que posibles incomodidades, siempre manteniendo la expectativa del qué sucederá al llevarse la teoría a la práctica.

En el caso del reglamento del órgano contralor, llama la atención que lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo supra citado, podría requerir modificarse para no contrariar lo indicado en el inciso 3) del artículo 12 del nuevo Código, que señala expresamente que en el caso de los tribunales colegiados, las causales de los incisos 1 al 3 se extienden a todos los integrantes del mismo. De requerirse solventar esta diferencia, deberá optarse por aquella interpretación que represente mayores garantías a las partes y que sea más beneficiosa en términos de debido proceso.

Igualmente, es necesario analizar el posible impacto de otros motivos de impedimento, como el “Existir o haber existido, en los dos años precedentes a la iniciación del proceso, un proceso jurisdiccional o administrativo en que figuren como contrarios, respecto de alguna de las partes, el juez o sus parientes indicados en el inciso 2)” (artículo 12 inciso 7) NCPC), que establece un rango sumamente amplio de recusación o inhibitoria, cuando -incluso en procedimientos administrativos- hayan sido contrarios de las partes del proceso los siguientes familiares del juez: el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Específicamente para el caso de procedimientos administrativos, otra

causal que eventualmente puede generar dudas sería la del inciso 10 del artículo de cita (12) que indica “Sostener el juez, su cónyuge, ascendiente o descendiente opinión contraria a la de algunas de las partes, en otro proceso de su interés”. Al momento de interpretar los alcances de la causal citada, se deberá realizar un ejercicio ponderativo muy cauteloso, ya que el motivo de impedimento abarca la posición contraria que puedan tener incluso el cónyuge, el ascendiente o descendiente, lo cual amplía el rango de cobertura a un punto que puede ser contraproducente en el ámbito procedimental sancionatorio. Es en razón de lo anterior, que deberá procurarse una interpretación favorable a los intereses colectivos y la función pública, de citarse la causal mencionada.

En cuanto a los Tribunales Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, conviene poner particular atención a este amplio rango de motivos de impedimento, extensivo a familiares que laboren en instituciones públicas y que hubiesen estado inmersos en algún caso que llegue a su conocimiento. Igualmente representa un cambio de paradigma el que se pase a contar con un sistema de causales abierto a interpretación y análisis, mismo que ya no contará con la posibilidad de recurso alguno en contra de la resolución que resuelva al respecto. Debido a la remisión directa que se hace a la regulación civil de la materia, será necesario para los jueces contencioso-administrativos estar particularmente alerta de la aplicación e interpretación que se haga de la nueva regulación de la normativa instrumental aplicable.

## V. Conclusiones

Los cambios e impactos que vendrán con la promulgación del nuevo Código Procesal Civil serán significativos e incidirán en todas las materias jurídicas. Un régimen de impedimentos más sencillo de aplicar y comprender, con procedimientos claros para aplicar tanto la inhibitoria como la recusación, que contempla causales abiertas a interpretación y enfocado en garantizar el aseguramiento de los derechos fundamentales de las partes, necesariamente busca reflejarse en una mejor tramitación de los procesos jurisdiccionales y de los procedimientos administrativos.

El mayor reto vendrá en asegurar que los encargados de aplicar las disposiciones en su quehacer diario estén plenamente enterados de los cambios que regirán, implementándolos de manera asertiva.

No obstante, algunas variantes generan expectativa por cuanto podrían devenir en un rango de impedimentos excesivamente amplio, que incluso podría ocasionar un efecto contrario al esperado, al entorpecer innecesariamente el desarrollo de los procesos o los procedimientos administrativos. Si bien es positivo el contar con la posibilidad abierta de analizar causales que ameriten la separación de un juez del conocimiento de una causa, es necesario que ello sea tratado con la mayor responsabilidad y apego a la racionalidad y razonabilidad, para evitar incurrir en abusos procesales u otras afectaciones a los derechos de las partes y a la correcta administración de justicia.

Estas reflexiones, tal y como se ha expresado, se han centrado en posibles efectos que la reforma procesal civil tendrá sobre materias propias del derecho administrativo, sin embargo, será en el ejercicio diario de la disciplina jurídica, donde irán apareciendo las respuestas, o donde surgirán más interrogantes.

## VI. Referencias Bibliográficas

*Catena, V. (2017), "Introducción al Derecho Procesal. Las garantías constitucionales de los jueces y magistrados". 9ª Edición. Tirant lo Blanch - Manuales de Derecho Procesal.*

*López, J. (2007) "VISIÓN Y FILOSOFÍA DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL". Conferencia pronunciada en la Universidad de Costa Rica, el 15 de mayo de 2007 en el Ciclo de Conferencias sobre el Proyecto de Código Procesal Civil dedicado a los exprofesores Ulises Odio Santos y Antonio Rojas López. Disponible en: [http://desa1.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1251/VISION\\_FILOSOFIAPROYECTO\\_CODIGOPROCESALCIVIL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://desa1.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1251/VISION_FILOSOFIAPROYECTO_CODIGOPROCESALCIVIL.pdf?sequence=1&isAllowed=y)*

*López, J. (2007). "Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el Nuevo Código -Parte General-". Editorial EDiNexo.*

*Parajoles, G. (1998), "Curso de Derecho Procesal Civil con jurisprudencia". Volumen I. 2da ed. San José, Costa Rica. IJSA.*

*Proyecto de ley nº 15.979. "Código Procesal Civil". Exposición de motivos, apartados 3 y 4.*



# Gobierno abierto, transparencia y participación ciudadana en la emisión de disposiciones administrativas de carácter general

## Sumario

I. Introducción. II. El ejercicio de la potestad reglamentaria en Costa Rica. III. Costa Rica en la Alianza para el Gobierno Abierto. IV. La Transparencia como principio rector de la potestad reglamentaria. V. Otros principios y normas asociados. VI. La participación ciudadana en el procedimiento para la elaboración de Disposiciones Administrativas de Carácter General. VII. El procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general en Costa Rica (Entre el cumplimiento de un mero formalismo y el desarrollo de un aspecto sustancial en un Estado de Derecho). VIII. La participación ciudadana y propuesto de apertura en la legitimación del numeral 361 de la LGAP. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

**Lic. Jesús González Hidalgo<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Lic. Jesús González Hidalgo. Abogado y Notario de la Universidad de Costa Rica, Doctorando en Derecho Administrativo de la Universidad Escuela Libre de Derecho, Fiscalizador de la Contraloría General de la República, Costa Rica.

## I. Introducción

En este documento se realiza un análisis breve sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria en Costa Rica como un privilegio exorbitante que se reconoce en la Carta Fundamental a favor de la Administración Pública con el fin de cumplir con objetivos tendientes a alcanzar el bien común para lo cual se faculta al Estado para efectos de emitir normas de alcance general que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico costarricense, como una fuente normativa del mismo, integrando el bloque de juridicidad y afectando de una manera abstracta y vinculante a todas las personas sobre las cuales se establecen sus alcances.

Se enuncian y describen una serie de compromisos de vital trascendencia asumidos por el Gobierno de Costa Rica para efectos de cumplir con sus obligaciones como parte de la Organización para un Gobierno Abierto entre los cuales destacan la transparencia en la función pública, la participación de todas las personas por igual y sin discriminación en la toma de decisiones y la formulación de políticas públicas, el acceso a la información sobre las actividades gubernamentales y por consiguiente a la información de interés público, y la oportunidad que ofrece el uso de las nuevas tecnologías para la apertura de los poderes constituidos y la rendición de cuentas.

Se analiza la trascendencia del derecho a la participación ciudadana en general y su enfoque en el procedimiento de emisión de las disposiciones administrativas de carácter general así como la aplicación de una serie de principios generales y derechos de rango constitucional relacionados con la transparencia administrativa como principio transversal, rector del ejercicio de la función pública y por consiguiente del ejercicio racional de la potestad reglamentaria.

Finalmente se describe el procedimiento de audiencia para la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general establecido en la Ley General de la Administración Pública (en lo sucesivo LGAP), su tratamiento por parte de los órganos jurisdiccionales (Sala Constitucional y Sala Primera ambas de la Corte Suprema de Justicia) para concluir sobre la base de una serie de elementos técnico jurídicos que serán el fundamento de una

propuesta que gira a partir de una interpretación amplia en los márgenes de legitimación legalmente establecidos, esto con el fin de que todas las personas tengan el derecho de participar y por supuesto incidir de manera abierta en el procedimiento para la elaboración de las disposiciones administrativas con vocación de generalidad para lo cual se deberá hacer un uso óptimo de las nuevas herramientas tecnológicas en materia de información y comunicación.

## II. El ejercicio de la potestad reglamentaria en Costa Rica

El ejercicio en general de las potestades públicas también conocidas como *-potestades de imperio-* se presenta necesariamente en una doble condición, por una parte se muestran como un privilegio exorbitante a favor de la Administración en el tanto los sujetos particulares no tienen a su haber el ejercicio vinculante y general de las funciones públicas (a pesar de que sufren de una manera directa o indirecta los efectos relacionados con el ejercicio de dichas potestades), pero por otra parte, quien administra, mantiene el deber inherente e irrenunciable de ejercer esas mismas prerrogativas de manera continua, eficiente, en condiciones de igualdad, dentro de los márgenes que establece el ordenamiento y rindiendo cuentas, en función de la satisfacción del interés general que le fue encomendado por una norma (Artículos 11 de la LGAP y 11 de la CP).

El tratadista argentino Roberto Dromi sostiene: *“La justificación ética del ejercicio del poder está dada por la rectitud en el obrar con miras al fin específico de la comunidad política: el bien común. Poder y fin son los elementos esenciales del contenido constitucional. El derecho es el encargado de controlar la continuidad y correspondencia de los medios utilizados a los fines debidos. La incompatibilidad de los medios del poder con los fines del bien genera fisuras del abuso, exceso o desviación de poder, que implican la ilegitimidad de concreto ejercicio.”*<sup>2</sup>

Para DROMI, *“...la relación libertad y autoridad se manifiesta en la*

<sup>2</sup> DROMI (Roberto) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires / Madrid / México. Ciudad Argentina. 12 edición, 2009, p 167.

*normativa constitucional. Ni los derechos ni el poder son absolutos; por el contrario, debe haber una armónica relación entre individuo-Estado, libertad autoridad, garantía-prerrogativa; en suma, un pendular equilibrio entre mando y obediencia. El poder actúa como límite de los derechos subjetivos de los administrados y viceversa, los derechos fundamentales lo son respecto del poder.”<sup>3</sup>*

Una vez analizadas, algunas consideraciones básicas y generales respecto de las potestades de imperio y su vinculación con el interés general, procederemos entrar de lleno en el estudio de “la potestad reglamentaria” por medio de la cual, la Administración Pública emite disposiciones administrativas vinculantes, de carácter general (en lo sucesivo DCG) que pasan a formar parte integral del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico costarricense.

La Sala Constitucional desde sus inicios precisó: “*La competencia reglamentaria tiene límites que el Poder Ejecutivo no puede rebasar, so pena de cometer un exceso de poder...*”<sup>4</sup>

El fundamento constitucional de la potestad reglamentaria en Costa Rica lo encontramos en el numeral 140 incisos 3 y 18) de la CP en los cuales se establece como una atribución conjunta del Presidente de la República y los Ministros de Gobierno el deber de sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento (Reglamentos Ejecutivos), así como también promulgar los reglamentos que convengan para el régimen interior de sus despachos (Reglamentos Autónomos de Organización y Servicio) así como expedir los reglamentos y ordenanzas necesarias para la pronta ejecución de las leyes.

Así las cosas, la potestad reglamentaria, de rango constitucional, faculta al Poder Ejecutivo –bajo ciertos límites formales<sup>5</sup> y sustanciales<sup>6</sup> a efectos de

<sup>3</sup> Ver DROMI (Roberto) *Derecho Administrativo (...)* op. cit, p 171.

<sup>4</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 1130-1990 de las 17:30 horas del 18 de setiembre de 1990.

<sup>5</sup> Actualmente el límite formal a la potestad reglamentaria es el procedimiento establecido en los numerales 361 a 363 de la LGAP.

<sup>6</sup> Uno de estos límites es el principio de reserva de ley por medio del cual, se veda la posibilidad de que el Poder Ejecutivo emita normas reglamentarias cuando se trata de creación de penas, exacciones, tasas,

crear Derecho, es decir la Administración constituye un actor preponderante en el proceso de creación de normas sin que –*valga señalar*– dicha potestad se pueda entender equiparada en su procedimiento o en el fondo, con el proceso de creación de leyes que desarrolla la Asamblea Legislativa.<sup>7</sup>

De tal suerte, el constituyente originario consideró necesario reconocer en la propia CP, al Estado, una potestad general, a título de –*deber y atribución*–<sup>8</sup> para efectos de emitir normas de rango inferior a la ley, tendientes al cumplimiento de los cometidos o fines asignados por la misma carta fundamental o por disposición de Ley a las diferentes instituciones en aras a satisfacer el bien común para lo cual la Administración Pública se concibe como una organización al servicio de la comunidad, creada para servir al administrado como cliente o consumidor de los servicios que debe brindar el Estado en un sentido amplio.<sup>9</sup>

Para el tratadista costarricense Rubén Hernández Valle “...*el fundamento de la potestad reglamentaria se encuentra en razones de carácter técnico y político. En efecto, la Administración Pública requiere contar con poderes suficientes que le aseguren el mantenimiento fundamental y la operación del gobierno estatal, debido a la complejidad técnica de los cometidos públicos que debe satisfacer y habida cuenta, también, de que la Asamblea es un foro político, carente de experiencia y sin la infraestructura necesaria para satisfacer adecuadamente aquellos cometidos. / La producción reglamentaria se caracteriza, como es sabido, por su habitualidad, rapidez y continuidad, lo que permite enfrentar, con mayor eficacia, los problemas cotidianos del Estado. Asimismo, el rango formal del Reglamento permite su derogación discrecional conforme las exigencias de cada momento, sin necesidad de acudir al engorroso y dilatorio procedimiento legislativo. Finalmente, dado que el legislador no puede prever ni regular las materias*

multas u otras cargas similares, crear impuestos, el régimen jurídico de los derechos constitucionales o definir los casos en que aplica el secuestro, registro y examen de documentos privados entre otra materias reservadas a la ley formal y material.

<sup>7</sup> Sala Constitucional resolución No. 4587-1997 de las 15:48 horas del 5 de agosto de 1997.

<sup>8</sup> Tal como se observa, la misma Constitución Política establece lo que fue señalado anteriormente como un –poder-deber– indisponible para el Estado, en el cumplimiento de sus competencias constitucionales.

<sup>9</sup> JINESTA LOBO (Ernesto) Constitución y Justicia Constitucional. Principios constitucionales de eficacia y rendición de cuentas de las administraciones públicas. P 12. [www.google.com/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=Principios+constitucionales+de+eficacia+y+rendici%C3%B3n+de+cuentas+de+las+administraciones+p%C3%B3BAblicas](http://www.google.com/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=Principios+constitucionales+de+eficacia+y+rendici%C3%B3n+de+cuentas+de+las+administraciones+p%C3%B3BAblicas)

*en detalle, es necesario, inclusive, que la regulación primaria de ciertos campos corresponda al dominio del Reglamento, como la organización interna de sus órganos y las relaciones de servicio con sus usuarios.”*<sup>10</sup>

Parafraseando en algún sentido las palabras de Hernández Valle, la potestad reglamentaria constituye una herramienta con un marcado sentido práctico que permite adecuar de una manera dinámica y ágil el ordenamiento jurídico de acuerdo con la realidad cambiante a la que se encuentra sometida la sociedad y la Administración Pública en general. El ejercicio eficiente de los poderes reglamentarios en un marco de respeto a la juridicidad ofrece una salida pronta para el ejercicio de la función pública, y es una alternativa a la compleja tramitación que es propia del proceso de creación de las leyes que por su naturaleza, se encuentra sujeto a múltiples circunstancias que de una u otra forma impiden una tramitación oportuna. Para García de Enterría, el poder de creación de normas reglamentarias presenta un primer orden tanto así que el ejercicio de este poder se extiende y generaliza al punto de sobrepasar en volumen la generación de normas emitidas por el poder legislativo de ahí que las normas reglamentarias pasaron a ser la parte más significativa del ordenamiento jurídico-administrativo.<sup>11</sup>

La misma realidad que describió García de Enterría se aplica al ordenamiento jurídico costarricense en el cual encontramos un total de 40.853 decretos ejecutivos que cuadruplican en número la producción legislativa en la cual se cuentan un total de 9.518 leyes.<sup>12</sup> Esto sin contar las normas que emiten las instituciones autónomas y otros entes de rango constitucional como el Tribunal Supremo de Elecciones, la Caja Costarricense del Seguro Social y la Contraloría General de la República entre otras, a efectos de cumplir con sus competencias.

La Sala Constitucional de Costa Rica se refiere a la potestad reglamentaria como un instrumento de rango constitucional con el cual cuenta la Administración para lograr un fin último; precisamente el desarrollo adecuado y eficiente de los cometidos y funciones que le son encomendados a las

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ VALLE (Rubén) Las Fuentes Normativas en Costa Rica. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2014, p 266.

<sup>11</sup> GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo) Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial CIVITAS, 1999, p 175.

<sup>12</sup> Datos obtenidos de la revisión de los últimos diarios oficiales “La Gaceta” emitidos por la Imprenta Nacional del 6 de febrero de 2018.

instituciones en aras de llevar a buen puerto, en las mejores condiciones y haciendo un uso adecuado y eficiente de los recursos, los cometidos que derivan de la asignación de las diferentes funciones constitucionales y legales que son encomendadas a los órganos y entes de derecho público.

**“III.- Sobre la potestad reglamentaria.** La Administración Pública cuenta con una serie de poderes o potestades que le son otorgadas por el Ordenamiento Jurídico, con el fin de que pueda ejercer las diversas funciones que le han sido asignadas. Precisamente uno de estos poderes, es la llamada potestad reglamentaria, la cual tiene fundamento en lo dispuesto por el artículo 140 incisos 3) y 18) de la Constitución Política, y que ha sido entendida por este Tribunal, como la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del Ordenamiento Jurídico, mediante la creación de normas escritas. Tal y como se deduce de la anterior definición, la potestad reglamentaria se convierte en un instrumento por medio del cual la Administración emite normas que facilitan su funcionamiento, -reglamentos sobre aspectos laborales internos de los Ministerios, por ejemplo-, o desarrollan lo dispuesto por la ley.”<sup>13</sup>

Ahora, si bien estamos en presencia de una potestad de imperio cuyo origen deriva de una “atribución constitucional” expresa, no se debe perder de vista, que el poder de emitir normas que innovan el ordenamiento, lejos de ser una potestad discrecional pura, o un fin en sí mismo al servicio del Gobierno, implica un medio para el ejercicio obligatorio de un deber de servicio indisponible, irrenunciable, imprescriptible e indelegable por parte de la Administración, íntimamente ligado con la satisfacción de los intereses públicos en sus diferentes manifestaciones para lo cual se deben desplegar los instrumentos y medios que el ordenamiento jurídico pone al alcance de los sujetos de derecho público.

El alejamiento injustificado del interés general en el ejercicio de la potestad reglamentaria o de cualquier otra potestad de imperio, conlleva como lo señaló el tratadista español Eduardo García de Enterría medio siglo atrás, una “desviación de poder”<sup>14</sup>: *“De una manera explícita se declara que el ejercicio*

<sup>13</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución No. 2009-8065 de las 21:38 horas del 13 de mayo de 2009.

<sup>14</sup> De acuerdo con el tratadista costarricense Álvaro Mora Espinoza, la “desviación de poder” “...

de la potestad discrecional «debe basarse» en «normas y principios objetivos», lo que en concreto se aplica a la necesidad de una recta consideración del «interés general», que no debe ser «despreciado» y «abandonado» frente a los intereses particulares, supuesto genérico razonado a contrario como hipótesis dialéctica («de emplear—las facultades discrecionales— en otra forma... entrañaría la existencia de una causa torpe en la resolución cual sería»), sin prueba concreta, aunque con una alusión a su carácter «implícito» en determinadas actuaciones administrativas; es también de primera importancia que esta transgresión al principio de la objetividad se califique sin vacilaciones como «una evidente desviación de poder»...<sup>15</sup>

El tratadista español David Blanquer nos logra ilustrar la verdadera trascendencia de la potestad reglamentaria en el siguiente extracto:

“El ordenamiento jurídico atribuye privilegios a las Administraciones Públicas tanto cuando dictan actos administrativos como cuando aprueban reglamentos o celebran contratos. La reglamentaria es una potestad unilateral en cuyo ejercicio la Administración disfruta de un amplio espacio de discrecionalidad. No todos tienen el privilegio de dictar normas que son obligatorias, y tienen eficacia general, al vincular a cualquier persona, con independencia de que sea una persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada. Ni los Tribunales, ni los ciudadanos, ni las empresas privadas, están investidos de esa potestad exorbitante de obligar y vincular a terceros mediante la producción de una norma general y abstracta.”<sup>16</sup>

Ahora bien, de acuerdo con el principio de legalidad, previa promulgación

---

constituye el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento” MORA ESPINOZA (Alvaro) El deber de hacer de la Administración. (Supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional. San José, Investigaciones Jurídicas S.A. p 90.

15 GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo) La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. Revista Española de Administración Pública. Número 30, Septiembre/ Diciembre 1959, p 149. La cita continúa señalando: “...dando a este concepto una significación extensiva en relación con su definición legal del párrafo 3.º del artículo 83 de la Ley jurisdiccional, y que permite, como es obvio, un control más extenso del ejercicio de facultades discrecionales; en concreto, la prevalencia del interés particular sobre el general se deduce de la circunstancia de que la medida reglamentaria parece pensada para proporcionar determinadas ventajas patrimoniales a algún ciudadano privativamente, lo que se califica de «causa torpe»; digno de notar también el que se resuelva en el sentido más progresivo, dado lo que acabamos de observar, el importante problema de la prueba de la desviación de poder en el caso concreto (12) ; por último, hay que resaltar fundamentalmente que estamos en presencia de la primera aplicación que en nuestro derecho se conoce de la desviación de poder a una disposición reglamentaria, aplicación que presenta ya por sí misma un extraordinario interés de principio.”

16 BLANQUER (David) Derecho Administrativo, Volumen I. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010. página 217.

de un instrumento normativo, la Administración debe observar, respetar y cumplir con los trámites procedimentales que establece la norma especial, lo cual incluye el ejercicio transparente de un privilegio por una parte, pero lo cierto es que implica un deber paralelo y no menos relevante, de actuar conforme con parámetros expresos y básicos de legalidad impuestos por el ordenamiento respecto de la audiencia previa que se deberá otorgar a los sujetos que se verán afectados.

Tal como lo sostiene Blanquer: “Ese procedimiento implica una tarea de deliberación y de reflexión racional que dificulta que la Administración ejerza abusivamente la discrecionalidad que le corresponde, y dicte de forma precipitada e irreflexiva un reglamento arbitrario o caprichoso.”<sup>17</sup>

En ese sentido, podemos concluir anticipadamente, que de la claridad del procedimiento legal para la emisión de DCG, y en especial de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de las normas administrativas, dependerá en gran medida el análisis sobre la legitimidad democrática y en muchos casos la validez o invalidez de las normas administrativas.

La claridad sobre los aspectos descritos permite y promueve una efectiva participación ciudadana y por supuesto un margen aceptable de transparencia en el proceso de elaboración de las regulaciones administrativas vinculantes que posteriormente serán parte integral del ordenamiento jurídico costarricense, integrantes del bloque de juridicidad.

Por el contrario, la excesiva discrecionalidad en el tratamiento del tema, la poca, escasa o nula participación de los eventuales afectados, permite que la discrecionalidad administrativa gobierne *—no pocas veces arbitraria e irracionalmente—* la base de las regulaciones administrativas vinculantes que emiten los diferentes sujetos de derecho público por medio de reglamentos, decretos, y actos de alcance general *—de todo tipo—* que en muchas ocasiones pueden encontrarse ayunos de un razonamiento técnico visible, sin participación de los habitantes y de los sectores afectados y no en pocas ocasiones apartados del interés público.

Se tiene plena consciencia de que las regulaciones administrativas no deben

---

17 Ibídem, página 218.

caer en la rigurosidad propia del procedimiento parlamentario en materia de formación de la ley, pero no resulta adecuado ni conveniente, mantener un excesivo margen de desregulación en el procedimiento para la emisión de DCG en cuanto a los alcances efectivos de la audiencia que se debe realizar a los sujetos afectados.

En ese sentido, para la legitimidad de las DCG se requiere que los administrados estén en las condiciones básicas que les permitan acceder al texto de las DCG previo a su emisión, con el fin de ejercer los controles sociales, políticos y jurídicos necesarios, que funcionarán como un contrapeso indispensable para ejercicio válido del poder reglamentario.

De ahí que la participación en un marco base de transparencia y de respeto a los principios asociados a este último, se constituye como un freno y contrapeso, o visto de otra manera, un instrumento ciudadano trascendental que debe facilitar la toma de decisiones a la administración emisora y un instrumento vital de transparencia en un sistema democrático y participativo como es el costarricense. Todo lo anterior, sin dejar de lado la claridad que operaría a la hora de ejercer el control de la función administrativa en sede jurisdiccional.

Es indiscutible que hoy en día existe una relación indisoluble entre el concepto de democracia, Estado de derecho, derechos fundamentales, y derecho de defensa o debido proceso pues la ausencia de alguno de estos no permitiría que se alcance el otro. Así las cosas, tampoco se podría hablar de derechos fundamentales si no se cuenta con los mecanismos que garanticen los mismos, pues de nada sirve un catálogo de derechos si no se prevén los mecanismos necesarios para su exigencia y cumplimiento.

### III. Costa Rica en la Alianza para el Gobierno Abierto

En el mes de enero del año 2012 Costa Rica tomó la iniciativa de pertenecer a la Alianza para el Gobierno Abierto u Organización para un Gobierno Abierto (Conocida por sus siglas en inglés como OGP “Open Government Partnership”) para esto, el país adoptó un plan de acción tendiente a incrementar la integridad pública, la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.<sup>18</sup> Entre las recomendaciones clave que asume el Gobierno de Costa Rica encontramos el aumento y fortalecimiento de la participación de la sociedad civil en el proceso tendiente a establecer un gobierno abierto.

Ahora bien, se entiende por gobierno abierto *“Aquel que entabla un constante diálogo con los ciudadanos. Toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias. Facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionario en desarrollo de los servicios. Comunica lo que hace de forma abierta y transparente.”*<sup>19</sup>

Sobre este tema en particular, la Declaración de Gobierno Abierto de setiembre de 2011 suscrita por los países integrantes reconocen entre otros aspectos: que los pueblos del mundo entero exigen una mayor apertura en sus gobiernos así como participación de los ciudadanos en los asuntos públicos quienes buscan que sus gobiernos sean más transparentes, sensibles, responsables y eficaces. Para esto aceptan la responsabilidad de fortalecer los compromisos con miras a promover la transparencia, lucha contra la corrupción, empoderar a los ciudadanos y aprovechar el poder de las nuevas herramientas tecnológicas a efectos de que el gobierno sea más eficaz y responsable. Para lograr esto los países integrantes defienden el valor de la apertura a partir de un compromiso con los ciudadanos para

<sup>18</sup> Ver: <http://www.opengovpartnership.org/es/node/302> y <http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Costa%20Rica%20Final.jpg>

<sup>19</sup> “Calderón y Lorenzo 2010. Citados por el II Seminario Internacional “Experiencias Innovadoras en Gestión Pública Efectiva Gobierno Abierto y Acceso a la Información Pública.” SECRETARÍA DE GESTIÓN PÚBLICA Presidencia del Consejo de Ministros GOBIERNO DEL PERÚ Marzo 2014 (PERÚ Gobierno Abierto) Ver en: [https://www.oas.org/es/sap/dgpe/seminarios/panama/pre/MARIA-NA%20LLONA%20ROSA\\_SGP.pdf](https://www.oas.org/es/sap/dgpe/seminarios/panama/pre/MARIA-NA%20LLONA%20ROSA_SGP.pdf)

mejorar los servicios, gestionar los recursos públicos, promover la innovación adoptando los principios de transparencia y gobierno abierto para que haya más prosperidad, bienestar y dignidad humana en los países integrantes en un mundo cada vez más interconectado.<sup>20</sup>

La Declaración de Gobierno Abierto suscrita por Costa Rica –en lo que interesa- recoge principios de alcance general, sin distinguir sobre el ejercicio de una potestad estatal en particular, de ahí que el ejercicio de los postulados de la apertura estatal deberán adaptarse a los niveles de transparencia en todas y cada una de las esferas de poder que ejercen los poderes constituidos los cuales adquieren –a partir de esta declaración voluntaria del Estado- una serie de compromisos tendientes a apoyar la participación ciudadana de todas las personas por igual y sin discriminación en la toma de decisiones y formulación de políticas así como aumentar la disponibilidad en el acceso de la información sobre las actividades gubernamentales –de una manera activa- por medio de la garantía de un mayor acceso a la información en todos los niveles del gobierno y en formatos que el público pueda encontrar, comprender y utilizar fácilmente asumiendo un compromiso simultáneo tendiente a tomar en consideración los comentarios o aportes del público en la mayor medida posible.<sup>21</sup>

Tratándose de la emisión de DCG que inciden, o al menos incidirán sobre todos quienes serán sujetos de aplicación, esta serie de compromisos asumidos por el Estado de Derecho Costarricense los podremos traducir, en una oportunidad para efectos de incidir en la base del sistema democrático por medio de la implementación paulatina y progresiva de un derecho activo de participación real –en principio- por medio del desarrollo abierto de la audiencia general que no debe verse como el simple cumplimiento de un requisito formal de ley (tal como en ocasiones se ha interpretado el numeral 361 de la LGAP), sino por el contrario, se puede llegar a traducir en un derecho sustantivo y amplio, que de acuerdo con la tesis de este autor, faculta a todos los ciudadanos para efectos de –en un primer plano- acceder a no solo a los textos o borradores de proyectos normativos propuestos previo a su publicación definitiva sino además a las consideraciones formales previas que tomó en cuenta la Administración emisora para

<sup>20</sup> <http://www.opengovpartnership.org/es/acerca-de/declaraci%C3%B3n-de-gobierno-abierto>

<sup>21</sup> Ibid.

cumplir con un fin público específico, entre estos estudios técnicos, económicos, presupuestarios, financieros, dictámenes jurídicos, criterios de instituciones y expertos consultados y en fin toda la información que da sustento técnico-jurídico a un proyecto normativo del cual el Estado deriva la necesidad de emitir, modificar o derogar total o parcialmente una norma de alcance general, información que debe constar de manera transparente en un expediente único y de acceso a todo público que la requiera sin necesidad de justificar los motivos para los cuales demanda su derecho al ejercicio de ese derecho de acceso a información que desde siempre ha debido estar a su alcance sin ningún tipo de limitación o contratiempo.

Aunado a los compromisos antes descritos la declaración para un Gobierno Abierto establece un cometido clave como es aumentar el acceso a las nuevas tecnologías de información como un medio de apertura y rendición de cuentas observando en la tecnología una oportunidad para hacer pública más información de una manera que permita a la gente entender la actuación de los gobiernos a fin de influir en las decisiones por medio del intercambio de información y de ideas empoderando a las personas y promoviendo la transparencia en el gobierno.

## IV. La Transparencia como principio rector de la potestad reglamentaria

De acuerdo con la opinión calificada del tratadista italiano Gregorio Arena, los setentas fueron marcados por la “...participación o mejor, de la demanda de participación en el ejercicio del poder público.”<sup>22</sup> Surgieron en ese momento innumerables instituciones de participación en diferentes ámbitos (comunal, educativo, sindical, empresas públicas y otros órganos de gestión en la administración) No obstante, el fracaso de dichos instrumentos, de frente a la extrema dificultad de generar participación real en el ejercicio del poder administrativo propició en ese momento una desilusión general dado que la sociedad civil se percataría de la complejidad

<sup>22</sup> ARENA (Gregorio) La transparencia administrativa. REVISTA DE DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA (1958-2005). Números 248-249. (Instituto Nacional de Administración Pública / Gobierno de España) P 362.

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5468&path%5B%5D=5522> (última visita 21/6/2016)

que impone el sistema social y económico, mismo que no comparte ni consiente la posibilidad real de cogestionar el uso de sus prerrogativas en conjunto con el ciudadano. De ahí que los representantes civiles optaron -en ese tiempo- por permanecer fuera de un ejercicio directo del poder y de las instituciones donde se ejerce, con tal que se les permitiera controlarlo, razón por la cual, se optó por la “TRANSPARENCIA” y la publicidad como una forma diferente de participación a efectos de controlar el uso del poder, sin necesidad de realizar una cogestión directa del mismo.<sup>23</sup>

De ahí que la experiencia italiana que describe Arena respecto de los orígenes de transparencia administrativa en conjunto con el principio de publicidad llegarán para quedarse y extenderse a nivel mundial, y se constituyen en un primer remedio inmediato de frente a la excesiva rigidez de los sistemas políticos ancladamente representativos. No obstante, en el plano jurídico, en especial, en el ámbito doctrinario no se abandonó la lucha por una mayor demanda de participación, de ahí que se generan importantes reformas legales en todo el mundo que tienden a fortalecer el poder del pueblo como complemento al ejercicio de democracias estrictamente representativas.

El deber de transparencia de la administración genera una serie de principios transversales que servirán de base para imponer una nueva visión respecto del ejercicio de las potestades públicas, cuya gestión deberá tener lugar con apertura al control ciudadano.

Sobre el concepto transparencia asociado con la Administración Pública se habla desde hace al menos un siglo, con dos significados diversos según Gregorio Arena: El primero, al cual todavía se hace referencia hoy, es la afirmación de Turati: “Donde un interés superior, público no imponga un secreto momentáneo la casa de la Administración debería ser de vidrio”. El segundo, hace referencia a la transparencia de la Administración no tanto hacia los administrados, sino hacia los vértices políticos de la Administración misma y para con el legislador, según el cual “La Administración no es sólo un instrumento en las manos de los gobernantes, sino también un instrumento transparente”.<sup>24</sup>

23 ARENA (Gregorio) Op. Cit, Pág. P 362.

24 ARENA (Gregorio) Op. Cit, Pág 363.

La idea de Turati, aun cuando fuera de una manera lenta y pausada, lo cierto es que revolucionó desde ese momento la idea rígida y preconcebida sobre la base de una Administración enclaustrada, discrecional, y autosuficiente para pretender convertirla al día de hoy en un instrumento concebido sobre la base del acceso de los ciudadanos, cuyo ejercicio se torna visible a las diferentes formas de ejercicio del poder y por supuesto se configura como una manera de controlar ese poder.

La relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos en lo que interesa señala: “Corresponde al Estado la obligación de promover, en un plazo razonable, una verdadera cultura de la transparencia, lo que implica campañas sistemáticas para divulgar entre el público en general la existencia y los modos de ejercicio del derecho de acceso a la información. (...) incluyendo (...) la implementación de programas para aumentar la importancia en el público de este derecho.”<sup>25</sup>

La Sala Constitucional de la República de Costa Rica, recogió la idea de Turati e incorporó el principio de transparencia administrativa en el desarrollo de su jurisprudencia vinculante a la hora de señalar:

**“TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS.** En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos– están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción

25 Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El derecho de acceso a la información pública en las Américas (Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales) Pág 107. <http://www.cidh.org/relatoria>

que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes.

Sobre la metáfora de la “casa de cristal” se refiere Jinesta Lobo señalado que *“Las Administraciones Públicas deben ser y aparecer como verdaderas casas de cristal en cuyo interior pueda penetrar fácilmente el ojo avizor y escrutador de los administrados y de las organizaciones colectivas fundadas por éstos para que pueden contemplar, entender y fiscalizar su organización y funciones. Deben dejar de ser fortalezas inexpugnables mudas y herméticas y transformarse en organizaciones que abran canales fluidos de comunicación e información con los administrados. Las estructuras administrativas burocráticas y autoritarias deben ser sustituidas por otras traslúcidas, cristalinas, accesibles y sencillas proclives a darse a conocer y entender. / La Transparencia Administrativa tiene diversos perfiles y mecanismos de actuación, siendo uno de los principales el Derecho de Acceso a la Información Administrativa.”*<sup>26</sup>

En esa misma sentencia, el Tribunal Constitucional refiere al deber de transparencia enfocado sobre la base de diferentes mecanismos por medio de los cuales se realiza un ejercicio de apertura de los poderes constituidos a la sociedad en general, para lo cual pone como ejemplo la audiencia para la elaboración de normas de alcance general. En lo que interesa la Sala señaló:

Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación–, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.” (El resaltado no corresponde al original) (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución No. 8867-2004 de las 15:36 horas del 18 de agosto de 2004)

<sup>26</sup> JINESTA LOBO (Ernesto) Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Administrativa. Revista Iustitia Año 17. N° 201 - 202 setiembre - octubre 2003.

De tal suerte, llegamos a una conclusión adelantada, en el sentido de que la transparencia administrativa forma parte del derecho a un buen gobierno y constituye un principio cardinal en el Estado de Derecho, por medio de la cual se pretende establecer mayores niveles de apertura de la Administración hacia la sociedad en todos los ámbitos del Derecho Administrativo, entre los cuales encontramos, de vital trascendencia, el que refiere a la emisión de disposiciones administrativas de carácter general en el tanto –por su carácter normativo y vinculante– representa un nicho importante de poder sobre el cual deben aplicarse los controles ciudadanos.

Ahora bien, este principio general de transparencia se verá completado de una manera transversal por otros principios y normas de rango constitucional que si bien pueden tener un tratamiento doctrinario y jurisprudencial independiente, en su conjunto conforman una sola idea común, en aras de reducir los márgenes de opacidad en la Administración y paralelamente devolver al pueblo su derecho de ser partícipe activo en los asuntos públicos.

## V. Otros principios y normas asociados

La emisión de disposiciones administrativas de carácter general encuentra un respaldo inmediato, así como una serie de límites en varios principios generales y normas que informan el ordenamiento jurídico nacional, como pilares claves para el ejercicio de una potestad normativa apegada a las condiciones básicas de transparencia legitimidad y validez.

Como elemento estructural básico de todo Estado de Derecho, en un primer orden encontramos el **principio de legalidad** cuya aplicación doctrinaria más reciente –y con la cual se comulga en un todo– lo ha pasado a designar como **“principio de juridicidad”** a partir del cual se determinan las relaciones entre el Derecho y su aplicación por parte de los poderes públicos lo cual *“supone la existencia de normas jurídicas que los vinculan cuando actúan y de esta forma los someten al Derecho”*.<sup>27</sup> Sobre esta

<sup>27</sup> CAZOR ALISTE (Kamel) y PFEFFER URQUIAGA (Emilio) La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile. Revista Ius et Praxis v.15 n.1 Talca 2009 (Versión On-line) [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100006&lang=pt)

vinculación general señala Kamel Cazor: “...lo que usualmente se considera hoy como “principio de legalidad” administrativa, no es sólo una relación con la ley, sino con la juridicidad en su conjunto (o principio de juridicidad), tal sujeción integral determina una vinculación de la Administración con la generalidad de la juridicidad.”<sup>28</sup>

Así las cosas no es posible analizar las normas jurídicas de una manera aislada en tanto las mismas son parte de todo un sistema de fuentes y como tales deben analizarse a partir de su pertenencia a dicho sistema.<sup>29</sup> De tal manera, sin necesidad de abandonar la importancia de la ley como una fuente del derecho, la noción de juridicidad nos permitirá abarcar un espectro mucho mayor de protección a las personas, mismo que deriva de la constitución pero que no se encuentra anclada de manera exclusiva en la Ley formal, sino por el contrario, reconoce el derecho internacional (convencional) constitucional, legal, reglamentario, y otras fuentes no escritas del ordenamiento (Costumbre / Jurisprudencia / Principios Generales del Derecho) todo esto sin demérito del principio de jerarquía de las fuentes<sup>30</sup> como criterio orientador para determinar la validez de cada una de las manifestaciones del poder normativo.

En todo sentido, el ejercicio de la potestad reglamentaria encuentra un límite inminente en el principio de la **división de poderes y reserva de ley** en el tanto el Poder Ejecutivo en general y el resto de la Administración Pública en un sentido amplio, no pueden rebasar sus competencias en materia reglamentaria en perjuicio de las que son propias del Poder Legislativo (principio de reserva de ley) bajo pena de cometer un exceso de poder<sup>31</sup> en detrimento de la independencia de funciones que consagran los numerales 9 y 121 inciso 1 de la CP y 6 de la LGAP.

---

28 Ibid.

29 LETELIER WARTENBERG (Raúl) Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas. Navarra, Editorial Aranzadi, 2011, p 62.

30 El principio de jerarquía de las normas o fuentes escritas del ordenamiento jurídico lo encontramos contenido en el numeral sexto de la Ley General de la Administración Pública, e importa que al emisor de normas de un menor rango le está prohibido alterar de una manera arbitraria lo dispuesto en las normas de una mayor jerarquía. Sobre la aplicación de este principio se puede observar las resoluciones de la Sala Constitucional No. 243-1993 de las 15:45 horas del 19 de enero de 1993 y 9236-1999 de las 20:11 horas del 23 de noviembre de 1999.

31 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 17791-2015 de las 12:00 horas del 11 de noviembre de 2015.

Íntimamente ligado con los principios descritos en los anteriores párrafos encontramos el principio de **sumisión del reglamento a la ley** sobre el cual la Sala Constitucional precisa: “La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta.”<sup>32</sup>

Ahora bien, por su naturaleza, el procedimiento que permite la emisión de una disposición normativa, de rango inferior a la ley puede y debe guardar algunas similitudes básicas con el proceso tendiente a la formación de las leyes, en especial tratándose del respeto por la pluralidad democrática, la mayor participación posible de los distintos sectores afectados, la dignidad humana y el respeto de los derechos de las minorías. Sobre el principio de participación democrática la Sala Constitucional señala:

“Destaca el principio democrático, que en el contexto de un cuerpo fundamentalmente político y deliberante significa, también, la protección de los derechos de **las minorías como criterio rector para evitar los abusos o la dictadura de las mayorías. Sin perjuicio del respeto que las decisiones de la mayoría debe merecer, las minorías tienen el derecho de hacerse oír y de participar con su voto en la toma de decisiones, particularmente en aquellos actos que por su trascendencia hacen a la esencia y razón de ser del régimen representativo.**” (Resolución 990-1992 de las 16:30 horas del 14 de abril de 1992 de la Sala Constitucional) (El resaltado no corresponde al original)

En otra de sus resoluciones la Sala indica:

“... el **principio democrático** se constituye en el parámetro que permite deducir el grado de proximidad que alcanza una determinada sociedad, en un momento

---

32 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 1130-1990 de las 17:30 horas del 18 de setiembre de 1990.

histórico determinado, respecto del ideal y de su vocación, por acercarse al máximo posible al mismo. Como mínimo, el **principio democrático** exige respeto de los principios de participación y representación política –incluyendo todo lo que concierne al respeto de las minorías - base de nuestro sistema político. Este último se desdobra en aspectos tales como la legitimidad de los medios empleados para la designación de los diversos representantes y – no menos importante -, la posibilidad de oponerse, mediante el uso de medios legítimos, a la voluntad mayoritaria por parte de los grupos que representan las minorías. A partir de las anteriores observaciones, puede decirse que son inconstitucionales las violaciones del procedimiento que constituyan lesiones al **principio democrático**, dirección ineludible de la actividad parlamentaria.” (Sala Constitucional resolución 2675-2012) (El resaltado no corresponde al original)

Por otra parte, el Tribunal Constitucional se refiere a la relación estrecha que debe existir entre el derecho a la igualdad en una democracia participativa.

“...uno de los rasgos característicos de la democracia moderna es la “representatividad”, cuyo concepto está ligado estrechamente a la noción de pluralismo, según el cual la democracia es un sistema de grupos en competencia que se disputan, con base en una recíproca tolerancia, la influencia sobre las definiciones de lo que es el bien común” Se citan los principios democráticos y de igualdad.” (Resolución 6733-2006 de las 14:48 horas del 16 de mayo de 2006)

A partir de la reforma al numeral 9 del Constitución Política<sup>33</sup>, es decir con la incorporación del principio de **“participación ciudadana”**, se pasó de la mera democracia delegada o representativa (podríamos decir estrictamente indirecta), a una de corte participativo y directo, lo que implica desligarse al menos parcialmente<sup>34</sup> y de una manera evolutiva, del sistema restringido cuya participación se genera exclusivamente a partir de los representantes electos y los funcionarios, para en su lugar, permitir que el pueblo soberano adopte un papel protagónico –en una mayor medida- es decir que participe directa y activamente en los procesos que culminan con la adopción de

<sup>33</sup> Reforma que se produce por medio de la Ley 8364 del 5 de junio de 2003.

<sup>34</sup> Se dice “parcialmente”, considerando que el sistema de representación democrática aún permanece vigente, y es parte de las condiciones establecidas en el sistema pluralista costarricense, como un instrumento para el ejercicio de la función pública.

las decisiones que afectarán a todos en la vida económica, política, social, cultural y administrativa de la Nación.

En palabras de la Corte Constitucional de Colombia: *La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio.* <sup>35</sup>

En otro orden de ideas, la participación democrática no se debe entender limitada a los derechos o las decisiones de carácter político electoral, por el contrario la participación directa, tal como es concebida como un derecho constitucional en el numeral 9 de la CP por su carácter general, aplicará por igual en el ámbito de los derechos individuales y más aún de los intereses difusos y colectivos en todos los niveles, condición que se hace evidente tratándose de la emisión de normas en el ámbito administrativo con efectos sobre el colectivo.

La Sala reconoce la derivación del **derecho de acceso a la información administrativa** para efectos de ejercer un control efectivo e informado sobre la función administrativa del Estado de cara a un ejercicio transparente del poder y una rendición de cuentas oportuna sobre la gestión administrativa de manera tal que la eficiencia pase a ser un objetivo primordial de la Administración.

“El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo,

<sup>35</sup> Resolución C-21/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas.” (El resaltado no corresponde al original)

Realizando una análisis de convencionalidad al respecto tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que interesa considera: “.../ el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.”<sup>36</sup> De lo señalado por la CIDH, en especial del análisis del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos podremos derivar además un deber pasivo por parte de la Administración, en torno a la obligación de dar a los ciudadanos acceso a todos los antecedentes (expedientes administrativos debidamente conformados) que sirven de respaldo o motivo tanto en lo tocante a las consideraciones técnicas / jurídicas y políticas para la emisión de una DCG como las referentes al cumplimiento de los aspectos de forma, sobre la verificación efectiva de los procedimientos de consulta que se deberán seguir para su emisión válida y eficaz (Artículos 361 al 363 de la LGAP).

<sup>36</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos / Caso Claude Reyes y otros Vs Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006 (Párrafo 86).

Otro principio de cardinal importancia es el que somete o vincula la creación de normas administrativas a los principios básicos de la ciencia y la técnica. A este principio se le ha denominado **interdicción de la arbitrariedad** en el tanto las decisiones administrativas –en especial las que se ejercen con algún nivel de discrecionalidad- no pueden ser contrarias a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. De acuerdo con el Tribunal Constitucional este condicionamiento “...se traduce en la **necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con la actuación de la Administración como de las disposiciones de carácter general – legales y reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la “ vinculación a la ciencia y a la técnica ”, elemento que le da un sustento técnico-científico a las decisiones de la Administración en esta materia, y en tal virtud, limitan y condicionan la discrecionalidad de la Administración en su actuación –en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública–.**”<sup>37</sup>

De una importancia capital, será el hecho de que el acceso a los mecanismos de control sobre las potestades normativas de la Administración, cuente con ciudadanos libres de expresar sus opiniones pero principalmente, informados sobre los asuntos públicos,<sup>38</sup> de manera tal que se encuentren empoderados respecto del ejercicio consciente de sus derechos y que como tales, exijan de manera efectiva, la rendición de cuentas sobre la distintas manifestaciones que se generan en el ejercicio del poder, una de las cuales, y podemos decir, entre las más importantes, es la emisión de las normas vinculantes que emite la Administración, cuyos efectos se extienden a todos y cada uno de los habitantes.

Por otra parte, **el derecho de acceso a la información pública, ligado al derecho de libre acceso a los departamentos administrativos<sup>39</sup> y al**

<sup>37</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 2063-2007 de las 14:45 horas del 14 de febrero de 2007.

<sup>38</sup> Manifestación de la libertad de expresión en conjunto con el derecho de libre acceso a los departamentos administrativos. (Artículos 27 y 28 de la CP).

<sup>39</sup> Principio recogido en el numeral 27 de la Constitución Política que señala: “Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”.

**principio general de rendición de cuentas** se consideran herramientas fundamentales para el desarrollo y el fortalecimiento de la democracia tanto representativa como participativa en el tanto que permite a la sociedad civil en general, la posibilidad primero de acceder a las oficinas públicas para informarse de los asuntos de interés público, para posteriormente, analizar juzgar y evaluar de una manera integral e incluso pedir cuentas sobre los actos que emiten sus representantes y pedir cuentas sobre estas, con lo cual se estimula la transparencia en los actos de la administración pública en general. De ahí que los órganos y entes estatales, sin distinción, deben fomentar la participación del ciudadano en la adopción de las decisiones, permitiendo la generación de propuestas, sugerencias y oportunidades de mejora, así como su fiscalización en todas las etapas planificación, formulación y ejecución de las políticas públicas.<sup>40</sup>

Para la autora Almudena Ocejo, ante los resultados poco satisfactorios de las distintas formas de gobierno democráticas se torna necesario replantear un debate sobre la incorporación de los ciudadanos como actores relevantes en los procesos de rendición de cuentas de manera que se permitan nuevas modalidades de interacción, pensando en la democracia como un sistema articulado de instancias abiertas a la intervención de los ciudadanos en las decisiones que les conciernen, lo cual permite controlar el poder público con una visión que supere la sola participación en el desarrollo de los procesos electorales.<sup>41</sup> De esa forma se propicia "... el control de los representantes por los representados que hace posible la exigencia de rendición de cuentas y la participación en la toma de decisiones públicas."<sup>42</sup> Se persigue con esto incorporar medios de participación más sustantivos y no solamente informativos o consultivos sin una participación real de las personas.<sup>43</sup>

Finalmente, derivado de los numerales 49 y 153 de la CP encontramos

40 En ese sentido, ver los considerandos III al IX del Decreto Ejecutivo No. 38276-MICIT del 18 de marzo de 2014 denominado: "Fomento del Gobierno abierto en las instituciones públicas y Creación de la Comisión Intersectorial de Gobierno Abierto" (NO VIGENTE) consideraciones que fueron retomadas en el Decreto Ejecutivo No. 38994 del 29 de abril de 2015 "Fomento del Gobierno Abierto en la Administración Pública y Creación de la Comisión Nacional para un Gobierno Abierto"

41 OCEJO ROJO (Almudena) ISUNZA VERA (Ernesto) CHAVEZ (Juan) Rendición de cuentas / Una propuesta de normas, instituciones y participación ciudadana. México D.F, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014, pág 96.

42 Ibid, pág 97.

43 Ibid, pág 101.

el principio de **tutela judicial efectiva**, de manera que toda persona se encuentra legitimada (derecho de acción) a fin de proteger los derechos subjetivos e intereses legítimos, para efectos de acceder a la tutela judicial ante una jurisdicción especializada (Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda), de frente a toda conducta administrativa que se genere por parte de la Administración Pública en general (Artículo 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo o CPCA) a efectos de garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta sujeta al Derecho Administrativo entre las cuales encontramos, la emisión de normas de carácter general. De tal forma, los administrados encuentran una protección especial, incardinada en el Poder Judicial que le permitirá controlar el ejercicio de los poderes públicos que se desarrollan en ejercicio de la potestad reglamentaria *-cuando se ejerce la función administrativa-* sin necesidad de un acto de aplicación individual, ante las posibles extralimitaciones de los gobernantes.<sup>44</sup>

La conjugación de estos principios *-sin descartar la aplicación de otros de vital importancia que no fueron mencionados expresamente*<sup>45</sup> aparece la necesidad de que las DCG que emite el Estado se generen con los márgenes de flexibilidad necesarios<sup>46</sup> y propios de la formación de la voluntad administrativa, pero *-a plena luz del día-* con fines de interés público claramente definidos, en un ambiente libre de opacidad, de una manera pública, motivada, transparente, informada, y con el respaldo de todos los elementos tanto jurídicos como técnicos. Es decir, tal y como lo señaló Turati, la Administración debe ser una *"casa de cristal"*, en todos los ámbitos, más aún tratándose del ejercicio de las potestades normativas que establece el ordenamiento jurídico y que influirán en el ejercicio de los derechos y libertades de los habitantes generando efectos jurídicos en uno u otro sentido a favor o en contra.

44 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 3905-1994 de las 15:50 horas del 3 de agosto de 1994.

45 Tales como: la motivación de los actos administrativos, el derecho a un buen gobierno en condiciones de eficiencia, confianza legítima, seguridad jurídica, inderogabilidad singular de los reglamentos, proporcionalidad y razonabilidad entre otros.

46 Con el fin de no caer en los modelos rígidos que son propios de la formación de la Ley. En el caso de las normas infra legales, se requiere que su aprobación, derogación o modificación total o parcial sean lo suficientemente expeditos como para asegurar mecanismos de gestión y resolución ágiles propios de la realidad aplicada en un contexto dado, y de la actividad ordinaria que es propia de la Administración, en tanto que la ley en su trámite de aprobación resulta más lenta, por la dinámica parlamentaria y además no puede por sí misma prever todos los supuestos que puede afrontarse en cada caso en particular a la hora del ejercicio de las competencias públicas.

## VI. La participación ciudadana en el procedimiento para la elaboración de Disposiciones Administrativas de Carácter General

La Constitución Política de la República de Costa Rica (en lo sucesivo CP) desde su preámbulo señala: *“Nosotros, los Representantes del pueblo de Costa Rica, libremente elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando el nombre de Dios y reiterando nuestra fe en la Democracia, decretamos y sancionamos la siguiente: Constitución Política (...).”*<sup>47</sup> Por su parte el desarrollo de los artículos 4, 9, 105, 129 y 130 confieren al pueblo la potestad de legislar, decidir, y ejecutar normas de forma soberana, influyendo de manera plena sobre el destino del Estado de Derecho costarricense para lo cual, *–por la vía democrática–* ese mismo pueblo delega en tres poderes, el ejercicio de dicho mandato en quienes considera sus legítimos representantes, los cuales derivan la legitimidad de sus decisiones precisamente de las disposiciones que tomó el pueblo soberano a la hora de elegirlos y mantenerlos en el ejercicio de los poderes constituidos por medio de los procesos democráticos previamente establecidos y tomando como base el pacto que deriva de la fuerza normativa y el carácter vinculante de la Constitución.

En ese sentido, la posición que adopta el ciudadano de frente al ejercicio de la función pública, y de frente a los poderes constituidos no puede ser la de un simple espectador inconsciente y sin posibilidad de acción, por el contrario, tal como se indica en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública: *“Los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, debiéndose buscar un equilibrio entre dichos poderes como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde. Como administradores y gestores de estos poderes del Estado, deben rendir cuenta permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía a través de los diferentes mecanismos que los*

<sup>47</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)

*ordenamientos jurídicos nacionales establecen.”*<sup>48</sup>

De ahí que, la participación del pueblo en la adopción de las decisiones y las políticas públicas, entre estas considerada la que faculta para la emisión de normas generales y vinculantes, lejos de ser un regalo o una concesión gratuita por parte de los gobernantes de turno, constituye un ejercicio obligatorio que deben realizar permanentemente quienes *–a título de representantes o gobernantes de turno–* ejercen las potestades de imperio en sus diferentes manifestaciones en todos los niveles desde los poderes constituidos y a efectos de perseguir el interés general.

Ahora bien, de una manera general, el marco jurídico expreso de la participación ciudadana en Costa Rica lo encontramos dispuesto a partir del numeral noveno de la Constitución Política en el cual se identifica que el Gobierno de la República tiene una carácter popular, representativo, alternativo, responsable y además **participativo**, y será ejercido por el pueblo y tres poderes distintos e independientes como son el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

De acuerdo con la Auditoría Ciudadana de la Democracia desarrollada por el Estado de la Nación:

*“En una democracia, las personas participan en la gestión pública cuando emprenden acciones para influir en la toma de decisiones dentro de las instituciones del Estado. (...) En una democracia la ciudadanía no es simplemente una audiencia de los gobernantes. La soberanía del poder reside en ella y este es, precisamente, el fundamento de su participación en la política. La participación es la herramienta que poseen las y los ciudadanos para ejercer esa soberanía (...) En esta acepción amplia, la participación está presente en todas las actividades de la convivencia democrática, pues se trata del ejercicio de un derecho ciudadano básico. Comprende acciones colectivas o individuales, ejercidas a través de canales institucionalizados, o espontáneos e informales; puede ser local o de carácter nacional; puede limitarse a la expresión pública de una opinión, o involucrarse activamente*

<sup>48</sup> Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial- virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013. Aprobada por la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013).

en la ejecución u oposición de políticas públicas.”<sup>49</sup>

En ese sentido, bajo el enfoque de este ensayo, el concepto de participación ciudadana, que acuña la Constitución Política de Costa Rica en el numeral noveno, implica un involucramiento directo, voluntario y consciente en el ejercicio de las prerrogativas públicas razón por la cual, constituye un instrumento de vital relevancia en dos vertientes: por una parte permite a las personas acceder a los procesos para la adopción de las políticas públicas (entendidas de una forma amplia como amplio precisamente es el concepto de participación acuñado en la carta fundamental costarricense) y por otra parte, obliga al aparato público a eliminar todos los posibles obstáculos que impidan por acción u omisión el ejercicio de ese derecho.

En palabras de Roberto Dromi: *“El Estado de Derecho democrático no puede continuar asociado a la indiferencia social y la apatía política, si realmente se busca construir un mundo de libertad. De ahí la necesidad de una democracia más participativa, porque el pluralismo impuesto por la sociedad es presupuesto obligado de la participación, y la participación es causa eficiente de la democracia. / La participación de la gente y de sus dirigentes debe ser activa, integral y equilibrada; efectiva, comprometida y responsable. (...) El hombre debe ser partícipe de la gestión pública en sus distintos niveles institucionales (...) / Pero la participación no debe ser solamente ciudadana o popular; por el contrario, también debe incluirse la institucional de los estados menores (las provincias, las regiones, los municipios), que conforman todo el elenco del aparato estadual para llegar a la más íntima y directa relación con los ciudadanos.”*<sup>50</sup>

Ahora bien, este derecho activo a la participación deberá coexistir con el carácter tradicional e históricamente representativo de la democracia costarricense, contenido en esta misma norma, sin pretender que ambas características se anulen una a la otra. Se entiende que *“...la participación de las personas crea un poder social que contrapesa el poder de los políticos y los funcionarios en la gestión pública.”*<sup>51</sup>

49 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (PNUD) Auditoría Ciudadana Sobre la Calidad de la Democracia. Pag 343 - 346. [www.estadonacion.or.cr/files/...publicaciones/aud\\_cal\\_dcapi11.pdf](http://www.estadonacion.or.cr/files/...publicaciones/aud_cal_dcapi11.pdf)

50 DROMI (Roberto) Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 12ª edición. 2009, Pág 43.

51 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (PNUD) Auditoría Ciudadana Sobre la Calidad de

Por otra parte, la participación ciudadana constituye -per se- un contrapeso para los poderes constituidos, es un mecanismo efectivo para la legalidad y la rendición de cuentas<sup>52</sup> por parte de los detentadores temporales del poder, así se reconoce en el numeral quinto del proyecto de ley No. 19286 “Ley para perfeccionar la rendición de cuentas”<sup>53</sup> por medio del cual se obliga a los entes y órganos públicos a promover mecanismos participativos a efectos de escuchar las inquietudes y sugerencias tanto de los grupos organizados como de la población en general, de ahí que toda persona individualmente considerada es un titular activo de un derecho a participar.

La Organización de los Estados Americanos en el artículo 34 de su Carta de Organización establece que los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral.<sup>54</sup> Por su parte, la Carta Democrática Interamericana establece que: La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional. Y expresa además que participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia concluyendo que promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.<sup>55</sup>

En esa misma línea, la Convención Americana Contra la Corrupción considera de vital importancia generar conciencia entre la población de los países miembros respecto de la existencia y gravedad creciente del fenómeno de la corrupción y considera que la participación de la sociedad civil es fundamental en la prevención y lucha contra ese fenómeno, ante lo cual, esta convención

la Democracia. Page 344. [www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/otras.../aud\\_cal\\_dcapi11.pdf](http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/otras.../aud_cal_dcapi11.pdf)

52 En aras de hacer efectivo el numeral 11 de la Constitución Política.

53 Proyecto de Ley No. 19286 “Ley para perfeccionar la rendición de cuentas” aprobado el segundo debate el día 29 de agosto de 2016. (Pendiente de publicación en el Diario Oficial La Gaceta).

54 Ver Capítulo VII sobre Desarrollo Integral, en la Carta de Organización de los Estados Americanos suscrita por los Estados que conforman la OEA en la IX Conferencia Internacional Americana.

55 Ver en ese sentido los artículos 2 y 6 de la Carta Democrática Interamericana adoptada en el XXVIII período extraordinario de sesiones el 11 de septiembre de 2011 en Lima, Perú. (En el mismo sentido se puede consultar el artículo 8)

regional establece entre sus propósitos –a título de medidas preventivas– crear, mantener y fortalecer mecanismos que estimulen la participación de la sociedad civil y de las organizaciones aunando esfuerzos para prevenir la corrupción en los países miembros.<sup>56</sup> En ese sentido, de acuerdo con los fines de dicha convención, resulta claro que una mayor participación de la sociedad, tanto de ciudadanos como habitantes, (de manera personal como asumiendo formas organizadas) en los asuntos públicos es una herramienta útil de cara a la lucha permanente contra la falta de transparencia en la gestión pública (terreno fértil para la corrupción).

Por resolución No. 2005-14654 de las 14:24 horas del 21 de octubre de 2005 el Tribunal Constitucional se refirió a la reforma que fue practicada desde el año 2003 al artículo nueve de la Constitución Política, indicando que dicha reforma, involucra un tema de derechos fundamentales concretamente del derecho de las personas a participar en la actividad y decisiones públicas:

“...la reforma del artículo 9º constitucional, por obra de la Ley N º8364 de 1º de julio de 2003, ha incorporado el principio de participación en el gobierno de la República, con lo cual, se ha operado una modificación sustancial en la forma del poder. La incorporación de ese principio en el artículo 9º implica mucho más que un asunto formal, puramente adjetivo, de añadir un nuevo calificativo al Gobierno, entendido como conjunto de los poderes públicos (v. sentencia Nº919-99); se trata de un cambio sustancial en el diseño de la democracia y amplía radicalmente el contenido del principio democrático reconocido en el artículo 1º y desplegado en toda la Constitución Política, al sumar al principio y mecanismos de representación en los que ha descansado tradicionalmente nuestra democracia, el elemento de la participación ciudadana. La Constitución, previamente reformada, ha creado mecanismos específicos de participación ciudadana, (...) diversas leyes anteriores al nuevo texto constitucional contemplan también otros mecanismos mediante los cuales las personas o colectividades intervienen en la toma de decisiones públicas, así, por ejemplo, el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública incorpora la audiencia a entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo en los procedimientos de elaboración de normas de carácter general; en el artículo 13 del Código Municipal, se contemplan los plebiscitos, referéndums y cabildos.

56 Convención Interamericana Contra la Corrupción / Caracas Venezuela. Suscrita por Costa Rica el 3 de marzo de 1996. (Artículos III-11 y XIV)

Así, la existencia de esos instrumentos a nivel infraconstitucional son signos de la existencia de la democracia participativa. (...)”

Tal como lo interpreta la Sala Constitucional, el derecho a la participación ciudadana no es una novedad en el ordenamiento jurídico costarricense, de ahí que se enlista una serie de normas –previas a la reforma constitucional– relativas al deber de dar una audiencia pública sobre diferentes ámbitos del ejercicio de las potestades públicas, entre estas normas encontramos precisamente las que son relativas a la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general (artículos 361 al 363 de la LGAP de 1978).

Ahora bien, la CP costarricense, a diferencia de la Constitución Colombiana de 1991<sup>57</sup> más allá de lo dispuesto en el artículo noveno no identificó temas puntuales en los que se deba procurar la participación de las personas en la gestión pública, como tampoco la norma ordenó promulgar legislaciones específicas tendientes a hacer efectiva la participación ciudadana. No obstante, derivado de la fuerza normativa directa de la CP lejos de que esa circunstancia se pudiera constituir en un impedimento o una limitación al ejercicio de este derecho, se interpreta que ese nivel de amplitud permea de una manera directa a todos los poderes de la república, y por supuesto, en todas las manifestaciones del ejercicio de este derecho natural con las limitaciones que razonablemente se pueden derivar de los casos en los que no resulta jurídicamente posible dicha participación. De lo dicho se concluye de manera anticipada, que el derecho de participación de las personas constituye un principio de rango constitucional y que como tal permea a toda la Administración Pública en un sentido amplio, independientemente de si se cuenta con normas especiales que regulen el ejercicio específico de este derecho, condición que toma una mayor fortaleza cuando se trata de las actuaciones administrativas consideradas de interés público, entre las cuales encontramos la emisión de disposiciones de carácter general.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948<sup>58</sup> (DUDH) en su preámbulo señala que la libertad, la justicia, y la paz

57 La Constitución Política de Colombia de 1991 desde su preámbulo, así como lo dispuesto en los artículos primero y segundo establece la participación como uno de sus principios fundamentales y lo define como uno de los fines esenciales del Estado. En igual sentido el numeral 40 establece que todo ciudadano tiene el derecho a participar en la conformación y el control del poder político.

58 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en

en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca así como derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, establece en el artículo 2 que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración”*, por su parte en su numeral 21 –en lo que interesa- establece *“1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público...”* (El subrayado no corresponde al original)

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>59</sup> retomando el contenido de la DUDH en su artículo 25 establece –de una manera amplia- como parte de los derechos políticos lo siguiente: *“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.”*<sup>60</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>61</sup> en su numeral 25 establece el derecho de participación en los mismos términos descritos en la Convención Americana.

En esa misma línea, la Declaración universal de derechos humanos emergentes señala: *“Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho a participar activamente en los asuntos públicos y a disfrutar de una administración democrática en todos los niveles de gobierno”*.<sup>62</sup>

---

su Resolución 217 A (III).

59 Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969.

60 En el mismo sentido se encuentra dispuesto en el inciso primero del artículo 13 de la Carta Africana sobre los Derechos de los Pueblos (Carta de Banjul) (Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya)

61 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

62 Este derecho incluye: “4. El derecho a ser consultado, que garantiza el derecho de todos los seres humanos a ser consultados colectivamente en las decisiones que les afecten. / 5. El derecho a la participación, que implica el derecho de toda persona y comunidad a participar, mediante cauces ágiles y eficaces, en la adopción y control de decisiones públicas en las materias que les conciernan, así como a impugnar ante los tribunales aquellas decisiones respecto de las que aleguen un derecho o un interés directo o indirecto como fundamento de su legitimación.”

La Comisión Económica para América Latina (CEPAL) considera que la participación ciudadana genera una serie de beneficios adicionales tales como: evitar en etapas tempranas los conflictos sociales asociados a percepciones de injusticia; los procesos participativos permiten información oficial y clara sobre los flujos de información relacionados con las decisiones adoptadas; se reparten las responsabilidades y se construyen modelos más justos en relación al uso de los bienes públicos; las decisiones tomadas por medio de procesos participativos y con un flujo amplio de información contribuyen a mantener políticas de Estado más estables, las cuales incluso trascienden los ciclos políticos. Finalmente, este organismo internacional considera que la presencia de dichos beneficios converge en una mejora de los servicios que se ven sujetos a procesos de participación abiertos de ahí que existe un costo asociado a la hora de no considerar la participación de la ciudadanía en la adopción de las decisiones públicas.<sup>63</sup>

El Código Iberoamericano de Buen Gobierno adoptado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y suscrito por Costa Rica en su fundamento cuarto expone: *“Se entiende por buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho.”*<sup>64</sup>

Para Agustín Gordillo, los países de América Latina podrían mejorar su grado y calidad de participación y por consiguiente la vida democrática si se establecieran normas que regulen la información, consulta y debate público previo a la emisión de normas administrativas de carácter general o la adopción de grandes proyectos públicos.<sup>65</sup>

---

63 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de Involve, People and Participation. How to put citizens at the heart of decision-making, Richard Wilson, Diane Warburton y Edward Andersson, Londres, 2005; Involve, The True Costs of Participation. Full report, Londres, 2005; Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), “Participación ciudadana temprana en el marco del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Guía para titulares de proyectos de inversión”, Santiago de Chile, 1999. Citado en el documento denominado “Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe / Situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas.”

64 Documento que establece las obligaciones y los principios que se tomaron mediante el consenso de Montevideo de junio de 2006.

65 GORDILLO (Agustín) Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 6. El método en Derecho / La administración paralela. Buenos Aires, FDA, 1ra edición, 2012. P AP-VI-6.

De tal suerte, podemos considerar que una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, genera credibilidad en la gestión gubernamental, reduce los márgenes de opacidad y aumenta los niveles de legitimidad democrática que tendrán las decisiones y viceversa, la poca o nula participación social y ciudadana desencadena altos riesgos relacionados con la legitimidad de las decisiones y la gobernanza.

## VII. El procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general en Costa Rica (Entre el cumplimiento de un mero formalismo y el desarrollo de un aspecto sustancial en un Estado de Derecho)

Las normas que aplican para efectos de la elaboración de DCG en Costa Rica se encuentran contenidas en los artículos 361 al 363 de la LGAP, en las cuales se le califica como un procedimiento especial. Son en realidad normas de alcance muy concreto, si lo comparamos con la normativa vigentes en otros países (España<sup>66</sup> / Argentina) más aún considerando las implicaciones que esta clase de actos normativos y vinculantes pueden llegar a producir en la esfera jurídica de quienes pueden verse afectados.

A grandes rasgos el procedimiento se limita a conceder una audiencia por un plazo mínimo de 10 días para que las entidades descentralizadas (del sector público) y otras entidades (públicas o privadas) representativas de intereses de carácter general o corporativo que se vean afectados por las nuevas disposiciones se puedan pronunciar y exponer su parecer sobre el contenido de las normas propuestas.

Se excepciona sobre el deber de conceder la audiencia cuando existan razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto.

<sup>66</sup> Ver en ese sentido la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de 2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la Ley 39-2015 de 1 de octubre de 2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en especial el TÍTULO VI Que refiere a la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones normas visibles en los artículos 127 al 133.

Ahora bien, de acuerdo con estas normas, el anteproyecto de reglamento será sometido a información pública (es decir publicado en algún medio de comunicación, no precisamente el oficial) sólo cuando la naturaleza del proyecto normativo lo aconseje, lo cual quedará a Juicio del Poder Ejecutivo o del Ministro del ramo. Es decir, en principio, la publicación del proyecto para su conocimiento público, constituye una decisión discrecional.

Vale abrir un paréntesis en este punto a efectos de comparar lo dispuesto en la norma de la LGAP (artículo 361) con el numeral 43 del Código Municipal en el cual se establece un deber expreso para los Concejos Municipales de publicar toda iniciativa tendiente a adoptar, reformar, suspender o derogar normas reglamentarias. Sobre la aplicación de esta norma en materia municipal se refiere la Procuraduría General de la República señalando: *“Así las cosas, la publicación del proyecto de la disposición reglamentaria constituye no solo un requisito previsto en la normativa legal –artículo 43 de Código Municipal- sino que también encuentra sustento constitucional -1, 11, 28, 30 y 129 de la Constitución- y pretende garantizar el principio de legalidad y el principio democrático reflejado en la participación ciudadana, en la formación de los reglamentos municipales.”*<sup>67</sup> En este punto, se entiende que las decisiones normativas son de libre configuración para el legislador, no obstante, no resulta del todo clara la razón que adoptó el congresista para establecer una diferencia de ese tipo respecto de la publicidad de los anteproyectos normativos distinguiendo entre los proyectos que son de carácter nacional es decir los que emite el Poder Ejecutivo y aquellos cuyo contenido es de interés local o cantonal emitidos por cada ente municipal, por el contrario, sin ánimo de subvalorar la materia municipal cuya trascendencia no se pone en duda, se podría entender que por la amplitud en el volumen de personas involucradas, deriva una mayor trascendencia, y por consiguiente debería ser de una mayor escala e incluso más estricta la publicidad de los proyectos normativos de alcance nacional lo que no sucede en la normativa costarricense en la que se publican los anteproyectos de reglamentos locales y se deja a la libre voluntad de las autoridades la decisión de publicar los anteproyectos de normas con alcance nacional.

Retomando el procedimiento para la elaboración de DCG el numeral 362 de la

<sup>67</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-184-2015 del 21 de julio de 2015.

LGAP, por consideraciones de seguridad jurídica, establece una obligación de señalar expresamente las normas anteriores que serán total o parcialmente reformadas o derogadas por la nueva disposición que entrará en vigencia.

El numeral 363 del mismo cuerpo normativo refiere al deber de remitir con ocho días de anticipación los proyectos que deban someterse a la aprobación del Consejo de Gobierno trámite que se podrá abreviar u omitir en caso de urgencia.

Finalmente, el procedimiento de emisión de DCG se verá complementado por los alcances de las modificaciones en materia de “mejora regulatoria” los cuales fueron incorporados a la normativa nacional mediante la reforma introducida en la Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos (Ley 8220 del 4 de marzo de 2002<sup>68</sup>) cuyo articulado establece la rectoría del Ministerio de Economía Industria y Comercio (MEIC) por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria que será el órgano rector en materia de simplificación de trámites administrativos y mejora regulatoria estableciendo un deber para las instituciones de contar con un oficial de simplificación de trámites a la vez que establece la obligatoriedad de realizar evaluaciones de costo beneficio previo a emitir cualquier regulación administrativa nueva o reformar las existentes cuando se establezcan trámites, requisitos o procedimientos que deban cumplir los administrados ante la instancias administrativas. Esta ley es de aplicación para toda la Administración Pública central y descentralizada, instituciones autónomas y semiautónomas, órganos con personalidad instrumental, entes públicos no estatales, municipalidades y empresas públicas. Esta normativa tiene la particularidad de establecer un concepto amplio de “administrado” entendido como toda persona física o jurídica que, en el ejercicio de su derecho de petición, información y/o derecho o acceso a la justicia administrativa, se dirija a la Administración Pública (Artículo 1) Finalmente, el Reglamento a la Ley<sup>69</sup> establece los siguientes principios generales aplicables a la materia: Reglas Claras y Objetivas, de cooperación institucional e interinstitucional, de presunción de buena fe, de transparencia, de economía procesal, de legalidad, de publicidad, de celeridad, de eficiencia y de eficacia de la actividad administrativa (Artículo 3).

68 Reforma que se produce por la Ley 8990 del 27 de setiembre del 2011.

69 Decreto Ejecutivo No. 37045-MP-MEIC del 22 de febrero de 2012.

También vemos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Conocida con las siglas OCDE) entre sus tópicos contempla la mejora regulatoria como una oportunidad para *“tener regulaciones claras, de fácil cumplimiento, que impongan los mínimos costos a los actores económicos, que promuevan la competencia, la innovación y la participación social, para tener más y mejores productos y servicios, más y mejores empleos, y un mejor nivel de vida.”*<sup>70</sup>

Como parte de los compromisos que asume Costa Rica con la OCDE en materia de mejora regulatoria se contempla la participación como un eje esencial en cuanto a la participación de eventuales actores interesados. De acuerdo con dicha organización: *“La participación de actores interesados en el proceso regulatorio es un pilar central y fundamental de la política regulatoria. El objetivo principal de la política regulatoria –asegurar que las regulaciones sean diseñadas e implementadas en aras del interés público– sólo se puede alcanzar con la ayuda de aquéllos a quienes se les aplicará la regulación, ya sean ciudadanos, empresarios, la sociedad civil o cualquier otro miembro de la comunidad. La participación de actores interesados permite que los gobiernos colecten mejor evidencia como base para sus decisiones. Se trata de mejorar la calidad del proceso regulatorio con la obtención de insumos diversos y opiniones de quienes serán afectados por las decisiones gubernamentales. Además, asegurar la participación de actores interesados en el proceso de desarrollo de nuevas regulaciones ha mostrado que contribuye a aumentar el sentido de “propiedad” y eso ayuda a mejorar los niveles de cumplimiento con las regulaciones. Un proceso regulatorio transparente aumenta la credibilidad y la confianza en las instituciones regulatorias.”*<sup>71</sup>

70 Conferencia OCDE, palabras de Angel Gurría, Secretario General OCDE 11 de enero de 2011. <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/guiaparamejoraralacalidadregulatoriadelostramitesestataleseimpulsaralacompetitividadenmexico.htm>

71 OCDE (2016), Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017, Éditions OCDE, París. P 118.

<http://dx.doi.org/9789264266391-es>.

Este documento recoge el concepto regulación y política regulatoria como: “Las regulaciones son las reglas que gobiernan el día a día de empresas y ciudadanos y una de las herramientas fundamentales mediante las cuales los gobiernos promueven la prosperidad económica, aumentan el bienestar social y persiguen el interés público. Para alcanzar estos objetivos y asegurarse que las regulaciones sean de alta calidad y sirvan su cometido, se necesita un marco sistémico de gobernanza regulatoria. En ese sentido, la política regulatoria se refiere al conjunto de reglas, procedimientos e instituciones mediante las cuales los gobiernos desarrollan, implementan y evalúan las regulaciones.” Ver página 116.

El siguiente cuadro<sup>72</sup> contiene los indicadores que muestran la situación de Costa Rica de acuerdo con OCDE en cuanto a la participación de eventuales actores interesados en la emisión de normas en el proceso de política y gobernanza regulatoria.

## 7.2. PARTICIPACIÓN DE ACTORES INTERESADOS Y TRANSPARENCIA

### 7.3. Requisitos y tipos de participación de actores interesados, 2015

	Requisito para involucrar los actores interesados	Prácticas de participación para recoger opiniones sobre la naturaleza del problema y posibles soluciones	Prácticas de consulta sobre propuestas regulatorias o versiones preliminares de regulación	¿Puede participar cualquier persona en una consulta?
Brasil	■	▶	▶	■
Chile	▶	▶	▶	▶
Colombia	■	▶	▶	▶
Costa Rica	■	▶	▶	▶
Ecuador	▶	□	▶	▶
México	■	▶	■	■
Perú	▶	□	▶	▶
<b>Total ALC</b>				
■ Todas las regulaciones subordinadas	4	0	1	2
▲ Las regulaciones subordinadas con mayor impacto	0	0	0	0
▶ Algunas regulaciones subordinadas	3	5	6	5
□ Nunca	0	2	0	0
<b>Total OCDE</b>				
■ Todas las regulaciones subordinadas	18	2	18	13
▲ Las regulaciones subordinadas con mayor impacto	7	3	7	4
▶ Algunas regulaciones subordinadas	6	21	8	13
□ Nunca	3	8	1	4

Fuente: Indicadores de Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE para América Latina de 2016; Indicadores de Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE 2015, [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/indicators-regulatory-policy-and-governance.htm](http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/indicators-regulatory-policy-and-governance.htm).

De la información de este cuadro se desprende que la medición de Costa Rica en esta materia muestra oportunidades de mejora en tres aspectos sustanciales en cuanto: a) la implementación de prácticas de participación tendientes a recoger opiniones sobre la naturaleza de los problemas y posibles soluciones; b) practicar consultas sobre propuestas regulatorias en sus versiones preliminares y no con un texto base propuesto y c) la participación abierta de las personas en los procesos de consulta. Todo esto con el fin de necesidad de fortalecer el vínculo entre el estado y la comunidad regulada.<sup>73</sup>

La Sala Constitucional, se refirió al procedimiento para elaboración de DCG por resolución No. 4702-1993 de las 15:57 horas del 28 de setiembre de 1993, en la cual señaló:

72 Ibid. P 119.

73 OCDE (2016) op, cit p. 116.

“...para contribuir a resguardar razonable y proporcionadamente la libertad de enseñanza la previa audiencia a los particulares es una previsión que podría permitir a éstos expresar sus puntos de vista, discutirlos con el Ejecutivo y concertar acciones para ponderar el interés público ineludible y los espacios de libertad constitucionalmente garantizados, todo lo cual acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo no consultado a los centros educativos privados por infracción directa de los artículos 39 y 41 en conexión con el artículo 79, todos de la Constitución Política.”

Tal como se observa, en sus inicios, el Tribunal Constitucional derivó el derecho de audiencia sobre la emisión de DCG como una garantía del debido proceso –es decir- como un derecho fundamental contenido en los artículos 39 y 41 de la CP (Esta posición se generó previa a la reforma del artículo 9 de la CP). Esa condición posibilitó en su momento la vigilancia o control constitucional sobre el desarrollo efectivo de la audiencia, sujeto a una posible declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la misma Sala, y sin necesidad de acudir a un proceso contencioso administrativo de nulidad cuya dilación podría representar un retardo grave en la solución del proceso<sup>74</sup> y el acceso a la justicia.

No obstante, en posteriores resoluciones, y durante la última década el Tribunal Constitucional ha optado por señalar que la violación al numeral 361 de la LGAP por el hecho de ubicarse en una ley, no así en la CP constituye un tema de legalidad ordinaria, y que como tal debe ser conocido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda.<sup>75</sup>

De esa manera, el Tribunal Constitucional limita el acceso al medio de tutela

74 Recordando que con la vigencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los procesos de este tipo podrían tardar al menos una década, en el mejor de los casos.

75 Así lo señaló el Tribunal Constitucional en su resolución No. 459-1991 de las 15:10 horas del 27 de febrero de 1991: “Por tanto, no es la Constitución la que establece como derecho el que el Poder Ejecutivo confiera audiencia a los interesados antes de promulgar disposiciones de carácter general, sino que es la Ley General de la Administración Pública la que, en su artículo 361, la ha dispuesto como una obligación de parte del Poder Ejecutivo. Por ello, la omisión de cumplir con dicho requisito antes de promulgar un decreto constituye un asunto de mera legalidad que deberá discutirse en la vía correspondiente, ya que no existe en este supuesto una violación constitucional que haga caer el asunto en la competencia de esta Sala.” En el mismo sentido se puede ver las resoluciones: No. 2015-2001 de las 15:25 horas del 15 de marzo del 2001, 4325-2001 de las 10:12 horas del 24 de mayo del 2001, 3503-2001 de las 9:51 horas del 4 de mayo del 2001, y más recientemente en los votos 6095-2004 de las 8:54 horas de 4 de junio del 2004 y 16491-2007 de las 14:57 horas del 14 de noviembre del 2007.

jurisdiccional más expedito y ágil que encontramos en el ordenamiento jurídico costarricense con lo cual, los interesados deberán acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a efectos de discutir la validez en el procedimiento de emisión de los reglamentos. En ese sentido, es criterio de este ponente, que dicha posición jurisprudencial baja significativamente el perfil del derecho constitucional a la participación ciudadana considerando que no existen normas constitucionales expresas que desarrollen los ámbitos de acción del derecho de participación y por el contrario serán las leyes, las que se encarguen de aplicar la disposición constitucional en los diferentes ámbitos de la Administración Pública, esto conduce a señalar que se presenta una disminución sustantiva del derecho de participación ciudadana al menos en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por su parte, los Tribunales Contencioso Administrativos y Civiles de Hacienda y principalmente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como órgano de casación revisor de las resoluciones de los primeros han sido categóricos al establecer: *“No cabe duda que conferir la audiencia es una formalidad sustancial, porque de tal actuación puede surgir una modificación del acto final. Precisamente, la audiencia tiene por objeto brindar la oportunidad a la entidad de influir en la voluntad de la Administración, antes que ésta actúe conforme con sus potestades reglamentarias. No cumplir con el trámite de audiencia es incurrir en falta de una formalidad sustancial, por ende, determinante de la nulidad de todo lo actuado por la Administración en relación con el dictado de la disposición reglamentaria dicha. En estos casos, la nulidad del procedimiento equivale a la nulidad del acto reglamentario, pues el procedimiento es un presupuesto formal del acto. Por el mismo motivo es posible anular el acto por violaciones que se hayan cometido, no en sus elementos en sentido estricto, pero sí en el procedimiento preparatorio.”*<sup>76</sup>

De tal suerte, incluso antes de la reforma que se dio al numeral noveno de la CP esta cámara reconoció, como objeto de la audiencia, el dar una posibilidad real a los futuros afectados para efectos de influir en la voluntad administrativa previo a la emisión de los reglamentos, lo cual no implica que se le otorgue un carácter vinculante de las observaciones o recomendaciones

<sup>76</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 10-1992 de las 14:20 horas del 22 de enero de 1992.

realizadas, pero sí al menos, permite al Administrado, un nivel mayor de transparencia en sus relaciones con la administración, propiciando la participación –*en tesis de principio*– al menos de determinados grupos de interés, (*entidades descentralizadas y entidades públicas o privadas que representan intereses de carácter general o corporativo*) en la emisión de las normas, e interactuando de una manera directa con los poderes constituidos; haciéndoles ver opciones viables así como posibles yerros en el ejercicio de su potestad reglamentaria lo que fortalece desde todo punto de vista el sistema democrático, y sirve como un medio ideal para la rendición de cuentas.

Similar posición adoptó la misma Sala Primera en resolución No. 749-F-04 de las 9:30 horas del 10 de setiembre del 2004 al establecer que el desarrollo de la audiencia constituye un requisito de validez y como consecuencia, la omisión en el trámite tiene como sanción la nulidad absoluta de las DCG y de sus actos de aplicación individual.

“VII.- El artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, dentro del diseño del procedimiento especial para la elaboración de disposiciones de carácter general, establece la obligación de conceder audiencia, a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas, así como a las entidades representativas de intereses generales o corporativos, para exponer su parecer, salvo cuando se opongán a ello razones de interés público o de urgencia, las cuales necesariamente deben ser consignadas en el anteproyecto. Incluso, a criterio del Poder Ejecutivo o del Ministerio respectivo, los anteproyectos pueden ser sometidos a la información pública. La idea que subyace en esta normativa, tiene tres objetivos: a.- promover la mejor realización de los intereses públicos, b.- que se ejerza la actividad administrativa en forma legal, acertada, oportuna y eficaz, y c.- se posibilite el derecho fundamental de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, basado en el concepto de que la soberanía reside en la Nación (artículo 2 de la Constitución Política). En lo que aquí interesa, la audiencia a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectadas, no es discrecional, sino obligatoria y por lo tanto, unida necesariamente a la validez de la disposición general que se emita (como culminación del procedimiento), y en consecuencia, su ausencia causar (sic)

invalidez. Debe recordarse, que el procedimiento es el cauce formal legitimante de la actuación de la Administración, por ser una doble garantía: para el interés público y los derechos e intereses privados de los administrados.<sup>77</sup> (...)

Tal como se observa, la Sala Primera ubicada en el vértice superior de la jurisdicción contencioso administrativa, será vehemente respecto de la protección que otorga el numeral 361 de la LGAP estableciendo su omisión como una causal de nulidad absoluta, de lo cual se deriva además una eventual invalidez de los actos de aplicación individual que se generen con ocasión de la aplicación de normas que no pasaron por el trámite de audiencia que indica la ley.

## VIII. La participación ciudadana y propuesta de apertura en la legitimación del numeral 361 de la LGAP

Finalmente, de una lectura literal del numeral 361 de la LGAP podríamos preliminarmente –caer en el simplismo y la literalidad- respecto de pensar que los únicos sujetos legitimados para ser parte del procedimiento de consulta serán los expresamente descritos en esta norma, a saber: 1. las entidades descentralizadas sobre los proyectos de DCG que puedan afectarles y 2. las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición (en este último supuesto la norma no distingue entre entidades públicas y privadas). En este tipo de razonamiento incurre la Procuraduría General de la República cuando emite una opinión jurídica (no vinculante) en la cual concluye: “1. Que el

<sup>77</sup> Podemos ver en igual sentido las resoluciones 14:20 horas del 22 de enero de 1992 y 787-F-01 de las 14:10 horas del 5 de octubre del 2001. También se ha pronunciado la Procuraduría General de la República en el dictamen C-142-2010 del 19 de julio del 2010, en la cual se señala: “No cabe duda que conferir la audiencia es una formalidad sustancial, porque de tal actuación puede surgir una modificación del acto final. Precisamente, la audiencia tiene por objeto brindar la oportunidad a la entidad de influir en la voluntad de la Administración, antes que ésta actúe conforme con sus potestades reglamentarias. No cumplir con el trámite de audiencia es incurrir en falta de una formalidad sustancial, por ende, determinante de la nulidad de todo lo actuado por la Administración en relación con el dictado de la disposición reglamentaria dicha. En estos casos, la nulidad del procedimiento equivale a la nulidad del acto reglamentario, pues el procedimiento es un presupuesto formal del acto”

*numeral 361 de la Ley General de Administración Pública no prevé que la administración deba dar audiencia a toda persona que pudiere ser afectada la aprobación de una nueva norma reglamentaria, ni que dicha audiencia sea un presupuesto obligatorio y formal del procedimiento de aprobación de reglamentos, sin perjuicio de que conforme el numeral 361.3, el Poder Ejecutivo, o el Ministerio respectivo, decidan someter a información pública el anteproyecto del respectivo reglamento, lo cual es, sin embargo, facultativo y no obligatorio para la administración pública.”<sup>78</sup>*

No obstante, aplicando un criterio extensivo, en virtud de los principios -pro homine- igualdad (no discriminación) y de progresividad de los derechos, como pauta general de interpretación e integrando los principios que fueron descritos en el apartado IV de esta investigación, así como una serie de elementos históricos relativos al análisis en el desarrollo del numeral 361 de la LGAP y ubicando la norma como parte de todo un sistema jurídico cuya base se ve permeada por una serie de derechos constitucionales y convencionales en clara evolución y atendiendo a los antecedentes históricos legislativos y de realidad social, el uso de la tecnología de información y comunicación así como la finalidad que persiguió el legislador en el Estado de Derecho Costarricense respecto del derecho de participación ciudadana -a juicio de este ponente- no se observa en un mundo globalizado –al menos en el plano de la razón lógica-jurídica- consideraciones de hecho o derecho que permitan razonablemente establecer una limitación a las personas individualmente consideradas para efectos de participar de manera directa en los procesos de consulta pública que culminan con la emisión de normas administrativas.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Procuraduría General de la República, opinión jurídica No. 132-2015 del 4 de diciembre de 2015.

<sup>79</sup> Esto considerando que en el actual diseño del proceso de elaboración de DCG las personas individualmente consideradas no tienen una posibilidad real de incidir en el proceso al menos de una manera directa, considerando que los únicos sujetos consultados serán las entidades descentralizadas sobre los proyectos de DCG que puedan afectarles lo que implica una visión institucional y las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición, lo cual obliga –si una persona, habitante, ciudadano, interesado o perjudicado- desea expresar su opinión, y de alguna manera influir en el proceso de una manera directa, las puertas de su eventual legitimación se encontrarán de antemano cerradas y se le obligará –de así requerirlo- a acudir al proceso de consulta por intermediación de los grupos formalmente constituidos y organizados para tal efecto, sin ninguna garantía de que estos últimos decidan simplemente no participar o incluso mantener una posición abiertamente contraria a los intereses de una directos de sus representados o de una minoría de estos que desean, se les escuche su voz en el proceso.

En la resolución reciente de la Sala Constitucional se indica: *“Así las cosas, la audiencia pública es un instrumento típico de una democracia madura, mediante el cual se fomente la participación activa del ciudadano en la toma de decisiones públicas. Por su significado, la audiencia debe efectuarse de tal forma que garantice la mayor participación de las personas que puedan verse afectadas, de ahí que cualquier acción u omisión que evite lo anterior, implica una abierta vulneración a los derechos fundamentales de los participantes. (...)”*<sup>80</sup>

Ahora bien, hoy en día existen una serie de elementos intrínsecos no sólo de carácter jurídico sino además político e histórico, sobre la base de los cuales, se presenta para el Estado de Derecho costarricense la oportunidad de ampliar de una manera favorable los márgenes estrictos de legitimación que fueron considerados para la época en la que se promulgó la LGAP (En el año 1978) lo anterior para efectos de ampliar los parámetros de legitimación originalmente considerados -en su momento- a efectos de extenderlos de una manera general a todos los habitantes, como sujetos activos, y por consiguiente legitimados directos para efectos de ser parte activa en el desarrollo de los procesos democráticos, entre estos, el procedimiento para la elaboración de DCG como una manifestación clara de una democracia participativa. Entre los elementos a destacar para realizar esta propuesta encontramos:

1. A partir de la reforma ocurrida por medio de la Ley 8364 del 1 de julio del 2003 se reformó el artículo 9 de la Constitución Política y se consolidó la participación ciudadana como un derecho que posibilita la intervención de los ciudadanos en las decisiones públicas, (en los tres poderes del gobierno).
2. La red INTERNET permite un mayor uso de las tecnologías de información y comunicación. El Poder Ejecutivo asumió políticas de gobierno digital.<sup>81</sup> Se promulgó la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos (Ley 8454) a partir de la cual se produce una equiparación funcional del documento digital al documento tradicional (Se da un rompimiento de la noción

<sup>80</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1163-2017 de las 9:40 horas del 27 de enero de 2017. (Nota separada de los Magistrados Cruz Castro y Rueda Leal ver considerando VII Sobre la relevancia constitucional del derecho a la participación ciudadana y su impulso mediante la jurisprudencia de esta Sala)

<sup>81</sup> Ver Decreto Ejecutivo No. 35139-MP-MIDEPLAN que crea Comisión Intersectorial de Gobierno Digital.

tradicional de documento escrito). Asimismo, se genera un uso cada vez mayor de las redes sociales como una forma de participación social primeramente en el plano informal pero poco a poco van siendo utilizadas por las instituciones como medio –oficial- para conseguir una interrelación efectiva con el ciudadano. Se generan esfuerzos gubernamentales tendientes a reducir hasta erradicar la brecha digital a efectos de que todos los habitantes tengan acceso a las nuevas tecnologías de información y comunicación en condiciones de igualdad.

3. Se tornó posible la emisión del diario oficial La Gaceta en formato digital.<sup>82</sup> Con esto se verán obligatoriamente reducidos los elevados costos de impresión y distribución tanto para el Estado como para los clientes de los servicios públicos que ofrece la imprenta nacional, en cuenta la publicación de las DCG en caso de ser requerido.

4. Diferentes resoluciones de la Sala Constitucional, la Sala Primera y de los Tribunales Contencioso Administrativos, han señalado que el procedimiento especial contenido en la LGAP para la emisión de disposiciones de carácter general, constituye una formalidad sustancial cuya omisión acarrea la nulidad de las DCG.

5. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha indicado que el buen manejo de los fondos públicos, la protección del medio ambiente, los derechos electorales, la paz, la salud entre otros, constituyen derechos fundamentales de carácter difuso, por cuanto su protección atañe a la colectividad nacional -con esto- se establece una legitimación amplia en sede constitucional y contencioso administrativa a fin de que diferentes personas físicas o jurídicas (aun cuando no se encuentra constituidas de una manera formal<sup>83</sup>) puedan impugnar tanto la legalidad como la constitucionalidad de las DCG que emite la Administración.

6. Se promulgó la Ley 8508 del 28 de abril de 2006 Código Procesal Contencioso Administrativo en el cual se contempla toda una revolución en el desarrollo del control jurisdiccional sobre la función administrativa entendiendo la función revisora como un modelo de justicia subjetivo que va a girar alrededor ya no de los actos administrativos sino de la protección de los derechos e intereses de las personas.<sup>84</sup> / Se aumentó la cantidad de sujetos legitimados

<sup>82</sup> Esto de acuerdo con los criterios de la Procuraduría General de la República Jo. C-077-2011 y C-168-2010.

<sup>83</sup> Es el caso de los grupos o uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autóctonos (Fideicomisos) considerados en el numeral 9 del CPCA.

<sup>84</sup> Palabras de Oscar González Camacho. Ver Procuraduría General de la República, Código Procesal Contencioso Administrativo (Anotado con las Actas Legislativas) Agosto 2006. p 9.

para efectos de ser parte activa en la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 9 y 10). De igual forma se amplía la legitimación en su vertiente pasiva (artículo 12) / Se establecen nuevas reglas para la impugnación de disposiciones de alcance general contenidas en los artículos 10 inciso 2), 37, 39 y 40 / Se pasa de una jurisdicción contencioso administrativa meramente revisora de actos administrativos a una jurisdicción más plenaria y democrática que revisa en general todo tipo de conducta administrativa por acción, omisión así como las vías de hecho y se permite la reparación de los daños causados incluso de frente a la transgresión de intereses legítimos. / Se incorpora la oralidad y sus principios como elemento de democratización y humanización del proceso.<sup>85</sup>

7. Se reformó el artículo 275 de la LGAP en cuanto a los sujetos legitimados para ser parte en la vía administrativa en el desarrollo de los procedimientos administrativos con lo cual se eliminó la necesidad de contar con un interés directo en el desarrollo de los procedimientos administrativos que desarrolla la administración de manera que los ciudadanos pueden ser parte de los procedimientos administrativos alegando la existencia de un interés legítimo de naturaleza moral, científico, religioso, económico o de cualquier naturaleza que pueda resultar afectado, lesionado o satisfecho de manera total o parcial por parte de la Administración responsable.

8. La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, estableció un principio general de participación, indicando en lo que interesa: “...la Administración Pública facilitará que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente, también a través de sus legítimos representantes, en el procedimiento de elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles.” (El subrayado no corresponde al original)

9. Costa Rica se incorporó en el mes de enero del año 2012 a la iniciativa multilateral *“Alianza para el Gobierno Abierto”* (Open Government Partnership) la cual persigue que sus países miembros generen compromisos concretos en materia de transparencia, acceso a la información pública, ética en la función pública, lucha contra la corrupción, participación ciudadana y promoción de la

85 Sobre este tema en particular Jinesta Lobo señala: “La oralidad propicia y conduce a la humanización del proceso, por cuanto, respeta la dignidad humana, lo actualiza, lo acerca al ser humano y mejora la comunicación procesal haciéndola más flexible y expedita.” Ver JINESTA LOBO (Ernesto) La oralidad en el proceso contencioso administrativo, Revista IVSTITIA, año 13, N° 155-156 noviembre – diciembre 1999.

innovación por medio de las tecnologías de la información y comunicación. De ahí que El Poder Ejecutivo emitió 18 de marzo de 2014 el decreto denominado *“Fomento del Gobierno Abierto en las instituciones públicas y creación de la comisión intersectorial de Gobierno Abierto”* mismo que fue derogado en el año 2015 por el decreto de *“Fomento del Gobierno Abierto en la Administración Pública y creación de la Comisión Nacional para un Gobierno Abierto.”* Estas normas constituyen un marco de acción clave para la promoción del acceso ciudadano en la emisión de las políticas públicas en un marco de participación y transparencia sobre la base de un uso de la tecnología al servicio del bien común. Las políticas de gobierno abierto pretenden establecer una forma distinta de gestionar la cosa pública, incorporando a los diversos actores sociales en un escenario cada vez más complejo, mismo que ya no puede ser abordado únicamente desde la perspectiva estatal.<sup>86</sup>

10. El derecho de participación ciudadana en la gestión pública de acuerdo con la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública establece que el derecho general de participación atañe de una manera amplia a todos los habitantes: *“no está referido a las personas con derechos exclusivos de ciudadanía o de nacionalidad sino a todo habitante con respecto a la gestión pública del país en donde reside, en el ejercicio de los derechos que le conciernen.”*<sup>87</sup> Como componente básico de este derecho los Estados Iberoamericanos procurarán que en los ordenamientos jurídicos se reconozca la participación en la elaboración, modificación y revisión de los proyectos normativos y disposiciones de carácter general que les afecten.<sup>88</sup>

Todos estos elementos, pero especialmente el que refiere a la legitimación amplia en materia de procedimientos administrativos (reforma al numeral 275 de la LGAP) en relación al derecho constitucional a la participación ciudadana reconocido en compromisos internacionales asumidos por Costa Rica y las iniciativas de gobierno abierto, conducen a señalar a este autor, que hoy día, los alcances de lo dispuesto en el numeral 361 de la LGAP pueden ser interpretados y aplicados, conforme se establece en los artículos

86 <http://www.yosoygobiernoabierto.org/acerca/que-es-gobierno-abierto>

87 Ver preámbulo de la “Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública” (De la Cual Costa Rica es signataria) / Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009). Aprobada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Estoril, Portugal, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009)

88 IBID, párrafo 35.

10 de la LGAP y del Código Civil es decir, de una manera acorde con el fin propuesto a favor de todos los administrados, tomando en consideración el contexto y los antecedentes históricos, así como la realidad social, por naturaleza cambiante a favor de la amplitud en materia de derechos del colectivo sin necesidad de que los mismos deban demostrar la existencia de un derecho subjetivo o un interés directo en el asunto, en ese sentido, bastará con la existencia de un interés legítimo que faculte a las personas individualmente consideradas, para ser sujetos activos en los procesos de consulta pública que se debe dar sobre los proyectos de DCG.

Así las cosas, la reforma al numeral 275, sobre los sujetos legitimados en el procedimiento administrativo ordinario, se puede entender extendida al procedimiento especial establecido en el cardinal 361 para lo cual, -hoy en día- existen los factores tecnológicos, sociales y jurídicos que permiten el ejercicio transparente y democrático, así como el control pleno de la potestad reglamentaria en el Estado de Derecho Costarricense.

Este mayor control por parte de quienes van a ser los receptores de los efectos de las DCG viene a ser una manifestación de la doctrina de la casa de cristal, propiciando una participación plena e informada por parte de las personas tanto agrupadas como de manera individual en el desarrollo de las políticas públicas que se implementan por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria que ejerce la Administración a todo nivel.

De tal suerte, la propuesta que se realiza en esta investigación consistirá en extender de una manera armoniosa con la realidad nacional en el plano histórico, social, jurídico, político y económico, los márgenes de legitimación de la consulta que describe el numeral 361 de la LGAP a todos los habitantes, personas físicas y/o jurídicas, públicas o privadas sin necesidad de que los mismos se encuentren organizados por medio de entidades públicas o privadas representativas de intereses generales o corporativos.

Para llegar a hacer realidad dicha meta, la Administración Pública deberá hacer un uso eficiente de los instrumentos a su alcance, pero en especial, se deberá propiciar el uso creciente y paulatinamente generalizado de las nuevas tecnologías de información y comunicación, las cuales constituyen

un avance relevante en la forma de gobernar, propiciando la participación ciudadana, el control democrático y la rendición efectiva de cuentas por parte de los gobernantes, en fin generando mayores niveles de transparencia a favor del control ciudadano.

## IX. Conclusiones

La emisión de DCG, es una potestad de imperio de vital trascendencia en el Derecho Administrativo que se debe ejercer dentro de los límites formales y sustanciales que establece el ordenamiento y siempre con el fin de servir al servicio del interés común. Dicha potestad se encuentra de una manera general regulada y delimitada por varios principios y derechos de rango constitucional, entre otros: el principio de transparencia, juridicidad, la división de poderes, la participación ciudadana, el principio democrático, la igualdad, el derecho de acceso a la información administrativa, la rendición de cuentas sobre los asuntos de interés público, entre otros.

Los artículos 361 al 363 de la LGAP regulan el procedimiento para la elaboración de DCG. Sin embargo, desde el punto de vista de las políticas de gobierno abierto adoptadas por Costa Rica como parte de la Organización para un Gobierno Abierto se tiene que el ordenamiento jurídico nacional en esta materia, es limitado en cuanto a la participación directa de las personas interesadas y el tratamiento de los sujetos legitimados para participar en el desarrollo de las audiencias y consultas previas a la emisión de normas reglamentarias.

El procedimiento para la emisión de DCG constituye un control efectivo sobre el ejercicio del poder normativo depositado en la Administración Pública costarricense en un sentido amplio. Por su parte, la participación ciudadana abierta a todos los posibles afectados se viene a constituir como un medio idóneo para efectos de lograr los objetivos que asumió el Gobierno de Costa Rica como parte de la Alianza para un Gobierno Abierto y con ellos reducir razonablemente los márgenes de opacidad en el trámite de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general lo que contribuye a fortalecer la transparencia administrativa por parte de los poderes constituidos.

La eventual amplitud en los márgenes de legitimación en el desarrollo de los procedimientos administrativos operada por medio de la reforma al artículo 275 de la LGAP se puede entender trasladada al procedimiento que regula la emisión de DCG ampliando para tal efecto los sujetos legitimados en

el desarrollo del trámite de audiencia previsto en el numeral 361 de esa misma ley para efectos de que toda persona interesada sin distinción, de manera directa (es decir sin pertenecer a una organización formalmente constituida) puedan ser sujeto activo en el desarrollo del procedimiento que regula la elaboración de DCG particularmente en el trámite de consulta pública. De la misma manera, las instituciones públicas deben respetar el procedimiento establecido, en el tanto emitan disposiciones normativas con vocación de generalidad.

Actualmente, Costa Rica presenta las condiciones de legalidad y técnicas propicias en materia de acceso a información por los medios tecnológicos existentes para efectos de que las personas interesadas puedan ser consultadas de una manera directa en el trámite de elaboración de la DCG lo cual contribuye a generar las condiciones propicias de apertura por parte del Estado lo que genera una mayor legitimación en las decisiones públicas lo cual contribuye con la gobernabilidad del aparato público y la legitimidad de las políticas públicas que son impulsadas por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Finalmente, la implementación progresiva en esta materia contribuye a que Costa Rica presente avances significativos en materia de políticas regulatorias con lo cual se cumplen paralelamente una serie de compromisos asumidos por nuestro país tanto como miembro de la Alianza para un Gobierno Abierto como para el cumplimiento de los estándares de calidad en la política y gobernanza regulatoria establecidos por la OCDE.

## X. Bibliografía

### Libros y revistas

ARENA (Gregorio) *La transparencia administrativa. REVISTA DE DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA (1958-2005). Números 248-249.* <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5468&path%5B%5D=5522>

BLANQUER (David) *Derecho Administrativo, Volumen I.* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

CAZOR ALISTE (Kamel) y PFEFFER URQUIAGA (Emilio) *La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile. Revista Ius et Praxis v.15 n.1 Talca 2009 (Versión On-line)* [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=50718-00122009000100006&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-00122009000100006&lang=pt)

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *sobre la base de Involve, People and Participation. How to put citizens at the heart of decision-making*, Richard Wilson, Diane Warburton y Edward Andersson, Londres, 2005.

DROMI (Roberto) *Derecho Administrativo.* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 12ª edición. 2009.

GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo) *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. Revista Española de Administración Pública.* Número 30, Septiembre/ Diciembre 1959.

GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo) *Curso de Derecho Administrativo,* Madrid, Editorial CIVITAS, 1999.

Procuraduría General de la República, *Código Procesal Contencioso Administrativo (Anotado con las Actas Legislativas)* Agosto 2006.

GORDILLO (Agustín) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 6. El método en Derecho / La administración paralela.* Buenos Aires, FDA, 1ra edición, 2012.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén) *Las Fuentes Normativas en Costa Rica.* San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2014.

JINESTA LOBO (Ernesto) *Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Administrativa. Revista Iustitia Año 17. N° 201 - 202* setiembre - octubre 2003.

JINESTA LOBO (Ernesto) *Constitución y Justicia Constitucional. Principios constitucionales de eficacia y rendición de cuentas de las administraciones públicas.* Ver en: [www.google.com/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=Principios+constitucionales+de+eficacia+y+rendici%C3%B3n+de+cuentas+de+las+administraciones+p%C3%ABlicas](http://www.google.com/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=Principios+constitucionales+de+eficacia+y+rendici%C3%B3n+de+cuentas+de+las+administraciones+p%C3%ABlicas)

JINESTA LOBO (Ernesto) *La oralidad en el proceso contencioso administrativo, Revista IVSTITIA, año 13, N° 155-156* noviembre - diciembre 1999.

LETELIER WARTENBERG (Raúl) *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2011.

Organización de los Estados Americanos. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de*

*Expresión. El derecho de acceso a la información pública en las Américas (Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales) Ver en: <http://www.cidh.org/relatoria>*

*Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (PNUD) Auditoría Ciudadana Sobre la Calidad de la Democracia en Costa Rica (Proyecto Estado de la Nación). [www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/otras.../aud\\_cal\\_dcap11.pdf](http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/otras.../aud_cal_dcap11.pdf)*

### **Normativa**

*Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949.*

*Convención Interamericana Contra la Corrupción / Caracas Venezuela. Suscrita por Costa Rica el 3 de marzo de 1996.*

*Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.*

*Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.*

*Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos. Ley 8220 del 4 de marzo de 2002.*

*Ley General de la Administración Pública. Ley 6227 del 2 de mayo de 1978.*

*Ley de reforma del artículo 9 de la Constitución Política. Ley 8364 del 1 de julio del 2003.*

*Código Procesal Contencioso Administrativo. Ley 8508 del 28 de abril de 2006.*

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

*Proyecto de Ley No. 19.286 "Ley para perfeccionar la rendición de cuentas" aprobado el segundo debate el día 29 de agosto de 2016. (Pendiente de publicación en el Diario Oficial La Gaceta).*

### **Resoluciones**

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 1130-1990 de las 17:30 horas del 18 de setiembre de 1990.*

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 10-1992 de las 14:20 horas del 22 de enero de 1992.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 243-1993 de las 15:45 horas del 19 de enero de 1993.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 3905-1994 de las 15:50 horas del 3 de agosto de 1994.*

*Sala Constitucional resolución de la Corte Suprema de Justicia.*

*Resolución No. 4587-1997 de las 15:48 horas del 5 de agosto de 1997.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.  
Resolución 9236-1999 de las 20:11 horas del 23 de noviembre de 1999.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica,  
Resolución No. 8867-2004 de las 15:36 horas del 18 de agosto de 2004.*

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución  
No. 749-F-04 de las 9:30 horas del 10 de setiembre del 2004.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica,  
Resolución No. 14654-2005 de las 14:24 horas del 21 de octubre de 2005.*

*Corte Interamericana de Derechos Humanos / Caso Claude Reyes  
y otros Vs Chile (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 19 de  
septiembre de 2006.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.  
Resolución No. 2009-8065 de las 21:38 horas del 13 de mayo de 2009.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.  
Resolución 17791-2015 de las 12:00 horas del 11 de noviembre de 2015.*

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución  
1163-2017 de las 9:40 horas del 27 de enero de 2017.*

## **Otros documentos**

*Carta Democrática Interamericana adoptada en el XXVIII período  
extraordinario de sesiones el 11 de septiembre de 2011, Lima, Perú.*

*Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión  
Pública / Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de  
Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Lisboa,  
Portugal, 25 y 26 de junio de 2009). Aprobada por la XIX Cumbre  
Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Estoril, Portugal,  
30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009)*

*Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en  
Relación con la Administración Pública. Aprobada por el Consejo  
Directivo del CLAD en reunión presencial- virtual celebrada desde  
Caracas el 10 de octubre de 2013. Aprobada por la Cumbre  
Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Ciudad de  
Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.*

*Carta de Organización de los Estados Americanos suscrita por los  
Estados que conforman la OEA en la IX Conferencia Internacional  
Americana.*

*Conferencia OCDE, palabras de Ángel Gurría, Secretario General  
OCDE 11 de enero de 2011.*

*[https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/guiaparamejorar  
lcalidadregulatoriadelostramitesestataleseimpulsarla  
competitividadenmexico.htm](https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/guiaparamejorar<br/>lcalidadregulatoriadelostramitesestataleseimpulsarla<br/>competitividadenmexico.htm)*

*II Seminario Internacional "Experiencias Innovadoras en Gestión Pública Efectiva Gobierno Abierto y Acceso a la Información Pública." SECRETARÍA DE GESTIÓN PÚBLICA Presidencia del Consejo de Ministros GOBIERNO DEL PERÚ Marzo 2014 (PERÚ Gobierno Abierto) Ver en:*

*[https://www.oas.org/es/sap/dgpe/seminarios/panama/pre/MARIANA%20LLONA%20ROSA\\_SGP.pdf](https://www.oas.org/es/sap/dgpe/seminarios/panama/pre/MARIANA%20LLONA%20ROSA_SGP.pdf)*

*Código Iberoamericano de Buen Gobierno adoptado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).*

*Declaración universal de los derechos humanos emergentes.*

*<http://www.yosoygobiernoabierto.org/acerca/que-es-gobierno-abierto>*

*<http://www.opengovpartnership.org/es/node/302>*

*<http://www.opengovpartnership.org/es/acerca-de/declaraci%C3%B3n-de-gobierno-abierto>*

*<http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Costa%20Rica%20Final.jpg>*

*OCDE (2016), Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017, Éditions OCDE, París.*

*<http://dx.doi.org/9789264266391-es>.*

*Procuraduría General de la República. Dictamen No. C-142-2010 del 19 de julio de 2010.*

*Procuraduría General de la República. Dictamen No.C-184-2015 del 21 de julio de 2015.*

*Procuraduría General de la República. Opinión jurídica No. 132-2015 del 4 de diciembre de 2015.*



Estudios de  
**Colaboradores  
Internacionales**



# El control administrativo en Cuba

## Sumario

I. Introducción. II. Criterios doctrinales acerca del control público. III. Criterios doctrinales del control público en América Latina. IV. El control público en Cuba. V. El proceso revolucionario y la Nacionalización. VI. La Oficina Nacional de Auditoría. V. El Ministerio de Auditoría y Control. VI. La Contraloría General de la República. VII. Consideraciones Finales. VIII. Referencias Bibliográficas.

**Alcides Antúnez Sánchez<sup>1</sup>**  
**Amed Ramírez Sánchez<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho. Máster en Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. El trabajo es parte de una investigación vinculada al control administrativo a través de la Auditoría Pública en Cuba, resultado de la Tesis Doctoral. Vecino de Calle Juan Clemente Zenea, número 265, municipio Bayamo, Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu; antunez63@nauta.cu

<sup>2</sup> Licenciado en Derecho. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad de Oriente. Máster en Derecho Constitucional. Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Profesor Asistente. Universidad de Granma, Cuba. Email: aramirez@udg.co.cu

## I. Introducción

Cuba, en su condición de Estado socialista, al amparo del texto constitucional, impone la regulación de mecanismos de control para garantizar la adecuación de los poderes públicos que la propia Constitución es garante para el correcto uso del patrimonio público. 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, al escenario geográfico, al régimen sociopolítico y en especial referencia dentro de este, a la intervención del Estado en las relaciones sociales en sus distintas modalidades.

A la Contraloría General, luego de su creación le corresponderá velar por la buena gestión y la juridicidad del patrimonio público, al ejercer el control fiscal. En el ordenamiento jurídico cubano el texto constitucional adolece del reconocimiento tácito de este órgano supremo de control, lo que le resta garantía constitucional de su autonomía como órgano constitucional, como parte del poder ciudadano. Ello permite afirmar que la Contraloría General no es Administración Pública, aunque el control sea parte de la función administrativa.

El artículo tiene como objetivo demostrar la necesidad de reconocer a la Contraloría General en el texto constitucional en relación con la actividad de control administrativo que esta ejecuta como órgano superior de control, a partir de su evolución histórica y normativa que han tenido los mecanismos de control público en la nación cubana.

## II. Criterios doctrinales acerca del Control Público

La doctrina del Derecho Público señala que el asidero jurídico del órgano de control público que ejercita la función inspectiva y la auditoría pública se regula en el texto constitucional en el Estado de Derecho, ello permite demostrar la existencia de mecanismos de control que hacen efectivos los principios y valores en el desarrollo normativo del Estado.

El control en sí, es uno de los elementos que integran y definen el Estado de Derecho y el Estado democrático. Este control, desde una perspectiva conceptual, no es más que la actividad de “comprobación, inspección, fiscalización, e intervención”, lo que en el ámbito jurídico se expresaría en “un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley”.

La doctrina señala que el concepto del control constituye uno de los paradigmas de la democracia incorporada al Estado, y la norma jurídica es el límite del control de poder, lo hace susceptible de su verificación, por lo que es sustancial en la democracia. Por ello el derecho es un elemento difícil de conceptualizar; a partir de su etimología se constata que existen diversas palabras que le definen como: *rectus, directius, justitia, jus, juris, rectum, aequum, atis, todas ellas refieren derecho, recto, justicia, equidad, etc. Ya en Roma se le señalaba como ars boni et aequi.*

Kelsen, lo definió como un orden coactivo de la conducta humana<sup>3</sup>. García Máynez, considera que es un conjunto de normas impero-atributivas que en cierto momento histórico y en un determinado territorio, quienes detentan el poder juzgan obligatorias para el resto de la colectividad<sup>4</sup>. Dworkin estimó que el Derecho es un concepto interpretativo.<sup>5</sup> Desde la perspectiva

3 KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2da edición, UNAM, México, 1988, pp.22 y ss.

4 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 41a edición, Editorial Porrúa, México, 1990, p.37

5 DWORKIN, Ronald, *El imperio de la Justicia*, Editorial Gedisa, España, 1988, pp.72, 287-288.

de la Sociología, se analiza lo que señala Lasalle, quien consideró que la Constitución es la suma de factores reales de poder que se trocan en factores jurídicos, para este autor el derecho es la suma de los factores reales del poder.<sup>6</sup>

Entonces, el control no es más que el vehículo efectivo de la limitación del poder, considerando, dentro de éste, a todas las formas e instrumentos que posee el sistema político y jurídico para supervisar el ejercicio de los poderes públicos, se expresa en actos o normas a partir del texto constitucional, entendiendo que estas últimas son una expresión precisamente de su actividad jurídica a través del desarrollo normativo, el mismo es ejecutado por la Administración Pública a través de los órganos que la misma les otorga este ejercicio del poder público.

La etimología latina le define desde la época medieval como *contra rotulum*, en Francia se le consideró como *contre-lore* (contralibro) -libro registro-, término que con el transcurrir del tiempo se popularizó hasta definirlo con las definiciones de *fiscalizar*, *dominar*, *someter*, etc. El catedrático Cabanellas consideró que el término de control es mejor reconocerle como: comprobación, fiscalización, intervención, registro, vigilancia, mando, gobierno, predominio, hegemonía, supremacía, dirección, guía, freno, contención, regulador, factor, causa.<sup>7</sup>

Su naturaleza jurídica está concebida a partir de que el control es un sistema de verificación y corrección de la legalidad que evalúa el principio de juridicidad, está directamente vinculado al concepto de Estado de Derecho, y ciertamente se relaciona asimismo, con la democracia como forma política de gobierno nacional. Sus características serían: esta requerido para su ejercicio de la independencia necesaria que le otorga el modelo democrático, traducido en una serie de garantías como son: independencia, objetividad y respeto para la realización de esta labor.

En sí, el control es un mecanismo de contención para la extralimitación en el uso de los poderes públicos, que se constituye en un amparo para

6 LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Panamericana, Colombia, 2002, pp.14-15

7 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 11na edición, Editorial Heliasta S.R.L., España, 1993.

los administrados. En el marco de un Estado de Derecho, implica que la Administración en su organización, funcionamiento, relaciones con la comunidad y su personal, están subordinados al ordenamiento jurídico, el que deriva directamente de un marco constitucional. Las normas jurídicas deben someterse a la Constitución Política, y a éstas deberán someterse a su vez, las normas que derivan de la potestad reglamentaria.

Entonces el Derecho, analizado desde la perspectiva del control, es considerado como una herramienta y a la vez una técnica. Es instrumental toda vez que juridifica las conductas impuestas como obligatorias a los agentes sociales, en especial a los agentes de la sociedad, en particular a sus servidores públicos al imponerle márgenes de actuación que los convierte en sujetos obligados y por ende en objetivos de control por excelencia. Como técnica, el derecho delimita los procesos, métodos y formas de actuación de los entes controlados cuando estos ejecutan sus actividades, al decir de Márquez Gómez.<sup>8</sup>

El control considera la posibilidad de que los órganos de la Administración, al ejercer sus potestades, comprometen los intereses y el patrimonio del Fisco, los que están destinados a procurar el interés general y el bien común, y eventualmente pueden afectar los derechos de particulares. Y precisamente, para evitarlo es que el ordenamiento jurídico contempla el control. En su ejecución se debe ser imparcial para que el juicio intelectual que se haga de un acto y de los hechos que configuran sus circunstancias, derivado de un análisis jurídico lógico y racional, sea justo para el espíritu del ordenamiento jurídico, o de la norma específica que clara y directamente le resulta aplicable al sujeto controlado.

Los autores aprecian como a lo largo de su historia, que la labor de control de la Administración Pública ha estado ligada a los actos de corrupción; se afirma por Márquez Gómez que la corrupción es tan antigua como la humanidad; conductas como la perversión de la justicia, el causar daño a mujeres y niños y la toma de *shohadh* o regalos, acciones que son condenadas por la Biblia, en el Código de Manú y en el de Hammurabi. En Grecia y Roma, cunas de la civilización occidental, se sufrió también el

8 MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Función jurídica del control de la Administración Pública*, serie doctrina jurídica, número 242, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2005, pp.5-48

flagelo de la corrupción. En la primera los sofistas hacían de lo negro, blanco y de lo blanco, negro; en la segunda el pretor Verres, quien dictaba sus sentencias según el dinero que le era ofrecido por las partes, son un claro ejemplo de ello. En su Divina Comedia Dante condena a los barattieri, esto es, a los que aceptan dinero o a los jueces que venden la justicia; tampoco se puede olvidar el gran problema de la simonía, que se da durante la Edad Media con la venta de indulgencias en el seno de la Iglesia Católica.<sup>9</sup>

El artículo aborda el control administrativo no jurisdiccional, el que puede desde la doctrina del Derecho Público ser interno o externo, y ser preventivo o a posteriori. Puede a su vez realizarse de propia iniciativa del órgano contralor, o por requerimiento o denuncia de algún interesado. Este tipo de control puede estar orientado a la legalidad, al uso de los recursos, y también al cumplimiento de planes y programas, respecto de sus metas y objetivos que el órgano de control lo tenga concebido.

En relación al vínculo que se constata las relaciones que existen entre la materia del control a partir del Derecho Constitucional como su asidero principal, con el Derecho Administrativo por las técnicas que de este se apropia, con el Financiero para el control de las finanzas públicas y con el Ambiental por ser un bien de uso colectivo, al estar vinculados al control administrativo que ejecutan los servidores públicos.

Así las cosas, por ser el derecho unitario, a partir de las demás ramas que lo integran y lo componen desde las Ciencias Jurídicas, esta función de control parte desde la Constitución. Para ello, se realiza el análisis de la labor que ejecuta la Contraloría General como órgano de control, este órgano efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa de los sujetos auditados. Procederá a hacer evaluaciones de los sistemas de control interno; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; verificará el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

<sup>9</sup> MÁRQUEZ GÓMEZ, *ibidem* p.2

Se apropia en su actuar de principios desde el Derecho Administrativo como el de centralización, descentralización y la desconcentración, al ejecutar la función de policía o coacción, de servicios públicos y de fomento para alcanzar determinados fines, denominado desde la doctrina como acto jurídico, ejecutado por las Contralorías, los Tribunales de Cuentas y por las Sociedades Mercantiles. Los autores, al analizar lo señalado por Serra Rojas, quien refiere que los fines del Estado constituyen direcciones, metas, propósitos, o tendencias de carácter general para su justificación consagradas en la legislación. Se valora que lo planteado por este autor son los medios y formas que adopta la Administración para lograr sus fines.<sup>10</sup>

Empero, el control de la juridicidad, el que no es ajeno al ciudadano, ya que precisamente es el objeto principal de los resguardos que tiene el Derecho para la satisfacción de las necesidades públicas y de sus derechos garantizados constitucionalmente. De esta manera, el Derecho Administrativo se aprecia que se ha desarrollado en el último tiempo aumentando las posibilidades de que la propia comunidad ejerza un control directo sobre la Administración, poniendo un equilibrio adecuado entre las potestades públicas, los fines de la Administración, y los derechos de los administrados, ponderadas para el control de los actos de corrupción administrativa y el lavado de activos, al decir de autores de la talla de Nieto, Garrido Falla, Villar Palasí, Gordillo, Delpiazzo, Parejo Alfonso y Márquez Gómez <sup>11</sup>.

Se valora que este aparece ante el incremento del fenómeno de la corrupción, el que ha obligado a buscar los caminos para su control, mal endémico de las sociedades actuales en el siglo XXI. En principio se aprecia que los controles fueron de tipo jurídico, pero con la evolución de las entidades económicas se han refinado hacia las formas de corrupción y se requieren, para hacerle frente, otros nuevos controles, tal y como lo viene señalando Delpiazzo en sus estudios académicos. <sup>12</sup>

<sup>10</sup> SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, 27 edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

<sup>11</sup> NIETO, Alejandro, Algunas precisiones sobre el concepto de policía, editorial Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1999, pp.1-74; DELPIAZZO, Carlos, Tribunal de Cuentas, Editorial AMF, Montevideo, 1982, p.76; PAREJO ALFONSO, Luciano, y otros, Manual de derecho administrativo, Editorial Ariel, Barcelona, 2014; MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control de la Administración Pública, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, número 20, 1ra edición, UNAM, México, 2003, pp.27-45

<sup>12</sup> DELPIAZZO, Carlos, Desafíos actuales del control, Editorial F.C.U., Montevideo, 2001.

Así, instituciones como la partida doble que ya aparece en algunos libros en 1340, señalada por Paciulus, conocido como fray Luca Pacioli (1445-1517), en su libro "Suma de Aritmética, Geometría y Contabilidad", va a ser considerada por los autores el antecedente de los modernos auditores y de la contabilidad. También en la Magna Charta de 1215, tiene como eje el motor los abusos del monarca inglés. La Ilustración, con su llamado a la razón, pone el acento en el control del poder. La teoría de la división de poderes, que en esta época adquiere relevancia, tiene como propósito que el poder controle al poder. Son analizados los conceptos vinculados al control administrativo, como la *Comprobación*, para examinar o confirmar algo, y con ello comprobar la veracidad y exactitud. La *Fiscalización*, concepto que proviene de fiscalizar, entidades o actividades para comprobar si pagan impuestos o examinar, controlar o criticar las actividades de otros. Y la *Inspección*, como la acción y el efecto de inspeccionar, examinar algo para determinar su estado, en busca de personas o cosas, al decir de autores como Aragón y Cabanellas.<sup>13</sup>

### III. Criterios doctrinales del control público en América Latina

Los autores a partir de definir la etiología del control, le identifican por las voces latinas *inspectio*, *inquisitio*, *espectatio*, *onus* y *judicium*, estas se asemejan con examen, regulación, limitación, dispositivo, verificación, tutela, dominio y supremacía. En la enciclopedia del Derecho, autores como Giorgio Berti y Leopoldo Tumiati refieren que el control consiste en un poder de supremacía que le corresponde al Estado como titular de esta soberanía.<sup>14</sup>

La doctrina jurídica reconoce al control como la actividad registral o técnica, encomendada a una función pública, un ente administrativo o estatal o a un empleado público, por el orden jurídico, que se dirige a revisar la adecuación y legalidad de los actos que son encomendados a los diversos órganos del control público, con la obligación de pronunciarse sobre ellos.

<sup>13</sup> ARAGON REYES, Manuel, Constitución y control del poder, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995; CABANELLAS DE TORRES, Ibidem p.2

<sup>14</sup> Enciclopedia de Derecho, OMEGA, Argentina, 1985.

Para ello Lara Ponte, considera que el control es una herramienta para asegurar que las actividades de los órganos del Estado se ajusten a la juridicidad, para advertir su desempeño institucional y optimizar resultados, alcances y evitar desviaciones, retroalimentando al sistema a través de la toma de decisiones preventivas y correctivas, con un objetivo contribuir a la armonía entre la planificación y la administración de los recursos.<sup>15</sup>

La Intosai, lo ha concebido como: "El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar oportunamente las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o por lo menos, dificulten la repetición de tales infracciones en el futuro"<sup>16</sup>

Para Lerner, "el control público constituye una institución fundamental del Estado democrático de Derecho. Adquiere su total dimensión, y sentido dentro de un régimen de libertades y democracia, donde el ejercicio del poder público está a cargo de diferentes órganos que constituyen la estructura fundamental del Estado y que se controlan entre sí, de acuerdo con las competencias que les asigna respectivamente la institución"<sup>17</sup>

Para Licciardo, "el control es la comparación entre el deber ser, conforme a la naturaleza y las normas, con lo que en realidad es" Dromi, concibe que gobierno y control es la fórmula orgánica de la estructura futura del poder, para que a los que mandan no les falte poder y a los que obedecen no les falte libertad, resguardada mediante controles idóneos, que aseguren calidad y eficacia.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> LARA PONTE, Rodolfo, Naturaleza jurídica-administrativa de los órganos de control, perspectivas actuales del Derecho, ensayo jurídico en tiempos de cambio, Editorial ITAM, México, p.510

<sup>16</sup> INTOSAI, Estado de la auditoría ambiental en la comunidad de las EFS, aspectos salientes de la 5ta encuesta sobre la auditoría ambiental, 2007.

<sup>17</sup> LERNER, Emilia, *El Control Externo gubernamental. En Lecturas sobre Administración Financiera del Sector Público*. Ángel Ginestar (compilador), volumen I – Notas Introductorias, CITAF – OEA, Buenos Aires, 1996.

<sup>18</sup> DROMI, Roberto, *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ma edición, Editorial Ciudad, Argentina, 1998.

Delpiazzo, sostiene que los elementos claves en la realización de la actividad de control son el órgano controlador, el fin perseguido, la estructura, el procedimiento, y los medios; y aunque no menciona el fin en esta enumeración, sí lo hace cuando se refiere a los objetivos de dicho quehacer. Refiere que tan variados como los términos, resultan las clasificaciones doctrinales para la actividad de control, resultando sólo referidas aquellas manifestaciones que se han encargado de la fiscalización de los actos resultantes de una actuación discrecional por parte de la Administración.<sup>19</sup>

Para Giménez Icarrons, las relaciones de control se fundamenta en base al aseguramiento de que el ente controlado se adecua en el empleo de sus medio y actuación al fin propuesto y la protección del interés público.<sup>20</sup>

Por control, Waline, entiende que es la verificación de la conformidad de una acción (en la especie, una actividad administrativa) con una norma que se impone a ésta; esta norma puede ser jurídica (control de regularidad) o una norma de correcta ejecución (control de rentabilidad o de eficacia).

Márquez Gómez, define al control como la función realizada por órganos formal y materialmente administrativos, este consiste en el uso de medios jurídicos para anular o rectificar la gestión pública ilegal o ineficaz. Para ello utiliza procedimientos administrativos que son controles administrativos con auditorías y procesos para determinar la juridicidad de los actos de las autoridades administrativas. Por su trascendencia es preventivo pero es de naturaleza correctiva, pudiendo ser represivo y sancionatorio.<sup>21</sup>

Es obvio, estiman los autores, que el control ha transitado y evolucionado en la historia, a partir del nacimiento del Parlamento: Control=>Juzgar, después de la aparición del Parlamento: Control y Jurisdicción => Tribunal de Cuentas y en el Estado Moderno: el órgano de control se relaciona con el Parlamento. Es necesario entonces reseñar que en el mundo las instituciones del control externo, sus principales modelos en el orden internacional y

19 DELPIAZZO, Carlos, *Derecho Administrativo uruguayo*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 417

20 GIMÉNEZ ICARRONS, E., *Los controles administrativos sobre los entes locales*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms-Marçal Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 2001, p.293.

21 MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Los Procedimientos Administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública*, UNAM, México, 2002.

nacional se reconocen en: *Tribunal de Cuentas o Corte de Cuentas*, sus características van a ejecutar funciones jurisdiccionales, y en algunas ocasiones ejecutan funciones sancionatorias y de legitimación procesal. (Unión Europea, Europa continental, y en Argentina). *Contraloría General o Auditoría General*, como modelo angloamericano, sus características es a través de dictámenes e informe (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Emiratos Árabes, Suecia), reconocido como un acto administrativo.

Moreno, considera que las corrientes doctrinarias modernas están dirigidas en las que priorizan las cuestiones jurídico formales y la determinación de la responsabilidad administrativo contable. La otra corriente fija su atención en el perfeccionamiento de técnicas de los sistemas de información para la toma de decisiones en materia de Administración Financiera, toda vez que el control público no se ejerce por desconfianza, no es represivo, no busca argumentos de oposición y no se ejecuta por mera curiosidad.

Es una parte importante de gobernar en su rol como Estado vigilante. Sus características constatan los autores que se identifican por su universalidad, continuidad, obligatoriedad, y la interdisciplinariedad. Ello le permite ser más eficaz cuando hay una mayor independencia de los órganos que lo ejercen. Está concebido que el Control se ejecuta por el Poder Legislativo, este lo realiza directamente o con el auxilio de uno o varios organismos dependientes de él; el Poder Ejecutivo lo ejecuta directamente o con el auxilio de uno o varios organismos de control. Estos órganos u organismos se reconocen dentro de la doctrina del Derecho Público como Tribunal de Cuentas, Contraloría General, Auditoría General, Fiscalía General, y Defensor del Pueblo entre otros. Obedecen a la clasificación siguiente: por las disciplinas que lo sustentan: de la política, del derecho, de la economía, de la contabilidad pública y de la administración, por los poderes que ejerce: legislativo, judicial y ejecutivo, por el momento: preventivo, concomitante y posterior, por la ubicación del órgano controlante: interno y externo, por su actividad: permanente, periódico y accidental, por su intensidad: parcial e integral, por su alcance: de legalidad o formal y de mérito o sustancial, y por las técnicas aplicadas.

Los mecanismos de control como medios al servicio social son implementados por el Poder legislativo, a través de: Comisiones investigadoras, Juicio Político, Pedidos de informes, Interpelaciones ministeriales. El Poder judicial:

Institucionalidad de las Leyes, Habeas corpus, Acción de amparo, Revisión de actos administrativos, Amparo por mora de la Administración. Y por el Poder ejecutivo: inspecciones, homologación de actos, recursos jerárquicos, controles técnicos y administrativos. Para el pueblo en general: quejas y reclamos, referéndum, veto popular y el sufragio, tal y como lo refiere Sánchez Morón.<sup>22</sup>

La doctrina jurídica ha considerado una serie de clasificaciones para el control, Loewstein, ha señalado que existen controles horizontales que operan en el cuadro del aparato estatal y los verticales que operan para el enfrentamiento a la sociedad.<sup>23</sup>

Hay otra clasificación que se dirige al control orgánico del Estado, esta los concibe como legislativo, ejecutivo o administrativo y jurisdiccional. Por su parte Valadés significa que el control según su naturaleza es obligatorio y potestativo, a partir de la valoración de los agentes encargados de su ejecución. Por su objeto este puede ser constructivo y limitativo. Por sus efectos son vinculatorios e indicativos. En relación a su frecuencia puede ser sistemático y esporádico. Por su forma puede ejecutarse de manera verbal y formal. De acuerdo con los agentes puede ser realizado de forma colectiva o selectiva. Y según sus destinatarios puede ser general y singular. Concluyendo que por su oportunidad los clasifica en previos, progresivos y posteriores.<sup>24</sup>

Los autores valoran que la clasificación realizada por Valadés es la más completa e integral desde su análisis por la doctrina del Derecho Público, toda vez que agrupa todos los elementos a tener en cuenta por la Administración Pública para ejecutar el control administrativo. Para ello apreciamos también lo señalado por Trinidad Lanz Cárdenas, quien refirió que los elementos esenciales del control administrativo son el sujeto, el objeto, la forma y su finalidad.<sup>25</sup>

Es por ello que el objeto del artículo se centra en el control ejecutivo o

---

22 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Editorial Espasa-Calpe S.A, Madrid, 1991, p. 40

23 LOEWSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, España, 1976.

24 VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2ª edición, Ediciones Porrúa-UNAM, México, 2000.

25 TRINIDAD LANZ CÁRDENAS, José, *La contraloría y el control interno en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 471 y ss.

administrativo, este se deposita en el Poder Ejecutivo y se ejerce a través de una serie de unidades administrativas especializadas, denominadas Contralorías, toda vez que se conforma a través de una Contraloría General y en cada división territorial administrativa se concibe una de ellas, bajo el principio administrativo de centralización y descentralización, para constatar la juridicidad del actuar de los entes de la Administración Pública, expresado en su conclusión en un documento público.

Arias Gayoso, considera así que el principio de legalidad cumple una función cardinal en relación al otorgamiento de potestades imprescindibles para el actuar administrativo, consagrando a la norma jurídica como límite y condición. La Administración podrá actuar hasta donde el ordenamiento le permita, pudiendo regular sobre aquellas materias que se le atribuyan y sólo si se le ha conferido la potestad para hacerlo.<sup>26</sup>

Este principio de legalidad es considerado por los autores como el hilo conductor por el cual se ha de regir la actuación administrativa, se articula la noción de la responsabilidad, se organiza el control y se potencian los derechos de los ciudadanos frente al actuar de la Administración Pública. Los elementos que fundamentan la realización de control: la legitimidad de la acción y el ajuste a la finalidad prevista, o sea, la verificación de la competencia del órgano, los medios, el procedimiento y los fines entran en un proceso de uniformidad y equivalencia.

La actividad controladora se determina por el examen de la actividad administrativa a la luz de su legitimidad, esta última vista desde su regularidad jurídica, no sólo con respecto a las normas establecidas, sino también a los principios que deben orientar la conducta del ente administrativo actuante, así como, la manera en que da respuesta a la finalidad declarada. Con respecto al resultado, la actividad de control puede manifestarse de dos formas: una primera, restrictiva, por la cual una vez verificada la actuación administrativa se deja constancia de su correcta o incorrecta realización; y una segunda, extensiva, que incluye, además de la verificación, la imposición de un resultado al ente administrativo controlado, el que los autores

---

26 ARIAS GAYOSO, Grethel, *Del nuevo Derecho Administrativo: Participación y control popular en la gestión pública. Participación Política, reflexiones desde el Sur*, tomo II, 1ra edición, Editorial Advantlogic, Ecuador, 2014.

consideran que es un medio de prueba como documento público para exigir la responsabilidad del controlado. En el ámbito de fiscalización de la actuación administrativa, el interés público se impone como un elemento de comprobación de su actividad que entronca en todo su quehacer y, a la par, contribuye con la materialización de otro de los principios que orientan el actuar administrativo: el de responsabilidad. Como afirmara Dromi, "el control se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal".<sup>27</sup>

La actividad de control se configura como un principio en relación con la Administración Pública, correlativo a las garantías que del principio de legalidad se derivan para el administrado. En virtud del principio de control, toda la actividad de la Administración debe estar sometida a mecanismos que permitan comprobar su actuación en relación con las normas y los principios jurídicos que la orientan. En este marco, un órgano -de igual función o diferente, jerárquico o no-, verifica la actuación de la Administración, en relación tanto a su legitimidad como al fin previsto, con la posibilidad de aplicación de una medida de corrección de la situación controlada. El principio de control precisa concretarse mediante la creación de mecanismos, vías para su ejercicio, tema que alcanza con particular interés a los supuestos de ejercicio de la potestad discrecional.

Su resultado final como acto administrativo, culmina con la entrega de sus resultados finales a través de un instrumento público -informe resultados de la auditoría-, el que constituye en sede judicial un medio de prueba como ya hemos reseñado, ante la exigencia de la responsabilidad en la vía jurisdiccional o la administrativa, y para aplicar dentro del sujeto auditado todas las acciones correctivas que resulten necesarias para dar respuestas a los señalamientos realizados en todas las etapas del control a través de la auditoría -proceso-, al ser aplicados los procedimientos -guías y metodologías-. La auditoría, concebida como un proceso, a partir de su génesis latina, donde se define como acta *judicialitía, lis, litis, actio, causa, y iudicium*, en si proceso está concebido como la acción de ir hacia delante. Es la sucesión de diferentes fases o etapas de un fenómeno o actividad, y el conjunto de acciones sucesivas realizadas con la intención de obtener un resultado. Desde las ciencias jurídicas, proceso es un conjunto de actos complejos de

27 DROMI, Roberto, *El procedimiento administrativo*, Ediciones ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p.26.

las partes y de los terceros, que tienden a la aplicación de una ley general o a un caso concreto para solucionarlo o dirimirlo. Como procedimiento la auditoría, a partir de su etimología, apreciamos que se le reconoce como procesio, en el ámbito jurídico se le reconoce como *judiciorum formulae*, lo que significa método de ejecutar algunas cosas, manera de proceder, o actuación de trámites judiciales o administrativos, en fin es la acción de proceder. En el control administrativo se le conoce como el conjunto de normas y trámites seguidos en la actuación gubernativa. Dromi, señalaba en este aspecto, que el procedimiento administrativo es un instrumento de control y de gobierno.<sup>28</sup>

Así las cosas, constatamos que el control y la fiscalización son encargadas al órgano de control administrativo, es el uso de medios jurídicos para anular, rectificar o sancionar la gestión pública ilegal o ineficaz, lo hace a través de medios técnicos con la denominación de procedimientos administrativos, los que se ejecutan a través de la auditoría para determinar la juridicidad de los actos de las autoridades administrativas, con un carácter instrumental. Reconocer el control, como principio, significa extenderlo a todas sus formas y manifestaciones y extenderlo a la variedad de actuaciones en que se desenvuelve la Administración Pública.

Su asidero jurídico se aprecia a partir de su reconocimiento en los textos constitucionales de América Latina, ejecutada a través de los Tribunales de Cuentas, Contralorías y Oficinas de Auditorías como los órganos ejecutantes. Esto deriva un desarrollo normativo que regula la función orgánica de este órgano de control, su competencia, jurisdicción, ello se aprecia por los autores a partir de su reconocimiento en Leyes de la Contraloría, de Auditoría Pública, de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y en la de Procedimiento Administrativo, desde su vertiente jurídica de la Responsabilidad, al controlar para responsabilizar a los sujetos auditados, al decir de Lara Ponte, Cossío Díaz, Luciano Parejo.<sup>29</sup>

Es entonces, que la Auditoría Gubernamental, es concebida como la

28 DROMI, *Ibidem* p.26 y ss.

29 LARA PONTE, Rodolfo, *Naturaleza jurídica administrativa de los Órganos de Control, perspectivas actuales del Derecho*, ITAM, 2010; COSSÍO DÍAZ, Ramón, *El Derecho y el combate a la corrupción*, Boletín Asofis, número 22, 2001, México, p.107; LUCIANO PAREJO, Alfonso, *Manual de Derecho Administrativo*, volumen I, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p.240 y ss.

herramienta por excelencia para el autocontrol, se conceptualiza como:

(...) la función contable de la verificación de los actos administrativos, en cuanto puedan afectar al patrimonio y ser objeto de registro. Es una especialización dentro de la Ciencia Contable, delimita su campo de acción y previene contra la tendencia de hacerla aparecer con caracteres diferentes de la contabilidad. No existen dudas de su importancia como elemento en el control, su misión concluye con la entrega de los resultados del control, la puntualización de los errores, defectos, delitos comprobados, pero las medidas correctivas le competen a otras especialidades contables o legales (...) <sup>30</sup>

Para los autores el control es un acto de poder para ejecutar su control, ya Valadés <sup>31</sup> señalaba que controlar el poder es un acto de poder, toda vez que el control del poder tiene un doble objeto: la defensa de las libertades y la preservación de la legitimidad. El control no se ejerce para destruir ni sustituir al poder, se ejerce por el propio poder para su mantenimiento.

Nava Negrete, estimó que los principios de autolimitación, legitimidad y control son partes orgánicas que estructuran al Estado de Derecho, ubican el origen del control en la desconfianza y en la probabilidad de que la Administración ponga sus actos fuera de la Ley. Esto se expresa en que el Estado de Derecho, tiene la obligación de que los procesos de control se instrumenten en normas jurídicas y procesos específicos, que permitan detectar y combatir los problemas del servidor público deshonesto, ante actos como el soborno, la corrupción, el fraude, y la malversación, y otras actitudes antijurídicas.<sup>32</sup>

Martínez, por su parte considera que el poder jurídico del control es un poder-deber, al ser su ejercicio obligatorio, integrado a la función estatal de contenido jurídico. Con relevancia en el Estado de Derecho. Este se impone para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios del Derecho y de la buena administración, para verificar la correspondencia entre medios y fines.<sup>33</sup>

30 ENCICLOPEDIA OMEBA de contabilidad, Biblioteca de Contabilidad, Argentina, 1984.

31 VALÁDES RÍOS, *op cit* p.6

32 NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1967.

33 MARTÍNEZ, p.184

## IV. El control público en Cuba

La INTOSAI, Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, al agrupar a las instituciones de fiscalización (auditoría o control) de los países miembros, como organismo autónomo, independiente y apolítico, posee entre sus principales objetivos el de prescribir recomendaciones y líneas de acción que promueven fomentar y garantizar la independencia y profesionalidad en el ejercicio de la auditoría gubernamental externa. Ejerce funciones de investigación especializada y sirve como centro de información, enseñanza, coordinación y asesoría mutua entre entidades fiscalizadoras. Brinda un marco institucional para generar y transferir conocimientos que mejoren a nivel mundial la fiscalización pública exterior y que contribuyan a fortalecer la posición, competencia y prestigio de las distintas Entidades Fiscalizadoras en sus respectivos países.

La finalidad de la auditoría por sus ejecutantes es mantener, controlar y evaluar la efectividad del sistema en las instancias de dirección, señalado por autores de la talla de Gordillo, Dromi y Muñoz Machado<sup>34</sup>. Su importancia radica en la comprobación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo, incorporándosele la dimensión ambiental en la década de los 90 del pasado siglo XX, ponderada en el siglo XXI ante las consecuencias negativas generadas por la corrupción, el cambio climático y la Responsabilidad Social Empresarial.

En la práctica de auditoría existe un documento, tanto en el entorno privado como público denominado -Informe COSO-, si bien nacido desde y para el sector privado, establece una serie de pautas generales de funcionamiento sistémico, que puede adaptarse a la actividad gubernamental. El concepto de control, determina que un sistema de control está conformado por cinco componentes relacionados entre sí e integrados en el proceso de dirección de la organización. Estos componentes son: entorno de control, evaluación de riesgos, actividades de control, información y comunicación y supervisión. Por su parte, se establece que el objetivo organizacional está

34 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006; DROMI, Roberto, *El procedimiento administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; MUÑOZ MACHADO, Manuel, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Editorial Iustel, España, 2011.

conformado por la realización de operaciones en forma eficiente y eficaz, la generación de información financiera confiable y el cumplimiento de la normativa y leyes en el que se encuentra la actividad organizacional, a partir de la teoría de Cooper&Librand.<sup>35</sup>

Esta actividad de control administrativo -auditoría- por ser una de las actividades más importantes que ejerce la Administración Pública como Estado vigilante, sus destinatarios son las formas de gestión sujetas a acciones de control por la norma legal que la regule, están obligados a mantener sistemas de control interno conforme a sus características, competencias y atribuciones. Su finalidad preventiva va dirigida a constatar la juridicidad del sujeto auditado, al ser solicitada por el mismo de manera voluntaria, al decir de autores como Esteve Pardo, Sanz Rubials, y Sanz Larruga.<sup>36</sup>

De igual forma, la práctica de la auditoría, como actividad de control administrativo y como herramienta técnica, utiliza mecanismos para comprobar la juridicidad del sujeto auditado, de 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, de aquí que se constate el cambio de escenario en América Latina del control a las industrias hacia la naturaleza, referido por autores como Caferrata, De Besa Antunes, Bellorio Clabot, Lorenzetti, Martín Mateo, y Antúnez Sánchez.<sup>37</sup>

La Asociación Americana de Contabilidad, define a la auditoría como:

35 COOPERS & LYBRAND, *Los nuevos conceptos de control interno*, tomo I, Editorial Días de Santos, España, 1997.

36 ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, España, 2011, pp.3-27; SANZ RUBIALS, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Lex Nova, España, 2010; SANZ LARRUGA, Francisco, *Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible*, VI Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 2011.

37 CAFERRATA, Néstor Alfredo, *Derecho Ambiental Latinoamericano*, VII Jornadas Internacionales sobre Medio Ambiente, Salta, 2013; DE BESA ANTUNES, Paulo, *Direito Ambiental*, Editorial Lumen Juris, Brasil, 2010; BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo III, 1ra edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, 1ra edición, Editorial Porrúa, México, 2008; MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Administrativo Ambiental*, 6ta edición, Editorial Trivium, España, 1997; 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.

(...) 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 (...)<sup>38</sup>

Desde las ciencias jurídicas, se constata la evidencia de pocos estudios sobre el tema en la nación cubana, resaltan los realizados en el siglo XX por Garcini Guerra, los realizados por Arias Gayoso, Matilla Correa, y Antúnez Sánchez en el XXI; pero otros son los resultados desde los saberes contables e históricos, estos han ido señalando que el ejercicio de la auditoría pública como función estatal estuvo dedicada a controlar los bienes públicos en la nación desde sus comienzos.

Un primer análisis o acercamiento en el control público constata que Cuba por ser una de las colonias de España, la economía era regida y controlada por la metrópoli al ser esta la dueña de los negocios de forma mayoritaria que florecían en esta época los sujetos privados. Las evidencias refieren que los cubanos de este período analizado no ejecutaron la auditoría ni tenían los conocimientos requeridos para ello, la misma era realizada por inspectores para controlar los negocios propiedad de los españoles, reseñados por los estudios desde los saberes contables por autores como Castillo Téllez, Pozos Ceballos y Villardefrancos Álvarez.<sup>39</sup>

El período comprendido a partir del siglo XVII hasta el XVIII, evidenció

38 GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, 2da edición, La Habana, 1986, pp.135-138; ARIAS GAYOSO, Grethel, *Del nuevo Derecho Administrativo: Participación y control popular en la gestión pública. Participación Política, reflexiones desde el Sur*, tomo II, 1ra edición, Editorial ADVANTLOGIC, Ecuador, 2014; MATILLA CORREA, Andry (coord.) *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba, Estudios en homenaje al profesor Dr. Julio Fernández Bulté*, Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2009; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco, *La auditoría ambiental practicada por la Contraloría General de la República de Cuba. Las formas de actividad administrativa en la actualización del modelo económico cubano para el futuro ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio*, Revista Temas Socio-Jurídicos, número 68, Bucaramanga, 2015.

39 CASTILLO TÉLLEZ, Carlos, *Memoria histórica de la actividad de la auditoría pública en la República de Cuba*, Archivo de la Contraloría General de la República de Cuba, La Habana, 2014; POZO CEBALLOS, Sergio, *Naturaleza y papel de la Contraloría General de la República de Cuba dentro del Sistema de Control Externo*, Revista electrónica de contabilidad y finanzas COFIN Habana, La Habana, 2011, Disponible en <http://www.cofinhab.uh.cu/>; VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, María, *La auditoría como proceso de control: concepto y tipología*, Revista Ciencias de la Información, volumen 37, Número 2, Cuba, 2006.

que esta función de control por la Administración a las finanzas públicas fueron ejecutadas por la Intendencia de Hacienda y el Tribunal de Cuentas en 1764, ambas instituciones ejecutaron las funciones de percepción de los registros contables, la vigilancia de las rentas y de los recursos públicos, tuvieron su asidero legal en la Constitución de 1940, en su artículo 266. A partir de entonces sobre estos dos órganos recayeron las funciones del conocimiento y vigilancia de los registros contables relacionados con las rentas y recursos públicos.

Posteriormente los organismos de control continuaron perfeccionándose con la introducción de mecanismos para hacer más eficientes y eficaces la salvaguarda de la Hacienda Pública, acorde a los intereses de la colonia española. La historia económica del país, reconoce las tendencias que hubo sobre la formación y la constitución de los organismos técnico-económicos, como los factores que dieron lugar a la creación del Consejo de la Administración donde participaba el Intendente General de Hacienda y el Presidente del Tribunal de Cuentas, fortaleciéndose los mecanismos de control. Entre 1790 y 1837 se constituyen en Cuba los organismos técnico-económicos, dando lugar en 1861 a la creación del Consejo de la Administración, en el que participaban el Intendente General de Haciendas y el Presidente del Tribunal de Cuentas. Este fue sin dudas uno de los pasos más importantes para la época en función de fortalecer los mecanismos de control de la Administración Pública.

Para el siglo XIX, se corrobora la promulgación del Decreto No. 78 Ley del Poder Ejecutivo, como la normativa organizadora de las funciones de fiscalización ejercitadas por el Interventor General de la República en esta etapa. Hacia 1909 con la neocolonia, se establece que la actividad de fiscalización ejecutada por el Interventor General de la República, nombrado por el Presidente y subordinado al Ministerio de Haciendas. La función era examinar las cuentas del Estado y certificar sus saldos. Evidentemente la función era básicamente contable.

Siguiendo este mismo íter, se aprecia que en la Constitución de la República de 1940 se reguló la función de fiscalización a los bienes públicos por parte del Ministerio de Hacienda, institución creada por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Conforme con la Constitución, la creación del Tribunal de Cuentas

tuvo entre sus funciones la de fiscalizar el patrimonio, los ingresos, los gastos del Estado y a los organismos autónomos para comprobarles la ejecución de sus presupuestos destinados por el Estado a las provincias y municipios, con la observancia de las leyes y las disposiciones en materia de impuestos, derechos y contribuciones en vigor con toda la autoridad administrativa de fiscalizar la gestión pública de los funcionarios y de los empleados del aparato estatal, como de las organizaciones autónomas en esta etapa.

El Tribunal de Cuentas, institución con carácter autónomo y jurisdicción más amplia, fue creado oficialmente en 1950, tenía entre sus funciones supervisar el patrimonio, ingresos y gastos del Estado y de los organismos autónomos, además se encargaba de la ejecución del presupuesto estatal, y asegurar el cumplimiento de las leyes y normativas relativas a impuestos, contribuciones, y funciones afines, este cesó en sus funciones en 1960.

## V. El proceso revolucionario y la Nacionalización

A partir del triunfo de la Revolución se inicia todo un cambio en la estructura socio-económica del país, proceso este que provocó una acelerada transformación dentro de la organización del aparato estatal y con ello de la contabilidad, la auditoría y el control de los hechos económicos en el sector estatal dentro de sus formas de gestión a partir de los cambios acontecidos a nivel mundial en los objetivos de la actividad de control analizada, la que solo se dedicó en sus orígenes a la detección de fraudes, a la revisión de los sistemas y a la obtención de evidencias, se valora como se ha extendido de manera progresiva al control ambiental ante los altos índices de contaminación generados por las industrias en sus procesos productivos y de los servicios. Evidencias analizadas confirman que la actividad de control y fiscalización prosiguió en evolución a través de las funciones realizadas por el Tribunal de Cuentas y el Ministerio de Hacienda con un mismo objetivo, controlar los bienes públicos en la nación.

El Gobierno decide implementar otros mecanismos para salvaguardar los intereses del pueblo, para ello se constituyó el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados como continuador de la función pública estudiada

en 1959. La estructura y funciones de las estructuras que ejercerían el control en el país se amoldaron al nuevo Gobierno Revolucionario y a las necesidades de su pueblo.

La primera transformación en este orden fue el 13 de febrero de 1959, cuando el gobierno revolucionario dicta la Ley No. 78, Ley Orgánica del Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados, en su contenido medular expresaba:

*(...) Es el organismo idóneo del Poder Ejecutivo destinado a recuperar los bienes de cualquier clase sustraído al patrimonio Nacional y lograr el reintegro total del producto de los enriquecimientos ilícitos obtenidos. Se entenderá integrado el Patrimonio Nacional por el Patrimonio del Estado, de las Provincias, de los Municipios, de los Organismos Autónomos y Paraestatales y de las Cajas de Retiros y de Seguros Sociales. La acción del Ministerio comprende a los funcionarios y empleados públicos y organismos y corporaciones autónomas y los relacionados en el artículo 154 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (...)*

Ley que estuvo encaminada a la eliminación de la corrupción política y administrativa, dio un golpe mortal a la malversación de los fondos públicos, a las denominadas “botellas” y castigó a quienes se habían enriquecido a costa del sudor y la miseria de los trabajadores, al decir de Cantón Navarro y Duarte Hurtado.<sup>40</sup>

Se resuelve a raíz de los cambios y modificaciones en la estructura económica del país, no mantener la labor que venía ejerciéndose por el Tribunal de Cuentas en la función del control público, órgano que cesa en sus funciones en 1960. Para 1961 se decide la constitución del Ministerio de Hacienda con la Ley No. 943 como su sustento legal, organismo al que se le concedieron las funciones de comprobación de los gastos del Estado por parte de la Dirección de Comprobación, encargada de realizar la fiscalización en toda la nación. Al finalizar 1965, es disuelto este Ministerio de Hacienda, pasando las funciones de control al Banco Nacional de Cuba con la Dirección de Comprobación antes citada, actividad que perduró hasta 1967, este control público tuvo su asidero jurídico en la Ley fundamental de 1959.

40 CANTÓN NAVARRO, J. y DUARTE HURTADO, M. Cuba 42 años de Revolución. Cronología histórica 1959-1982, tomo I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006.

Así las cosas, esta actividad de control practicada en el período revolucionario se decidió que fuera ejecutada por el Ministerio de Industrias, el fundamento legislativo se mantuvo regulado en la Ley fundamental de 1959. En esta etapa se tomó la decisión de conformar las primeras Unidades de Auditoría Interna en todos los organismos de la Administración Pública, constatándose con ello los principios del Derecho Administrativo de centralización y descentralización para el control administrativo, dirigido en esencia a las finanzas públicas del sector estatal.

## VI. La Oficina Nacional de Auditoría

Para 1976, período de institucionalización estatal sustentado en la Ley No. 1323, se constituyó el Comité Estatal de Finanzas para el control a los bienes públicos con la Dirección de Comprobación dentro de la Administración Pública, este organismo tuvo en sus funciones básicas la práctica de la auditoría estatal por parte del Estado como el ente superior. Actividad que estuvo sustentada a partir de lo establecido en el texto constitucional cubano, en su artículo 10 y cito:

*(...) todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad (...)*

El Comité Estatal de Finanzas confirma que la práctica de esta función pública, concebida por el Derecho Administrativo como una actividad de control, realizada a los organismos que integran la Administración Pública de forma obligatoria como característica en el ordenamiento jurídico, la misma aparece regulada a partir del texto constitucional en su artículo 10, y en las normas sustantivas en los Decretos Leyes No. 67 de 1983 y el 147 de 1994, al ser mayoría los sujetos de gestión del sector estatal.

Así las cosas, la década de los 80 del pasado siglo, mostró sucesos internacionales y nacionales con repercusión en la auditoría estatal y en las acciones de control practicadas en la Administración Pública vinculadas con la caída del sistema socialista y de la Unión Soviética como el principal socio comercial con Cuba, elementos que obligaron al Estado a buscar otras relaciones a través de asociaciones económicas. Culminaron con

el desarrollo de la inversión extranjera, y para ello son autorizadas en la nación firmas de auditoría privadas de otros países quienes de conjunto con auditores cubanos ejecutaron auditorías en el sector turístico de capital mixto fomentado en esta etapa.

La modificación del escenario internacional en la década de los 90 situó al país en una posición desventajosa ante las afectaciones directas como el parcial aislamiento internacional, la necesidad de reinsertar las relaciones económicas en un mundo unipolar y la intensificación del bloqueo económico por los Estados Unidos de América. Con la evolución de la auditoría en las formas de gestión del sector estatal cubano a partir de 1994 se continua la decisión de perfeccionar el trabajo de la Administración Estatal, se decide para ello concluir las funciones que realizaba el Comité Estatal de Finanzas y Precios, trasladadas al Ministerio de Finanzas y Precios (MFP). En este organismo se conformó la Oficina Nacional de Auditoría (ONA) la que funcionó en los órganos locales del Poder Popular de todo el país, tal y como referíamos con anterioridad al aplicarse la desconcentración administrativa para su ejecución al sector estatal.

Las normativas jurídicas en relación con la auditoría pública tuvieron sustento legal en el Decreto Ley No. 159 de 1995, normativa reguladora de los deberes y derechos de los auditores y de los auditados como los sujetos activos de esta relación jurídica administrativa como función estatal y para los que la practican de forma autónoma. Complementada por el Acuerdo No. 2819 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1995 y por el Decreto No. 228 de 1997 para aplicar las contravenciones personales en materia de auditoría al exigirse la responsabilidad administrativa.

La ONA, tuvo como objetivos fundamentales organizar y dirigir toda la actividad de control en la nación, para ello estableció principios, normas y procedimientos para ejecutar el control público a las personas naturales o jurídicas que recibieran recursos financieros entregados por el Estado. Esta función pública propició el desarrollo de otras tipologías de auditorías como la de gestión, la financiera y la especial, realizadas en objetivos económicos dentro o fuera del territorio nacional de forma obligatoria con arreglo a un plan. Le correspondió evaluar los sistemas contables en las entidades auditadas para determinar el grado de control y confiabilidad al certificarles

su contabilidad, a su vez, organizó y dirigió el orden metodológico de la auditoría estatal como procedimiento en la ejecución de este control administrativo, controló el trabajo de las Unidades de Auditoría Interna y la asesoría periódica al ejercitar la supervisión a las Unidades Centrales de Auditoría de los organismos de la Administración Pública y en los órganos locales del Poder Popular, manteniéndose la centralización y la descentralización de esta función pública en todo el país.

Todo el desarrollo de la auditoría dentro del MFP permitió confeccionar el plan de auditorías del Estado cada año, elaborar los programas y las guías metodológicas -procedimiento- al amparo del Decreto Ley No. 159 de 1995 para fortalecer el control económico en el sector estatal cubano. Fue creado el Registro de Auditores para el proceso de habilitación y registro de los profesionales practicantes de la auditoría pública y la privada.

La aplicación del Decreto Ley No. 159 de 1995 se valoró en el plano jurídico la declaración del Estado de fortalecer el control económico y administrativo de las formas de gestión estatal dirigidas a prevenir el uso indebido de los recursos, la disciplina y la responsabilidad, que permitieran demostrar la transparencia en la información económico-contable a los niveles superiores de la Administración, verificar la honestidad de las personas naturales y jurídicas en la administración de los recursos estatales como servidores públicos; factores estos que permitieron un mayor nivel de independencia y autonomía de la función pública, regulada en manuales y procedimientos administrativos internos por la ONA.

Se aprecia que desde 1985 hasta 1993, el Estado realizó nuevos estudios vinculados a la actividad de la auditoría para fortalecer los mecanismos de control y crear un órgano de fiscalización superior en la nación que ejecutara el control gubernamental con la participación de los organismos rectores de actividades de interés estatal en materia económica y en las funciones de la Comisión de Control Gubernamental formada por el Estado, para pasar a otro nivel en el control público del país.

Entre los años 1999 al 2000, se corrobora la continuidad de otros estudios para consumar la propuesta de crear un órgano soberano en base a la experiencia alcanzada en América Latina y en la Unión Europea, que

permitieran cumplir con efectividad las políticas públicas vinculadas a la actividad de control analizada y se adaptara a las características de Cuba, a las nuevas concepciones de la INTOSAI y a los hechos internacionales con repercusión en la actividad de la auditoría pública, toda vez que la dialéctica y el desarrollo de la auditoría reclamaban un organismo superior en el país.

## VII. El Ministerio de Auditoría y Control

Es entonces que se toma la decisión por el Estado de crear el Ministerio de Auditoría y Control (MAC) dentro de los organismos de la Administración Pública, este fue el sujeto que realizó la actividad de control y la fiscalización gubernamental, ejerció funciones revolucionarias, modernas, de elevados valores, para el control adecuado de la eficiencia de la economía y la probidad de los funcionarios y directivos del país en una tercera etapa del control público. Las funciones de la actividad de auditoría atribuidas a la ONA y al Ministro de Finanzas, excepto la contenida en el artículo 33 del Decreto-Ley No. 159 de 1995 fueron asumidas por el MAC, a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 219 de 2001 y que como expresión jurídica se manifestó en las materias de auditoría, el control gubernamental y la fiscalización que tuvo dentro de su encargo público.

Alarcón de Quesada, como Presidente de la Asamblea Nacional expresó y cito:

*(...) en el caso cubano la Asamblea Nacional y la dirección del gobierno consideraron positiva la gestión del MAC, como órgano principal del Estado para la fiscalización y el control, en la detección de ilegalidades, actos de corrupción administrativa y confabulación para delinquir, hechos que en ocasiones se presentaron en empresas de propiedad estatal, y en su gran mayoría en funcionarios de los niveles intermedios (...)* <sup>41</sup>

Se justiprecia que la creación del MAC en la Administración Pública, como sujeto activo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política estatal y de gobierno en las materias de auditoría gubernamental, fiscalización y control gubernamental para regular, organizar, dirigir y controlar a través de metodologías todo el Sistema Nacional de Auditoría

<sup>41</sup> ALARCÓN DE QUESADA, Ricardo, Informe reunión OLACEFS celebrada en la ciudad de La Habana, Revista Ministerio de Auditoría y Control, La Habana, 2003.

revolucionó la auditoría como actividad de control administrativo a las formas de gestión del sector estatal en el sentido de su ejercicio práctico.

Al MAC en su actividad de control a los bienes públicos le diferenciaron de las acciones realizadas por la ONA, ante los nuevos conceptos incorporados a través de la auditoría gubernamental, como auditoría externa realizada por el gobierno central a los órganos y organismos de la administración central del Estado, a las instituciones financieras bancarias y no bancarias y a las organizaciones económicas estatales, a las entidades del sector cooperativo, organizaciones, asociaciones, asociaciones internacionales y demás entidades económicas cuando reciban por disposiciones gubernamentales subsidios, subvenciones, ventajas, exenciones y concesiones, o presten un servicio público o establezcan contratos o compromisos con el gobierno o con entidades estatales y a cualquier persona natural o jurídica que realice actividades lucrativas sujetas a obligaciones tributarias.

Con la función de fiscalización, como acto de verificación, inspección, investigación y comprobación realizada a los órganos y organismos de la administración central del Estado, por las organizaciones económicas estatales y a los dirigentes y funcionarios designados o aprobados por la autoridad u órgano del gobierno con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones estatales y del gobierno vinculadas con la actividad económico financiera para preservar la disciplina y la integridad administrativa, prevenir y detectar los actos de corrupción administrativa, ejecutada de conformidad con los planes anuales sobre la base de intereses estatales y por las quejas y denuncias de la ciudadanía vinculada a las ilegalidades en el control y el uso de los recursos del Estado y a los actos de corrupción administrativa.

Con el control gubernamental, verificación realizada por las comisiones de trabajo que se constituyen con la participación de organismos de la Administración Central del Estado para aplicar las políticas de gobierno y el cumplimiento del plan y del presupuesto por los organismos de la Administración del Estado y las entidades de su sistema, ejecutada acorde a un plan anual conformado por el Consejo de Ministros.

Se justiprecia que en función de los tres principios básicos del MAC dentro de los organismos de la Administración Pública en el país con las funciones

de prevención, detección y enfrentamiento a los actos de corrupción administrativa, lo diferencian de la actividad de control que se realizaba en Cuba con la práctica de la auditoría estatal como actividad de control que practicó la ONA, los que fueron realizados a través de la función inspectiva y por la de auditoría.

Desde el punto de vista jurídico, los autores valoran que la práctica de la auditoría ejercitada por la ONA y el MAC como EFS continuó dirigida en esencia a la revisión de los sistemas contables a las formas de gestión del sector estatal por ser este mayoritario en el escenario mercantil, prueba que la actividad de control administrativo analizada, la normativa que regula la auditoría en el ordenamiento jurídico patrio se caracteriza por ser obligatoria, gratuita, ejecutada en un plan auditor a partir de programas y metodologías, en la nación ha sido realizada por la EFS al tener su titularidad y por las sociedades mercantiles concesionadas para su ejercicio con auditores habilitados para esta función pública, percibiéndose la gestión directa y la indirecta. Pero sin un adecuado constructo doctrinal desde el Derecho Administrativo cubano, al ponderarse solamente lo señalado por Garcini Guerra en relación al control y la fiscalización en su obra académica.<sup>42</sup>

## VIII. La Contraloría General de la República

La Constitución de la República estipula: (...) el Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones, son regulados por la ley"....) (... "Estas empresas y entidades responden de sus obligaciones sólo con sus recursos financieros, dentro de las limitaciones establecidas por la ley. El Estado no responde de las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y éstas tampoco responden de las de aquel (...)

A partir de lo establecido en el texto constitucional, ha permitido conocer en el plano jurídico como a través de la normativa sustantiva se aplican

42 GARCINI GUERRA, *Ibidem* p.11

las herramientas e instrumentos relacionados con la actividad de control estudiada, que permitan observar los impactos generados en relación a los estados financieros y/o presupuestos vinculados a los aspectos económicos-financieros en las formas de gestión del sector estatal cubano.

Para ello, con el proceso de actualización y reforma del modelo económico, los estudios realizados sobre la auditoría 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 (CGR) en Cuba, como el nuevo órgano de control supremo, sustentado en la Ley No. 107 de 2009, considerada por Antúnez Sánchez como la cuarta etapa del control público en la nación.<sup>43</sup>

Ahora bien, la conformación en Cuba de la CGR como Estado Socialista, permite reconocer que se está en un estadio superior del control público. Lo que ha motivado hacer un estudio desde los saberes históricos-jurídicos de su tracto a partir de la Historia de Cuba, de la Historia del Estado y el Derecho, del Derecho Constitucional, del Derecho Público, tal y como lo señalan autores de la talla de Portuondo del Prado, Cantón Navarro, Torres Cuevas y Pérez Bulté<sup>44</sup> de cómo en cada etapa constatada en la nación se ha materializado el control público administrativo para evaluar las finanzas públicas.

Se corrobora como el país se insertaba en las novedosas tendencias internacionales declaradas por las EFS, siendo este el órgano que auxiliará a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado en la ejecución de la más alta fiscalización sobre los órganos del Estado y del Gobierno, al ser continuador de las actividades que realizaron la ONA y el MAC en las etapas que le antecedieron. No obstante se valora, que la decisión que determinó la creación de la CGR en Cuba se diferencia de las etapas anteriores analizadas al control a los bienes públicos, está determinada por la firma del Estado cubano de la Convención internacional contra la corrupción y a los cambios de rendición de cuentas de esta actividad de control por la Administración Pública.

43 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

44 PORTUONDO DEL PRADO, Fernando, Historia de Cuba 1492-1898, Editorial Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1965; CANTÓN NAVARRO, Julio, Historia de Cuba, tomos I-II, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2009; TORRES CUEVAS, Eduardo, 1492-1898. Historia de Cuba, formación y liberación de la nación, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Historia del Estado y del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

La Ley No. 107 de 2009, define a la auditoría como: (...) 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 (...)

La CGR de Cuba al amparo de los artículos 9 y 75 constitucionales, son los fundamentos legales de su creación, se señala que le corresponde ejercitar el más alto control estatal a los sujetos de gestión del sector estatal y el privado de forma obligatoria, ya que está concebida la auditoría como una actividad de control, lo que entra en contradicción al no estar reconocida de manera adecuada en esta norma suprema.

La propia Ley No. 107, define en el artículo 11: 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.

La CGR en Cuba se subordina a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado, lo que demuestra un cambio en la rendición de cuentas y mantiene relaciones de coordinación, colaboración, supervisión y control con los organismos de la Administración Pública, al tiempo que puede auxiliarse de estos para el trazado de la política integral. Como entidad al servicio del Estado y el Gobierno cubano, tiene la visión de ser: "un órgano que se distingue y caracteriza por sus valores éticos, alta profesionalidad y nivel de organización, capaz de influir en la creación de una cultura de responsabilidad, eficiente empleo de los fondos públicos y probidad administrativa, para prevenir y enfrentar indisciplinas, ilegalidades y manifestaciones de corrupción administrativa."

Los autores valoran que esta definición es afín con lo que señala la doctrina administrativa sobre el control, al ser este 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

como 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, de aquí que se le reconozca dentro del control de la legalidad y de la gestión.

En la nación se aprecia que los funcionarios como servidores públicos designados para ejercer esta función pública requieren de una habilitación oficial, esta se obtiene al realizar un examen en este órgano de control, lo que le permite lograr la inscripción en el Registro de Auditores al obtenerse la certificación que los acredita para esta potestad -técnicos, juristas y científicos-. Este control público se práctica en todas las provincias de la nación a través de las Contralorías Provinciales al amparo de la Ley No. 107 de 2009. La CGR ejerce sus funciones y atribuciones en todo el país, así como en las sedes diplomáticas y en las representaciones y entidades en el extranjero del Estado cubano, permite ponderar los principios de descentralización y desconcentración.

No obstante, se valora que en sí la CGR no aparece reconocida como órgano de control dentro del texto constitucional cubano, lo que demuestra su antijuricidad al no estar legitimada su función pública en la ley de leyes de la nación, puede para ello apreciarse que el artículo 121 del texto constitucional, donde solo se reconoce esta condición al Tribunal Supremo y el artículo 127 lo hace con la Fiscalía General de la República, órganos subordinados a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado, contrario a lo que concurre en América Latina y otros países donde se parte su legitimidad desde la norma suprema.

Se valora también, todo el desarrollo normativo que ha tenido el control público a partir del Decreto Ley No. 159 de 1995, hasta la aprobación de la Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento en el 2010 dentro del periodo revolucionario, se aprecia la omisión del legislador al no derogarse el Decreto Ley No. 159 de 1995 en sus Disposiciones Finales, tal y como se hizo con el Decreto Ley No. 219 de 2001 en la Ley No. 107 de 2009. Se puede con ello demostrar que el ordenamiento jurídico patrio coexisten dos disposiciones jurídicas

regulatorias del control a los bienes públicos, de la lectura de autores quienes desde la doctrina ponderan la técnica derogatoria en el proceso de creación de la norma jurídica como lo refieren autores como Hart, Aguiló, Fernández Bulté, toda vez que la normativa legal -Ley No. 107- no hay una derogación expresa que señale que la aludida normativa legal -Decreto Ley No. 159- quede sin efectos legales por parte del legislador, toda vez que pudiera entonces valorarse el criterio que su derogación sea considerada por los practicantes de esta actividad de control sea por desuso según la doctrina consultada.<sup>45</sup>

La propia Ley No. 107 de 2009, define los tipos de control administrativo a ejecutarse por la CGR, como son: el control integral, la inspección, y la comprobación especial. Empero, es destacable que en los años de constitución de la CGR ya se perciben resultados positivos a través de la función de control, la fiscalización a través de la ejecución de la función inspectiva, que permiten considerar que los sujetos económicos de la nación implementan el auto control dentro de sus formas de gestión, corroborados por los ejecutantes de la auditoría pública en todas sus tipologías, al ser esta más integral que la función inspectiva, tal y como lo reseñan autores de la talla de Esteve Pardo, Sánchez Morón, García Ureta, Bermejo Vera, Rivero Ortega, Parejo Alfonso, Rebollo Puig, Fernández Ramos y Muñoz Machado.<sup>46</sup>

La función que ejecuta el auditor interno a partir de los principios de descentralización y desconcentración, quien realiza esta labor en las formas de gestión del sector estatal, con muchos retos aún por alcanzar, visibles en la

---

45 HART, Herbert, *Teoría del Derecho*, Editorial Abeledo Perrot S.A., 2da edición, Argentina, 1999, AGUILÓ REGLA, Joseph, "Derogación, rechazo y sistema jurídico" en, *Revista Informática y Derecho*, Italia, 2000; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

46 ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Editorial Fundación Democrática y Gobierno Local, 2da edición, Madrid, 2004; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Editorial Espasa- Calpe S.A, Madrid, 1991; GARCÍA URETA, Agustín, "Potestad inspectora y medio ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas" en, *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, número 54, España, 2016; BERMEJO VERA, José, *La Administración inspectora*, *Revista de Administración Pública*, número 147, España, 1998; RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, PAREJO ALFONSO, Luciano, *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España, 2013; REBOLLO PUIG, Manuel, *La actividad inspectora*, Editorial Iustel, España, 2011; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La inspección ambiental*, *Revista del Medio Ambiente y la Administración Local*, España, 2010; EMBID IRUJO, Antonio, "El rol del Estado: Vigilante o Gestor" en, *Revista de Política Ambiental y Desarrollo Sostenible*, Madrid, 1999; MIRANDA HERNÁNDEZ, Gloria, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, *Revista Cuadernos de Inspección del Territorio*, España, 2012; DIEZ SÁNCHEZ, José, *Función inspectora*, 1ra edición, Instituto de Administración Pública, España, 2013; GARCÍA MARCOS, José, *La inspección ambiental y el derecho comunitario europeo*, *Revista Ambiente & Derecho*, número 26-27, España, 2014.

comprobación ejecutada con una periodicidad anual para constatar el estado del control interno en el país rectorado por la CGR con el auxilio de organismos de la Administración Pública, cuyo objetivo es fortalecer la gobernanza estatal a las formas de gestión de cada organismo, que permita contar con un diagnóstico de su estado en materia de control administrativo, en pos de alcanzar la perfección como meta, la que tiene carácter obligatorio como lo establece el Decreto Ley No. 159 de 1995, que a criterio de los autores es la Ley de la Auditoría Pública en la nación cubana.

Es importante a partir de la valoración de los autores, que este control administrativo, ejecutado a través de la auditoría puede ejecutarse como actividad de control y como un servicio público, apreciamos como la tendencia en el desarrollo normativo cubano ha sido regularla de manera obligatoria como Estado policía, al ser mayoría los sujetos de gestión del sector estatal; pero que sucede con el reconocimientos de las formas de gestión privada, aquí nos detenemos al considerar el criterio de Matilla Correa<sup>47</sup>, quien señala que pudiera ser considerada también como un servicio público, aún sin una construcción adecuada desde las ciencias jurídicas.

---

47 MATILLA CORREA, Andry, *Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica*, *Revista Jurídica UNAM*, México D.F.

## IX. Consideraciones finales

El control público en la nación cubana ha sido ejecutado indistintamente por órganos de control y organismos de la Administración Pública, ejecutados a través procesos y procedimientos a través de la función inspectiva y la auditoría, dirigidos en esencia al sector estatal a partir del triunfo de la Revolución para el control del patrimonio al ser este quien posee mayores sujetos de gestión.

La Contraloría General de la República, su asidero jurídico no está concebido de manera adecuada, toda vez que dentro del texto constitucional sólo aparecen reconocidos como órganos el Tribunal Supremo y la Fiscalía General de la República.

En el ordenamiento jurídico patrio coexisten dos normas jurídicas que establecen la auditoría pública, lo que genera un conflicto de ley, lo adecuado hubiera sido que el legislador hubiera derogado de manera tácita el Decreto Ley No. 159 de 1995 cuando se promulgó la Ley No. 107 de 2009 y se hubiera concebido su Reglamento, lo cual no fue ejecutado.

Es una necesidad actualizar la Ley No. 107 de 2009, la que establece que el control administrativo a través de la auditoría pública es de forma obligatoria, dejando fuera el reconocimiento al sector privado, donde la tendencia internacional es que este sujeto económico solicite este tipo de control por interés personal.

Es necesario atemperar para la exigencia de la responsabilidad administrativa el Decreto No. 228 de 1997, el mismo no recoge la exigencia de este tipo de responsabilidad para los tipos de auditorías que se establecen en el Reglamento de la Ley No. 107 de 2010 en vigor de la Ley No. 107 de 2009. En la actualización de la Ley No. 107, deberá valorarse dos niveles de atención a las inconformidades ante los resultados del control administrativo, uno inicial en la vía administrativa interna y otro en la vía jurisdiccional en la sala de lo administrativo, tal y como se reconoce en la doctrina.

## X. Referencias bibliográficas

ALDUNATE, E., *La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, tomo II, Chile, 2005, pp. 19-30.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, *La auditoría ambiental practicada por la Contraloría General de la República de Cuba. Las formas de actividad administrativa en la actualización del modelo económico cubano para el futuro ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio*, Revista Temas Socio-Jurídicos, número 68, Bucaramanga, 2015.

AGUILÓ REGLA, Joseph, *Derogación, rechazo y sistema jurídico*, Revista Informática y Derecho, Italia, 2000.

ALVARADO RIQUELME, María, *Teoría y práctica de la auditoría*, Editorial Pirámide, España, 2014.

ALENZA GARCÍA, José, *Potestad de Inspección*, MUÑOZ MACHADO, Santiago (coordinador). *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Iustel, Madrid 2005.

ALMEIDA CERREDA, Marcos, *¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los entes locales?*, REAF, número 6, España, 2008, pp.187-232

ARIAS GAYOSO, Grethel, *Del nuevo Derecho Administrativo: Participación y control popular en la gestión pública. Participación Política, reflexiones desde el Sur*, Tomo II, 1era edición, Editorial ADVANTLOGIC, Ecuador, 2014.

ARIAS GAYOSO, Grethel, *La lógica de un dilema: del control de la*

*Administración Pública al control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, Estudios en Homenaje a Germán Cisneros Farías, Editorial UNAM, México, 2014.*

*BÖCKENFÖRDE, E. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2000.*

*BÉJAR RIVERA, Luis José, El acto administrativo y su finalidad, Porrúa, México, 2011.*

*BERRO, Graciela, Responsabilidad objetiva del Estado, Revista de Derecho Público, número 2, Montevideo, 1992, Número 2, p. 89 y ss.*

*CAGNONI, José, Introducción a la Teoría del Control, Editorial Universidad de Montevideo, Uruguay, 1996.*

*CAGNONI, José, Una lección sobre control, Revista de Derecho Público, Número 15, Editorial FCU, Montevideo, 1999, p. 121 y ss.*

*CANTÓN NAVARRO, J. y DUARTE HURTADO, M. Cuba 42 años de Revolución. Cronología histórica 1959 – 1982, Tomo I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006.*

*CANALS I., AMETLLER, D. El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación), Editorial Comares, Granada, 2003.*

*CASTILLO TÉLLEZ, Carlos, Memoria histórica de la Oficina Nacional de Auditoría y del Ministerio de Auditoría y Control, Archivo de la*

*Contraloría General de la República, La Habana, 2014.*

*COOPERS & LYBRAND, Los nuevos conceptos de control interno, Editorial Días de Santos, España, 1997.*

*COSCULLUELA MONTANER, L. Manual de Derecho Administrativo, 5ta Edición, Civitas, S.A, Madrid, 1994, p. 74*

*CORDERO VEGA, Luis, El Control de la Administración del Estado, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2007.*

*DELPIAZZO, Carlos, Tribunal de Cuentas, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 1982.*

*DELPIAZZO RODRÍGUEZ, Carlos, Desafíos actuales del control, FCU, Montevideo, 2001, p.138.*

*DROMI, Roberto, Modernización del Control Público, Editorial Hispania Libros, Madrid, 2005.*

*DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis, El sistema de responsabilidades de los servidores públicos, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 2011.*

*DE LUCA, Javier, Introducción al Derecho, 3ra edición, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1997.*

*DUGUIT, León, Las transformaciones generales del Derecho (Público y Privado), traducción de Adolfo POSADA y Ramón JAEN, Editorial Heliasta S.R.L, Argentina, 1975, p.105*

ESTEVE PARDO, J. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, España, 2011, pp.3-27

EMBED IRUJO, Antonio, "El rol del Estado: Vigilante o Gestor" en, *Revista de Política Ambiental y Desarrollo Sostenible*, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Historia del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *La Constitución de 1940 desde nuestra actual perspectiva*, 2010

FERRADA, J. *El principio de control en la Administración del Estado*, en Pantoja, R. (coord.), *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2000, pp. 593-634.

FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 5ª edición, 2001.

HERNÁNDEZ, J.I., *La Contraloría General de la República*, *Revista de Derecho Público*, Número 83, Venezuela, 2000.

HART, Herbert, *Teoría del Derecho*, Editorial Abeledo Perrot S.A., 2da edición, Argentina, 1999.

HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1925, p.187

GARRIDO FALLA, Fernando, *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, España, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, tomos I y II, 10ma edición, Editorial Thompson-Civitas, España, 2006.

GARCÍA URETA, A., *La Potestad Inspectoral de las Administraciones Públicas*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2006.

GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006.

GEZZE, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo*, 1era parte, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1956.

GIMÉNEZ ICARRONS, E., *Los controles administrativos sobre los entes locales*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 2001, p.293.

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982.

MATILLA CORREA, Andry (coord.) *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba*, *Estudios en homenaje al profesor Dr. Julio Fernández Bulté*, Lleonard Muntanar, Palma de Mallorca, 2009.

MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael, *Teoría de la antijuricidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003.

MUÑOZ MACHADO, Manuel, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Editorial Iustel, España, 2011.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Poder Ejecutivo, discrecionalidad, legalidad y control*, *Revista del Poder Judicial*, número 6, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp.215-252.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Los Procedimientos Administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

NIETO, Alejandro, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, *Revista de Administración Pública*, número 81, España, 1976.

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.

RIVERO ORTEGA, Ramón, *El Estado vigilante*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pp. 79-85.

RODRÍGUEZ AZCUE, Gustavo, *El control del Tribunal de Cuentas y los auditores gubernamentales*, en *Aspectos Administrativos en las Leyes "de urgencia" y de Presupuesto (Nos. 17.243 – 17.292 – 17.296) en Homenaje a la Memoria del Prof. Héctor Barbé Pérez*, Montevideo, 2002, p. 385 y ss.

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.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho de los bienes públicos*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, tomo I, 9na edición, Editorial Marcial Pons, España, 1997.

POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 2da edición, Editorial Madrid, España, 1931.

POZO CEBALLOS, Sergio, "Naturaleza y papel de la Contraloría General de la República de Cuba dentro del sistema de control externo" en *Revista electrónica de Contabilidad y Finanzas COFIN*, La Habana, 2011, [http:// www.cofinhab.uh.cu/](http://www.cofinhab.uh.cu/)

PEREZ, Lorenzo, *Comentarios sobre el artículo XVII sobre Hacienda Pública de la Constitución de 1940 de Cuba*.

PORTUONDO DEL PRADO, Fernando, *Historia de Cuba 1492-1898*, Editorial Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1965.

PUERRES, Ismael, "Naturaleza de la auditoría", *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, número 7, 2011.

PRIETO VALDÉS, Marta, *El ordenamiento jurídico cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp.143-149

PRIETO VALDÉS, Marta, *En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución. Un breve comentario*, Revista Cubana de Derecho, número 31, La Habana, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Editorial Espasa- Calpe S.A, Madrid, 1991, p. 40

JORDANA DE POZAS, Luis, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, Revista de Estudios Políticos, Número 48, España, 1949.

INFIESTA, Ramón, *Historia Constitucional de Cuba*, Editorial Selecta, La Habana, 1942.

TORRES CUEVAS, Eduardo, 1492-1898. *Historia de Cuba, formación y liberación de la nación*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

LANZ CÁRDENAS, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

LOZANO MIRALLES, Jorge, *Configuración e independencia de los Órganos de Control Externo: un análisis comparado*, Editorial Civitas, España, 1996.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio, "Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría", *Revista Auditoría Pública*, número 61, Granada, España, 2013.

JUAREZ JONAPA, Javier, *Teoría General del Estado*, 1ra edición, Editorial Red Tercer Milenio, México, 2012.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica*. Revista de Derecho UNAM. México. 1980.

WOLISKY, Jaime, *Manual de auditoría integral y ambiental*, Editorial Buyatti, Argentina, 2012.

VALADÉS, Diego, *El control del Poder*, Biblioteca Jurídica Virtual-UNAM, México, 2011.

VILLAR PALASÍ, José, "La actividad administrativa industrial del Estado en el Derecho Administrativo" en, *Revista de Administración Pública*, número 3, España, 1950.

VILLARDEFrancos ÁLVAREZ, María, *La auditoría como proceso de control: concepto y tipología*, Revista Ciencias de la Información, volumen 37, número 2, Cuba, 2006.

VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *El control de la Administración Pública en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.

VILLAR PALASÍ, José Luis, *La Intervención Administrativa en la Industria*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

A woman in a dark business suit and white shirt is shown in profile, looking down and writing in a notebook with a pen. The scene is brightly lit, likely from a window, creating a warm, yellowish glow. In the background, a computer monitor and a small potted plant are visible on a desk.

Consultas  
**relevantes**

## **Institución solicita saneamiento de acto administrativo que nombró a subauditor interino sin autorización de la Contraloría General de la República**

En el oficio de respuesta a dicha solicitud se realiza un análisis de la competencia de la CGR en la autorización de nombramientos interinos de auditores y subauditores; posteriormente se procede a explicar la figura del saneamiento como forma específica de convalidación, la cual está establecida en el numeral 188 de la LGAP, y prescribe la conservación del acto administrativo con un vicio de nulidad relativa que ha omitido una formalidad sustancial, y que no ha impedido la realización del fin del acto final. Una vez estudiado el caso concreto y ponderándose el vicio en el procedimiento de nulidad relativa por tratarse de un elemento formal del acto administrativo, en relación con la gravedad de la disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico, no se encuentra inconformidad para la confirmación posterior de la autorización del proceso de nombramiento interino como Subauditor Interno por el término del 27 de abril al 12 de julio de 2017; haciendo énfasis en que la actuación de la CGR es exclusiva sobre este periodo de tiempo y no implica, pronunciamiento sobre la conformidad o no de las labores desarrolladas por esa persona.

Oficio No. 12874 (DFOE-PG-0517) de 26 de octubre, 2017

## **Contraloría General de la República aclara el tipo de regulación que puede aplicar la administración para rendir garantías y cauciones**

Se consulta si la administración puede regular por medio de políticas o directrices el tema de rendición de garantías y cauciones, en suplencia de un reglamento interno y si se pueden establecer otros tipos de garantía diferentes a las pólizas de fidelidad. La CGR determinó que la ley o la vía reglamentaria son los medios de regulación contemplados para establecer las clases y los montos de las garantías, sin detrimento de que la administración defina normativa que le permita guiar de manera específica las actividades a ejecutar para el cumplimiento e implementación de la regulación que al respecto se establezca por ley o vía reglamentaria. Además, la legislación no delimitó la tipología de las garantías o cauciones que cada administración debe solicitar a sus funcionarios, por el contrario, su definición forma

parte de los aspectos delegados y objeto de determinación por parte de la administración interesada.

Oficio No. 12582 (DFOE-EC-0682) de 23 de octubre, 2017.

## **Auditorías internas no pueden refrendar documentación relacionada con el plan de acción creado por la administración para implementar las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP)**

La Contabilidad Nacional emitió una circular en la que solicita a las auditorías internas refrendar la información sobre el plan de implementación de las NICSP que deben remitirle las instituciones. Ante una consulta presentada y ejerciendo su competencia de determinar el correcto y adecuado alcance de las funciones de las auditorías internas sujetas a la Ley General de Control Interno, la CGR consideró que las auditorías internas del sector público no pueden refrendar dicha información, pero dentro de sus responsabilidades está validar y mejorar las operaciones institucionales, por tanto, deben apoyar al jerarca y titulares subordinados en la implementación de las NICSP.

Oficio 13999 (DFOE-ST-0082) de 14 de noviembre, 2017

## **Solicitud del dictamen previsto en el artículo 155 de la Ley General de la Administración Pública**

La Municipalidad de San Carlos solicitó este dictamen en vista de que un negocio ha infringido el horario autorizado de la patente de licor y según la ley aplicable en la materia, dicha infracción puede conllevar la revocación de dicha licencia. Al respecto, la CGR indicó que no se requiere dicho dictamen del numeral 155 de la LGAP dado que no se trata de la revocación de un acto administrativo por motivos de oportunidad, mérito y conveniencia, sino de una sanción por incumplir con el ordenamiento jurídico.

Oficio No. 12761 (CGR/DJ-1266-2017) de 25 de octubre de 2017.

## ¿Procede el pago de prohibición al plataformista de la administración tributaria de la municipalidad?

Una municipalidad consultó a la CGR a cuáles perfiles funcionales es procedente reconocerles el pago de prohibición, de conformidad con el Código Municipal y el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. La CGR reiteró en su respuesta los requisitos para que proceda el pago de la prohibición en general, así como aquellos que aplican en el caso del pago de prohibición a quienes ocupen cargos dentro de la Administración Tributaria. Se deja en manos de la administración verificar que en cada caso se cumplan los requisitos señalados, y analizar si las labores que realiza el funcionario se encuentran vinculadas directamente con el proceso tributario, vinculación que debe ser habitual, permanente, regular y ordinaria, esto a la luz de lo establecido en el manual de puestos respectivo y en las tareas que el servidor realiza en la práctica.

Oficio No. 11950-2017 (DJ-1184) de 12 de octubre de 2017

## Sobre el uso del canon de ARESEP para cubrir indemnizaciones

La Asamblea Legislativa consultó la procedencia de cubrir indemnizaciones con los recursos que se obtienen por el canon de regulación de ARESEP. Luego de un análisis de dicho canon y del concepto de servicio al costo, así como de la responsabilidad de la administración, el Área de Fiscalización de Servicios Económicos concluyó que siendo que se trata de costos asociados a su gestión, resulta legalmente procedente que la ARESEP utilice recursos provenientes del canon de regulación para cubrir indemnizaciones originadas en condenatorias de sentencias judiciales.

Oficio No. 14718 (DFOE-EC-0779) del 27 de noviembre del 2017.

## Sobre la naturaleza de las regulaciones de tipo administrativo contempladas en el artículo 24 de la LGCI

La Municipalidad de Acosta realiza una consulta sobre la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajadores (CCT) al auditor interno, no obstante antes de remitir la consulta al órgano contralor, dicha Municipalidad había

solicitado el criterio de la Procuraduría General de la República (PGR). La PGR indicó mediante el dictamen N.º C-281-2017 que los aspectos consultados eran de naturaleza administrativa, según lo dispuesto en el artículo 24 LGCI y, por lo tanto, la definición de esos aspectos correspondía a la CGR por considerarlo parte de su competencia exclusiva. En el oficio de respuesta a la consulta, la CGR realiza un análisis del concepto de “regulación administrativa”, aclarando que la determinación de la aplicabilidad de una CCT y el pago de anualidades al amparo de ese instrumento normativo, contrario a lo manifestado por la PGR, trasciende el ámbito administrativo; es decir, que no constituye una disposición administrativa en los términos del artículo 24 de LGCI e implica un ejercicio técnico de fondo sobre su naturaleza jurídica y otra serie de aspectos. No obstante, el órgano contralor realiza un análisis del tema consultado en el marco de lo que le permiten sus competencias constitucionales y legales.

Oficio No. 1129 (DFOE-DL-0075) del 31 de enero del 2018.

## Sobre la posibilidad de realizar la transferencia de software desarrollado por una institución pública costarricense a su homóloga extranjera.

Se determinó que siendo el software un sistema de información automatizado como herramienta que utilizan las organizaciones para soportar sus procesos, éste asume la naturaleza de un recurso que forma parte de la Hacienda Pública y por ende, sobre estos debe ejercerse los distintos controles que prevé el ordenamiento jurídico. Así las cosas, resulta necesario que para una posible transferencia de software desarrollada por una institución pública; ésta debe valorar las cláusulas pactadas mediante las cuales lo adquirió, para así determinar si es posible o no dicha transferencia, o si por el contrario, se requiere del consentimiento previo de su “creador”. Finalmente, señalar que el sector público se rige por el principio de legalidad, por lo que también es de aplicación para el caso de una cesión de derechos de uso o propiedad de un software.

Oficio No. 16066 (DFOE-PG-0670) 15 de diciembre del 2017.

## **Sobre el sistema de control interno y la rendición de garantías o cauciones.**

“Las Directrices que deben observar la Contraloría General de la República y las Entidades y Órganos Sujetos a su Fiscalización para elaborar la Normativa Interna Relativa a la Rendición de Garantías o Cauciones” tienen un ámbito de aplicación que cubre a todos los entes y órganos públicos que integran la Hacienda Pública, sujetos a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131, la Ley General de Control Interno, N° 8292 y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428; y fijan una serie de parámetros, generales y mínimos, para la implementación de la figura a lo interno de cada Administración, los cuales deben ser ajustados a las condiciones propias de cada institución. Por consiguiente, en resguardo del control interno de cada institución y sus objetivos, la implementación y aplicación de la rendición de garantías o cauciones es obligatoria para todo aquel funcionario que recaude, custodie o administre fondos y valores públicos. Por tanto, procede que las autoridades administrativas establezcan un marco normativo que regule esa figura, de acuerdo con su naturaleza institucional, sus condiciones y necesidades y según los niveles de riesgo que maneja en torno a los fondos públicos de la institución.

Oficio N° 1597 (DFOE-EC-0067) de fecha 02 de febrero del 2018.

# Contratación Administrativa



## **Contraloría General de la República elimina posibilidad de presentar el original de un recurso de apelación con posterioridad al vencimiento del plazo**

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, modificado este año, elimina la posibilidad -establecida anteriormente-, de presentar el original de un recurso de apelación con posterioridad al vencimiento del plazo, aún y cuando el recurso se hubiera remitido a tiempo vía fax.

Resolución R-DCA-0760-2017 del 20 de setiembre de 2017. Recurso de Apelación. (Criterio novedoso).

## **Administración puede imponer multas de forma automática en contratos administrativos**

Una resolución de la CGR indica que la imposición de multas en los contratos administrativos puede ser efectuada de forma automática por la Administración, sin necesidad de un procedimiento administrativo previo. Debe advertirse que este criterio no eliminó la posibilidad de recurrir la resolución administrativa que imponga la multa, para lo cual pueden revisarse otras resoluciones constitucionales. Esta resolución cambia el criterio previo sostenido en la resolución R-DCA-0318-2017 (objección) de mayo de 2017. El cambio obedece a lo resuelto por la Sala Constitucional mediante voto No. 8919-2017 de junio de 2017. Nótese, además, que en la resolución de la Sala Constitucional no se efectúa distinción entre multa y cláusula penal.

Resolución R-DCA-0771-2017 del 22 de setiembre de 2017. Recurso de Objeción. (Cambio de criterio).

## **Contraloría General de la República carece de competencia para conocer una apelación en contra de la declaratoria de desierto de un contrato entre entes de derecho público**

En atención a la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, la CGR mantiene el criterio de que no procede el recurso de apelación cuando dos instituciones públicas contratan de manera directa

Resolución R-DCA-0794-2017 del 27 de setiembre de 2017. Recurso de Apelación. (Reiteración de criterio).

## **Por posible injerencia en toma de decisiones síndico tiene prohibición de participar en Concejo Municipal**

La CGR cambió de criterio en relación con la participación de un síndico en el Concejo Municipal. Anteriormente, se había entendido que al tener el síndico solamente voz y no voto no le resultaba aplicable el artículo 22 bis inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa. Sin embargo, mediante esta resolución se reconsidera dicha posición, por cuanto la sola participación de un síndico en el Concejo Municipal puede influir en los funcionarios competentes para decidir, aún y cuando éste solamente opine sin tener derecho a votar.

Resolución R-DCA-0915-2017 del 1 de noviembre de 2017. Levantamiento de Prohibición. (Cambio de criterio)

## **Contraloría General de la República resuelve recurso de apelación en caso relacionado con la ley de incentivos a la producción industrial**

La CGR resolvió un recurso de apelación en estricto apego al criterio vinculante aportado en el caso por la Dirección General de la Pequeña y Mediana Empresa DIGEPYME, del MEIC, instancia competente para dilucidar dudas y emitir criterio jurídico en cuanto a la aplicación de la Ley 7017 "Ley de Incentivos a la Producción Industrial Anexo A del Arancel Centroamericano de Importación" sobre el reconocimiento del beneficio otorgado a la producción nacional en términos de comparación de ofertas en un proceso licitatorio, donde se indica que la preferencia es para la manufactura nacional independientemente de que sea ofertada por el productor nacional o un intermediario. El aporte de este criterio en este caso concreto, hace rectificar lo resuelto anteriormente por la División de Contratación Administrativa en la resolución R-DCA-0973-2016 del 5 de diciembre del 2016.

Resolución R-DCA-0882-2017 del 25 de octubre de 2017. Apelación.

## Criterio de Desempate

Los criterios de desempate no resultan fundamentales para descartar la participación de una posible oferente en un concurso, ni para la selección de la mejor oferta, sino que se trata de cláusulas que simplemente permiten definir entre dos o más ofertas igualmente idóneas. Es por ello que en el caso de la modificación de criterios de desempate, se estima que no es una modificación sustancial, por lo que para su comunicación debe observarse el plazo de tres días hábiles que prevé el párrafo segundo del artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

[Resolución R-DCA-1069-2017 del 7 de diciembre de 2017. Recurso de Objeción.](#)

## Principios en materia de Contratación Administrativa

El Centro Agrícola Cantonal de Alfaro Ruiz es una organización sujeta al derecho privado por así disponerlo el artículo 2 de la Ley N°4521, reformada por la Ley N°7932 del 28 de octubre de 1999. Sobre la naturaleza jurídica de los Centros Agrícolas Cantonales, según dictamen de la Procuraduría General de la República C-365-2007 del 11 de octubre de 2007, mediante Ley No. 7932 de fecha 28 de octubre de 1999, se reformó de manera integral la Ley No. 4521, y el artículo 2 quedó redactado en los siguientes términos: “Los centros agrícolas son organizaciones de productores, sujetas al Derecho Privado, sin fines de lucro, con personalidad jurídica y patrimonios propios. Queda claro que aunque los Centro (sic) Agrícolas Cantonales nacieron como entes adscritos al Ministerio de Agricultura y Ganadería, lo cierto es que desde el año 1999 son organizaciones formadas por productores, sujetos al Derecho Privado y aunque no desconocemos su gran importancia, no forman parte de la Administración Pública, motivo que les impide dirigir consultas a este Órgano Asesor”. No obstante lo anterior, en el caso particular asume especial relevancia el hecho de que los recursos económicos que respaldan la contratación C.A.C.A.R 01-2017 promovida por el Centro Agrícola Cantonal de Alfaro Ruiz, provienen de una transferencia realizada por el Instituto de Desarrollo Rural al Centro Agrícola Cantonal, lo cual es reconocido por el Presidente de la Junta Administrativa del Centro Agrícola Cantonal de Alfaro Ruiz mediante oficio fechado el 09 de noviembre del 2017, donde manifiesta la solicitud de información de su parte, relacionada con el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa

Constructora del Sol HS S.A. en contra del acto de adjudicación de la Contratación C.A.C.A.R 01-2017 promovida por el Centro Agrícola Cantonal de Alfaro Ruiz, y siendo que en este caso los recursos económicos que soportan la contratación provienen de un ente público, dichos recursos tienen la condición de fondos públicos, y por lo tanto al concurso realizado le resultan aplicables los principios de contratación administrativa, por así disponerlo expresamente el artículo 1, párrafo segundo de la Ley de Contratación.

[Resolución R-DCA-0968-2017 del 15 de noviembre de 2017. Recurso de Apelación.](#)

## Subsanación

Se establece la posibilidad de subsanar la firma en la oferta, en aquellos casos en que uno de los miembros del consorcio no lo haya hecho, cuando en el Acuerdo Consorcial se establezca que ambos deben suscribir la oferta. Dicha subsanación resulta ser la ratificación permitida por el Código Civil artículo 1275. No obstante se establece que dicha ratificación procede antes de la emisión de la recomendación técnica para la adjudicación. Se habla de principios de conservación de ofertas, eficiencia, eficacia y seguridad jurídica. Este caso se tramitó en la red SICOP.

[Resolución R-DCA-1061-2017 del 6 de diciembre de 2017. Recurso de Apelación.](#)

## Revisión de Precio en la Modalidad Entrega Según Demanda

La Contraloría General de la República tiene competencia para conocer los recursos de objeción interpuestos en contra del cartel de los concursos que promueva la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), al amparo de lo establecido en la Ley N° 6914. Así las cosas, mediante resolución R-DCA-0996-2017, el Órgano Contralor se refirió al tema de la razonabilidad de precios e indicó que la Administración está facultada para solicitar el porcentaje de utilidad propio de la estructura del precio, para efectos del estudio de razonabilidad de precios, y la revisión de precios en ejecución contractual, por tratarse de un concurso promovido bajo la modalidad de entrega según demanda. En el presente caso, la Administración pretende conocer la diferencia que pueda existir para dicho rubro entre un fabricante y un distribuidor de medicamentos.

[Resolución R-DCA-0996-2017 del 22 de noviembre de 2017. Recurso de Objeción.](#)





Resoluciones  
**judiciales relevantes**



## **Administración debe cumplir plazos de ley para atender gestiones o reclamos**

La Sala Constitucional estableció que cuando una Administración Pública no resuelve una gestión o reclamo dentro de los plazos establecidos en la ley, la persona tendrá la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para que su solicitud sea satisfecha mediante un proceso expedito y célere. En esta ocasión, un ciudadano demandó a la CGR por estimar que la institución no había dado respuesta a varias solicitudes de información relacionadas con las obras de reparación del puente sobre el Río Virilla. El Tribunal verificó que la CGR había atendido oportunamente todos sus requerimientos y declaró sin lugar la demanda.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia No. 2182- 2017- VII de las 13:00 hrs del 29/09/2017.

## **Aplicación del plazo de prescripción contenido en el artículo 71 de la LOCGR**

El Tribunal de Casación apuntó que el régimen de la potestad sancionatoria de la Hacienda Pública es objetivo, de modo que para declarar responsabilidades en esta materia, no interesa si la persona que cometió la infracción es un simple funcionario o servidor público o un funcionario de la Hacienda Pública, pues basta para ello que se haya configurado una falta relacionada con el manejo de fondos, recursos o bienes públicos. En el caso concreto, se acreditaron faltas relacionadas con la contratación administrativa, las cuales, al formar parte del ordenamiento de control de la Hacienda Pública, implican que el plazo de prescripción aplicable sea el contenido en el artículo 71 de la LOCGR y no el del numeral 603 del Código de Trabajo.

Resolución N° 000131-F-TC-2017, de las 14:15 horas del 7 de noviembre de 2017. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.

## **Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo resuelve sobre integración de nuevas partes al proceso judicial**

El Tribunal de Apelaciones conoció el recurso de apelación contra la resolución que ordenó integrar, como partes demandadas, a 21 oferentes que participaron en una licitación pública. Sobre el particular, estimó que si bien los oferentes ostentan un interés legítimo en participar en el proceso debido a que pueden resultar beneficiados con la readjudicación de la licitación, lo cierto es que, a la fecha, no se tenía claridad de quienes de ellos habían mantenido los requisitos necesarios señalados por el órgano contralor, para participar en la futura readjudicación. Con base en lo anterior, ordenó su incorporación al proceso, pero, como terceros interesados. Esto les brinda la oportunidad a las partes de manifestar si desean participar o no en el proceso judicial, así como en qué calidad quieren hacerlo.

Sentencia Oral No. 8-2018-I de las 10:20 horas de 12 de enero de 2018. Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo.



Revista de Derecho de la

# Hacienda Pública

