



Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Vol XIII. 2019



Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518

Correo electrónico: revista.juridica@cgr.go.cr

Semestral ISSN-221-3624

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

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

Revisión Filológica:

Olga Patricia Arce Cascante, artículos:

- El principio de proporcionalidad como límite de la potestad sancionadora del Estado.
- Gobierno abierto y rendición de cuentas en Costa Rica: consideraciones en torno a la regulación normativa del "lobby" o cabildeo.

Índice

Estudios de Colaboradores Nacionales 9

El principio de proporcionalidad como límite de la potestad sancionadora del Estado	11
La Potestad Administrativa Sancionatoria en el régimen de Zonas Francas de Costa Rica	29
Gobierno abierto y rendición de cuentas en Costa Rica: consideraciones en torno a la regulación normativa del “lobby” o cabildeo	51
Las medidas cautelares y el procedimiento disciplinario en el ámbito judicial costarricense. Régimen jurídico y principios para su aplicación.....	67
Régimen especial de responsabilidad ambiental de sitios contaminados	83

Estudios de Colaboradores Internacionales 91

La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI.	93
---	----

Criterios y jurisprudencia Potestad Consultiva 115

I. Potestad Consultiva 117

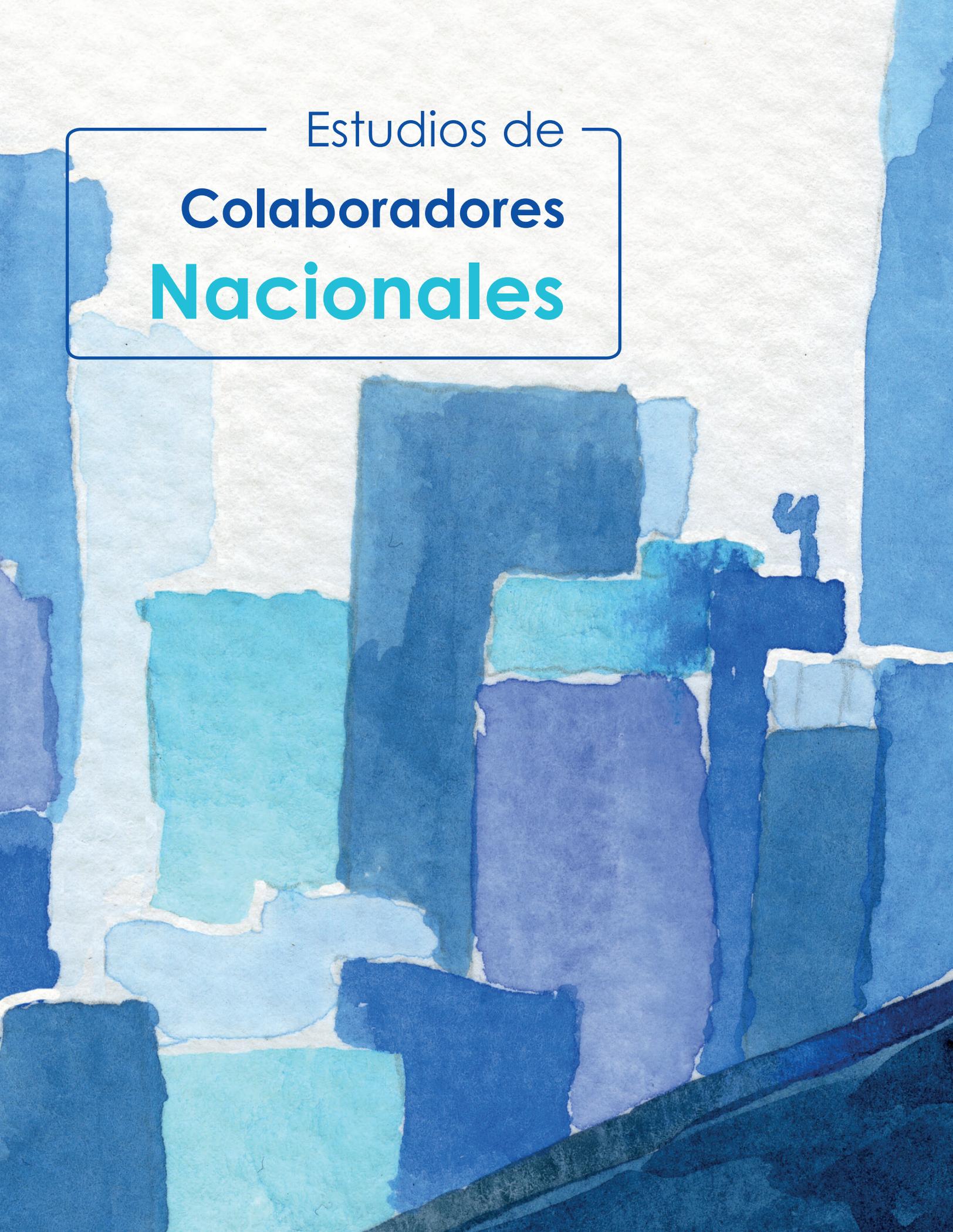
1.1 Es improcedente pagar salario a funcionarios de elección popular acusados penalmente y con medidas cautelares.....	118
1.2 Autoridades municipales pueden solicitar al auditor interno comprobantes de asistencia a actividades fuera de la institución.....	118
1.3 No procede pago de viáticos a funcionarios municipales que se desplazan dentro de la jurisdicción del cantón como parte de su trabajo.....	118
1.4 Ámbito de cobertura de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales en órganos desconcentrados	118
1.5 ¿Es necesaria la emisión de un Decreto Ejecutivo o resolución del Comité de Emergencias cantonales para intervención de caminos con recursos de las leyes 8114 y 9329?	119
1.6 Procedencia del pago de prohibición para gerente regional de servicios corporativos del Banco de Costa Rica.....	119
1.7 CGR reitera obligación de resguardar la confidencialidad de la información dentro de un proceso de investigación	119
1.8 CGR prohíbe arreglo de pago en caso de reintegro de gastos de representación.....	120
1.9 Emisión de advertencias es competencia de la Auditoría Interna.....	120
1.10 Jerarcas deben informar a CGR cuando nombran a sustituto de auditor o subauditor interno que se ausenta por al menos un mes.	120
1.11 Auditorías Internas no deben emitir dictámenes acerca de la razonabilidad de estados financieros de la entidad a la que pertenecen	120
1.12 ¿Debe la unidad de Auditoría Interna ajustarse a las mismas normas o disposiciones administrativas que establezca el jerarca?.....	121
1.13 Auditor interno puede recomendar al jerarca quién lo sustituya temporalmente	121
1.14 CGR aclara alcance de dictámenes consultivos y explica la regulación de dietas en municipalidades	121

II. Criterios Contratación Administrativa123

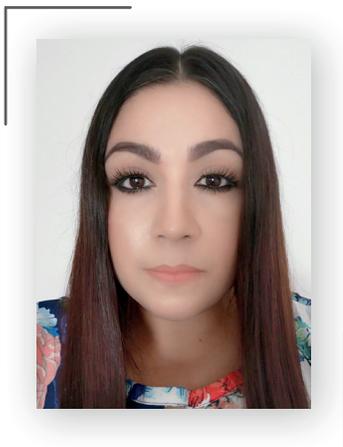
2.1 No se requiere modificar un contrato por ajuste en el precio si el pliego de condiciones establece un rango mínimo y máximo dentro del cual se encuentre el nuevo monto	124
2.2 Imprevistos del proceso de compras	124
2.3 Contratos y concesiones en Áreas Silvestres Protegidas	124
2.4 Fijación del monto de cláusula penal en los contratos requiere justificación técnica.	124
2.5 Plazo de vigencia de las ofertas.	124
2.6 Empresas de un mismo consorcio no pueden facilitar cartas de acreditación de experiencia.....	125
2.7 Subsanción en memorias de cálculo. Porcentaje de hinchamiento.	125
2.8 Oferentes tienen deber de cuidado al presentar ofertas.	125
2.9 Contratos administrativos sujetos a refrendo contralor.....	125

III. Jurisprudencia127

3.1 Empresas no adjudicatarias solo pueden pretender el pago de daños y perjuicios cuando la contratación ya se encuentre en etapa de ejecución.....	128
3.2 Sala Constitucional rechaza recurso de amparo interpuesto por Municipalidad de Palmares contra improbación presupuestaria de la CGR	128
3.3 Sala Constitucional elimina posibilidad de realizar procedimientos administrativos especiales en materia de contratación administrativa	128
3.4 La lista de los grandes contribuyentes que declaran tener pérdidas o cero ganancias es información pública y no está protegida por el secreto tributario. El voto íntegro fue publicado en el Boletín Judicial n.º 203 del 2 de noviembre del 2018.	129
3.5 Sala Constitucional confirma pleno acceso a expediente de licitación pública internacional tramitada por la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS).....	129
3.6 Tribunal Contencioso Administrativo declara sin lugar demanda de exalcalde.	129
3.7 El Estado y la CCSS deberán ponerse de acuerdo en el pago de deuda acumulada.	130

The background of the page is an abstract composition of torn paper. The top portion is a light, off-white paper. Below this, various rectangular and irregular pieces of paper in shades of blue, teal, and purple are layered and torn, creating a textured, collage-like effect. The colors range from light sky blue to deep, dark navy and purple tones. The overall aesthetic is modern and artistic.

Estudios de
Colaboradores
Nacionales



María Gabriela Pérez López¹

El principio de proporcionalidad como límite de la potestad sancionadora del Estado

Sumario.

1. Introducción.
2. Consideraciones generales.
 - 2.1. Breve referencia a los principios de la potestad sancionadora del Estado.
 - 2.2. El principio de proporcionalidad en el Estado de Derecho.
3. Aspectos claves en la fundamentación de la proporcionalidad y la motivación del acto administrativo.
 - 3.1. Obligatoriedad de la motivación del acto.
 - 3.2. Elementos integrantes del principio de proporcionalidad.
 - 3.3. La proporcionalidad de la sanción frente a la discrecionalidad de la Administración.
4. El control de la potestad sancionadora del Estado.
 - 4.1 Aplicación del principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo.
 - 4.2. El control judicial sobre la proporcionalidad de las sanciones administrativas.
 - 4.3. El control ciudadano como mecanismo contra la arbitrariedad.
5. Conclusiones.
6. Referencias.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho Notarial y Registral. Cuenta con un Diplomado en Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca y es Técnica Especializada en Derecho Contencioso Administrativo y Derecho Regulatorio por la Universidad de Costa Rica. Exfuncionaria de la Procuraduría General de la República. Se desempeña actualmente como Fiscalizadora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.



Palabras clave: potestad sancionadora, principios, proporcionalidad, fundamentación, motivación, discrecionalidad, control judicial, control ciudadano.

Resumen: La potestad sancionadora es una atribución del Estado orientada a conseguir una eficiente marcha de los asuntos públicos en el tanto se materializa en el control y la sanción de las conductas irregulares de sus servidores que puedan incidir negativamente en la satisfacción de los intereses general y comunes que está obligado a cumplir. No obstante, dicha potestad debe ejercitarse en estricto apego al principio de legalidad como principio supremo, el cual, a su vez, deriva en otros como el de tipicidad, irretroactividad, responsabilidad, prescripción y non bis in ídem. Específicamente, el principio de proporcionalidad está concebido como un principio fundamental en el tanto el acto administrativo que restrinja derechos e intereses legítimos de los administrados, además de estar necesariamente motivado, deberá ajustarse, por tratarse de la potestad sancionatoria, a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la sanción adoptada cuando se tenga por acreditada la existencia de la responsabilidad. Así, corresponderá a la Administración y a sus operadores jurídicos –salvo estipulación legal expresa– elegir de manera discrecional y dentro del catálogo posible que la misma normativa les faculta, cuál sanción imponer. Esta decisión deberá tomarse en estricto apego al ordenamiento jurídico y a los principios elementales de la justicia, lógica y conveniencia, en el tanto la decisión administrativa estará sujeta al posterior control de legalidad que realice el juez contencioso administrativo y será sometida, de alguna manera, al escrutinio de la ciudadanía.

1. Introducción

El presente trabajo aborda algunas consideraciones sobre la potestad sancionadora del Estado. En el primer apartado se revisan brevemente los principios que la impregnan, tales como el de legalidad, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad y non bis in ídem. Luego, se trata la aplicación del principio de proporcionalidad como límite infranqueable cuando

se está en presencia de actos que puedan restringir o limitar los derechos de los administrados, como arista fundamental de un Estado social y democrático, en donde se tutelan de manera efectiva los derechos, libertades y garantías humanas y constitucionales de la ciudadanía de frente a los amplios poderes públicos de la Administración.

En el segundo apartado se plantean algunos aspectos claves que deben observarse necesariamente en el acto administrativo que se emita con ocasión del ius puniendi del Estado, como lo es la obligatoriedad de la motivación, la idoneidad o adecuación de la sanción y el análisis de proporcionalidad que debe existir por parte de los operadores jurídicos en quienes se ha delegado la competencia para tramitar procedimientos administrativos y resolver sobre la existencia de responsabilidades. Asimismo, se analiza el principio de proporcionalidad de frente a la discrecionalidad de la Administración, esto es, la posibilidad de elegir una determinada sanción entre las opciones que el mismo ordenamiento jurídico prevé.

En el último apartado se exponen algunos aspectos referidos a la aplicación del principio de proporcionalidad de frente al control que el ejercicio de esta potestad implica, el cual se analiza en tres niveles: el primero como un principio que debe de ser observado necesariamente en el curso de los procedimientos administrativos, luego el control de legalidad que realiza la jurisdicción contencioso administrativa sobre los actos de la Administración que imponen una limitación de derechos e intereses legítimos de los administrados con ocasión de la imposición de una sanción y, finalmente, el control que puede ejercerse a nivel social del ejercicio de esta potestad, a fin de evitar actuaciones arbitrarias o excesivas de la Administración.

2. Consideraciones generales

De conformidad con el ordenamiento jurídico nacional, al Estado, materializado en el cúmulo de administraciones, se le han concedido poderes públicos con el objetivo de cumplir con los fines de interés general que le han sido encomendados. Gran parte de esos poderes concedidos vía constitucional y legal tienen

como destinatarios principales a los administrados en su generalidad y, aún más, a los funcionarios públicos que infringen sus disposiciones en el ejercicio de sus funciones, lo cual transgrede sus mandatos o desconociendo sus prohibiciones (Sala Constitucional, 1994, Resolución n.º 5594-94), sea de una manera directa o indirecta, siempre con miras a la satisfacción de los intereses generales y comunes que está obligado a cumplir (Cordero y Aldunate 2012).

Así, la potestad sancionadora es una atribución del Estado orientada a una eficiente marcha de los asuntos públicos, pues se enfoca en controlar y sancionar las conductas irregulares de sus servidores que puedan incidir negativamente en los fines comunes y su consecución.

Las potestades administrativas, sin embargo, y con la llegada del Estado Social y Democrático de Derecho, deberán ejercitarse siempre en estricto apego al principio de legalidad como principio supremo que enmarca y a su vez limita toda su actividad, pues de lo contrario, estaríamos en presencia de un Estado irrestricto que podría abiertamente violentar derechos supremos de aquellos sujetos a los cuales se debe.

De ahí que, además del íntimo ligamen que debe de existir entre el ejercicio de esas prerrogativas administrativas con el marco de legalidad imperante y la vinculación con la satisfacción del interés común, es importante que se regule en cuanto a sus generalidades y hasta en su especificidad, a fin de que la autoridad ejercida no sea dable de allegarse a conceptos de arbitrariedad, desproporcionalidad o abuso del poder. En el catálogo de las mayores potestades administrativas existentes en nuestro entorno encontramos la potestad sancionadora o el *ius puniendi* del Estado, referida a la facultad de la Administración de imponer una sanción como consecuencia de una conducta previamente definida como sancionable. En este sentido, Cano (1995) indica:

... en ejercicio de esa potestad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en

su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido previamente encomendados... (p.339)

Por su parte, para Rivero (2013, pp. 107 y 157) la potestad sancionadora, si bien es ejercida en beneficio del interés general, es un ejemplo del impresionante y exorbitante poder que tiene la Administración Pública respecto de los sujetos privados para castigar aquellas conductas infractoras del ordenamiento.

2.1 Breve referencia a los principios de la potestad sancionadora del Estado

El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, esto es en su aplicación directa en las situaciones concretas con los administrados a través del análisis de la responsabilidad y la definición de la sanción por imponer, constituye una exigencia adicional para los operadores del derecho, pues, aunque exista una amplia regulación de las conductas que se consideran reprochables y un elenco de sanciones administrativas que puedan imponerse, suele suceder que las circunstancias específicas del cuadro fáctico analizado lleven al operador a recurrir a otras fuentes del derecho para resolver la situación específica.

Los principios generales del derecho se han convertido en una herramienta de uso frecuente para la interpretación e integración del ordenamiento jurídico con miras a la resolución de situaciones de manera razonable. Estos principios son los mismos que tienen origen en el derecho penal, pero se aplican de alguna manera diluida, con matices y modulaciones² cuando se está en presencia en el ámbito de la aplicación de sanciones administrativas³.

² En este sentido, puede verse el fallo de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español (1981), n.º 18 del 8 de junio de 1981.

³ Escuela de Formación e Innovación Administración Pública de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios Principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador. Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas. Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Región de Murcia. España, 2015, p.4.

No obstante, también se ha considerado lo siguiente:

... los principios jurídicos producen una suerte de sentimientos encontrados, en la medida que, por una parte, permite superar el legalismo extremo y constituye un notable avance por llegar a soluciones razonables y justas a partir del espíritu general que parece emanar de las normas positivas. Pero, por otra parte, estos principios nos producen cierta inseguridad e incertidumbre, dado que se trata de pautas generales que orientan el obrar humano y que muchas veces dejan la puerta abierta a diversas posibilidades de actuación por parte de la Administración, así como de la forma en que serán aplicados... (Cano, 1995, p. 403).

Estos principios, según Morón (1995):

...cumplen con respecto a la potestad sancionadora una triple función: la fundante (preceder a la existencia de las reglas mismas de la potestad sancionadora), la interpretativa (servir de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y alcance de las reglas de la potestad sancionadora), y la integradora (servir de fuente de integración para las lagunas jurídicas que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras... (pp.2-3).

Dentro de los principios ampliamente aceptados para analizar el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se tienen los siguientes: a) legalidad, b) tipicidad, c) irretroactividad, d) responsabilidad, e) prescripción y f) Non bis in ídem (Cordero 2014, p. 409).

Sobre algunos de estos daremos una vista general para luego fijar nuestra atención en el principio de proporcionalidad.

a. Principio de legalidad. Este principio tiene origen constitucional y ha sido desarrollado en la Ley General de la Administración Pública, n.º 6227 del 28 de mayo de 1978, cuyos numerales 11 establecen que la Administración actuará siempre sometida al ordenamiento jurídico y solamente podrá realizar aquellos actos que autorice expresamente el ordenamiento. Así, por tratarse del

ejercicio de competencia meramente pública que restringe derechos subjetivos, existe una reserva absoluta de ley cuando de sanciones administrativas se trate, para lo cual debe existir una norma previa que disponga y defina que la conducta por la que se persigue constituye falta (Brewer-Carías, 2003, p. 107-111) y que además tenga vinculada una determinada sanción de naturaleza administrativa. Esta reserva legal incluye la designación de los órganos administrativos que tendrán la competencia para ejercer la potestad sancionadora y, además, deberá estar definido el procedimiento mediante el cual se pondrá en ejercicio⁴.

Principio de tipicidad. Este principio está íntimamente ligado con el principio de legalidad. En Costa Rica tiene también sustento constitucional en el numeral 39 el cual dispone que a ninguna persona se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para que ejerza su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. Está orientado a que exista una descripción legal de la conducta que será objeto de la sanción y cuál será esa sanción y que no se deje abierta la posibilidad para la Administración Pública de sancionar según su voluntad, ni pueda aplicarse vía interpretación o analogía, lo cual a su vez limita la discrecionalidad de la Administración (Sánchez, 2016, p. 106). Esto implica también el deber de los administrados de conocer cuáles conductas son reprochables y sancionables (principio de seguridad jurídica) (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1994, Resolución n.º 5594-94).

b. Principio de irretroactividad. De conformidad con este principio, serán de aplicación las disposiciones que se encuentren vigentes al momento en que se produzcan los hechos generadores de responsabilidad administrativa y solamente es posible aplicar una ley anterior cuando favorezca al presunto infractor (Morón, 2005, pp. 26, 27), de modo que no solo debe

⁴ En este sentido, puede verse Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español, Fallo n.º 132 del 8 de junio de 2001.

existir la tipificación de la conducta y la sanción de manera previa, sino que además, los hechos deben de seguir considerándose ilícitos en el momento en el que la autoridad competente se pronuncie sobre estos, aspecto que genera igualmente seguridad jurídica respecto de los comportamientos que son o no reprochables (Gómez y Sanz 2013, p. 183). Este principio se encuentra dispuesto también a nivel constitucional en el artículo 34.

c. Principio de responsabilidad. Está orientado a la existencia de elementos subjetivos que fundamenten el reproche o la culpabilidad en el sujeto infractor. De conformidad con la Ley General de la Administración Pública, el servidor público estará sujeto a responsabilidad disciplinaria por sus acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, cuando haya actuado con dolo o culpa grave (artículo 211). Asimismo, se dispone que el superior jerárquico también responderá disciplinariamente por los actos de sus inmediatos inferiores cuando hubiesen concurrido dichos elementos subjetivos (responsabilidad in vigilando o in eligendo).

d. Principio de prescripción. Este principio dispone que las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan y, transcurridos esos plazos, los hechos constitutivos de infracción no podrán ser objeto de sanción por parte de la autoridad pública. Este principio está enlazado con el principio de seguridad jurídica en el tanto no puede existir una incertidumbre infinita en el administrado respecto de eventuales sanciones y con el principio de eficiencia de la Administración, pues, ante la inercia de esta en su ejercicio oportuno, puede dejar de sancionarse administrativamente a un infractor.

e. Principio de non bis in ídem. Este principio encuentra resguardo constitucional en el artículo 42 al disponer que nadie puede ser juzgado simultánea o sucesivamente por el mismo hecho punible (Gómez y Sanz 2013, p. 212), de modo que no podrá imponerse una sanción por el mismo hecho cuando exista una identidad del sujeto, hechos y fundamento, lo cual crea un

halo de seguridad para el administrado al saber que el hecho por el cual fue sancionado no será nuevamente objeto de un proceso sancionatorio, judicial o administrativo (Ramírez, 2008, p. 21). En nuestro país, se ha sostenido la tesis de que las sanciones administrativas son independientes de las sanciones penales y civiles, de modo que una persona podría ser juzgada en la jurisdicción ordinaria por determinados hechos y que estos mismos constituyan la base de una sanción de carácter administrativo, con lo cual existiría una concurrencia de sanciones. Por ejemplo, téngase la sanción de prohibición de ingreso y reingreso a cargos de la Hacienda Pública dispuesta en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (en estos supuestos debe dejarse manifiesta mediante la correspondiente motivación, la necesidad imperante de sacar a la persona infractora de la Administración Pública en el tanto no se le considera apta para desempeñarse en un puesto público).

Además de los principios apuntados relacionados con la potestad sancionadora, ya en el trámite propio del procedimiento administrativo de responsabilidad, deberá la Administración tutelar y resguardar, ya en su función administrativa, otros principios propios del procedimiento como lo son el de debido proceso, objetividad, imparcialidad, oficiosidad, economía procesal, informalismo, entre otros.

2.2 El principio de proporcionalidad en el Estado de Derecho

El principio de proporcionalidad como principio fundamental de la potestad sancionadora del Estado está orientado a la existencia necesaria de una comparación entre la finalidad perseguida con el acto emitido por la Administración y el tipo de restricción o sanción que se impone, a fin de que la limitación no sea marcadamente superior al beneficio que con su adaptación se pretender lograr en beneficio de la colectividad (Sala Constitucional, 2011, Resolución n.º 11697-2011). La doctrina ha indicado que cuando se evidencie una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo, se puede declarar

un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, cuando ello implique un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos garantizados constitucionalmente⁵.

La existencia de este principio está entrañablemente atado a la interpretación y aplicación restrictiva de aquellos actos que puedan restringir o limitar los derechos de los administrados como arista fundamental de un Estado social y democrático y, paralelamente, tutelar de manera efectiva los derechos, libertades y garantías humanas y constitucionales de la ciudadanía de frente a los poderes públicos de la Administración. Este principio ha propiciado que en la normativa patria se establezcan distintos tipos o grados de sanciones que pueden ser aplicadas para valorar las circunstancias objetivas y subjetivas existentes en el cuadro fáctico sometido a investigación y que se consideren aspectos como la gravedad del daño, el perjuicio económico causado, la reiteración o continuidad en la falta, las circunstancias existentes en el momento de cometer la falta, la satisfacción del fin público y la existencia o no de intencionalidad en el sujeto sometido a la potestad sancionadora.

3. Aspectos claves en la fundamentación de la proporcionalidad y motivación del acto administrativo

El principio de proporcionalidad para ser utilizado como criterio de razonabilidad de los actos de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades tiene como objetivo eliminar la arbitrariedad y la injusticia en las actuaciones y decisiones del Estado y, por el contrario, ajustarlas a los valores, principios y derechos de la Constitución.

5 Tribunal Constitucional Español, Sentencia n.º 136/1999 del 20 de julio de 1999.

3.1 Obligatoriedad de la motivación del acto

Como todo acto administrativo, el acto en el que la Administración Pública materializa su potestad sancionadora –usualmente mediante una resolución– debe estar dirigido a producir el efecto jurídico deseado y para el fin querido por el ordenamiento, deberá tener un contenido lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, además, según la Ley General de la Administración Pública, deberá ser proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, el cual deberá ser siempre legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.⁶

En este sentido, el artículo 136 de la Ley n.º 6227 dispone que aquellos actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos, deberán ser motivados y fundamentados con base en referencia explícita o inequívoca a los motivos que hayan determinado realmente la adopción del acto, esto es, a las circunstancias que motivan la necesidad de emitirlo y que permite la competencia en el caso concreto⁷.

Así, la motivación hace referencia al razonamiento que justifica la decisión de la Administración, siendo insuficiente la sola cita de normas jurídicas, hechos simples, datos aritméticos o transcripciones genéricas de sentencias o resoluciones administrativas, sin que a lo anterior se acompañe, aunque sea de manera sucinta, un análisis dirigido a justificar una decisión en particular (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III, 2016, Sentencia n.º 00143).

De igual manera, la Ley General en los artículos 10.1, y 216 dispone que la Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos. Siempre se deberán

6 Asamblea Legislativa, Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227 del 2 de mayo de 1978, artículos 131 a 133.

7 En cumplimiento además del principio de “Obligación de informar y justificar” contenido en la Declaración de Asunción: Principios de rendición de cuentas, suscrita por la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2010, disponible en <http://www.olacefs.com/declaracion-de-asuncion-principios-sobre-rendicion-de-cuentas/>

interpretar las normas en la forma que mejor garantice la realización del fin público en pleno respeto de los derechos e intereses del particular.

Jinesta (2016) indica que la motivación es la declaración formal de las circunstancias de hecho y de derecho que ha llevado a la Administración al dictado del acto administrativo y que constituye un medio de prueba sobre la intencionalidad de aquella, una pauta para interpretar y aplicar el respectivo acto administrativo y además lo que sostiene la legitimidad, oportunidad o conveniencia de este (pp. 4, 7).

Por su parte, la Sala Constitucional ha indicado que la motivación del acto administrativo es una exigencia del principio constitucional del debido proceso y el derecho de defensa, el cual dimana, además, de la observación y la aplicación del principio de legalidad⁸.

3.2 Elementos integrantes del principio de proporcionalidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha venido a establecer cuáles son los principales elementos que integran el principio de proporcionalidad, también denominados subprincipios o dimensiones, a saber: subprincipio de necesidad el subprincipio de adecuación y el subprincipio de proporcionalidad stricto sensu.

El Tribunal Constitucional Español ha indicado que de la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas, esto es, un análisis de las disposiciones normativas, y por otro lado, la necesidad y la adecuación vendrían a ser criterios de optimización según el cuadro fáctico que se analiza, de modo que deberá hacerse no solamente un análisis jurídico, sino también la necesidad existente de imponer esta o aquella sanción considerando cuál de las opciones posibles lograr satisfacer el interés general generando la menor lesión en los intereses particulares del sancionado (Tribunal Constitucional Español, Resolución n.º 2192/2004-AA/TC. ⁹.

⁸ Véase en este sentido Sala Constitucional, resoluciones: n.º 7924-1999 de las 17:48 del 13 de octubre de 1999, n.º 7390-2003 de las 15:28 horas del 22 de julio de 2003 y n.º 18472-2006 de las 10:53 horas del 22 de diciembre de 2006.
⁹ Además, puede revisarse Tribunal Constitucional Español, las resoluciones n.º 66/1995 del 8 de mayo de 1995 y n.º 49/1999 del 5 de abril de 1999.

En nuestro país, la Sala Constitucional sostiene la tesis de que el principio de proporcionalidad está integrado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009 y 1998).

a. Idoneidad o adecuación de la sanción. Interesa determinar si el tipo de restricción que se adoptará cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La no idoneidad de la medida indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente. Algunos de ellos pueden cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión o por lo menos restringirlo de la menor manera posible.

b. Para el cumplimiento efectivo de este elemento, es importante que el medio elegido, además de ser idóneo para la consecución del objetivo, tenga un fin constitucionalmente permitido y que pretenda tutelar un bien jurídico relevante. Por ello debe ser adecuado para la satisfacción de ese fin, es decir, que no sea abiertamente injustificado o arbitrario.

c. Necesidad de la medida. La necesidad de una medida hace referencia directa a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad o de un determinado grupo, mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada y no se hace notar que determinada conducta no es permitida ni que es generadora de responsabilidad administrativa, importantes intereses públicos serían lesionados. Por el contrario, cuando se adopte, es porque es indispensable, tanto para los intereses que se protegen como para que en la sociedad se reafirmen criterios de no impunidad. Así, si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable y por ende tampoco será constitucionalmente válida.

De conformidad con este subprincipio, las sanciones deben ser impuestas en la forma y medida estrictamente necesarias para que cumplan su finalidad y resulten en la especie las menos gravosas sobre la situación jurídica del sancionado. Según este elemento, el medio seleccionado deberá ser el más

apto para alcanzar el fin público, es decir, que entre todas las medidas posibles e igualmente eficaces, se prefiera la menos restrictiva de los derechos de los sancionados (Castillo-Córdova, 2005, pp. 12-13).

d. Análisis de proporcionalidad. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio de la colectividad. Es decir, el operador deberá realizar un análisis –metajurídico si es necesario– con respecto a las ventajas y desventajas que tenga la medida sancionatoria elegida, sopesando la falta cometida de frente al bien jurídico que se pretende tutelar (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, (2005), Resolución n. 7180-2005¹⁰ y el fin que se busca alcanzar.

Un elemento a considerar en cuanto a la proporcionalidad de la sanción y el fin que ésta persigue es la influencia que la sanción tenga en la psiquis y la espera jurídica del infractor pues habrán conductas que merezcan la imposición de una sanción pero que no necesariamente resulte acreedora de la sanción más gravosa existente, sin embargo, es muy importante que el operador jurídico tenga en mente que una sanción muy leve podría hacerle creer al infractor que su conducta no es tan ilícita o improcedente y que no existe mérito para que sea vigilante en sus actuaciones futuras y se ponga fin a las malas prácticas en la Administración. No obstante, este tipo de valoración también deberá de hacerse de frente a cada caso concreto pues, por ejemplo, para alguna persona resultará más gravosa una sanción de amonestación escrita publicada en el diario oficial que le afecte su buen nombre y pueda inclusive –a futuro– constituirse en una sanción de naturaleza moral al cuestionarse su aptitud en la función pública, que el que se le suspenda sin goce de salario por determinado número de días y cuyo efecto en su situación será seguramente meramente de naturaleza patrimonial.

10 En el mismo sentido puede revisarse Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 3021-2000 de las 8:57 horas del 14 de abril del 2000 y voto n.º 6499-2002 de las 14:43 horas del 3 de julio de 2002.

3.3 La proporcionalidad de la sanción frente a la discrecionalidad de la Administración

Mesquida (2003) indica que la discrecionalidad:

...supone la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o a un funcionario para que, ante la indeterminación o el carácter abierto de una norma jurídica, decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación. No se trata de una facultad genérica que permita solucionar casos difíciles ante vacíos legales inesperados. Se trata de una facultad prevista por el legislador para una norma concreta. Esta previsión puede ser expresa o estar implícita en el carácter abierto del texto de la propia norma. En consecuencia, la decisión discrecional es aquella decisión jurídica tomada en el ejercicio de la discrecionalidad en el sentido mencionado... (p. 345).

Por su parte, Hines (2006, p. 105) refiere que existe una imposibilidad práctica de que la norma pueda preverlo todo, de modo que se deja un espacio para que la Administración pueda con mejor criterio, lograr sus objetivos y asegurar eficazmente la obtención de sus fines (p. 105) y ahí es donde comienza a surgir el concepto de discrecionalidad de la Administración.

Según lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública, la discrecionalidad no significa una llave abierta de la Administración para hacer todo lo que quiera y como lo desee pues, a fin de lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable, estará sometida en todos los casos a los límites que le impone el ordenamiento jurídico expresa o implícitamente. Se señala que no podrán dictarse actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o la técnica o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia, pues se dispondría su invalidez según se expresa en el artículo 160. Siempre la discrecionalidad se está limitada por los derechos de los administrados frente a la Administración. Además, se establece que el juez ejercerá control de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites¹¹.

11 Asamblea Legislativa, Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227 del 2 de mayo de 1978, artículos 14 a 17.

De lo anterior se colige que no puede hablarse de potestades ni actos administrativos enteramente discrecionales ni irrestrictos que abran la puerta a la arbitrariedad y el exceso de poder (Sala primera de la Corte Suprema de Justicia, 1995) pues siempre existirán parámetros jurídicos y no jurídicos que deben de valorarse ante la emisión de una decisión administrativa.

Tratándose de la potestad sancionadora del Estado, estas regulaciones generales se convierten en límites infranqueables para el operador jurídico quien, frente a un cuadro fáctico constitutivo de una falta merecedora de sanción, debe de realizar una serie de valoraciones y consideraciones de previo a emitir su decisión y decantarse por algunas de las sanciones que el propio ordenamiento jurídico prevé.

Así, deberá no solo valorar las circunstancias específicas que rodean el hecho en concreto, la naturaleza del puesto del investigado, la motivación de la conducta de éste, las consecuencias de la infracción, la existencia o no de una lesión, entre otras, sino que le corresponderá dejar debidamente plasmado en el acto la motivación de su decisión con un doble propósito; primero que el investigado pueda conocer cuáles fueron los elementos valorados por la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora e interponer los recursos que estime necesarios y segundo, permitir el posterior control de legalidad por parte de la jurisdicción ordinaria (Cassagne, 2016, pp. 14-16). Queda claro que el anillo de discrecionalidad con el que cuenta la Administración no autoriza ni puede justificar actuaciones arbitrarias (Brewer-Carías, 2016, pp. 27-29).

Sobre esto, el Alto Tribunal Constitucional ha manifestado que "... la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades

discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad)...” (Sala Constitucional, 2007, Resolución n.º 11155-07)

4. El control de la potestad sancionadora del Estado

Es evidente que en el Estado confluyen prerrogativas, entre ellas, la potestad sancionadora y como tal está ligada en gran medida a las facultades discrecionales. Es la Administración quien decidirá qué hechos investigar, si se realiza la apertura de un procedimiento administrativo sancionador, quiénes serán los sujetos investigados, quién resuelve sobre la existencia o no de la responsabilidad administrativa patrimonial – actuaciones todas limitadas por la ley– y más importante aún, la decisión sobre la sanción por imponer en un ejercicio meramente discrecional.

La doctrina se ha cuestionado sobre quién y cómo debe ser el control que se ejerce sobre esa discrecionalidad administrativa en el momento de imponerse una sanción (Cassagne, 2008, p. 701). Específicamente cuando del ejercicio de la potestad sancionatoria se trata, ese control puede ser desplegado en tres ámbitos, a saber, a través de los operadores de la misma Administración que tramitan los procedimientos, en instancias judiciales y mediante las acciones que ejerzan los propios administrados o destinatarios de esa prerrogativa estatal en una suerte de control ciudadano.

4.1 Aplicación del principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo será sustanciado siempre por la autoridad competente o por quien esta designe. Tras cumplirse el debido proceso y haberse dado la posibilidad de ejercer la defensa a quien esté siendo investigado, dará inicio la etapa del procedimiento más importante: la decisión de la autoridad sobre la existencia o no de responsabilidad administrativa o patrimonial y la imposición de una sanción.

De conformidad con la Ley General de la Administración Pública (artículo 216), la Administración deberá adoptar sus resoluciones con estricto apego al ordenamiento jurídico y, en caso de las actuaciones discrecionales (Desdentado, 1997, pp. 68-69), a los límites de racionalidad y razonabilidad. De este modo, le corresponderá al órgano decisor del procedimiento administrativo realizar el análisis de las circunstancias de hecho, determinar si se configura una violación al ordenamiento jurídico y luego, mediante un proceso de reflexión, resolver sobre la sanción que se va a imponer.

Si se trata de violaciones al ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública, en Costa Rica el marco jurídico es muy amplio y la ley permite la imposición de sanciones que van desde una amonestación, suspensiones, despido hasta alcanzar la máxima sanción, cual es la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública contenida en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1994).

Por ejemplo, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública en su artículo 39 dispone sanciones que van desde una amonestación escrita publicada en el Diario Oficial, suspensiones sin goce de dieta o salario, hasta la separación del cargo público sin responsabilidad patronal. Por su parte, la Ley General de Control Interno (2002) en su numeral 41 y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (2002) en su artículo 113, establecen, además de las anteriores, la amonestación escrita.

Así, entre las distintas opciones de sanción, el operador jurídico, sea el funcionario o funcionarios designados para tramitar y resolver sobre la existencia de la responsabilidad¹², deberán tomar una decisión sobre cuál sanción imponer, dentro de todas las alternativas igualmente válidas, en caso de que se llegue a acreditar una falta que amerite una sanción. Aquí entra en juego la discrecionalidad administrativa.

¹² La Ley General de la Administración Pública establece un órgano instructor del procedimiento y otro decisor. No obstante, la Sala Constitucional ha avalado que en el mismo órgano confluyan las funciones de tramitador y decisor, tesis que sigue por ejemplo el Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinarias y Anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República.

Téngase en cuenta que la discrecionalidad incluye que entre todas opciones, igualmente legales y válidas, se elija una, de modo que, si bien las normas pueden contener un listado o una referencia a las sanciones por la violación del ordenamiento jurídico en determinados supuestos, siempre existirá un elemento discrecional en el operador en el momento de decantarse por una de las opciones.

En esta etapa particular y tan relevante de la tramitación del procedimiento es donde aquellos operadores no solo deberán interpretar la ley, sino también aplicar en cada caso concreto las líneas establecidas en el capítulo anterior respecto de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida que se adopte, lo que Barnés (1998, p. 22) ha concebido como la proyección constitucional del principio de proporcionalidad. Además, tendrá que valorarse la proporcionalidad de las penas como un ejercicio racional de las circunstancias, lo que para el mismo autor es entendido como reglas de la razón o de la prudencia que informan la política criminal.

No es ajeno al conocimiento de quienes tramitan este tipo de procedimientos administrativos que la decisión sobre la sanción por imponer es el aspecto más sensible del procedimiento, pues tendrá de por medio el ejercicio de una facultad discrecional que generará una consecuencia y efecto directo en la situación jurídica del investigado y sancionado (Tribunal Constitucional de Colombia, 2002, sentencia n.º T-856/02).

De esta manera, el operador jurídico valorará la prueba, ponderará las circunstancias de hecho, determinará la afectación a los intereses públicos y, luego de verificar la existencia de una responsabilidad, cuantificará la sanción y definirá si aquella cumple o no con la finalidad querida. También deberá valorar si la sanción es acorde a la protección que tenga el bien jurídico puesto en riesgo o afectado.

Verbigracia, piénsese en la infracción a un régimen de prohibición o impedimento, la omisión, el retardo, la negligencia o la imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio público, el incumplimiento de deberes o la participación en un proceso irregular de licitación o un pago improcedente por concepto de dedicación exclusiva.

Probablemente el operador jurídico y la misma ciudadanía considerarán que una falta es mayor que otra y por ello merecerá una sanción distinta.

La ley también establece condiciones para agravar o atenuar las sanciones, por ejemplo, la efectiva lesión a los intereses económicos de la Administración Pública y la cuantía de los daños y perjuicios provocados, el éxito obtenido en el logro de los resultados por el ordenamiento jurídico, el impacto negativo en el servicio públicos, la reincidencia del infractor y el rango y las funciones del servidor pues a mayor jerarquía y complejidad, mayor es la obligación de apreciar la legalidad, oportunidad y conveniencia de los actos (Ley General de la Administración Pública (1978), Art. 213, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Art. 41 y Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (2002), Art. 108).

Lo cierto es que la sanción, además de conformarse con su finalidad y ser necesaria, al mismo tiempo tiene que ser lo menos gravosa para la situación jurídica del sancionado, según las especiales circunstancias de cada caso. En el mismo sentido, la elección de la sanción simultáneamente deberá tener inmerso el análisis de proporcionalidad, es decir, debe ponderarse el beneficio que se pretenda obtener y la limitación que ello signifique para el sujeto sancionado.

En este punto, el funcionario competente necesariamente deberá plantearse aspectos como la gravedad de la falta, la afectación a los intereses o bienes públicos y la idoneidad de la persona para ser parte de la Administración Pública, pues es claro que una sanción de amonestación, por ejemplo, no tendrá iguales efectos ni repercusión en la situación jurídica del infractor que una sanción de despido sin responsabilidad patronal o, inclusive, una sanción de prohibición de ingreso o reingreso a cargos públicos por una infracción considerada altamente grave al sistema de control y fiscalización de la Hacienda Pública (Ortiz, 2002, pp 84-97).

Como elemento adicional, es importante considerar que los criterios de imposición de sanciones deben ser en alguna medida coherentes y uniformes con respecto

a otros casos de iguales o similares circunstancias, pues, si bien pueden existir dentro de una misma institución u órgano distintos funcionarios que tramiten procedimientos administrativos sancionatorios, lo cierto es que no sería dable aceptar resoluciones altamente dispares en cuanto a la sanción impuesta cuando las circunstancias de los casos resultan similares¹³.

Si bien la Ley establece algunos criterios, como se indicó antes, para valorar las conductas de los responsables y determinar la sanción aplicable siempre quedará un halo de discrecionalidad en quien tenga la competencia para fijar la sanción a imponer, de ahí que el operador jurídico elija, dentro del elenco posible, aquella que sea justa y proporcional.¹⁴

En este punto es donde la aplicación de los principios generales como fuente de derecho, se tornan aún más relevantes. Para Rivero (2016), los principios "sirven así para mejorar el desempeño institucional en determinados sentidos, coincidentes con aquello que la comunidad considera más deseable... (p.62).

Es claro que los aplicadores del derecho en la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores tienen una función de primer nivel en el control de la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción y dependerá de ellos, en cierto modo, establecer criterios interpretativos y aplicativos basados en los límites de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que tiendan a regular el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y que eviten caer de alguna manera en excesos o desequilibrios cuando deban imponer sanciones.

¹³ En el proceso judicial contencioso administrativo y según lo dispuesto en el artículo 116 del Código Procesal Contencioso Administrativo, las partes pueden solicitarle al juez que se equiparen, total o parcialmente, los efectos de una resolución administrativa firme y favorable cuando no haya sido destinataria de sus efectos, pero haya recaído sobre la misma conducta o relación jurídico-administrativa discutida en el proceso. Para ello bastará con remitir al Tribunal copia del texto expreso de los actuado o resuelto en sede administrativa.

¹⁴ En este sentido véanse los artículos 213 de la Ley General de la Administración Pública, 41 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y 108 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.

4.2 El control judicial sobre la proporcionalidad en las sanciones administrativas

De conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política en el artículo 49, la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁵ fue establecida, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados. Por su parte, el numeral 1° del Código Procesal Contencioso Administrativo establece:

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa. (...) 2. Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder...

Asimismo, los numerales 15 y 16 de la Ley General de la República disponen que el juez ejercerá control de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional (García y Fernández, 1978, pp. 267, 268) y sobre la observancia de sus límites. Además, podrá controlar la conformidad del acto discrecional con los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia.

¹⁵ Se hace referencia a la jurisdicción contencioso-administrativa en el tanto es quien en función de contralor de legalidad verifica el correcto ejercicio de la potestad sancionatoria usual y mayoritariamente en la etapa de ejecución de la sanción luego de recomendada la sanción a imponer. Por su parte, la Sala Constitucional suele atender recursos de amparo con ocasión del inicio de procedimientos administrativos sancionatorios, pero en una etapa más temprana, sea, luego de la emisión del traslado de cargos y usualmente antes del dictado del acto final en el tanto estimen lesionados sus derechos de debido proceso y defensa.

Este control sobre la actividad de la Administración Pública no constituye sino uno de los elementos caracterizantes de todo Estado social de Derecho en donde se respeten y tutelen de la manera más amplia los derechos y garantías de los ciudadanos y administrados frente a cualquier arbitrariedad o abuso de parte de la Administración Pública.

De esta manera, la jurisdicción contenciosa funge como instancia adicional y exógena de control de la proporcionalidad de las sanciones administrativas producto del trámite de procedimientos administrativos con fundamento en la potestad sancionatoria de la Administración. Es decir, un poder distinto del Ejecutivo revisa la legalidad de la actuación administrativa (Hines, 1995, pp. 24-25) cuando las partes a quienes se les ha afectado directamente su esfera jurídica, intereses legítimos o derechos subjetivos, por la imposición de una sanción administrativa, acuden a instancias judiciales para pretender la suspensión, modificación o anulación de lo resuelto en el procedimiento administrativo (Código Procesal Contencioso Administrativo, artículos 10 y 42).

Dicha jurisdicción podrá a su vez ejercer un control tanto subjetivo como objetivo. El primero consistirá en la tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados y el segundo como garante de la legalidad de la función administrativa. Al respecto el Tribunal Contencioso Administrativo señaló que, al hablarse de "función administrativa", el juez está en la posibilidad de revisar o supervisar jurídicamente sus conductas en cualquiera de sus manifestaciones y ninguna materia está exenta del control jurisdiccional ni se limita a algún objeto en particular (Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia n.º 83). Para Fernández-Espinar (2012, p. 231), establecer esferas de actuación inmunes al derecho es calificado por el legislador como "inadmisible en un Estado de Derecho".

En España se han considerado históricamente dos tesis doctrinarias mayoritarias sobre las facultades del juez al ejercer control de legalidad sobre las conductas discrecionales de la Administración. En una, el eventual pronunciamiento del juez versaría solamente sobre la declaratoria de nulidad de la decisión administrativa cuestionada en tutela de los derechos e intereses legítimos sometidos a su conocimiento (Código

Procesal Contencioso Administrativo (Art. 128) –tesis sostenida principalmente por Ramón Fernández. En la otra, el juez podría anularla y sustituir su contenido, en todo o en parte, y brindar una solución diversa a la previamente elegida por la Administración –tesis de Luciano Parejo (citadas por Marín, 2002, pp. 134-143). Se valora así no solo la juridicidad o legalidad de la decisión administrativa y su conformidad con el ordenamiento jurídico, sino que también se podría reemplazar y valorar la oportunidad o conveniencia del acto discrecional (Tribunal Contencioso Administrativo, 2016, Sección VIII, Resolución n.º 24-2016 de las 15:00 horas del 29 de febrero de 2016).

No obstante, el Tribunal Constitucional Español ha indicado:

...no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE... (Sentencia n.º STC-175/2007 y Sentencia STC-243/2007).

En Costa Rica, el Código Procesal Contencioso Administrativo (Art. 122) establece que, cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, el juez podrá, entre otros: a) declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico; b) anular, total o parcialmente, la conducta administrativa; c) modificar o adaptar la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico; d) reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable; y e) fijar los límites y las reglas impuestas por el

ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración Pública (Código Procesal Contencioso Administrativo (Art. 122), lo que establece realmente amplios poderes para el juez contencioso, quien tiene un control pleno y amplio de la función administrativa.

Una muestra de la intervención que puede llegar a ejercer el juez contencioso en la imposición de sanciones administrativas se plasma en la resolución n.º 044-2018-VII de las 14:30 horas del 19 de junio de 2018¹⁶, emitida por la Sección VII del Tribunal Contencioso Administrativo, mediante la cual declaró parcialmente con lugar una demanda. Se estableció disconforme con el ordenamiento jurídico la conducta administrativa y anuló el procedimiento administrativo tramitado por la Contraloría General de la República, lo que modificó sin mayor contradictorio, según las particularidades de dicho caso, la sanción impuesta por el Órgano Decisor (despido y prohibición de ingreso y reingreso a cargos de la Hacienda Pública por el plazo de cinco años). Se dispuso en su lugar una "medida sustitutiva, ejemplarizante y correctiva" de un mes de suspensión sin goce de salario.

Tal proceder resulta muy debatible, en tanto que ese tipo de medidas sustitutivas son propias y se encuentran así previstas para la fase de ejecución de sentencia. En cualquier caso, no puede obviarse que así como la Administración debe motivar y fundamentar de manera clara, precisa y congruente su decisión y la sanción por imponer, la instancia juzgadora estaría también obligada a cumplir ampliamente con dichos elementos y esgrimir con detalle el sustento fáctico y jurídico correspondiente, para incorporar cualquier variación en las particularidades de la sanción fijada en sede administrativa. No basta que el juez indique, por ejemplo, que la sanción no satisface el interés público o que era innecesaria por ser la más gravosa y perjudicial para los infractores, como ocurre en el caso que se apunta.

¹⁶ Contra esta resolución, la Contraloría General formuló recurso de casación ante la Sala Primera, el cual se encuentra aún en trámite.

En síntesis, si se trata del ejercicio de la potestad sancionatoria, esta estará sujeta al análisis y al control judicial mediante la revisión de los criterios utilizados y la verificación que se haga sobre la existencia o no de exceso de poder cuando se imponen sanciones limitativas de derechos e intereses legítimos de los administrados. De este modo, los órganos decisores también deberán conformar su actuación con las normas y las reglas unívocas de los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia cuando ejerzan la potestad sancionatoria de la Administración, pues finalmente sería la decisión judicial la que prime en la situación concreta (Fernández-Espinar, 2012, p. 229).

4.3 El control ciudadano como mecanismo contra la arbitrariedad

El poder en manos de la ciudadanía expresado mediante el ejercicio del control ciudadano y los derechos derivados de los principios de rendición de cuentas y transparencia pública constituye también uno de los parámetros que se deben considerar cuando la Administración ejerce su potestad sancionadora.

De conformidad con el artículo 30 de la Constitución Política (1949), se garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, lo cual tiene como efecto que la ciudadanía se cuestione e intervenga cada vez más en los asuntos públicos (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2008, Resolución n.º 4460-2008).

Este control puede generarse en dos ámbitos: el primero, como un control mediático respecto de las sanciones impuestas con ocasión de la instrucción de un procedimiento administrativo y, el segundo, como un parámetro de “comparación” utilizado por los mismos investigados en un procedimiento administrativo.

El primer ámbito está referido principalmente al escrutinio público de las decisiones administrativas pues es usual que exista un interés comunitario, cantonal o de país sobre lo que se resuelva en relación con un caso concreto que ha sido proyectado públicamente, por lo general mediante la difusión que hacen los medios

de comunicación cuando se investiga la actuación de determinado funcionario público.

El segundo ámbito estaría enfocado en la utilización que hacen los sujetos investigados investigadas de criterios previos utilizados por la Administración –más tratándose de la misma institución u órgano- para sancionar determinadas conductas, es decir, la referencia que haga una persona investigada en su defensa sobre una sanción menor impuesta en circunstancias fácticas y hasta jurídicas muy similares a la situación que se le investiga en una suerte de intento de que no se le imponga una sanción mayor o bien que se le ajuste, vía recursiva, la sanción que se le haya impuesto.

Si bien el órgano decisor de procedimiento administrativo sancionador ejerce una actuación discrecional y con absoluta independencia cuando elige la sanción –limitado únicamente por el ordenamiento jurídico y los límites y principios que la misma sanción incluye– la existencia de criterios dispares o irracionales pueden generar no solo desconfianza social y un halo de inseguridad jurídica, sino que además podría suponerse arbitrariedad o abuso de poder en el ejercicio de la potestad sancionadora según sea la persona investigada.

De esta manera, una resolución ajustada a derecho, objetiva, razonada y motivada (Sala Constitucional, 2006, resoluciones 6535-2006 y 18472-20016) y la imposición de sanciones producidas luego de un amplio y concienzudo proceso de reflexión que tome en consideración los elementos del principio de proporcionalidad, tendrá la virtud de enfrentar positivamente no solo el control de legalidad que se llegue a realizar en sede judicial, sino que además podrá superar el escrutinio ciudadano y legitimarse democráticamente el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

5. Conclusiones

El ordenamiento jurídico establece límites a la arbitrariedad y al poder excesivo de la Administración que se le ha concedido mediante el ejercicio de la potestad sancionatoria, tales como los principios generales del derecho y las normas de la justicia, la

lógica y la conveniencia. Sin embargo, siempre existirán situaciones específicas que necesariamente implicarán el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, pues no puede reducirse la aplicación de sanciones a mecanismos previamente establecidos, recetas o fórmulas cuasi matemáticas cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora, con amplios efectos sobre la situación jurídica de los administrados. En consecuencia, los operadores del derecho que ejerzan el ius puniendi del Estado, si se trata de la decisión sobre el quantum de una sanción por imponer, tendrán que realizar un proceso de análisis meta jurídico que les permita elegir entre las distintas opciones, todas ellas igualmente válidas.

El juez contencioso, en ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, deberá estar limitado a la revisión del acto administrativo, a fin de determinar si este se ajusta al ordenamiento jurídico, lo que implicaría valorar la adecuación del principio de legalidad, determinar la existencia de arbitrariedad o desproporcionalidad y observar las reglas unívocas de los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia. En caso de existir una vulneración en cuanto a esos aspectos, se podría anular la conducta administrativa e inclusive fijar parámetros y límites dentro de los cuales deberá la Administración adecuar su conducta. Sin embargo, no sería conveniente que el juez contencioso asuma potestades asignadas constitucional y legalmente a órganos de la Administración como el ius puniendi, por ejemplo, pronunciarse sobre la sanción específica que se va a imponer, pues en ese caso se estaría configurando una inadecuada coadministración y una interferencia entre poderes del Estado.

Así, la Administración Pública deberá motivar y fundamentar siempre toda resolución que pueda producir un efecto en la esfera jurídica de otra persona cuando se imponga una obligación o se limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos como el supuesto de una sanción administrativa. Es decir, se debe plasmar el razonamiento que justifica la decisión tomada. Además, su contenido necesariamente deberá ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo. También la sanción deberá ser oportuna, proporcionada, legal y ajustada a los límites de racionalidad.

Queda claro que toda actuación o conducta de la Administración y, en particular, el ejercicio de la potestad sancionatoria, no solo está sometida al control posterior de legalidad por parte de las autoridades competentes, sino que también está siempre abierta al escrutinio ciudadano, de ahí la necesidad de que la Administración no solo debe ser eficiente en términos de legalidad, sino que también debe buscar cada día su mejoramiento continuo para crear en los administrados un sentimiento de buena y razonable gestión pública.

6. Referencias

Asamblea Nacional Constituyente (1949). Constitución Política de Costa Rica del 8 de noviembre de 1949.

Asamblea Legislativa (1978). Ley General de la Administración Pública del 2 de mayo de 1978.

Asamblea Legislativa (2001). Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos del 18 de setiembre de 2001.

Asamblea Legislativa (2002). Ley General de Control Interno del 31 de julio de 2002.

Asamblea Legislativa (2004). Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública del 6 de octubre de 2004.

Asamblea Legislativa (2006). Código Procesal Contencioso Administrativo del 28 de abril de 2006.

Barnés, Javier. (1998). El principio de proporcionalidad: Estudio Preliminar. Cuadernos de Derecho Público.

Brewer-Carías, A.R. (2003). Principios del Procedimiento Administrativo. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Brewer-Carías, A.R. (2016). Notas sobre la discrecionalidad administrativa, y sobre su delimitación y sus límites. Recuperado de: www.allanbrewercarias.com

Cano Campos, T. (1995). Derecho Administrativo Sancionador. Revista Española de Derecho Constitucional.

Cassagne, J.C. (2016). La discrecionalidad administrativa. Recuperado de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

Cassagne, E. (2008). El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo, Capítulo XVII. Procedimiento Administrativo. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Castillo-Córdova, L. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Revista Peruana de Derecho Público.

Cordero Quinzacara, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Cordero Quinzacara, E. y Aldunate Lizana, E. (2012). Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. Revista de derecho (Valparaíso).

Desdentado Daroca, E. (1997). Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.

Escuela de Formación e Innovación. (2015). Principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador. Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas. Recuperado de: <https://estaticos.sterm.org/spublicos/documentos/CARM/C1-TEMA-5.pdf>

Fernández-Espinar, L. (2012). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. Revista Jurídica de Castilla y León.

García de Enterría, E y Fernández, T. (1978). Curso de Derecho Administrativo. Madrid, España: Editorial Civitas.

Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2013). Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. 3 ed. Pamplona, España: Editorial Aranzadi S.A.

Hines Céspedes, C. (1995). La contrademanda en el Proceso Contencioso Administrativo. Revista de Ciencias Jurídicas.

Hines Céspedes, C. (2006). La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. San José, Costa Rica: Mundo Gráfico.

Jinesta Lobo, E. (2016). Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: legitimación democrática de las Administraciones Públicas. Recuperado de www.ernestojinesta.com

Marín Hernández, H. (2002). El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española. Revista Derecho del Estado.

Mesquida Sampol, J. (2003). El concepto de discrecionalidad y su control. Anales de la Cátedra Francisco Suárez.

Morón Urbina, J. (2005). Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la ley peruana. Revista Advocatus,

Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS). (2010). Declaración de Asunción: Principios de rendición de cuentas, suscrita por la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores. Recuperado de: <http://www.olacefs.com/declaracion-de-asuncion-principios-sobre-rendicion-de-cuentas/>

Ortiz Ortiz, E. (2002). Tesis de Derecho Administrativo. San José. Costa Rica: Editorial Stradtman.

Ramírez Torrado, M. L. (2008). El principio non bis in ídem en el ámbito ambiental administrativo sancionador (Tesis Doctoral). Universidad Carlos III de Madrid. España.

Rivero Ortega, R. (2013). Derecho administrativo económico. 6 ed. Madrid, España: Marcial Pons.

Rivero Ortega, R. (2016). Derecho Administrativo. Madrid, España: Ratio Legis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1994). Resolución n.º 5594-94, de las 15:48 horas del 27 de setiembre de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1998). Resolución n.º 8858 de las 16:33 del 15 de diciembre de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1999). Resolución n.º 7924-1999 de las 17:48 del 13 de octubre de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2000). Voto n.º 3021-2000 de las 8:57 horas. del 14 de abril del 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2002). Voto n.º 6499-2002 de las 14:43 horas del 3 de julio de 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2003). Resolución n.º 7390-2003 de las 15:28 horas del 22 de julio de 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2005). Resolución n.º 7180-2005 de las 15:04 horas del 8 de junio de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2006). Resolución n.º 18472-2006 de las 10:53 horas del 22 de diciembre de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2006). Resolución n.º 6535-2006 de las 11:34 horas del 12 de mayo de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2007). Resolución n.º 11155-07 de las 14:49 horas de 1º de agosto de 2007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2008). Resolución n.º 4460-2008 de las 17:14 horas del 25 de marzo de 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2009). Resolución n.º 02313 de las 13:23 horas del 13 de febrero de 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2011). Resolución n.º 11697-2011 de las 14:32 horas del 31 de agosto de 2011.

Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español. (1981). Fallo n.º 18 del 8 de junio de 1981.

Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español. (2001). Fallo n.º 132 del 8 de junio del 2001.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (1995). Resolución n.º 48 de las 14:50 horas del 19 de mayo de 1995.

Sánchez Sánchez, Z. (2016). La potestad administrativa sancionadora. Revista de la Hacienda Pública, Volumen n.º 6.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. (2016). Sentencia n.º 00143 de las 14:30 horas del 21 de abril de 2016.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. (2013). Sentencia n.º 83 de las 7:45 horas del 16 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional Español (1999). Sentencia n.º 136/1999 del 20 de julio de 1999.

Tribunal Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia del n.º T-856/02 del 10 de octubre de 2002.

Tribunal Constitucional Español. (2007). Sentencia n.º STC-175/2007 del 23 de julio de 2007.

Tribunal Constitucional Español. (2007). Sentencia n.º STC-243/2007 del 10 de diciembre de 2007.

La Potestad Administrativa Sancionatoria en el régimen de Zonas Francas de Costa Rica



Nicolás Miranda Moya¹

Sumario:

1. Introducción
2. El Régimen de Zonas Francas de Costa Rica: consideraciones políticas, económicas y jurídicas.
 - 2.1. Las Zonas Francas de Costa Rica: aspectos que permitieron su establecimiento y justifican su permanencia.
 - 2.1.1 Antecedentes del Régimen de Zonas Francas de Costa Rica.
 - 2.1.2. Justificación del establecimiento de las Zonas Francas.
 - 2.2 Análisis de las Zonas Francas en la actualidad: mecanismo para la atracción de inversiones.
 - 2.2.1 Consolidación de las Zonas Francas en Costa Rica: análisis de la oferta de valor y la creación de un Régimen moderno.
 - 2.2.2. Las condiciones para operar en el Régimen de Zonas Francas de Costa Rica.
3. La potestad administrativa sancionatoria: análisis de su aplicación en el caso concreto del Régimen de Zonas Francas.
 - 3.1. Consideraciones sobre la potestad administrativa sancionatoria: uso razonable de la sanción como mecanismo para la buena administración.
 - 3.1.1. Reflexiones sobre la potestad administrativa sancionatoria.
 - 3.1.2. Rol del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora de Comercio Exterior: entes competentes para aplicar la potestad administrativa sancionatoria en el Régimen de Zonas Francas de Costa Rica.
 - 3.2. El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria: las infracciones al Régimen de Zonas Francas.
 - 3.2.1. Análisis de las infracciones al Régimen de Zonas Francas.
 - 3.2.2 Análisis sobre el procedimiento administrativo en materia sancionatoria en el Régimen de Zonas Francas.
4. Conclusiones.
5. Referencias bibliográficas.

¹ Abogado con énfasis en Derecho Tributario por la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría Profesional en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia. Actualmente de desempeña como Asesor Legal en el Ministerio de Comercio Exterior.



Palabras clave: Régimen de Zonas Francas, Actividad de Fomento, Inversión Extranjera Directa, Potestad Administrativa Sancionadora, Derecho Administrativo Sancionador.

Resumen: La presente investigación versa sobre el análisis conjunto del Régimen de Zonas Francas de Costa Rica y la potestad administrativa sancionadora. El planteamiento de dicha investigación consiste en precisar las particularidades del Régimen de comentario y la incidencia de la potestad administrativa sancionadora en aquel, razón por la cual, para tener una mejor comprensión de ambos temas, se desarrollarán los elementos característicos de cada uno. En lo que respecta al Régimen de Zonas Francas, se realizará un planteamiento teórico y normativo que expondrá las principales características y el funcionamiento de dicho Régimen en Costa Rica. Tratándose del tema de la potestad administrativa sancionadora, se desarrollarán los aspectos normativos y doctrinarios más importantes, para después pasar al análisis puntual del régimen administrativo sancionador que desarrolla la Ley de Régimen de Zonas Francas, Ley N° 7210 del 23 de noviembre de 1990 y su Reglamento, Decreto Ejecutivo N° 34739-COMEX-H del 29 de agosto de 2008. Así las cosas, se tratará de una propuesta que procurará ofrecer al lector un trabajo crítico y reflexivo sobre la aplicación de la potestad administrativa sancionatoria a un ámbito de aplicación concreto y que requiere ciertas consideraciones, a saber, el Régimen de Zonas Francas de Costa Rica.

1. Introducción

Las Zonas Francas de Costa Rica fueron creadas por el legislador costarricense en la década de los ochenta, con la finalidad de dinamizar la economía local. Bien puede decirse que fue un instituto que tenía al menos dos objetivos, atraer inversión extranjera directa y mejorar el clima de negocios. Actualmente, es posible hablar de las Zonas Francas como un mecanismo para la generación empleo.

A la fecha, las Zonas Francas siguen siendo uno de los recursos más utilizados para atraer inversionistas,

pese a ser un modelo que ya tiene más de 30 años de vigencia. Es interesante destacar que las Zonas Francas tienen buena aceptación por parte de los inversionistas extranjeros, quienes después de valorar las múltiples opciones de la región, continúan optando por Costa Rica para localizar sus operaciones comerciales.

Basta con revisar las noticias y los comunicados oficiales que realizan las entidades encargadas de liderar el sector comercio exterior, para corroborar lo anterior. El Ministerio de Comercio Exterior (en adelante COMEX) y la Promotora del Comercio Exterior (en adelante PROCOMER) informan constantemente en sus sitios web de los movimientos que se suscitan en las Zonas Francas, muestran como es la dinámica de este sector y su crecimiento, por ejemplo, informan de la realización de nuevas inversiones o la contratación de más personal en el país.

En su momento se le dedicará el espacio necesario para ampliar sobre los antecedentes de las Zonas Francas, su funcionamiento, su incidencia en la economía costarricense, los factores de la economía mundial que han influido en su evolución, entre otros. En la actualidad, las Zonas Francas se pueden concebir como un régimen, dada la amplitud y complejidad del instituto, así como también, a algunos cambios importantes, entre los que destacan, los normativos.

Dicho Régimen se caracteriza por otorgar una serie de incentivos (entre los cuales, se encuentran los fiscales), que procuran ofrecer las mejores condiciones posibles para que los inversionistas desarrollen sus actividades productivas en suelo costarricense. Dichos incentivos son acompañados por otros factores (por ejemplo, los políticos, sociales y económicos) que son parte de la oferta de valor del país.

La estabilidad política, el respeto por la institucionalidad, un mercado laboral capacitado y educado, así como también la existencia de varios instrumentos de comercio internacional (por ejemplo, los tratados de libre comercio), son condiciones deseables para el desarrollo del comercio internacional, de ahí que los inversionistas vean a Costa Rica como un destino propicio para invertir.

Por otra parte, es necesario advertir que las empresas que operan en el Régimen de Zonas Francas y se benefician de los incentivos que este otorga, deben cumplir la normativa que lo regula. Así las cosas, la normativa más importante comprende la Ley de Régimen de Zonas Francas, Ley N° 7210 del 23 de noviembre de 1990 y su Reglamento, Decreto Ejecutivo N° 34739-COMEX-H del 29 de agosto de 2008, los cuales establecen las condiciones de operación. En tales cuerpos normativos se detallan las múltiples obligaciones que los beneficiarios del Régimen deben cumplir.

Acorde con lo expuesto, se ha venido mencionando que las empresas pueden operar en el Régimen de Zonas Francas y beneficiarse de los incentivos que este contempla, pero a cambio deben cumplir ciertas obligaciones, las cuales dan contenido a los fines que el legislador tuvo al crear dicho Régimen (atraer inversión extranjera directa y mejorar el clima de negocios). Más adelante se detallará sobre las obligaciones previstas normativamente.

De momento, es importante señalar que lo deseable sería que las empresas beneficiarias cumplan voluntariamente las obligaciones establecidas legal y reglamentariamente y que además se comprometieron a observar mediante el respectivo contrato de operaciones. No obstante, cuando estas incumplen tales obligaciones, la situación jurídica cambia, amerita una respuesta de la Administración para solucionar tal situación.

Ante el escenario del posible incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas beneficiarias del Régimen, corresponde a los entes competentes actuar para procurar que las empresas adecuen su conducta al ordenamiento jurídico. Ciertamente hay un interés público en que las empresas cumplan con las obligaciones del Régimen de Zonas Francas, porque estas son las que motivan el otorgamiento de los incentivos que estas disfrutan.

Es importante mencionar que los entes competentes de administrar el Régimen de Zonas Francas son COMEX y PROCOMER, cuyas competencias están definidas tanto en la citada Ley N° 7210 y su Reglamento, como en la Ley que Crea el Ministerio de Comercio Exterior y Promotora de Comercio Exterior, Ley N° 7638, del 30 de octubre de 1996.

La potestad que tienen dichos entes para intervenir en las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas, que presuntamente han incumplido sus obligaciones para con dicho Régimen, y hacer que modifiquen su funcionamiento y operación, no es sino una manifestación clara de lo que la doctrina denomina la potestad administrativa sancionadora.

En su momento también se hará el desarrollo de los caracteres más importantes de la potestad administrativa sancionadora. De momento es válido destacar que dicha potestad es el mecanismo que faculta a la Administración para atender y corregir los posibles incumplimientos que las empresas comenten en el Régimen de Zonas Francas, es decir, para restaurar el ordenamiento jurídico.

Tales incumplimientos pueden ser muy variados, ya que la Ley N° 7210 dispone múltiples causales, por lo que el grado de reproche entre uno y otro puede variar, de ahí que la respuesta administrativa debe ser acorde con cada supuesto, manteniendo siempre la razonabilidad y proporcionalidad, lo que también procura evitar dar un mensaje equivocado a los inversionistas.

Partiendo de que el Estado otorga ciertos incentivos a las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas a cambio de cumplir ciertas condiciones, corresponde a este asegurar que las condiciones bajo las cuales se otorgaron tales incentivos se mantengan, ya que dicho acuerdo es lo que justifica la existencia del fomento estatal.

Cada incentivo que el Estado otorga sea este fiscal o extrafiscal, es una manifestación del instituto conocido como la actividad de fomento, el cual tiene como fin (entre otros posibles), el crecimiento y desarrollo económico. Dicha potestad está consagrada en el artículo 50 de la Constitución Política.

Dado que las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas pueden incumplir sus obligaciones, como en la práctica puede ocurrir, corresponde que los entes competentes ejerzan sus competencias, garantizando el debido proceso y el respeto de los derechos de tales empresas en la tramitación de los respectivos procedimientos administrativos.

Como se verá también en su momento oportuno, el procedimiento administrativo diseñado para aplicar el régimen sancionatorio en el Régimen de Zonas Francas tiene algunas particularidades, ya que se procura limitar el uso del ius puniendi, dado que el Régimen de comentario tampoco busca sancionar las empresas, lo que se requiere es que estas cumplan sus obligaciones de forma voluntaria.

Así las cosas, la potestad administrativa sancionadora viene a ser un mal necesario, es un mecanismo que permite a la Administración corregir cualquier irregularidad cometida por las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas y mantener el orden normativo, ya que es importante ofrecer a los inversionistas un régimen que genere seguridad jurídica.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionadora debe sujetarse a límites tales como la racionalidad y proporcionalidad, aspecto que debe valorarse en cada caso concreto, pero sin perder de vista de que el régimen de comentario sirve para atraer inversionistas, no para ahuyentarlos, de ahí que hay que sensibilizar sobre el uso del procedimiento administrativo.

Tampoco se trata de que las conductas infractoras de las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas queden impunes, sino más bien de que la respuesta de la administración, atendiendo al caso concreto, sea efectiva, respetando el debido proceso y los derechos de tales empresas.

Dado que el mismo legislador estableció algunas pautas para aplicar el régimen administrativo sancionador en las Zonas Francas, corresponde visibilizarlas y resaltar su importancia. Ciertamente procuran implementar los principios de razonabilidad y proporcional en el procedimiento administrativo sancionador (aplicar la sanción acorde con la gravedad de la falta).

Por último, dado que la Ley N° 7210 y su Reglamento establecen algunas normas que difieren un poco del procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 02 de mayo de 1978, resulta interesante resaltar tales diferencias a la luz de la doctrina de la potestad administrativa sancionadora.

2. El régimen de zonas francas de Costa Rica: Consideraciones políticas, económicas y jurídicas.

2.1 Las Zonas Francas de Costa Rica: aspectos que permitieron su establecimiento y justifican su permanencia.

Para la mejor comprensión del Régimen de Zonas Francas de Costa Rica, es importante hacer una revisión de sus antecedentes, puntualizar los aspectos que motivaron el establecimiento de las primeras Zonas Francas y que justificaron la existencia y posterior evolución de dicho instituto.

2.1.1 Antecedentes del Régimen de Zonas Francas de Costa Rica.

Para empezar, vale destacar que muchos de los aspectos originales de las Zonas Francas se mantienen a la fecha, ya que fueron diseñadas no solo para atender las necesidades del momento, sino para establecer un modelo de desarrollo económico y social sostenible en el tiempo, por ello, es que dicho Régimen puede ser considerado como innovador y visionario.

En términos generales, es posible mencionar que *“el modelo de zonas francas a nivel internacional ha probado ser una estrategia con la cual los países han logrado dinamizar su productividad y economía, de igual forma, este mecanismo ha resultado exitoso en la creación de empleos estables, inclusivos y de calidad”* (Medaglia y Mora, 2016, pág. 1).

Es posible hablar de las Zonas Francas en Costa Rica desde la década de los ochentas, esto debido a que el legislador costarricense optó por incorporar dicho instituto en nuestro ordenamiento jurídico, para atender una necesidad muy concreta, la incorporación al mercado internacional. La Ley de Zonas Procesadoras de Exportación y Parques Industriales, Ley N° 6695 del 10 de diciembre de 1987, habilitó la operación de las Zonas Francas en Costa Rica y es a nuestro criterio el inicio formal de dicho instituto.

Incluso, es posible señalar que el surgimiento de las Zonas Francas data de una fecha anterior, ya que desde el año 1972, se tiene el registro de *“la Corporación de Zonas Francas de Exportación, una sociedad anónima del estado creada para fomentar el desarrollo de parques industriales bajo el régimen de zonas francas en los puertos del Pacífico y del Atlántico”* (Alonso, 2009a, pág. 7).

Las Zonas Francas se han mantenido y fortalecido a lo largo del tiempo, pese a sus más de treinta años de existencia. Resalta el hecho de que exista un interés en dicho modelo, al punto que bien puede considerarse un fenómeno vivo, puesto que se ha venido adaptando a las variaciones del comercio internacional y a la dinámica económica siempre cambiante.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley de Zonas Procesadoras de Exportación y Parques Industriales), las Zonas Francas se caracterizaron en sus inicios por permitir únicamente la operación de la industria exportadora y la comercial de exportación, así como también la industria que se encargaba de abastecerlas. En igual sentido, la normativa promovía la incursión en ciertos mercados (exportar fuera del Mercado Común Centroamericano) y limitaba las ventas al mercado local.

Las actividades autorizadas en las Zonas Francas eran inicialmente tres y conviene hacer una breve mención de ellas. La primera era la industria procesadora de exportación, figura por excelencia del Régimen que permitió el auge de la industria manufacturera, ya que permitía a las empresas producir, procesar o ensamblar productos para la exportación o reexportación.

La segunda actividad autorizada, era la relativa a las empresas comerciales de exportación, es decir, empresas no productoras, las que solamente estaban autorizadas a manipular, reempacar o redistribuir mercaderías no tradicionales y productos para la exportación o reexportación.

La última actividad autorizada, en realidad no tenía una vocación exportadora propiamente dicha, ya que consistía básicamente en proveer servicios a las empresas e industrias beneficiarias del Régimen, así como los servicios necesarios para la operación, administración

y mantenimiento de las zonas procesadoras de exportación.

La política económica de la época procuraba la inserción de Costa Rica al mercado mundial, mediante la activación del sector comercio exterior y la atracción de la inversión extranjera directa, es decir, se trataba de establecer *“un programa de fomento y diversificación de las exportaciones, conjuntamente con un programa de atracción de inversión extranjera directa (IED) con ese fin (...) los programas de fomento de las exportaciones y de atracción de IED se sustentaron en la creación de un nuevo marco institucional y en el otorgamiento de incentivos fiscales para las actividades productivas destinadas a las exportaciones extrarregionales”* (Alonso, 2009b, pág. 1).

Las actividades autorizadas gozaban de varios incentivos para su operación, de ahí que las Zonas Francas fueran muy atractivas desde sus inicios para los inversionistas. Los incentivos a los que se ha venido haciendo referencia, pueden catalogarse, unos como fiscales y otros operativos, puesto que los primeros conceden tratos fiscales preferenciales, mientras que los segundos, consisten en opciones de capacitación, de formación, entre otros. Las empresas beneficiarias del Régimen podían disfrutar de ambos, situación que a la fecha se mantiene.

El establecimiento de tales incentivos implica una seria decisión política y económica, ya que se fomentan ciertos sectores (en el caso concreto, el sector exportador), mediante algunas concesiones estatales. En cuanto a la actividad de fomento que promueve el Régimen, valga señalar que *“una de las principales obligaciones del Estado moderno, particularmente en lo que concierne a la configuración de un Estado Social y Democrático de Derecho, lo constituye la necesaria promoción y estímulo del desarrollo económico, social y cultural del país y de los habitantes que lo conforman, procurando con ello mejorar y fortalecer las condiciones de vida de todas las personas”* (Rojas, 2013, pág. 85).

En síntesis, las Zonas Francas pueden ser consideradas como una estrategia para el desarrollo económico, social, cultural y tecnológico en Costa Rica, dado que ha permitido crear un espacio muy dinámico para el

desarrollo de actividades económicas, lo cual no ha estado exento de críticas, por lo que bien puede servir este espacio para visualizar algunas de sus bondades.

En este sentido, el legislador costarricense fue muy arriesgado y apostó seriamente por el desarrollo de una industria favorable a la exportación. La doctrina tributaria ha destacado que *“los Gobiernos tienen muchos objetivos sociales y económicos y una serie de instrumentos para lograr esos objetivos. La política tributaria es tan sólo una de las opciones, y los impuestos son únicamente un factor en la compleja decisión de cuándo se deben realizar nuevas inversiones nacionales o recurrir a la inversión extranjera”* (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), 2018, pág. 85).

2.1.2 Justificación del establecimiento de las Zonas Francas.

Tal como se mencionó líneas atrás, las Zonas Francas fueron un mecanismo empleado para dinamizar la economía costarricense y procurar su reinserción en el mercado mundial. Para Eduardo Alonso, investigador del Programa Estado de la Nación, las Zonas Francas y su vocación a la exportación, fueron parte de una política económica muy ambiciosa que aspiraba sacar a Costa Rica del letargo en el que se encontraba.

Acorde con lo expuesto, dicho autor destaca que *“hace ya casi treinta años que Costa Rica inició un fuerte y decidido proceso de inserción en la economía mundial. Como salida a la crisis de los años ochenta – la crisis de la deuda -, el país emprendió acciones importantes de política económica para propiciar un proceso de estabilización y ajuste, a la vez que propiciar la reactivación económica, fomentando la reorientación de sus actividades productivas hacia las exportaciones a los mercados mundiales”* (Alonso, 2012, pág.4).

Pues bien, las Zonas Francas fueron parte de las acciones que el Estado costarricense emprendió para rescatar la economía de la crisis que imperaba en ese momento histórico. Aunque fue una medida para paliar un problema concreto, los resultados fueron tan positivos, que a la fecha se justifica el establecimiento de un régimen de otorgamiento de incentivos como el descrito.

Desde un punto de vista teleológico, *“el régimen de zonas francas es un instrumento de política económica-comercial, creado por el Estado con la aspiración manifiesta de atraer al país la inversión extranjera directa, así como para promover las exportaciones, en aras de lograr un mayor crecimiento de la economía nacional y de acrecentar el nivel de vida de los habitantes de la República”* (Rojas, 2013, pág. 93).

La política económica relativa a las Zonas Francas, la que culminó en cuerpos normativos que permitieron su operación en suelo costarricense, puede catalogarse como una actividad de fomento estatal, toda vez que el Estado costarricense toma acciones concretas para intervenir en la economía e impulsar ciertos sectores, como lo fue el exportador, los cuales no habían sido lo suficientemente aprovechados debido a la economía localista de la época.

Siguiendo a Alonso, la estrategia del Estado costarricense que justificó el establecimiento de las Zonas Francas fue la intervención estatal, así las cosas *“para hacer aún más atractivas las actividades dirigidas a la exportación, se promulgaron leyes con incentivos fiscales a las actividades dirigidas a la producción de bienes y servicios no tradicionales para la exportación a los mercados extra centroamericanos”* (Alonso, 2016, pág. 1).

Aunque la utilización de un modelo de incentivos para la promoción de las exportaciones costarricenses es vista con recelo por algunos sectores, en un reciente estudio que analiza la situación actual de las Zonas Francas, se destacan las bondades de dicho modelo económico, toda vez que son mayores los beneficios que los costos derivados de este. En este sentido, se señala que tal Régimen *“es socialmente rentable, pues en 2015 por cada dólar de incentivo, las empresas del RZF generaron US\$6,2 para el país”* (Medaglia y Mora, 2016, pág. 8).

La promulgación de leyes y normas reglamentarias para permitir el establecimiento de las Zonas Francas, así como el otorgamiento de algunos incentivos para estimular la operación de las empresas que se instalaron allí, es la muestra más clara del interés político en torno a ese nuevo modelo económico que el Estado costarricense implementó.

2.2 Análisis de las Zonas Francas en la actualidad: mecanismo para la atracción de inversiones.

Las Zonas Francas en Costa Rica pueden ser consideradas como un mecanismo propicio para la atracción de inversiones, ya que han tenido buena aceptación por parte de los inversionistas, lo que se refleja en el establecimiento de diferentes empresas en dicho Régimen.

2.2.1 Consolidación de las Zonas Francas en Costa Rica: análisis de la oferta de valor y la creación de un Régimen moderno.

La Ley de Régimen de Zonas Francas bien podría considerarse como el principal aspecto que caracteriza el instituto de las Zonas Francas en la actualidad, ya que el legislador costarricense opta por legislar en torno a un tema de sumo interés público, la institucionalización de un Régimen que promueve no sólo las exportaciones, sino que permite una mayor variedad de actividades productivas, todo con miras a promover la atracción de inversión extranjera directa, mejoramiento del clima de negocios, generación de empleo, entre otros.

Manteniendo la misma línea anterior, el legislador costarricense establece en el artículo 1 de la Ley N° 7210, que dicho Régimen se conceptúa como *“el conjunto de incentivos y beneficios que el Estado otorga a las empresas que realicen inversiones nuevas en el país, siempre y cuando cumplan los demás requisitos y las obligaciones establecidos en esta ley y sus reglamentos”*.

De la lectura de dicha norma, se infieren los fines que persigue el Régimen bajo análisis, a saber, la atracción de inversión extranjera directa y mejoramiento del clima de negocios, es decir, hacer atractivo nuestro país para los inversionistas y ofrecer las condiciones propicias para que estos desarrollen sus actividades productivas en suelo costarricense.

El Régimen de Zonas Francas, desde otra perspectiva puede ser considerado como un modelo económico

bastante atractivo para los inversionistas, ya que procura potenciar las posibilidades de negocio, al ofrecer ciertos incentivos que se establecen por un lapso predeterminado en la legislación, lo cual genera seguridad jurídica.

Así las cosas, dicho Régimen garantiza la posibilidad de operar en condiciones sumamente favorables, por un periodo temporal predeterminado, en un país que goza de gran estabilidad política y que promueve múltiples actividades comerciales, entre las que destacan las categorías de manufactura y la de servicios (ver artículo 17 incisos a), c) y f) de la Ley N° 7210).

Además, se podría agregar que ofrece una gran apertura al inversionista, toda vez *“que es un régimen dirigido a toda empresa exportadora, nacional o extranjera, que se instale en el país, y que ofrece los beneficios de exoneración del impuesto sobre la renta, de bienes inmuebles, de remesas al exterior, así como la exoneración o internación, libre de derechos, de materias primas, bienes intermedios y bienes de capital”* (Alonso, 2012, pág. 5).

A cambio de tales beneficios, el Régimen de Zonas Francas establece como requisito general la observancia de ciertas obligaciones que la normativa establece y que se fijan con la anuencia de las empresas beneficiarias. Las obligaciones, para efectos teóricos y prácticos, pueden considerarse como sustanciales y formales. También es necesario mencionar, que las obligaciones dependen de la categoría de empresa que se trate (el artículo 17 de la Ley N° 7210 establece las diferentes categorías de empresas).

Se puede añadir que el Régimen de Zonas Francas forma parte de un complejo de políticas públicas para la atracción de inversión extranjera directa, cuya principal característica es una fuerte institucionalidad. En un breve repaso histórico, vale señalar que en *“el año 1986 el Programa de Exportaciones e Inversiones de la Presidencia de la República se convirtió en el Ministerio de Comercio Exterior. Sin embargo, no fue sino hasta en el año 1996 que se creó su ley orgánica, como ente rector de la política comercial externa y de inversión extranjera en el país. Con la creación del Ministerio de Comercio Exterior, también se creó la Promotora del*

Comercio Exterior de Costa Rica, como resultado de la fusión del CENPRO con la Corporación de las Zonas Francas de Exportación” (Alonso, 2009a, pág. 8).

Costa Rica se toma muy en serio la labor de atracción de inversión extranjera directa, ya que compite a nivel mundial y regional. Se procura que las empresas que se instalan y desarrollan sus actividades económicas en suelo patrio, puedan formar parte de las cadenas globales de valor y participar de la economía mundial con las mejores condiciones posibles que el Estado pueda brindar.

Las empresas beneficiadas del Régimen de Zonas Francas, gozan de las condiciones necesarias para desarrollar sus negocios de la mejor forma con sus socios comerciales en el exterior, ya que existe un ordenamiento jurídico sólido que los respalda y genera seguridad jurídica. Bien podría decirse que existen condiciones muy beneficiosas para el desarrollo de operaciones productivas en el contexto de la economía mundial, por tal razón es que grandes empresas tales como Intel, Bayer, Boston Scientific, St. Jude Medical, entre otras, operan en dicho Régimen (información obtenida del sitio web de PROCOMER, en el siguiente enlace: <https://www.procomer.com/es/inversionista/zonasfrancas#1>).

En este sentido, es necesario destacar el buen manejo de la dinámica comercial internacional que el Estado costarricense ha tenido, ya que, a pesar de ser un país pequeño, Costa Rica ha suscrito los principales instrumentos de comercio internacional emanados por la OMC, así como la suscripción de variados acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, los cuales favorecen el comercio exterior (por ejemplo, los tratados de libre comercio).

En este sentido, COMEX informa que Costa Rica ha suscrito 14 Tratados de Libre Comercio, entre los que destacan el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, con Centroamérica y otros socios comerciales como Canadá, Chile, China, Colombia, México, etc.; así como también, ha suscrito 16 Acuerdos bilaterales de inversión con socios comerciales tales como Alemania,

Argentina, Canadá, Chile, España, Francia, entre otros (tal información se puede apreciar con mas detalle en el sitio web de dicho Ministerio, en el siguiente enlace: <http://www.comex.go.cr/tratados/>).

Lo anterior, se conjuga con otros elementos que ya se han venido mencionado como la seguridad jurídica, la cultura de paz, un pueblo sin ejército, una sociedad culta y educada, entre otros atributos de la sociedad costarricense que son parte de las condiciones que ofrece el país para el desarrollo de diversas actividades económicas en el Régimen de Zonas Francas.

Así las cosas, la oferta de valor del Régimen de Zonas Francas de Costa Rica es muy variada y se ve potenciada por los incentivos que brinda, ya que además de *“la disponibilidad de mano de obra calificada para el desarrollo de actividades de alta tecnología se agregó la existencia de incentivos fiscales, en especial la exoneración del impuesto sobre la renta en el régimen de zonas francas, como un elemento muy importante para que esas empresas se establecieran en el país”* (Alonso, 2009b, pág. 7) .

Podemos señalar que hay una dinamización de la economía costarricense, ya que el Régimen de Zonas Francas obliga a modificar el catálogo de bienes y servicios a exportar, para así poder satisfacer el mercado internacional, cuya exigencia es cambiante. Asimismo, favorece el establecimiento de nuevas opciones de empleo y la generación de encadenamientos productivos con empresas locales.

En este sentido, los autores Medaglia y Mora destacan los múltiples beneficios que conlleva el Régimen de Zonas Francas, al puntualizar que *“el modelo de zonas francas a nivel internacional ha probado ser una estrategia con la cual los países han logrado dinamizar su productividad y economía, de igual forma, este mecanismo ha resultado exitoso en la creación de empleos estables, inclusivos y de calidad. El régimen promueve la presencia de empresas de talla internacional y las mejores prácticas en el empresariado de los países anfitriones, facilita la transferencia de tecnología e impulsa los encadenamientos productivos intersectoriales”* (Medaglia y Mora, 2016, pág. 6).

2.2.2 Las condiciones para operar en el Régimen de Zonas Francas de Costa Rica.

Operar en el Régimen de Zonas Francas implica para las empresas beneficiarias, asumir una serie de obligaciones, las cuales se comprometen a cumplir al momento de iniciar sus operaciones. Bien podría decirse que su permanencia en dicho Régimen está supeditado al cumplimiento de tales obligaciones y al respeto del ordenamiento jurídico costarricense.

Ser beneficiario del Régimen de Zonas Francas lleva aparejado la observancia de obligaciones sustanciales y formales. Las primeras, son las que dan contenido al Régimen, aplican por igual para todas las categorías de empresas y justifican el otorgamiento de los incentivos. En este sentido, los compromisos en materia de inversión y de empleo, así como la obligación de inicio de operaciones productivas forman parte de esta primera categoría.

Las segundas, son las que tienen que ver con aspectos más formales y no necesariamente aplican para todas las empresas beneficiarias del Régimen (por ejemplo, el artículo 63 del Reglamento a la Ley N° 7210 establece algunas obligaciones especiales para las empresas administradoras de parque). Tales obligaciones tienen como consecuencia llevar ciertos controles (por ejemplo, aduaneros y tributarios), el cumplimiento en el suministro de información, pago del derecho por el uso del Régimen, entre otros (ver artículo 19 de la Ley de Régimen de Zonas Francas y los artículos 56 y siguientes de su Reglamento).

La fiscalización de tales compromisos es competencia conjunta de COMEX y PROCOMER, quienes son los que además administran dicho Régimen. En el apartado siguiente se ampliará más sobre el rol de cada ente, en lo que respecta al control y buena administración del Régimen de Zonas Francas, ya que la citada Ley N° 7210 y su Reglamento, así como la Ley N° 7638, establecen algunas particularidades que vale la pena visibilizarlas y analizarlas en torno al otro tema que en breve abarcaremos, la potestad administrativa sancionatoria.

Sobre las inversiones en activos fijos, cuyos parámetros están fijados normativamente, el artículo 1 de la Ley N° 7210 señala que la inversión mínima debe ser de ciento cincuenta mil dólares americanos (US\$150.000,00). En materia de empleo, corresponde a cada empresa establecer el número de empleados que se comprometen a cumplir (obligaciones sustanciales). De conformidad con el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Régimen de Zonas Francas, las empresas beneficiarias deben iniciar su operación según lo acuerden en el respectivo acuerdo de otorgamiento y así materializar los compromisos señalados anteriormente.

En lo que respecta a las obligaciones formales, corresponde a las empresas cumplirlas en la periodicidad que la normativa estipula (son obligaciones de dar o hacer), tal y como sucede con la presentación de información, vale aclarar que dicha obligación implica poner al tanto a las autoridades competentes sobre los indicadores de gestión que son relevantes para la buena marcha del Régimen, ya que es lo que en términos generales preceptúa el artículo 63 del Reglamento a la Ley de Régimen de Zonas Francas.

En este sentido, algunos autores del ámbito local señalan que las Zonas Francas implican un *“régimen de estímulos que al efecto otorga el Estado a las empresas que adquieren el estatus de empresa beneficiaria del régimen y que precisamente por ello, se encuentran bajo una relación de sujeción especial con la Administración pública, así como al ámbito territorial en el cual se hallan instaladas tales empresas beneficiarias del régimen de fomento”* (Rojas, 2013, pág. 94).

Sin temor a equívocos, el legislador costarricense previó las obligaciones de comentario, no como un obstáculo para que los inversionistas desarrollen su operación en el Régimen, si no como un mecanismo de control y además para justificar en cierta forma los incentivos que se otorgan. Así las cosas, la relación de especial sujeción que se da entre la Administración y las empresas beneficiarias del Régimen de Zona Franca, justifica un control razonable y periódico.

Las obligaciones a las que se ha venido haciendo referencia tienen una doble función, ya que sirven como un filtro que permite determinar el interés real y las posibilidades materiales de los inversionistas de invertir en el país y llevar a cabo sus operaciones productivas durante el plazo por el cual se otorga el Régimen.

Sobre las particularidades del Régimen de Zonas Francas señaladas anteriormente, la Procuraduría General de la República, mediante el Dictamen N° C-052-2004 del 4 de febrero de 2004, señala que se trata de un régimen aduanero especial y destaca los incentivos fiscales que contempla. También hace referencia a las condiciones para la operación de las empresas beneficiarias del Régimen.

Bajo la misma línea, la Procuraduría General destaca que *“la Ley N° 7210 de 14 de diciembre de 1990 establece un régimen aduanero especial, compuesto por los beneficios que allí se establecen (en especial, por el artículo 20 de la Ley), al cual se accede en virtud de reunir los requisitos y condiciones previstos legalmente. El régimen de favor implica una serie de condiciones y elementos de distinta naturaleza, entre los cuales se toma en cuenta la actividad por desplegar, así como y de manera preponderante los incentivos otorgados. En efecto, se trata de un régimen fundado en exoneraciones y otras ventajas, de lo que se deriva su carácter excepcional: se modifica el ámbito objetivo o, en su caso, subjetivo de las normas impositivas, eliminando de su aplicación determinados supuestos o personas”* (Dictamen N° C-052-2004 del 4 de febrero de 2004 de la Procuraduría General de la República).

En lo que respecta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto N° 00994-1997 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del catorce de febrero de 1997, hace una serie de precisiones en torno al Régimen de Zonas Francas, tales como los incentivos que contempla, las condiciones bajo las cuales se otorgan tales incentivos, entre otros.

En este sentido, la Sala también lo considera como un régimen excepcional, cuyo otorgamiento es una potestad discrecional del Estado, así las cosas *“el régimen de Zonas Francas por su naturaleza y los fines que persigue discrimina en favor de determinadas empresas*

que privilegia con el otorgamiento de ciertos beneficios previstos en la ley, entre los que destaca la exención de impuestos. Es decir, coloca en una situación diferente a las empresas que se benefician con la incorporación al régimen y el consecuente otorgamiento de incentivos. Por tratarse de un régimen que exonera del pago de los impuestos y otorga ventajas, es de naturaleza excepcional. Coincide en este punto la Sala con los dictámenes de la Procuraduría que se aportan (véanse folios 35 a 48 del expediente), en el sentido de que, por tratarse de un régimen de incentivos fiscales, la incorporación de una empresa a una zona franca depende del acto de otorgamiento de ese beneficio que se realiza con base en el ejercicio de una potestad discrecional. (...) También incide en esa decisión, dado que se trata de un sistema que pretende incentivar el desarrollo de ciertas actividades comerciales, el momento en que se formula la solicitud debido a las prioridades que en determinadas circunstancias se tengan para el desarrollo económico del país” (voto N° 00994-1997 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del catorce de febrero de 1997, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Acorde con lo expuesto, por la excepcionalidad del Régimen de Zonas Francas y la relevancia de este para la dinamización de la economía costarricense, llámese atracción de inversión extranjera directa, mejoramiento del clima de negocios y generación de empleo, existe un interés público en controlar las actividades que se realizan a lo interno de dicho Régimen, puesto que lo que se requiere es el cumplimiento de las obligaciones establecidas normativamente.

Teniendo presente las particularidades del Régimen de Zonas Francas a las que se ha venido haciendo referencia y bajo la lógica de una relación de especial sujeción entre la Administración y las empresas beneficiarias del Régimen, corresponde hacer la transición a la siguiente etapa de la investigación y cuestionar lo siguiente: ¿Cómo deben atender las autoridades administradoras del Régimen de Zonas Francas los incumplimientos o irregularidades que las empresas beneficiarias de dicho Régimen comenten?

La respuesta podría ir en el sentido de ejercer la potestad administrativa sancionadora siguiendo el debido proceso y respetando el derecho de las empresas beneficiarias de dicho Régimen. El ejercicio del régimen sancionatorio se justifica en los casos en que las empresas incumplan sus obligaciones, pero es importante tomar en consideración las particularidades del caso concreto, en el sentido de que la sanción debe ser correspondiente a la falta cometida.

La naturaleza jurídica del Régimen de Zonas Francas es permitir el desarrollo de actividades económica y propiciar el comercio exterior entre las empresas beneficiarias de este, por lo que el régimen sancionatorio puede considerarse como un elemento accidental, necesario únicamente para alinear la conducta de tales empresas al ordenamiento jurídico.

No hay que perder de vista que el Estado costarricense realiza un gran esfuerzo para otorgar múltiples incentivos y propiciar el establecimiento de un régimen excepcional como el que se ha venido haciendo referencia. El siguiente apartado va a versar sobre la temática de la potestad administrativa sancionadora y su aplicación concreta en el Régimen bajo estudio.

3. La Potestad Administrativa Sancionadora: Análisis de su aplicación en el caso concreto del Régimen de Zonas Francas.

3.1 Consideraciones sobre la potestad administrativa sancionadora: uso razonable de la sanción como mecanismo para la buena administración.

Acorde con el planteamiento anterior, las obligaciones que adquieren las empresas beneficiarias al momento de operar en el Régimen de Zonas Francas pasan a ocupar un lugar de importancia, ya que la inobservancia de tales obligaciones abre el portillo de la intervención administrativa, la cual toma forma mediante la potestad administrativa sancionadora, ya que la Administración acude a esta vía para preservar el ordenamiento jurídico.

3.1.1 Reflexiones sobre la potestad administrativa sancionatoria.

En primer término, corresponde definir qué se entiende por potestad administrativa sancionadora. Al hacer referencia a dicho concepto, hacemos referencia a *“una forma de actividad de la administración que implica un ejercicio de autoridad. Y ello supone que el ejercicio de esta potestad corresponde de forma exclusiva a los órganos de la administración”* (Sánchez, 2016, pág. 96).

Se estima que el ejercicio de esa autoridad es parte complementaria de la labor de la Administración, a la que le corresponde en un primer momento, ordenar la vida en sociedad, reglamentando las áreas de interés. Acorde con lo que se ha venido exponiendo, nos hemos enfocado en la actividad de fomento estatal, la que se materializa con la creación de la Zonas Francas en Costa Rica.

La potestad administrativa sancionadora no es el eje central de las Zonas Francas, es decir, la finalidad de tal régimen no es sancionar a las empresas. Sin embargo, *“para lograr la efectividad de los mandatos jurídicos, es preciso vigilar y prevenir las contravenciones, pero también reaccionar cuando se producen, de forma que no resulten impunes”* (Rivero, 2018a, pág. 1).

La función de la potestad administrativa sancionadora puede considerarse como accesoria, en el tanto la Administración requiere ejercer su autoridad únicamente para hacer respetar el ordenamiento jurídico ante la posible inobservancia de este por parte de los administrados. En el caso que nos atañe en el presente estudio, a la Administración le interesa atender el incumplimiento de las obligaciones del Régimen de Zonas Francas por parte de las empresas beneficiarias de dicho Régimen, resolver tal problemática.

El ejercicio de dicha potestad, más allá resolver la problemática descrita, deviene en injustificado y contrario a un Régimen como el que se ha venido exponiendo, el cual persigue fines tan complejos e importantes para la sociedad, como la atracción de inversión extranjera directa, el mejoramiento del clima de negocios y la generación de fuentes de empleo.

Acorde con lo expuesto por el profesor Rivero, “la prevención y protección de la sociedad requiere una Administración capacitada para dotar de verosimilitud al Ordenamiento, pues incumplir las normas debe producir consecuencias” (Rivero, 2018a, pág. 1). En este sentido, el Derecho Administrativo Sancionador sirve como el mecanismo para encausar la labor de los entes públicos, establecer cierta pauta de conducta a los administrados para procurar la satisfacción del interés público y restablecer el orden jurídico cuando corresponda.

En este sentido, la potestad administrativa sancionadora resulta ser una necesidad, no sólo para la correcta administración del Régimen de Zonas Francas, sino para legitimar la actuación de la Administración y restablecer el ordenamiento jurídico ante la conducta contraria a Derecho de los administrados, en cualquier ámbito de la vida en sociedad.

En términos concretos, la dinámica es sencilla, hablamos de que *“el Estado tiene la potestad de imponer sanciones a las personas, funcionarios o empresas, cuando se incumpla las normas establecidas por el propio poder ejecutivo, como requisito esencial para garantizar el estado de Derecho y el sometimiento pleno a la Ley”* (Sánchez, 2016, pág. 97).

Dicha potestad tiene fundamento en los artículos 11, 39, 50, 140 incisos 3), 6), 8), 18) y 20) de nuestra Constitución Política, toda vez que corresponde a la Administración estimular el adecuado reparto de la riqueza, regirse por el imperio de la Ley y hacer respetar el ordenamiento jurídico. Consecuencia de lo anterior, las sanciones deben ser impuestas en virtud de una ley que establezca las consecuencias por el incumplimiento del ordenamiento jurídico y el correcto funcionamiento de los entes públicos.

Del mandato constitucional supra citado, se deriva la obligación de la administración de ejercer sus potestades con arreglo a la ley y tomar las medidas necesarias para alcanzar los fines que está también procura alcanzar. Además, valga señalar que “teorizar acerca de la necesidad de que la Administración moderna disponga de la capacidad de ejecutar sus propios actos y de que, para el cumplimiento de sus fines, ejerza, porque lo necesita, un poder de crear infracciones e imponer

sanciones es algo que resulta superfluo por evidente” (Quintero, 1991, pág. 225).

Como consecuencia del principio de legalidad, la materia sancionatoria debe ser regulada por ley formal, emanada por la Asamblea Legislativa, en donde se determinen los elementos esenciales para el ejercicio de dicha potestad. La Administración, por la vía reglamentaria, puede complementar los alcances de la Ley, para hacer más efectiva dicha potestad y porque no, procurar los fines que aquella también propone.

Así las cosas, es válido tomar en cuenta la posibilidad de la colaboración reglamentaria en materia sancionatoria, a lo cual corresponde agregar algunas consideraciones especiales o mejor dicho advertencias, ya que *“no cabe la asignación de la potestad sancionadora por norma meramente reglamentaria, pues de aceptarse esto el Ejecutivo devendría titular de un poder excesivo para cohibir el comportamiento de los particulares”* (Rivero, 2018a, pág. 2).

La Administración puede asignar la competencia del órgano, para el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, por la vía reglamentaria, al menos, dicha situación es admitida por la doctrina como un supuesto válido de delegación reglamentaria. Ciertamente no se trata del ejercicio de una potestad jurisdiccional, sino de una potestad administrativa, de ahí que no aplique la reserva legal de forma estricta en la materia de comentario.

Haciendo referencia al ordenamiento jurídico español, donde se admite el supuesto de colaboración reglamentaria para la asignación de la competencia administrativa, es valioso resaltar que *“la Ley también permite la delegación de la competencia para sancionar, como sucede en el ejercicio de cualquier otra competencia administrativa”* (Sánchez, 2016, pág. 98).

Bajo tal óptica, la potestad sancionadora debe estar dispuesta por medio de una ley formal, mientras que la asignación de la competencia, es decir, el órgano encargado de ejercer dicha potestad, se puede determinar por la vía reglamentaria, acorde con las necesidades y prioridades que la misma Administración establezca para tales efectos.

Tomando en cuenta tales particularidades, corresponde tanto a nivel legal como reglamentario *“construir el derecho administrativo sancionador de las garantías de la persona, el respeto al interés general y el robustecimiento del Estado de Derecho”* (Sánchez, 2016, pág. 102), todo para instrumentalizar un sistema que pueda adaptarse o mejor dicho servir de forma instrumental a un fin mayor, tal y como sucede con el Régimen de Zonas Francas, donde la potestad sancionadora sirve únicamente para adecuar la conducta de los administrados a los requerimientos que el propio ordenamiento jurídico demanda.

La relación y coexistencia de normas de diferente rango legal dependen en último término de la correspondencia con los mandatos constitucionales propios de un Estado de Derecho, los cuales promueven el respeto de los derechos de los administrados, así como la actuación administrativa acorde con el principio de legalidad y dirigida a la satisfacción del interés público.

3.1.2 Rol del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora de Comercio Exterior: entes competentes para aplicar la potestad administrativa sancionatoria en el Régimen de Zonas Francas de Costa Rica.

En su momento se destacó, que el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora recae en dependencias públicas. Para el caso concreto del Régimen de Zonas Francas, corresponde a COMEX y a PROCOMER administrar dicho régimen y para lo que nos interesa, aplicar el régimen administrativo sancionador cuando corresponda y de forma razonable y proporcional.

De la lectura de las citadas Ley que Crea el Ministerio de Comercio Exterior y Promotora de Comercio Exterior, la Ley de Régimen de Zonas y su Reglamento, es posible determinar el rol que desempeña cada ente y precisar los alcances de su competencia, a efectos de garantizar que el Régimen de Zonas Francas cumpla su cometido público y que las empresas beneficiarias respeten las condiciones de operación que se comprometieron observar.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionadora no está exento de polémica, ya que, en virtud de esta, se pueden afectar los derechos de los administrados. Parte de la doctrina, señala que *“la capacidad sancionadora es, sin duda, una manifestación del principio de autotutela, pero es también la manifestación que más fácilmente puede rozar derechos constitucionales”* (Quintero, 1991, pág. 256).

En cuanto al rol que desempeñan COMEX y PROCOMER, es necesario señalar que requieren el ejercicio conjunto y armonizado para la buena administración del Régimen de Zonas Francas. En cuanto al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, la normativa establece una relación de colaboración entre ambas instituciones, la cual se detalla de seguido.

Destaca el artículo 2 inciso h) de la Ley N°7638, que corresponde COMEX *“otorgar el régimen de zonas francas, los contratos de exportación y el régimen de admisión temporal o perfeccionamiento activo y, cuando corresponda, revocarlos; según lo dispuesto en esta y en otras leyes o reglamentos aplicables”*.

Así las cosas, dicho Ministerio tiene la potestad de otorgar el Régimen de Zonas Francas y de revocarlo, a lo que hay que incluir, la posibilidad de aplicar las diferentes sanciones que la normativa establece y que no necesariamente implican la revocatoria, siendo esta última la sanción de mayor gravedad de dicho Régimen.

Por su parte, acorde con lo dispuesto en artículo 8 inciso b) de la citada Ley N° 7638, corresponde a PROCOMER *“apoyar técnica y financieramente al Ministerio de Comercio Exterior para administrar los regímenes especiales de exportación, promover los intereses comerciales del país en el exterior y defenderlos”*.

En concordancia con lo anterior y en atención del artículo 4 de la Ley N° 7210, vale indicar que PROCOMER cuenta con los recursos y la capacidad instalada para ejercer los controles respectivos sobre el Régimen de Zonas Francas, por ello es que en la práctica es quien se percata de los presuntos incumplimientos a dicho Régimen y de ahí las recomendaciones a COMEX para el inicio de los respectivos procedimientos administrativos.

Una vez comunicado a COMEX los presuntos incumplimientos a dicho Régimen por parte de las empresas beneficiarias, corresponde a la Promotora apoyar técnicamente a COMEX sobre cualquier aspecto que requiera para efectos del procedimiento administrativo a seguir contra tales empresas.

En concordancia con lo anterior, en atención del artículo 122 del Reglamento a la Ley N° 7210, es importante señalar que *“corresponde a COMEX, iniciar en el plazo máximo de un mes los procedimientos sancionatorios que sean pertinentes, todo con base en los informes técnicos y recomendaciones de PROCOMER”*.

Teniendo claro lo anterior, interesa hacer referencia a la forma en que dichos entes manifiestan su conducta administrativa y se relacionan con las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas. Al respecto, se debe tener presente la importancia de los derechos de los administrados, toda vez que la actuación de la Administración debe ser consecuente con el ordenamiento jurídico.

La preocupación del abuso de la potestad administrativa sancionadora no es del todo infundada, ya que producto de la conducta administrativa, se pueden vulnerar los derechos de los administrados, acá es donde toma importancia el debido proceso, el cual debe ser la base de cualquier procedimiento administrativo, máxime cuando se trata de Derecho Administrativo Sancionador.

En el caso concreto del Régimen de Zonas Francas, las empresas beneficiarias son personas jurídicas, las cuales son centros de imputación de derechos y obligaciones. Estas deben cumplir sus obligaciones sustanciales y formales. Dicha situación debe ser tutelable por la Administración, de ahí que ésta no debe ejercer sus potestades de forma desproporcionada o arbitraria en perjuicio de tales empresas, ya que genera inseguridad jurídica en los inversionistas.

No hay que perder de vista que *“la IED ha venido adquiriendo una importancia cada vez mayor en Costa Rica, importancia que está relacionada con la atracción de IED como parte de la política comercial, pero también con el interés de esta hacia los países en desarrollo, aunado a los procesos de apertura e*

inserción en la economía mundial que casi todos los países del mundo han impulsado en las últimas dos décadas” (Alonso, 2016a, pág. 16).

Aunque Costa Rica ofrece ciertas condiciones que lo hacen competitivo en la región, no hay que descuidar la labor de la Administración, la cual debe velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la consecución del interés público, procurando intervenir lo menos posible y sólo cuando sea estrictamente necesario en la esfera de los administrados.

En este sentido, la Sala Constitucional, en el voto N° 2006-013329 de las diecisiete horas y treinta y dos minutos del seis de setiembre del dos mil seis, ha indicado que *“la satisfacción de intereses comunes en una sociedad requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. En los Estados democráticos, se estima que ese poder punitivo es y debe ser la última ratio, lo que obliga a un uso prudente y racional del sistema sancionador. De esta forma se acepta que no sólo el Estado no puede pretender resolver todos los problemas de los ciudadanos y de la sociedad en general a través de la sanción, sino que tampoco puede tener poderes ilimitados para hacerlo”*.

Congruente con lo dispuesto por nuestro tribunal constitucional, hay que tener presente que para que la administración encause su actuación a la legalidad y a la satisfacción del interés público, se requiere el uso prudente del ius puniendi, lo que para los efectos del Régimen de Zonas Francas, se traduce en el ejercicio de dicha potestad como ultima ratio, permitiendo el desarrollo de las actividades económicas y promoción del comercio exterior, que es para lo que a fin de cuentas se estableció dicho régimen.

Al respecto, es imperativo señalar que se *“debe tener presente las reglas generales que en materia de potestad sancionadora se encuentran en las leyes de procedimiento administrativo y en sus reglamentos de desarrollo y que garantizan los principios constitucionales que deben integrarse en el*

procedimiento sancionador como garantías para las personas, el cumplimiento de la legalidad y el control de la arbitrariedad" (Sánchez, 2016, pág. 100).

Lo anterior, nos obliga a referirnos al procedimiento administrativo que es a grandes rasgos, la forma en que se encausa la potestad administrativa sancionadora. La Administración debe actuar dentro del marco de la legalidad y precisamente el procedimiento administrativo es la manifestación de esa necesidad de actuar conforme con el ordenamiento jurídico.

Siguiendo al profesor Rivero, por procedimiento administrativo se entiende *"el cause formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin"* (Rivero, 2018b, pág. 1). Se estima que la realización de ese fin no es sino el cumplimiento de los mandatos constitucionales, es decir, el procedimiento administrativo es, o al menos debería ser, el desarrollo de los principios constitucionales que se encargan de tutelar los derechos de los administrados, frente a las potestades de la Administración, la cual debe adecuar los medios al fin, mediante el respeto de tales derechos.

En el ámbito local, el maestro Eduardo Ortiz señala que el procedimiento administrativo es *"el conjunto de actos de actos preparativos concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir"* (Ortiz, 1981, pág. 383).

Así las cosas, el procedimiento administrativo, en especial el sancionador, implica una serie de actos preparativos estructurados de forma cronológica para manifestar la conducta administrativa, que en el caso que nos ocupa, por la posible afectación a los derechos de los administrados, debe ser congruente con los mandatos constitucionales y con los fines establecidos legalmente.

La Sala Constitucional, partiendo de tal planteamiento, señala en el voto N° 1996-01484 de las dieciocho horas con veinticuatro minutos del veintisiete de marzo de

mil novecientos noventa y seis, destacó que *"todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas -principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador"*.

3.2 El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria: las infracciones al Régimen de Zonas Francas.

Una vez expuesta la dinámica del Régimen de Zonas Francas y los rasgos más importantes de la potestad administrativa sancionadora, corresponde ahora enfocarnos en el desarrollo del procedimiento administrativo y ver en detalle las particularidades de éste. No se omite indicar la necesidad de que el procedimiento administrativo aplicable a las empresas beneficiarias del Régimen debe ser tal que su aplicación limite el uso del ius puniendi, dentro de los márgenes de la razonabilidad y la proporcionalidad.

3.2.1 Análisis de las infracciones al Régimen de Zonas Francas.

La Ley de Régimen de Zonas Francas establece las condiciones para operar en dicho Régimen, así como también su régimen sancionatorio. Así las cosas, detalla las sanciones a imponer e incluso algunas pautas sobre el procedimiento a seguir en tales supuestos. El Reglamento de dicha Ley se encarga de complementarlo, o al menos hacer más preciso su aplicación.

Al hablar del ius puniendi en el Régimen de Zonas Francas, se hace referencia a la consecuencia jurídica de los incumplimientos de las obligaciones que las empresas beneficiarias se comprometen a respetar al momento de ingresar a dicho Régimen. Las infracciones se establecen legalmente y por la vía reglamentaria se

precisan algunos aspectos, como la competencia de cada ente e incluso se matiza el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.

Acorde con lo anterior, señala el profesor Rivero que *“conforme al principio de reserva de Ley, sólo serán infracciones administrativas los hechos o conductas así previstos por la ley, que ha de incluir las sanciones administrativas correspondientes”* (Rivero, 2018a, pág. 3).

Bajo tal premisa, es importante señalar que las infracciones al Régimen de Zonas Francas están establecidas en el artículo 32 de la Ley de Régimen de Zonas Francas, con lo cual se cumple con la rigurosidad de que las infracciones administrativas deben ser establecidas en virtud de una ley formal en sentido estricto y así cumplir con el conocido principio de tipicidad en materia administrativa, que según nuestros tribunales superiores, son de capital importancia en un Estado de Derecho como el nuestro.

Sobre el principio de tipicidad en materia administrativa, la Sala Constitucional señaló en el voto N° 2011-6976 de las trece horas y veintidós minutos del veintisiete de mayo del dos mil once, que *“este principio, consistente en la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también de necesaria aplicación a las infracciones administrativas -sin perjuicio del desarrollo que el reglamento pueda hacer de las disposiciones de la ley- por lo que, aun cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la Administración para actuar con excesivo arbitrio”*.

Asimismo, bajo la rigurosidad del principio de legalidad y de tipicidad en materia administrativa, se cumple con la máxima de limitar la potestad administrativa sancionadora de forma razonable y proporcional. Al respecto, *“el principio de autotutela debe realizarse con sujeción al límite de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines propios de la Administración”* (Quintero, 1991, pág. 273).

Aunque ya se ha mencionado reiteradamente, no se debe perder de vista los fines que persigue el Régimen de Zona Franca, por lo que las infracciones deben abonar a ese fin, en el tanto permitan a la Administración sancionar aquellas conductas contrarias a Derecho, para procurar la correcta administración de dicho Régimen y lograr la satisfacción del interés público que justifica las acciones de fomento de este tipo.

Dada la relevancia del *“régimen de zonas francas, en su condición de conducta administrativa de fomento adoptada por el Estado, se procura dar cumplimiento a fines públicos de suma trascendencia, tales como el incremento del nivel de empleo, el aumento de la riqueza del país por medio de nuevas inversiones y de proyectos llevados a cabo en el propio territorio nacional, así como el desarrollo de nuevas tecnologías y la consecuente especialización de la mano de obra”* (Rojas, 2013, pág. 98).

Volviendo la mirada a la Ley de Régimen de Zonas Francas, destaca el artículo 32 que son infracciones administrativas el incumplimiento de obligaciones sustanciales, tales como la inobservancia de los niveles de inversión y/o empleo comprometidos, así como el inicio de operaciones fuera de los plazos acordados o el cese de operaciones sin autorización.

También destacan el incumplimiento de obligaciones formales, tales como el suministro incorrecto de información o fuera de los plazos establecidos; inobservancia del compromiso del valor agregado nacional, ventas al mercado local; el incumplimiento de los pagos por concepto de uso del régimen, lo que comprende también el depósito de garantía, entre otros.

Ciertamente, la norma de comentario establece con suma claridad las infracciones que comprende el Régimen de Zonas Francas, tipificando aquellas conductas que son contrarias a los compromisos sustanciales y formales que las empresas beneficiarias se obligaron a cumplir al momento de iniciar su operación en dicho Régimen.

Además, señala la consecuencia jurídica de tales incumplimientos, pudiendo aplicarse sanciones tales como la multa, la cual puede ascender hasta trescientas

veces el salario base, así como también suprimir, por un plazo que va desde un mes hasta un año, uno o varios incentivos de los indicados en el artículo 20 de la Ley N° 7210, hasta llegar al extremo de revocar el Régimen de Zonas Francas sin responsabilidad para el Estado, siendo esta última la sanción de más gravedad.

La revocatoria del Régimen en comentario, de conformidad con el artículo 54 del Reglamento a la Ley N° 7210, implica dejar sin efectos todos los beneficios del Régimen que la empresa disfrutó, lo que también obliga a las empresas a regular su situación tributaria, toda vez que los beneficios fiscales que recibió corren la misma suerte. Además, en concordancia con el artículo 122 *ibidem*, corresponde a COMEX “comunicar la resolución correspondiente a la empresa Administradora del Parque donde está instalada la empresa beneficiaria a fin de que la misma ejerza los controles correspondientes”.

Por último, es interesante señalar que en el Reglamento a la Ley N° 7210, recientemente se incorporó la figura de las fluctuaciones, la que procura limitar o racionalizar el uso de la potestad administrativa sancionadora, ya que crea un margen de tolerancia ante ciertos incumplimientos al Régimen, no obstante, dicha figura genera dificultades en el orden teórico y práctico para su aplicación, pero por los alcances de este estudio, sólo corresponde hacer tal observación.

3.2.2 Análisis sobre el procedimiento administrativo en materia sancionatoria en el Régimen de Zonas Francas.

Partiendo de que las infracciones deben estar definidas legalmente, valga señalar que el procedimiento también debe cumplir con la misma rigurosidad. En este sentido, la doctrina española destaca que el procedimiento administrativo debe estar previsto mediante ley formal, emitido por el ente legislativo.

Dicho requerimiento no resulta ser un simple formalismo, se estima que la seguridad jurídica es fundamental, de ahí la importancia de que el procedimiento se regule bajo el imperio de la ley. Tal situación es una garantía para los inversionistas del Régimen de Zonas Francas, ya

que las reglas se establecen por las normas de la mayor jerarquía posible, lo que sugiere el debido respeto por parte de los entes públicos.

Así las cosas, “en cuanto al tipo de norma que debe establecer ese procedimiento sancionador común, sus principios y límites, ésta debería tener rango de Ley” (Sánchez, 2016, pág. 102), bajo esa simple premisa, es que corresponde el establecimiento de las normas que rigen el procedimiento administrativo para lograr también la eficiencia y eficacia de la conducta administrativa, que para el caso que nos ocupa, desemboca en la aplicación de una sanción o bien la determinación de la inexistencia de los hechos que ameritaron el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio.

Es válido destacar que el procedimiento administrativo en Costa Rica está establecido y desarrollado en la Ley General de la Administración Pública, por lo que la conducta administrativa debe articularse en virtud de las normas y principios dispuestos en dicho cuerpo normativo. Tratándose de materia sancionadora, la observancia de tales preceptos resulta de mayor importancia para evitar la afectación del debido proceso y con este, los derechos de los administrados.

En relación con La Ley General de la Administración, desde su promulgación en el año 1978, “se introducen, entre muchas otras novedades jurídicas, un conjunto de disposiciones que regulan el accionar de la Administración. (...) Además, se pretendía que las disposiciones del procedimiento se convirtieran en un parámetro para casos que tuvieran su propia regulación en torno a la forma en que se adoptaban los actos, pero que tuvieran omisiones. Y, por encima de todo, asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración con respecto a los derechos e intereses del administrado” (Procuraduría General de la República, 2006, pág. 3).

En atención al Régimen de Zonas Francas, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora debe realizarse acorde con las normas y principios que rigen el procedimiento administrativo y que se detallan en la Ley General de la Administración Pública. Es fundamental respetar los principios del debido proceso, intimación

e imputación, informalidad, motivación de los actos, comunicación de los actos, celeridad, oralidad y acceso al expediente.

Es importante destacar que la Ley de Régimen de Zonas Francas contiene algunas normas sobre el procedimiento administrativo aplicables a las empresas beneficiarias de dicho Régimen, por lo que corresponde la matización del procedimiento administrativo. Incluso el Reglamento de dicha Ley hace algunas referencias al procedimiento, procurando complementar las disposiciones legales.

Desde una perspectiva práctica, la realización del procedimiento administrativo acorde con ambos cuerpos normativos tampoco afecta *“el sentido de reconocer la posición jurídica y los derechos de las personas cuando se relacionan con la Administración”* (Rivero, 2018b, pág. 7), al contrario, los matices que introduce buscan limitar cualquier abuso en la aplicación de la potestad administrativa sancionatoria y ordena aspectos como la competencia en la tramitación del procedimiento administrativo, para lograr resolver la situación jurídica de los administrados en un plazo más corto y de forma efectiva.

En este sentido, de conformidad con el citado artículo 122 del Reglamento a la Ley N° 7210, corresponde a COMEX iniciar los procedimientos administrativos sancionatorios contra las empresas beneficiarias del Régimen, en el plazo de un mes y en atención de los informes que al efecto le suministren PROCOMER y las autoridades hacendarias.

Como se puede apreciar, se trata de la delimitación del rol de COMEX y de PROCOMER en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador a empresas que cometieron presuntos incumplimientos al Régimen de Zonas Francas. Es importante retomar que *“en el caso de la potestad sancionadora administrativa se permite la colaboración reglamentaria para concretar y desarrollar ciertos aspectos de la Ley y adaptarlos a la realidad del momento”* (Sánchez, 2016, pág. 104).

Por su parte, el artículo 32 de la Ley N° 7210 matiza el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, al señalar que *“para determinar la sanción aplicable,*

se tomará en cuenta la gravedad de la falta, el grado de culpa o la existencia de dolo por parte de los empleados o personeros de la empresa, la reincidencia y, cuando se trate de multas, el volumen de ingresos de la empresa”.

La norma en comentario materializa los principios de racionalidad y proporcionalidad para dimensionar las posibles sanciones a aplicar a las empresas que resulten culpables, una vez tramitado el respectivo procedimiento administrativo sancionador, lo cual es también consecuente con los fines de dicho Régimen, ya que se debe tomar en cuenta la magnitud de la falta para la imposición de la sanción.

Así las cosas, bajo tal matización, la aplicación de las sanciones debe obedecer al incumplimiento que en cada caso concreto debe determinarse, reservando las de sanciones más gravosas, para las faltas de mayor gravedad, tales como el incumplimiento de las obligaciones sustanciales para con dicho Régimen. Consecuentemente, las sanciones de menor gravedad corresponderá aplicarlas a quienes incumplan las obligaciones formales. De la aplicación de dicha norma, resulta el uso proporcional y razonable de la potestad administrativa sancionadora.

Dicho artículo 32 ibídem agrega que *“contra la imposición de las sanciones previstas en este artículo cabrá recurso de reposición dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución correspondiente, con lo cual se dará por agotada la vía administrativa”.*

Siguiendo con el procedimiento administrativo aplicable al Régimen en comentario, el artículo 33 de la Ley en comentario agrega que *“el Poder Ejecutivo, al tener conocimiento de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 32, levantará la información correspondiente y luego dará audiencia por tres días hábiles a la empresa infractora, a fin de que ofrezca la prueba de descargo, que se evacuará dentro de los ocho días hábiles siguientes”.*

Es necesario destacar que la Ley de Régimen de Zonas Francas establece un procedimiento especial, que se aparta un poco de la Ley General de la

Administración Pública, la que establece únicamente dos tipos de procedimientos administrativos, a saber, el procedimiento administrativo ordinario regulado de los artículos 308 al 319 y el procedimiento administrativo sumario regulado de los artículos 320 al 326.

Bien se podría indicar que el procedimiento administrativo sancionador en el Régimen de Zonas Francas es un procedimiento especial y sumarísimo, dado los plazos cortos para resolver la situación jurídica de las empresas beneficiarias a las que se le siga un procedimiento administrativo. A eso se puede agregar, siguiendo el citado artículo 33 *ibidem*, que *“el Ministro resolverá dentro de los quince días hábiles siguientes a la recepción de la prueba”*.

Se estima que dicho enfoque no vulnera la rigurosidad a la que debe someterse el procedimiento administrativo. Se cumple con el principio de reserva de ley para el establecimiento del procedimiento. Además, permite a la Administración sentar las responsabilidades que corresponda en un plazo más corto.

A los inversionistas no les interesa venir a atender procedimientos administrativos sancionadores, ellos lo que persiguen en el Régimen de Zonas Francas es operar y desarrollar sus actividades productivas con normalidad, de ahí que la Administración deba resolver la situación jurídica de estos a la mayor brevedad, por lo que dicho procedimiento resulta positivo a tales efectos.

El procedimiento administrativo que establece la Ley N° 7210 es consecuente con los principios de legalidad y de tipicidad a los que se ha venido haciendo referencia, lo que permite válidamente llegar a sentar las responsabilidades que correspondan en un plazo menor que el dispuesto al de la Ley General de la Administración Pública, lo que también es aplicación de otros principios como los de eficiencia y eficacia, sin perder de vista que la *“responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas corresponde por regla general a sus autores, ya sean personas físicas o jurídicas”* (Rivero, 2018a, pág. 3).

Pese a las particularidades señaladas anteriormente y que no generan mayor polémica, valga advertir que con la incorporación del instituto de las fluctuaciones que

se introdujo mediante la reforma operada en el año 2016 al Reglamento a la Ley N° 7210 y que se visualiza en el artículo 122 bis inciso d) de dicho Reglamento, la dinámica cambió.

En este sentido, dicha norma destaca que *“por razones propias de su giro comercial, las empresas podrán tener fluctuaciones de hasta un -25% en sus niveles de inversión total y empleo establecidos en el acuerdo ejecutivo de otorgamiento”*. Además, en virtud del inciso e) del citado artículo 122 bis, se dispuso que *“PROCOMER recomendará al Ministerio de Comercio Exterior, el inicio de un procedimiento administrativo a todas aquellas empresas que incumplan en más un 25% del nivel de inversión total, empleo y valor agregado establecidos en acuerdo ejecutivo de otorgamiento”*.

De la interpretación del citado instituto de las fluctuaciones, es posible señalar que la administración debe tolerar que las empresas incumplan las obligaciones en materia de empleo, inversión y valor agregado, siempre y cuando no sobrepasen del 25% de los compromisos acordados.

Sobre dicho instituto, se ha mencionado que permitir *“las fluctuaciones en el cumplimiento, es de dudosa constitucionalidad, ya que la determinación de los parámetros relativos a las penas y sanciones, es atribución exclusiva de una norma con rango legal (reserva de ley), sumado al hecho de que, si bien se mira, el artículo 32, inciso c), de la Ley del Régimen de Zonas Francas, establece como conducta sancionable para las empresas el simple hecho, sin “fluctuaciones”, de “Incumplir los nuevos niveles de inversión, empleo, valor agregado nacional u otros contemplados en el respectivo Acuerdo Ejecutivo”* (Rojas, 2017).

Acorde con lo anterior, se comparte la inquietud que dicho autor expone y se deja abierta la posibilidad de un estudio posterior sobre dicha figura, ya que el alcance de la presente no permite su abordaje completo. Ciertamente el procedimiento administrativo podría matizarse para efectos de limitar el ius puniendi, máxime la naturaleza jurídica del Régimen de Zonas Francas, donde lo que se persigue no es sancionar a los inversionistas. Congruente con la posibilidad de poder matizar los alcances de la potestad administrativa

sancionadora, se estima que la mejor vía para ello es la vía legal, donde podría establecerse causales para permitir incumplimientos temporales, sea por medio del instituto del caso fortuito o de la fuerza mayor, que perfectamente podrían ser válidos.

En este sentido, para limitar el *ius puniendi* para el caso concreto del Régimen de Zonas Francas, máxime si se toma en cuenta los fines que este persigue (atracción de inversión extranjera directa y mejoramiento del clima de negocios), se requiere al menos de una reforma legal para generar así seguridad jurídica y garantizar el respeto del ordenamiento jurídico.

4. Conclusiones.

Acorde con el planteamiento expuesto, las Zonas Francas de Costa Rica fueron establecidas para estimular la economía costarricense y procurar la incorporación de una tímida industria al comercio mundial. Con el paso del tiempo, dicho instituto cobró fuerza al punto de convertirse en un Régimen, que, con la anuencia del legislador costarricense, se consagró en la Ley N° 7210.

Dicho Régimen establece el otorgamiento de incentivos para quienes desarrollen actividades productivas en suelo costarricense, de ahí su excepcionalidad. Aunado a lo anterior, la institucionalidad, la estabilidad política, niveles educativos aceptables, entre otros, son parte de la oferta de valor, forman parte de la carta de presentación para atraer inversión extranjera directa y mejorar el clima de negocios, siendo estos dos últimos, los fines que persigue la citada Ley de Régimen de Zonas Francas, pudiendo agregarse un tercero, la generación nuevas fuentes de empleo.

A cambio del otorgamiento del Régimen de Zonas Francas, las empresas que desean realizar sus operaciones productivas en éste se deben someter a una serie de condiciones. Acá se crea una relación de especial sujeción entre la Administración y las empresas beneficiarias del Régimen, lo que a su vez justifica el control que ejercen tanto COMEX y PROCOMER, así como también, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora cuando se presenten posibles incumplimientos a dicho Régimen.

Se estima que el ejercicio de dicha potestad debe realizarse tomando en cuenta las particularidades del Régimen, ya que no se persigue sancionar a las empresas beneficiarias, sino más bien que estas desarrollen sus operaciones productivas con las mayores facilidades posibles, permitiendo así el crecimiento de éstas y porqué no, la atracción de otras empresas que puedan interactuar entre sí generando valor y dinamizando la dinámica comercial.

Partiendo de lo anterior, el legislador costarricense estableció en la propia Ley N° 7210, un procedimiento administrativo especial para las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas, que se nutre de lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública cuando sea necesario.

Las infracciones que se establecen en dicha normativa parten de la lógica de sancionar a las empresas que incumplan las obligaciones sustanciales y formales que acordaron cumplir al momento de iniciar su operación en tal Régimen, ya que estas fueron las que justificaron los beneficios que obtuvieron.

Fuera de dichos supuestos, el ejercicio del *ius puniendi* deviene en injustificado, así como también deviene en injustificado el ejercicio de dicha potestad sin tomar en cuenta las particularidades del caso concreto, ya que, por mandato del legislador, es necesario hacer el ejercicio de correspondencia entre la sanción a imponer y la falta cometida.

Dicho ejercicio que materializa los principios de razonabilidad y proporcionalidad procura guiar la aplicación correcta de potestad administrativa sancionadora, reservando las sanciones más gravosas, como la revocatoria del Régimen, para incumplimientos sustanciales, cuya afectación a este sea realmente importante. Las pautas que el legislador estableció en el artículo 32 de la Ley N° 7210 son de gran importancia.

Como se pudo apreciar, salvo un caso en particular, no se advierte de inconsistencias en el Régimen de Zonas Francas en lo que respecta a la materia sancionadora, toda vez que es la propia ley la que establece un procedimiento especial y sumarisimo para resolver la situación jurídica de los administrados en plazos más

cortos, respetando el debido proceso y los derechos de las empresas beneficiarias de dicho Régimen.

Además, las sanciones están tipificadas en la propia ley, por lo que se cumple con los principios de legalidad y tipicidad, además de que establece algunas particularidades que ciertamente matizan el ejercicio de dicha potestad dentro de los márgenes de la razonabilidad y proporcionalidad, ya que se establece la obligación de la Administración de valorar la gravedad de la falta, el grado de culpa o la existencia de dolo por parte de los empleados o personeros de la empresa, la reincidencia y, cuando se trate de multas, el volumen de ingresos de la empresa, para la aplicación de las sanciones en cada caso concreto.

El aspecto que resulta necesario ampliar, pero que se escapa de los alcances de la presente investigación, es el instituto de las fluctuaciones que se introduce mediante la reforma al Reglamento a la Ley N° 7210, ya que presenta algunos aspectos interesantes que podrían dar como resultado una nueva investigación, que a la larga resulte incluso novedosa y de utilidad para otros investigadores y/o lectores.

5. Referencias bibliográficas.

Libros y revistas.

Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) (2018). *Diseño y evaluación de incentivos tributarios en países en Desarrollo*. Nueva York, Naciones Unidas.

Ortiz, Eduardo (1981). "Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública", en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. Colegio de Abogados y Asociación Costarricense de Derecho Público. San José, Costa Rica.

Quintero, Olivares (1991). "La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal", en *Revista de la Administración Pública*, N° 126. Documento

recuperado el 28 de septiembre de 2018, en la siguiente dirección electrónica: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17106>.

Rojas, Alex (2013). "El régimen de zonas francas como conducta administrativa de fomento", en *Revista Judicial N° 110 del Poder Judicial de la República de Costa Rica*. Recuperado el 01 de octubre de 2018, en la siguiente dirección electrónica: https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/PDFs/07_archivo.pdf.

Sánchez, Zulima (2016). "La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho", en *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, Volumen VI. Contraloría General de la República, San José.

Recursos web

Alonso, Eduardo (2009a). "Análisis sobre el comportamiento e importancia de la inversión extranjera directa en Costa Rica". Decimoquinto Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Recuperado el 23 de junio de 2018, en la siguiente dirección electrónica: https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/Alonso2009IED.pdf.

Alonso, Eduardo (2009b). "La propuesta de reforma a la Ley de zonas francas: retos e implicaciones de política". Decimoquinto Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Recuperado el 23 de junio de 2018, en la siguiente dirección electrónica: https://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/Alonso_ZF.pdf

Alonso, Eduardo (2012). "Tendencias de la Inversión Extranjera en Costa Rica: Efectos de la reforma de la ley de zonas francas". Decimoctavo Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Recuperado el 24 de junio de 2018, en la siguiente dirección electrónica: https://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/018/alonsozonasfra.pdf.

Alonso, Eduardo (2016). "Políticas de fomento al desarrollo productivo en Costa Rica". Vigésimosegundo Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Recuperado el 24 de junio de 2018, en la

siguiente dirección electrónica: https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/022/Oportunidades/Alonso_2016.pdf.

Medaglia, Cindy y Mora, Erick (2016). "Balance de Zonas Francas: beneficio neto del régimen para Costa Rica 2011-2015". Investigación realizada para la Promotora del Comercio Exterior, PROCOMER. Recuperado el 22 de junio de 2018, en la siguiente dirección electrónica: https://procomer.com/downloads/zonas-francas/balance_zf_2011_2015.pdf.

Procuraduría General de la República (2006). "Manual de Procedimiento Administrativo". Recuperado el 02 de octubre de 2018, la siguiente dirección electrónica: https://www.pgr.go.cr/wp-content/uploads/2017/06/Manual_de_Procedimiento_Adm.pdf.

Rojas, Alex (2017). "Alcances de la última reforma a la Ley de Régimen de Zonas Francas", en el blog jurídico Punto Jurídico. Recuperado el 30 de octubre de 2018, en la siguiente dirección electrónica: <https://www.puntojuridico.com/alcances-de-la-ultima-reforma-al-regimen-de-zonas-francas/>.

Otros recursos.

Rivero, Ricardo (2018a). "La potestad sancionadora de la administración". Material de apoyo para el curso de Diplomado sobre "Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública", impartido por la Contraloría General de la República y la Universidad de Salamanca.

Rivero, Ricardo (2018b). "El procedimiento administrativo". Material de apoyo para el curso de Diplomado sobre "Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública", impartido por la Contraloría General de la República y la Universidad de Salamanca.

Jurisprudencia judicial nacional.

Voto N° 1996-01484 de las dieciocho horas con veinticuatro minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Voto N° 00994-1997 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del catorce de febrero de 1997, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Voto N° 013329-2006 de las diecisiete horas y treinta y dos minutos del seis de setiembre del dos mil seis de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Voto N° 06976 -2011 de las trece horas y veintidós minutos del veintisiete de mayo del dos mil once de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Criterios administrativos.

Dictamen N° C-052-2004 del 4 de febrero de 2004 de la Procuraduría General de la República.



Daisy Carvajal Gutiérrez¹
daisy.carvajal@cgr.go.cr

Gobierno abierto y rendición de cuentas en Costa Rica: **consideraciones en torno a la regulación normativa del “lobby” o cabildeo**

Sumario

1. Introducción.
2. Gobierno abierto: su aplicación en Costa Rica.
 - 2.1. ¿Qué es gobierno abierto?
 - 2.2. Ejes del gobierno abierto.
 - 2.2.1. Transparencia.
 - 2.2.2. Participación ciudadana.
 - 2.2.3. Rendición de cuentas.
 - 2.3. Consideraciones en torno a las políticas nacionales de gobierno abierto.
 - 2.3.1. Planes de acción de gobierno abierto en Costa Rica.
3. En búsqueda de nuevos mecanismos de rendición de cuentas: consideraciones sobre la regulación normativa de “lobby” o cabildeo.
 - 3.1. ¿Qué se debe entender por “lobby” o cabildeo?
 - 3.2. Aspectos esenciales en relación con la regulación del “lobby”.
 - 3.2.1. Breve recuento de la experiencia internacional.
 - 3.2.2. Estándares mínimos de regulación internacional.
 - 3.3. Regulación normativa del “lobby” en Costa Rica: un novedoso mecanismo de rendición de cuentas.
 - 3.3.1. Sustento constitucional y regulación normativa del “lobby” en el ordenamiento jurídico costarricense.
 - 3.3.2. Retos y desafíos en torno a la normativización de la figura en Costa Rica.
4. Conclusiones.
5. Referencias

¹ Abogada y Notaria Pública por la Universidad de Costa Rica. Posee un Diplomado sobre Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca, así como diversos cursos de formación en derecho público y administrativo. Actualmente labora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.



Palabras claves: gobierno abierto, transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, lobby, cabildeo.

Resumen: En el 2012, Costa Rica dio un paso significativo hacia la instauración de un gobierno abierto, con la incorporación oficial a la Alianza de Gobierno Abierto, mejor conocida como Open Government Partnership (OGP). Desde ese momento, se ha trabajado programáticamente en el desarrollo de estrategias gubernamentales que nos acerquen a los requerimientos de un gobierno de este tipo. Como parte de los compromisos adquiridos por Costa Rica para ingresar a la OGP, se han desarrollado tres planes de acción, los cuales han establecido los pilares de trabajo de conformidad con las necesidades que, en su momento, han sido detectadas como prioritarias tanto por el gobierno central como por los ciudadanos que han sido parte de cada proceso. Si bien se ha trabajado de forma constante en el tema, existen sectores del gobierno donde se requiere un desarrollo mucho más arduo en torno a las políticas de gobierno abierto, como lo es, precisamente, el ámbito parlamentario. Mediante este artículo, se plantea la posibilidad de optar por la regulación normativa del ejercicio del “lobby” o cabildeo en el ámbito nacional, el cual inicia con su regulación en la Asamblea Legislativa. Este ejercicio surge como un mecanismo adicional en la consolidación de un Estado más transparente, donde la rendición de cuentas pase a ser más que un simple enunciado constitucional. Aunque han existido diversos esfuerzos para regular la figura en el ordenamiento jurídico nacional, la normativización efectiva del “lobby” requiere contemplar algunos parámetros mínimos, establecidos internacionalmente, que garanticen el ejercicio de manera responsable y transparente, lo cual es uno de los retos más importantes vigentes en la actualidad.

1. Introducción

Con el paso de los años, se ha observado un aumento en la participación e influencia de grupos de interés en la toma de decisiones relevantes para la ciudadanía. Tradicionalmente, esta actividad ha sido, prejuiciosamente, catalogada como corrupción o un supuesto de conflicto de interés. Sin embargo, nos encontramos, en buena parte de las ocasiones, en el ámbito del ejercicio del “lobby” o cabildeo.

Nuestro país, al día de hoy, no cuenta con regulación normativa expresa en torno al ejercicio de esta actividad, por lo que se le ha visto como un ejercicio ilegítimo o contrario al interés público. A pesar de lo anterior, lo cierto es que el “lobby” es un mecanismo de participación ciudadana que, a su vez, posibilita el ejercicio de la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos que representan nuestros intereses.

Su relevancia es tal que la propia Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha sostenido que la regulación de esta práctica es necesaria porque dota de transparencia, integridad y equidad al proceso de toma de decisiones, aspectos cruciales para salvaguardar el interés público y la promoción de la igualdad de condiciones para las empresas y los ciudadanos (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos 2010).

Además, se torna en uno de los instrumentos recomendados en la consolidación de un gobierno de tipo abierto, camino que ha sido recientemente adoptado por Costa Rica gracias a su incorporación en el OGP.

Se procederá, inicialmente, con un breve repaso del significado e implicaciones de las nuevas políticas de gobierno abierto, para luego analizar cómo la regulación del “lobby” puede colaborar con su consolidación en el nivel nacional.

2. Gobierno abierto: su aplicación en Costa Rica

En primer término, con el fin de comprender el desarrollo del presente ensayo, se deben aclarar los conceptos esenciales que giran en torno al denominado gobierno abierto. Por ello se procede, de forma breve, a repasar algunos de los aspectos teóricos de mayor trascendencia en relación con este tema.

2.1 ¿Qué es gobierno abierto?

Si bien el concepto de gobierno abierto no es, verdaderamente, un tema de reciente data e, incluso, se podría decir que aún se encuentra en “etapa de consolidación”, lo cierto es que en la última década, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, el tema ha recobrado una importancia particular. Con el paso de los años, los denominados gobiernos abiertos han generado un nuevo estilo de gobernanza, que colabora con la consolidación de una nueva estructura en el desarrollo de la gestión pública (Criado y Ruvalcaba 2016).

Sobre el particular, Ramírez (2011) ha indicado que este modelo de gobierno surge como un nuevo paradigma de relación entre los gobernantes, los administrados y las administraciones. Promueve una gestión transparente, multidireccional, colaborativa y orientada a la participación de los ciudadanos, tanto en el seguimiento como en la toma de decisiones públicas.

En este mismo sentido, Tapscott (2010, en CEPAL 2016, p. 15) resalta que un gobierno abierto abre sus puertas al mundo, co-innova con todos, especialmente con los ciudadanos. Señala que bajo este tipo de gobierno “...aprovecha el poder de la colaboración masiva, la transparencia en todas sus operaciones, y no se comporta como un departamento o jurisdicción aislada, sino como una estructura nueva, como una organización verdaderamente integrada y que trabaja en red”.

Así las cosas, se ha entendido que los gobiernos abiertos rompen las estructuras de la burocracia tradicional, pues los nuevos pilares fundamentales de la relación administración-administrados se basan en una interacción mucho más directa, eficaz y transparente, que pretende unir los esfuerzos de los diferentes

actores sociales en aras de la mejora constante de los servicios públicos brindados.

2.2 Ejes del gobierno abierto

Con el paso de los años y a través de los numerosos estudios sobre el tema, han existido diferentes propuestas o clasificaciones de los ejes o principios que deben servir de fundamento a un gobierno abierto. En esta investigación se han elegido los tres ejes principales en los que ha existido mayor consenso y aceptación internacional: transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas. Estos resultan ser un trípode indispensable y necesario para el desarrollo democrático y para dar cauce a un Estado de Derecho (Martínez, 2014). A continuación, se analizará cada uno con mayor detalle.

2.2.1 Transparencia

El acceso a la información puede empoderar a los ciudadanos para monitorear la calidad de los servicios del gobierno y el uso de los recursos públicos (Geginat y Saltane 2014), motivo por el cual el principio de transparencia, con toda lógica, se torna en uno de los ejes esenciales de un gobierno de tipo abierto.

Sobre el particular, se ha sostenido que la transparencia gubernamental consiste en que la información sobre las actividades de los organismos públicos esté a disposición del público, de manera oportuna y en formatos de datos abiertos, sin límites para su reutilización. Considerando este principio, a su vez, como un verdadero derecho que ostenta toda persona de recibir información veraz sobre las labores desempeñadas por la administración en general (CEPAL 2016).

En relación con el tema, se ha indicado que solo un ciudadano bien informado puede comprometerse con el desarrollo político y social de su país, lo que a su vez implica que únicamente un gobierno radicalmente transparente puede ofrecer a los ciudadanos suficientes datos de su gestión como para que estos puedan opinar y participar activamente y de manera informada (Naser y Concha 2019).

Entre algunos de los estándares mínimos que se han sugerido con el fin de promover la transparencia en los diversos Estados se encuentran (Naser y Ramírez, 2013):

- a. Derecho a saber:** que los gobiernos reconozcan el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a la información y que faciliten información en respuesta a las solicitudes y de manera proactiva.
- b. Publicación proactiva:** que las entidades trasmitan de manera proactiva información de interés público, mediante los esfuerzos necesarios para asegurar el acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a dicha información.
- c. De carácter gratuito y libre para su reutilización:** que la información se haga pública sin cargo y sin límites para su utilización.
- d. Mecanismo de supervisión independiente:** que el derecho de acceso a la información sea supervisado por un organismo independiente que revise su cumplimiento.

2.2.2 Participación ciudadana

El segundo eje de interés es el de participación ciudadana, el cual entra en juego como una consecuencia lógica a la concreción del principio de transparencia anteriormente reseñado. Desde un punto de vista amplio, se ha considerado como participación cualquier actividad desplegada por un administrado dirigida a influir, directa o indirectamente, en las políticas del Estado (Font y Blanco, 2006).

Sin embargo, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública considera lo siguiente como participación ciudadana:

(el)...proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y grupos indígenas. (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2009, p. 3)

Sin perjuicio de las definiciones dadas, lo cierto es que, en la actualidad, los gobiernos han migrado a generar y promover nuevas formas de participación ciudadana a lo largo de las actividades desarrolladas por la administración, con el fin de procurar el involucramiento de los ciudadanos en la amplia variedad de servicios brindados por cada Estado.

Esta línea se ha mantenido en vista de que una participación activa e interesada genera mayores grados de compromiso por parte de los diferentes actores sociales, siendo que consecuentemente, si los administrados se comprometen con algo que hacen y sienten suyo, aumentan los niveles de responsabilidad que asumen en la materia (Prieto-Martín, Pedro y Ramírez-Alujas, Álvaro). Lo que, sin lugar a dudas, produce un impacto positivo en la administración pública en general, al contar con el apoyo y aportes de ciudadanos conscientes y responsables de sus necesidades y las de la colectividad.

2.2.3 Rendición de cuentas

Finalmente, el tercer eje o principio de relevancia, en virtud del interés que significa para el presente artículo, es el denominado rendición de cuentas. Sobre el particular, se ha señalado que consta tres aspectos constitutivos primordiales: a) el acceso a la información pública, b) las disposiciones contra la corrupción y c) la fiscalización del uso y aprovechamiento de los recursos públicos (Bazdresch, 2010). Se considera que en estos ejes temáticos se debe estructurar la rendición de cuentas por parte de cada Estado.

En cuanto al tema, Martínez (2014) ha señalado que la rendición de cuentas es una obligación y una responsabilidad de los servidores públicos frente a los administrados y frente a los órganos públicos establecidos en la ley: responsabilidad que se deriva de una exigencia ética, social y, sobre todo, jurídica.

En esencia, la rendición de cuentas significa que las personas, los organismos y las organizaciones tienen la responsabilidad del adecuado cumplimiento de sus funciones. Esta rendición se convierte en una exigencia implícita de toda persona que tenga encomendada la administración de bienes ajenos, como en el caso de los funcionarios de la administración pública (Suárez 2015).

En virtud de lo anterior, buena parte de los estudiosos en la materia han coincidido en que este eje es un elemento central de la democracia representativa, al tornarse en uno de los principales instrumentos para controlar el abuso del poder y garantizar que los gobernantes cumplan su mandato con transparencia, honestidad y eficacia (Ugalde 2016).

La rendición de cuentas efectiva permite a los funcionarios informar de manera oportuna las tareas que realizan en el desempeño de sus labores. Significa dar cuentas sobre sus actuaciones para satisfacer el interés público, lo cual es fundamental en su rol de depositarios de la autoridad.

Asimismo, permite a los ciudadanos ejercer un control efectivo sobre las actuaciones de la administración, lo que genera un doble impacto positivo. El primero se relaciona con la supervisión en el uso eficiente y adecuado de los recursos públicos y el segundo, con la legitimidad y la confianza que se devuelve a cada administración y, por ende, a la institucionalidad democrática.

Con base en Naser y Ramírez (2013), a continuación se listan algunos de los elementos mínimos recomendados que debe poseer cada gobierno considerado como abierto en relación con la efectiva rendición de cuentas de su administración, entre ellos:

a. Códigos de conducta: establecer y fomentar normas claras de comportamiento de los servidores públicos.

b. Contar con mecanismos de prevención de los conflictos de intereses: Evitar, a través de un marco normativo claro, prácticas que aseguren que los funcionarios públicos no están comprometidos con decisiones en las que su juicio podría verse afectado por intereses privados.

c. Exigencia de las declaraciones de bienes por parte de los funcionarios públicos.

d. Mecanismos de denuncias y protección para denunciantes: que existan canales de protección para los funcionarios públicos que denuncien y hagan pública la información que

revela actos de corrupción, conductas inapropiadas, irregularidades, mala administración o derroche de recursos públicos dentro del gobierno.

e. Transparencia en compras públicas.

f. Organismos de vigilancia independientes.

g. Transparencia y regulación del “lobby” o cabildeo: que las acciones de “lobby” o cabildeo estén sujetas a controles normativos, marcos adecuados de regulación, acompañados de la suficiente transparencia para garantizar que el público tenga la supervisión sobre la influencia de intereses particulares o de grupos de interés en la toma de decisiones públicas.

Interesa señalar, además, cómo estos tres ejes (transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas), ya cuentan con asidero normativo en nuestro país, lo cual refleja y confirma su relevancia en una democracia representativa como la de Costa Rica.

En torno al eje de transparencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que este es uno de los principios constitucionales que inspiran el sistema democrático costarricense y, como tal, debe servir de parámetro en la interpretación de las normas a favor de los ciudadanos. Además ha señalado:

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. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n° 2120-03) (la negrita no corresponde al original)

Asimismo, en relación con la participación ciudadana, nuestra Constitución Política señala, en su numeral 9, que “El Gobierno de la República es popular, representativo, **participativo**, alternativo y responsable” (la negrita no corresponde al original). Este calificativo, incluso, fue incorporado al texto constitucional mediante una reforma parcial realizada a través de la Ley n° 8364 del 01 de julio de 2003.

Lo anterior refleja precisamente la visión que sobre el tema se ha mantenido en las últimas décadas en el ámbito nacional, la cual busca fomentar y consolidar la participación de la ciudadanía en todos los espacios del quehacer de la administración.

Finalmente, en relación con el último eje objeto de estudio, tal y como lo ha señalado el profesor Rastrollo (2016, p. 86), que “distintas constituciones han ido consagrando, desde la primera mitad del siglo XIX, una arquitectura institucional fundamentada en la rendición de cuentas y el control sobre la actividad de funcionarios y administración”. Por esta razón, se comprende que la rendición de cuentas constituye uno de los pilares sobre los que se sostiene nuestra democracia costarricense.

Sobre esta línea, nuestra Carta Magna estatuye la rendición de cuentas como una de las exigencias a las que se encuentran sometidos los funcionarios de la administración pública establece al respecto: “La Administración Pública en sentido amplio estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y **rendición de cuentas**, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes” (Art. 11) (la negrita no corresponde al original).

Considerados los aspectos conceptuales brevemente reseñados, así como su tutela y respaldo constitucional en el ordenamiento jurídico costarricense, interesa valorar a continuación las acciones que sobre el tema han sido desplegadas por nuestro país en el camino de acercamiento a un gobierno cada vez más abierto.

2.3 Consideraciones en torno a las políticas nacionales de gobierno abierto

Como se indicó, desde la Constitución Política de 1949, existen las bases para un gobierno abierto en Costa Rica, en que prive la transparencia, la responsabilidad de los funcionarios y la rendición de cuentas por parte de la Administración. Sin embargo, no fue hasta el 2012 cuando el tema cobró relevancia en nuestro país, año en que nuestro gobierno decidió unirse a la Alianza de Gobierno Abierto, mejor conocida como OGP.

Esta consiste en una alianza internacional integrada en la actualidad por aproximadamente 70 países, la cual busca que los gobiernos miembros se asocien con la sociedad civil para promover la transparencia, empoderar a sus ciudadanos, luchar contra la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para mejorar la gobernanza de cada país (Open Government Partnership, s.f.).

Los países miembros se unen a dicha alianza mediante la elaboración de un plan de acción, el cual debe ser desarrollado en colaboración con la sociedad civil. Estos deben contar con compromisos específicos para incrementar la transparencia, la rendición de cuentas y la participación del público en el gobierno y son evaluados mediante los mecanismos de evaluación independiente, que operan a través del desarrollo de informes imparciales que dan seguimiento a los planes adoptados por cada gobierno (Open Government Partnership, s.f.).

Como parte de los compromisos adquiridos por Costa Rica cuando ingresó a la OGP, se han desarrollado, a la fecha, tres planes de acción, los cuales han establecido los pilares de trabajo de conformidad con las necesidades que, en su momento, han sido detectadas como prioritarias tanto por el gobierno central como por los ciudadanos que han sido parte de cada proceso. A continuación una breve reseña de los puntos más importantes abordados en dichos planes.

2.3.1 Planes de acción de Gobierno Abierto en Costa Rica

El primer plan desarrollado en nuestro país fue el Plan de Acción Costa Rica 2013-2014 (Presidencia de la República de Costa Rica, 2013), como respuesta a la necesaria modernización del Estado, planteada a través del Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014. En esa oportunidad, se establecieron tres líneas de trabajo fundamentales, a saber: a) mejorar los servicios públicos, b) aumentar la integridad pública, la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana y c) administrar los recursos públicos con mayor eficacia.

Con respecto al segundo eje, se mencionan algunas de las medidas que, en su momento, estableció la Presidencia de la República de Costa Rica (2013), con el fin de lograr los objetivos propuestos:

- a. Implementar la apertura del presupuesto público.
- b. Desarrollar un índice de transparencia de las instituciones públicas.
- c. Presentar proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública.
- d. Definir e implementar la política nacional de datos abiertos.
- e. Potenciar la apertura de datos en las instituciones públicas.
- f. Difundir el concepto y filosofía de gobierno abierto.
- g. Desarrollar un manual para el uso de redes sociales en las instituciones públicas.
- h. Empoderar a la población a través del acceso a la información y de los espacios de participación ciudadana.
- i. Seguimiento a la primera Hackathon de datos abiertos.

j. Foro sobre acceso a información y participación ciudadana en temas ambientales.

k. Emitir una directriz para la publicación de actas.

Posteriormente, una vez finalizado el plazo de vigencia del primer plan, se publicó el Plan de Acción ante la Alianza por un Gobierno Abierto 2015-2017, donde nuevamente se establecieron los ejes que privaron en el desarrollo de políticas nacionales durante esos tres años (Presidencia de la República de Costa Rica, 2015).

El Gobierno Central dispuso como lineamientos principales: a) promover una cultura nacional de ética, transparencia y rendición de cuentas e implementar un modelo de gobierno abierto; b) impulsar reformas necesarias a la normativa anticorrupción y abordar mediante diferentes métodos la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento de un Estado transparente y eficiente; y c) procurar una mejor relación entre el desempeño gubernamental y presupuesto público.

Mediante el desarrollo de una serie de estrategias enfocadas en los ejes de transparencia y acceso a la información, diversos ministerios luchan contra la corrupción y participación ciudadana.

Finalmente, la Presidencia de la República de Costa Rica (2017) publicó el Plan de Acción de la Alianza para un Gobierno Abierto 2017-2019, donde se establecieron los siguientes 12 objetivos de acción específicos:

- a. Plataforma digital de acceso a información sobre planes, programas y mecanismos de protección de derechos de las mujeres.
- b. Plataforma nacional multicanal de la oferta educativa pública vigente.
- c. Laboratorio de innovación para ciudades sostenibles e inclusivas.
- d. Apertura de datos públicos en materia de cambio climático y su financiamiento.
- e. Observatorio del marco jurídico vigente en materia de gobierno abierto.

- f. Implementación de los estándares de contrataciones abiertas al sistema integrado de compras públicas (SICOP).
- g. Política de justicia abierta.
- h. Política de parlamento abierto de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.
- i. Formación a mujeres de partidos políticos.
- j. Herramientas y mecanismos para la promoción y defensa de los derechos de la población LGTBI.
- k. Seguimiento a los compromisos de la estrategia nacional por un gobierno abierto.
- l. Revisión del tercer plan de acción por parte de la administración que regirá del 2018 a 2022.

Específicamente, el punto 8 promueve la apertura hacia un parlamento abierto. Sobre este tema, se habían detectado como las mayores problemáticas la falta de participación efectiva en el proceso legislativo, la legislación poco oportuna y la disminución en el sentir de los habitantes como representados por los miembros de la Asamblea Legislativa.

En el período 2017-2019 es cuando se introduce la concepción de parlamento abierto, con el fin de redireccionar el quehacer legislativo hacia las necesidades e intereses de la ciudadanía, en un intento de acercamiento al pueblo que, al final, es a quien se representa y al que se debe rendir cuentas.

En este sentido, como una propuesta alternativa a las ya señaladas por el gobierno de Costa Rica, se estima de relevancia y utilidad la regulación del “lobby” o cabildeo en el desarrollo de las actividades de los legisladores, como una estrategia adicional, en la consolidación y fortalecimiento de ese parlamento abierto que promueven las políticas de gobierno abierto. Este tema se trata con mayor detalle en el capítulo siguiente.

3. En búsqueda de nuevos mecanismos de rendición de cuentas: consideraciones sobre la regulación normativa de “lobby” o cabildeo

Como se indicó en el capítulo precedente, si bien en los últimos años nuestro país ha adoptado diversas políticas en torno a un gobierno más abierto, una de las técnicas para fomentar la rendición de cuentas es la regulación del denominado “lobby” o cabildeo, como mecanismo complementario que delimita el ejercicio de la actividad en los diferentes ámbitos de la actividad administrativa.

Como bien se sabe, el cabildeo es una realidad de la vida política; sin embargo, a la fecha se ha llevado a cabo informalmente, debido a la ausencia de normativa específica en la materia. Lo anterior ha generado que se desprestigie la figura y se le considere como un mecanismo que facilita la corrupción y el conflicto de intereses y deja de lado las bondades de su utilización, como instrumento que consolide la participación ciudadana, la transparencia y la efectiva rendición de cuentas de quienes detentan el poder en el país.

3.1 ¿Qué se debe entender por “lobby” o cabildeo?

El término “lobby” data del siglo XIX y hacía referencia al nombre de los pasillos del congreso británico donde coincidían personas para tratar asuntos con los diputados, líderes políticos o representantes del gobierno. Estos encuentros reunían a distintos grupos de personas con multiplicidad de intereses que necesitaban de la actuación de los miembros del gobierno o de los congresistas para gestionar sus demandas (Castillo, 2010).

En virtud de lo anterior, se ha considerado como “lobby” el proceso mediante el cual los grupos de interés o de presión ponen en conocimiento de los tomadores de decisiones políticas o de los diseñadores de políticas públicas sus puntos de vista, con la intención de influir en sus resoluciones. A su vez, el cabildeo legislativo es aquel que ejecutan grupos, gremios, dependencias gubernamentales u oficinas especializadas ante el

Poder Legislativo, con el fin de impulsar iniciativas y propuestas para fortalecer la toma de decisiones (Gómez, 2008).

Con base en lo anterior, se mantiene que el cabildeo no es, en sí, un problema, por cuanto los grupos de interés usualmente representan diversos sectores de la sociedad y sus requerimientos. Precisamente, un gobierno más democrático y dirigido a la atención de las necesidades de sus ciudadanos promueve la posibilidad de otorgarles oportunidad de expresar sus inquietudes o sugerencias, al tener contacto, de primera mano, con sus opiniones e insumos en el desarrollo de las políticas públicas de la administración.

3.2 Aspectos esenciales en relación con la regulación del “lobby”

Con el fin de regular de forma idónea la actividad de cabildeo en la legislación nacional, se deben considerar algunos puntos de partida mínimos en el desarrollo de la normativa atinente a la materia. Esto posibilita la emisión de normas y su cumplimiento sin entorpecer el ejercicio legítimo de esta actividad por parte de los grupos interesados.

Así, la regulación adecuada del “lobby” fomenta la transparencia y la rendición de cuentas de los funcionarios en los altos cargos del poder, ya que otorga una posibilidad real para que los administrados puedan monitorear el proceso de la toma de decisiones objeto de su interés, así como el efectivo respeto del interés público por parte de los funcionarios a cargo de dichos procesos (Open Government Standards, s.f.).

3.2.1 Breve recuento de la experiencia internacional

En el camino hacia la regulación normativa del cabildeo en Costa Rica, conviene referirse brevemente a la experiencia internacional. El primer referente es, sin lugar a dudas, Estados Unidos, pionero en la elaboración de normas de control del ejercicio de la actividad del “lobby”, caracterizado por normas minuciosas provenientes de “The Federal Regulation of Lobbying Act” que data de 1946 y que, posteriormente, fue sustituida por el “Lobbying Disclosure Act” de 1995.

Estas normas se enfocan en la regulación de la actividad de cabildeo ante el poder parlamentario, compuesto por la Cámara de Representantes y el Senado.

La regulación estadounidense está dirigida a los llamados “lobbistas profesionales” (Lobbying Disclosure Act, 1995), que son aquellos remunerados para involucrarse en determinadas actividades de “lobby” a favor de un cliente o empleador. Dentro de sus normas, se exige el registro de los lobbistas, la entrega de informes periódicos que incluyan las temáticas tratadas así como los ingresos provenientes del ejercicio de dicha actividad.

Estos informes son almacenados por la Secretaría de la Cámara de Representantes y por la Secretaría del Senado. Las fichas de los registros e informes son públicas, están disponibles en ambas cámaras y además son accesibles a través de internet.

Además, la norma establece limitaciones de tiempo en el ejercicio de la actividad cuando se deja de ser funcionario público, así como restricciones para la recepción de regalías u obsequios. Aunado a lo anterior, cada cámara cuenta con normas éticas y estándares de conducta propias en el desempeño de sus funciones.

Por otro lado, se puede citar la experiencia del Reino Unido, que contrasta de forma significativa con la estadounidense, al ser mucho menos rígida y más pragmática. Su regulación consiste en Códigos de Conducta Parlamentaria en cada país miembro, así como la posibilidad de la autorregulación por parte de los propios grupos de interés (García, 2008).

Si bien el tema de la regulación unitaria del “lobby” se ha analizado en reiteradas oportunidades, se ha rechazado tanto el establecimiento de una normativa estatutaria en la materia, así como la imposición de un registro obligatorio de lobbistas. Se alega el costo que podría significar implementar y administrar un sistema de vigilancia como este, razón por la cual se ha optado por una regulación mucho más laxa que apela a la voluntad y principios éticos de los involucrados.

Finalmente, vale la pena reseñar la experiencia de Chile, uno de los últimos países en emitir normativa específica sobre la regulación del cabildeo (Gobierno de Chile, 2014, s.f.). El 8 de marzo de 2014 se publicó la Ley n.° 20.730, en que se adopta, en buena medida, el modelo de regulación norteamericano. La norma establece el deber de las autoridades y los funcionarios públicos de registrar y dar publicidad a las reuniones y audiencias solicitadas por lobbistas y gestores de intereses particulares que tengan como finalidad influir en una decisión pública, los viajes que realicen en el ejercicio de sus funciones y los regalos que reciban como autoridad o funcionario.

La regulación aplica a la administración pública en general, a diferencia de los países citados. No se limita al ámbito legislativo. Además, establece el registro público de lobbistas, el cual es de acceso libre por medio de su sitio web y la existencia de un Código de Buenas Prácticas que sirve de guía en el ejercicio de la actividad.

Algunas de las observaciones que se han realizado a dicha legislación giran en torno a la necesidad de normativa complementaria en temas como fortalecimiento de transparencia, tráfico de influencias, corrupción y conflictos de interés. Asimismo, se incluyen temas como la necesaria fiscalización de los datos ingresados a la plataforma de acceso público, con el ánimo de verificar su validez (García, 2008).

3.2.2 Estándares mínimos de regulación internacional

Gracias a la vasta y variada experiencia internacional –parte de la cual se mencionó antes– en la actualidad se han logrado estandarizar algunos de los requisitos mínimos sugeridos para desarrollar normas que regulen el ejercicio del cabildeo. Ahora, si bien se ha sostenido que el “lobby” tiene una marcada influencia política y ética en cada país, lo cierto es que debe ser complementada con normas jurídicas claras que desarrollen sus límites y requisitos esenciales.

Así en el 2015, a través del esfuerzo de Access Info Europe, Open Knowledge, Sunlight Foundation y Transparency International (2015), se establecieron los “Estándares internacionales para la regulación del

cabildeo”, con el objetivo de servir como guía a los responsables de la formulación de las legislaciones en torno a dicha actividad.

La iniciativa se centra en la regulación del cabildeo desde cinco perspectivas diferentes pero complementarias y, a su vez, plantea los requerimientos mínimos que deben considerarse en relación con cada una de ellas. A continuación se retoman brevemente los aspectos que se estimen de mayor interés para el objeto de esta investigación:

a. Transparencia: las interacciones de cabildeo entre los grupos de presión y los funcionarios públicos deben ser transparentes, lo que aumenta la conciencia sobre el funcionamiento del gobierno, contribuye a la participación de los interesados y permite la confianza y la supervisión del público. Entre algunas de las acciones propuestas en la búsqueda de dicha transparencia, se sugiere la existencia de un registro obligatorio de cabildeo que sea de acceso público, la emisión de informes periódicos por parte de los lobbistas, así como la publicación proactiva de la información por parte de la administración, la cual debe ser sea clara, sencilla y gratuita.

b. Integridad: se propone que tanto los grupos de interés como los funcionarios públicos deben estar sujetos a normas de conducta claras y exigibles. Con el fin de promover el ejercicio íntegro de la actividad, se sugiere la existencia de Códigos de Conducta tanto para los funcionarios públicos como para los que ejercitan la actividad, así como el establecimiento de restricciones para el ejercicio del cabildeo por un plazo determinado posterior a laborar como funcionario público.

c. Participación y acceso: tanto los grupos de interés como el público en general deben disfrutar de acceso abierto y justo en la toma de decisiones públicas, lo que permite la diversidad de aportes, mejores políticas y, en última instancia, una democracia más representativa y confiable. Se propone la promoción de la participación ciudadana, así como la garantía de acceso igualitario a las autoridades públicas.

d. Supervisión y sanciones: se indica que debe haber suficiente supervisión y apoyo para la operación de las regulaciones de cabildeo, así como también sanciones para casos de violación. Se aconseja la creación de un organismo de supervisión o mecanismo coordinado independiente que se encargue de la materia, la consolidación de un mecanismo de quejas y el establecimiento de sanciones claras, efectivas y proporcionadas para los funcionarios y cabilderos que violentan las reglas de cabildeo.

e. Marco regulatorio: en la elaboración de normas de cabildeo, se debe considerar el contexto local y el marco normativo más amplio vigente, el cual además debe estar sujeto a revisión un año después del inicio de la legislación. Luego se deben realizar revisiones periódicas para valorar el cumplimiento efectivo de la norma.

3.3 Regulación normativa del “lobby” en Costa Rica: un novedoso mecanismo de rendición de cuentas

Una vez analizada la experiencia internacional sobre el tema, así considerados los estándares mínimos que se exigen en la actualidad para regular el cabildeo, es necesario trasladar dichos conocimientos al ámbito nacional. Nuestro país viene dirigiendo sus esfuerzos, desde hace unos años, a la promoción de un gobierno mucho más transparente, participativo y accesible al público. En este marco, la adopción de políticas en torno a la regulación del “lobby”, sin lugar a dudas, colaboran con el nuevo paradigma y exigencias que implican los gobiernos de tipo abierto.

3.3.1 Sustento constitucional y regulación normativa del “lobby” en el ordenamiento jurídico costarricense

A la fecha Costa Rica no posee legislación específica atinente a la regulación del cabildeo, a pesar de que se cuenta con un claro sustento constitucional que exige a la administración pública en general: promover y garantizar la efectiva rendición de cuentas en el desarrollo de sus labores.

Así fue establecido en la Constitución Política, que señala que la administración pública debe estar sometida a un procedimiento de rendición de cuentas y de evaluación de resultados. Señalando además que la “ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas” (Numeral 11).

Precisamente, en aras de cumplir con el mandato constitucional, se estima de relevancia la adopción de normas concretas y claras que regulen la actividad del cabildeo en nuestro país, como un mecanismo complementario a los principios mínimos establecidos por el constituyente de 1949.

Ya han existido reiterados esfuerzos de diversos actores sociales dirigidos a la aprobación de leyes que regulen la actividad del “lobby”, los cuales se han visto reflejados mediante los proyectos de ley: a) n.º 13.387²: Autorización para el ejercicio del cabildeo o gestión de intereses específicos y creación del registro nacional del cabildeo; b) n.º 16.931³: Ley de regulación del lobby en la función pública; c) n.º 19.251⁴: Ley reguladora del cabildeo en la función pública ; y d) n.º 19.785: Regulación del cabildeo en la administración pública.

Sobre el particular, se debe señalar que actualmente solo se encuentra vigente el último proyecto de ley citado, el cual se encuentra en análisis por la respectiva comisión legislativa. Sin embargo, a pesar de la buena intención que ha surgido en torno al tema, lo cierto es que la propuesta de redacción no resulta ser la más adecuada para regular de forma efectiva el ejercicio del “lobby”.

Si bien el proyecto de Ley n.º 19.785, denominado “Regulación del cabildeo en la administración pública” contiene un texto mucho más elaborado y completo que las propuestas legislativas anteriores, continúa presentado puntos de mejora importantes que deben ser corregidos antes de la emisión de la ley, de manera que la legislación por adoptar sea realmente efectiva y cumpla su cometido.

2 Presentado ante la Asamblea Legislativa el 21 de octubre de 1998 y archivado el 12 de julio de 2001

3 Presentado ante la Asamblea Legislativa el 29 de enero de 2008 y archivado el 10 de setiembre de 2014.

4 Presentado ante la Asamblea Legislativa el 04 de agosto de 2014 y archivado el 23 de octubre de 2018.

Entre algunos de los puntos que se pueden valorar es que la norma parte de la regulación del cabildeo en virtud de las prácticas de corrupción que se presentan en el país y no como un instrumento que facilita la participación ciudadana y el control en la toma de decisiones por parte de los altos mandos. Aunado a lo anterior, utiliza conceptos muy amplios para definir el término de cabildeo y cabilderos, lo cual podría generar un riesgo en el momento de la aplicación de la norma. Además, prohíbe el ejercicio de la actividad por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, aunque no se cuenta con ninguna justificación para esta la restricción. Se pone énfasis en la regulación y control de los nacionales dedicados profesionalmente a la actividad del cabildeo, sin que medie ningún razonamiento para dicha distinción.

Finalmente, a pesar de establecer el registro obligatorio de los lobbistas, señala como competencia de la Contraloría General de la República la creación de dicho registro de inscripción, así como la recepción de informes, declaraciones juradas y las minutas de reuniones que mantengan los cabilderos. Lo anterior afecta las competencias que han sido asignadas al Órgano Contralor, como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública. Este tema fue advertido por la Contraloría General mediante el oficio 10193 (CGR/DJ-1375) de 3 de agosto de 2016, donde brindó su criterio en relación con el proyecto de ley referido.

Con base en lo anterior, se considera que el proyecto vigente en la actualidad no atiende de forma certera las necesidades y requerimientos que exige la regulación del cabildeo, lo cual podría implicar que, en caso de aprobarse su texto actual, se genere el efecto contrario al deseado con la emisión de la norma.

3.3.2 Retos y desafíos en torno a la normativización de la figura en Costa Rica

Como bien se ha indicado, Costa Rica carece de una regulación especializada en el tema del "lobby" o cabildeo, a pesar que, como es bien sabido, la actividad se desarrolla y se seguirá desarrollando como consecuencia de la dinámica política, socioeconómica y cultural de nuestro país.

A pesar de lo anterior, se estima que el ambiente actual es propicio para la adopción de normas que regulen la actividad, como un mecanismo complementario a las medidas que se han adoptado en torno al modelo de gobierno abierto al que aspiran nuestros gobernantes, donde los administrados cuentan con mayor protagonismo en las políticas públicas. Asimismo, se considerarían sus necesidades y opiniones y prevalece, además, el control ciudadano real y efectivo sobre las labores de la administración. Al respecto, Gómez (2008) señala que el cabildeo:

...puede convertirse en un instrumento de participación de la sociedad civil en la vida pública, esto es, puede ser una actividad que pertenezca a la realidad política y social, que permita a la sociedad participar e influir de manera directa en el diseño, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas y los programas gubernamentales, así como en el impulso o rechazo de reformas o creaciones de las leyes y reglamentos que regulan la vida interna en nuestro país" (p. 122).

Si se pretende la participación efectiva de la ciudadanía por medio del ejercicio del "lobby", se requieren, en primer término, normas claras, efectivas y que atiendan verdaderamente las particularidades de nuestro país. El proyecto de ley existente, como se ha expuesto, no regula la actividad de la forma más adecuada posible.

Desde esta perspectiva, es necesario revisar el texto del proyecto propuesto, con el fin de tomar en consideración, como parámetros iniciales, los "Estándares internacionales para la regulación del cabildeo" (Access Info Europe, Open Knowledge, Sunlight Foundation, Transparency International 2015) expuestos con anterioridad, así como los principios sugeridos por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos - OCDE (2013) en el momento de determinar la política de manejo de esta actividad, los cuales se resumen a continuación:

- a. Se debe garantizar un acceso justo y equitativo a todas las partes interesadas en la elaboración y ejecución de políticas públicas.

- b. Las reglas y directrices sobre el cabildeo deben responder a las preocupaciones por las prácticas de cabildeo que presenta el país y respetar los contextos socio-políticos y administrativos.
- c. Las reglas y directrices deben ser coherentes con la política y el marco normativo general.
- d. Los países deben definir claramente los términos “lobby” y “lobista” al desarrollar el marco regulatorio del cabildeo.
- e. Se debe proporcionar un grado adecuado de transparencia para garantizar que los funcionarios públicos, los ciudadanos y las empresas puedan obtener suficiente información sobre las actividades de cabildeo.
- f. Se debe permitir a las partes interesadas – incluyendo las organizaciones de la sociedad civil, las empresas, los medios de comunicación y el público en general– examinar las actividades de cabildeo.
- g. Se debe fomentar la cultura de integridad en las organizaciones públicas y la toma de decisiones, previendo normas y pautas de conducta claras para los funcionarios públicos.
- h. Los cabilderos deben cumplir con los estándares de profesionalismo y transparencia y compartir la responsabilidad de fomentar una cultura de la transparencia y la integridad en el cabildeo.
- i. Los países deben involucrar a los actores clave en la implementación de un espectro coherente de estrategias y prácticas para lograr su cumplimiento.
- j. Revisar el funcionamiento de sus normas y directrices relacionadas con el cabildeo de forma periódica y hacer los ajustes necesarios a la luz de la experiencia.

En este sentido, sin pretender agotar las sugerencias que puedan surgir en torno a la regulación del cabildeo en Costa Rica, si bien implica asumir un importante reto, lo cierto es que se requiere de un estudio más

detallado de la figura, que implique, necesariamente, la actualización del proyecto de ley vigente para equiparar su regulación a los estándares y guías internacionales con los que se cuentan en la actualidad.

Dicha revisión debe significar la incorporación de los aspectos esenciales requeridos en torno a la normativización de la actividad, tales como la definición de “lobby”, la definición de lobbistas, el requerimiento de un registro obligatorio de lobbistas a cargo de un órgano independiente creado para ello, los requisitos de inscripción en dicho registro, el requerimiento de informes periódicos y sus requisitos mínimos, el establecimiento de las sanciones por incumplimiento de la norma y la autoridad a cargo de su ejecución, las restricciones para el ejercicio de la actividad, las reglas sobre la publicidad de la información que genere el ejercicio de la actividad y, finalmente, el establecimiento de los principios éticos que deben seguir quienes se encuentren vinculados con el ejercicio del cabildeo.

4. Conclusiones

Luego del análisis de los aspectos esenciales en relación con el nuevo paradigma de gobierno abierto al que se ha acercado nuestro país, así como estudiados los puntos más relevantes en torno a la figura del “lobby” o cabildeo, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a. En primer término, se destaca el compromiso adquirido por nuestro país en cuanto a la incorporación oficial a la Alianza de Gobierno Abierto, mejor conocida como “Open Government Partnership”.
- b. En relación con lo anterior, se deben reconocer los esfuerzos que se han desarrollado en la adopción de políticas estatales que se acoplen a este nuevo paradigma, en que priva la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas por parte de las funciones públicas.
- c. En la misma línea, se estima que existe aún un gran trabajo por hacer con el fin de afianzar las políticas de gobierno abierto en todos los ámbitos de la administración. Precisamente, el ámbito

parlamentario es uno de los segmentos donde se requiere mayor desarrollo en relación con este tema.

d. Con el fin de colaborar y rediseñar las políticas parlamentarias tradicionales, se propone la regulación del ejercicio del “lobby” o cabildeo como una de las estrategias para la consolidación de una rendición de cuentas efectiva y oportuna, eje fundamental de los gobiernos de tipo abierto.

e. Si bien se comprende que el “lobby” es un fenómeno complejo, que se ha ligado en nuestro país, usualmente, con prácticas de corrupción, lo cierto es que es un mecanismo que ejercido correctamente fortalece la democracia y la participación ciudadana, al incrementar la representatividad de diversos sectores de la sociedad en la toma de decisiones de relevancia para el país.

f. Sin embargo, para lograr un balance correcto en su ejercicio, indudablemente se requiere la normativización de la figura en el ordenamiento jurídico costarricense, el cual debe realizarse conforme los estándares internacionales mínimos establecidos. Este es uno de los mayores retos para su ejercicio.

5. Referencias

Access Info Europe, Open Knowledge, Sunlight Foundation, Transparency International (2015). International standards for lobbying regulation Towards greater transparency, integrity and participation. Recuperado de: <http://lobbyingtransparency.net/>

Bazdresch Parada, M. (2010). Acceso a la información pública y rendición de cuentas. México: Gobierno de Jalisco, Secretaría de Planeación, 2 Décadas en el desarrollo de Jalisco.

Castillo, A. (2010). Lobby y comunicación. El lobbying como estrategia comunicativa. Comunicación Social. España.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2009). Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública”. Portugal: XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Estoril.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2016). “Transparencia” Biblioguías. Bibliotecas CEPAL. Recuperado de: <https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/principiotransparencia>

Constitución Política (1949). República de Costa Rica.

Contraloría General de la República (2016). Oficio n.º 10193 (CGR/DJ-1375), 3 de agosto de 2016.

Criado, I. y Ruvalcaba Gómez, E. (2016) ¿Qué es y qué se entiende por gobierno abierto? Análisis de la percepción e implementación del gobierno abierto en el ámbito local español”. Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales y Laboratorio de Gobierno para la Innovación Pública en Iberoamérica, Universidad Autónoma de Madrid. España.

Font, J. y Blanco, I. (2006). Polis, la ciudad participativa. Participar en los municipios: ¿quién?, ¿cómo? y ¿por qué? Papers de Participació Ciutadana, 9. Barcelona. España.

García, J.F. (2008). Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado. Revista Chilena de Derecho, 35.

Geginat, C. y Saltane, V. (2014). Transparent government and business regulation “Open for Business? Banco Mundial. Recuperado de: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/20698/WPS7132.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gobierno de Chile. Plataforma de Ley del Lobby. Recuperado de: <https://www.leylobby.gob.cl/>

Gómez Valle, J. (2008). El cabildeo al Poder Legislativo en México: origen y evolución. Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad. Volumen XIV, n.º 14(42). Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/esprial/v14n42/v14n42a4.pdf>

Congreso de los Estados Unidos. Lobbying Disclosure Act (1995). Recuperado de <https://lobbyingdisclosure.house.gov/lda.html>

Naser, A. y Concha, G. (2012). El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad. Documentos de Proyectos, 465. Chile: CEPAL.

Naser, A. y Ramírez Alujas, A. (2013). Plan de gobierno abierto: Una hoja de ruta para los gobiernos de la región. Serie Manuales, 81. Chile: CEPAL.

Martínez Robledo, M. (2014). Acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas en México. 37 años de evolución. El Cotidiano, 187. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Open Government Partnership (s.f.). Alianza para el gobierno abierto. Apertura por diseño, políticas creadas por las personas, rendición de cuentas para resultados. Estados Unidos. Recuperado de: http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/OGP_Booklet_Spanish_Digital.pdf

Open Government Standards (s.f.). Accountability Standards. Recuperado de: https://www.access-info.org/wp-content/uploads/Accountability_Standards11072013.pdf

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (2010). Recomendación del Consejo relativa a los principios de transparencia e integridad en el cabildeo. En Procuraduría General de la República (2017). Opinión Jurídica n.º OJ-41-2017. Costa Rica.

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (2013). The 10 Principles for transparency and Integrity in Lobbying. Recuperado de: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>

Presidencia de la República de Costa Rica (2013). Plan de Acción Costa Rica 2013-2014. Alianza para el Gobierno Abierto. Recuperado de: <https://www.opengovpartnership.org/documents/costa-rica-action-plan-2013-2014>

Presidencia de la República de Costa Rica (2015). Plan de Acción ante la Alianza por un Gobierno Abierto 2015-2017. Alianza para el Gobierno Abierto. Recuperado de: <https://www.opengovpartnership.org/documents/segundo-plan-de-acci-n-costa-rica-2015-2017>

Presidencia de la República de Costa Rica (2017). Plan de Acción ante la Alianza para un Gobierno Abierto 2017-2019. Alianza para el Gobierno Abierto. Recuperado de: <https://www.opengovpartnership.org/documents/costa-rica-action-plan-2017-2019>

Prieto-Martín, P. y Ramírez-Alujas, Á (2014). Caracterizando la participación ciudadana en el marco del Gobierno Abierto. Revista del CLAD Reforma y Democracia, n.º 58, página 69.

Asamblea Legislativa (1998). Proyecto de Ley n.º 13.387. Autorización para el ejercicio del cabildeo o gestión de intereses específicos y creación del registro nacional del cabildeo. Costa Rica.

Asamblea Legislativa (2008). Proyecto de Ley n.º 16.931. Ley de regulación del lobby en la función pública. Costa Rica.

Asamblea Legislativa (2014). Proyecto de Ley n.º 19.251. Ley reguladora del cabildeo en la función pública. Costa Rica.

Asamblea Legislativa (2015). Proyecto de Ley n.º 19.785. Regulación del cabildeo en la administración pública. Costa Rica.

Ramírez Alujas, A. (2011). Gobierno abierto, servicios públicos 2.0 y ciudadanía digital: notas para una nueva agenda de modernización de la gestión pública en Iberoamérica. Programa de Doctorado en Gobierno y Administración y Pública Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. España.

Rastrollo Suárez, J.J. (2016). Notas sobre la función pública costarricense: aporte para su fortalecimiento y mejora. Revista de Derecho de la Hacienda Pública, 7. San José, Costa Rica: Contraloría General de la República.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
Resolución n.º 2120-03 de las 13:30 horas del 14 de marzo del 2003.

Suárez Robledano, J.M. (2015). La rendición de cuentas como principio general del Derecho. *Revista Española de Control Externo*, 17 (50), 11-55.

Tapscott, D. (2010). *Open Government. Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*. Sebastopol, CA: O'Reilly Media, página 15. En Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) *Qué es Gobierno Abierto*, Recuperado en: <https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/concepto>

Ugalde, L.C. (2016). *Rendición de cuentas y democracia. El caso de México*. México: Instituto Nacional Electoral Viaducto Tlalpan n.º 100.



Hubert Fernández Argüello¹
hfernandez@poder-judicial.go.cr

Las medidas cautelares y el procedimiento disciplinario en el ámbito judicial costarricense.

Régimen jurídico y principios para su aplicación.

Sumario:

1. Introducción.
2. En general, sobre el régimen disciplinario de servidores y servidoras judiciales en Costa Rica.
3. De las medidas cautelares en los procesos disciplinarios.
 - 3.1. Concepto, fines y fundamento.
 - 3.2. Principios para su aplicación. a. Legalidad. b. Accesoriedad. c. Instrumentalidad. d. Urgencia y necesidad. e. Provisionalidad y modificabilidad. f. Motivación. g. Recurribilidad. h. Razonabilidad y proporcionalidad.
4. Tipología de las medidas cautelares.
 - 4.1. ¿Régimen nominado o innominado de las medidas cautelares? a. La suspensión temporal de la persona investigada. b. El traslado a otro puesto. c. Las permutas temporales de funcionarios. d. El cambio de funciones. e. Otras medidas.
5. Aspectos procedimentales.
 - 5.1. Órganos competentes.
 - 5.2. Momento oportuno para su imposición.
 - 5.3. Duración de las medidas cautelares.
 - 5.4. Modificación.
 - 5.5. Procedimiento.
 - 5.6. Régimen de impugnación.
 - 5.7. Extinción.
6. Conclusiones.
7. Referencias bibliográficas.

¹ Especialista en Derecho Público. Juez del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de San José. Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.



Palabras clave: Régimen disciplinario. Poder Judicial. Medidas cautelares. Potestad sancionatoria. Procedimiento administrativo. Funcionario judicial. Suspensión temporal. Traslado de puesto. Revisión judicial. Debido proceso. Administración Pública. Acto administrativo.

Resumen: El ejercicio del régimen disciplinario por parte de las autoridades públicas, está sujeto, como toda potestad de imperio, a los principios, reglas y límites que impone en general, el Derecho de la Constitución, así como el ordenamiento jurídico administrativo, lo que constituye una manifestación concreta de las exigencias propias del principio de legalidad, pilar fundamental del Derecho Público y Administrativo.

En esta materia, siempre será objeto de regulación exhaustiva, no sólo el catálogo de obligaciones y deberes de las personas servidoras, que surge desde el momento mismo en que nace la relación de servicio que les vincula con una determinada Administración, sino también la tipificación de las conductas sancionables y las sanciones a imponer, lo mismo que el cauce procedimental por el que debe discurrir la investigación correspondiente, en el que además, habrá de respetarse plenamente el debido proceso y el derecho de defensa de la persona sometida a éste.

Este ensayo se enmarca en el estudio del último de los temas a que se ha hecho mención, el procedimiento administrativo disciplinario, y dentro de él, a la facultad que tiene la Administración, en el marco de una investigación de esa naturaleza, de imponer medidas cautelares, para garantizar la averiguación de la verdad real, proteger a terceros o permitir, en su caso, la realización de la actividad sustantiva de la entidad de que se trate, mientras se hace la determinación definitiva, acerca de la existencia o no de responsabilidad disciplinaria.

Las medidas cautelares, que constituyen decisiones de naturaleza esencialmente provisoria y temporal, buscan garantizar, mientras se tramita la investigación, el resultado final de ese procedimiento.- El trabajo analiza su régimen jurídico; particularmente las cautelas que pueden –y deben- imponerse dentro del procedimiento disciplinario contra las personas servidoras del ámbito judicial, conforme a las reglas que impone la

Constitución Política costarricense, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la normativa conexa.

Se estudia, en concreto, su fundamento constitucional y legal, su finalidad y su objeto, los principios esenciales aplicables, así como las garantías mínimas de la persona investigada, en orden al establecimiento de un equilibrio entre las necesidades del procedimiento y los derechos y dignidad de la persona objeto de investigación.

Del mismo modo, el estudio abarca la tipología de las cautelares y su íter procedimental; a saber: el órgano competente para su imposición, la oportunidad para decretarlas, duración y trámite, así como el régimen de impugnación –tanto en sede administrativa como judicial- y su extinción, esta última ligada normalmente a la emisión del acto administrativo que causa estado. Del mismo modo, a efecto de contextualizar el análisis, se hace un recuento de las reglas y principios esenciales que rigen la actividad disciplinaria en la Corte Suprema de Justicia y los demás órganos judiciales; todo en aras de ubicar adecuadamente la temática de la tutela cautelar y todas sus implicaciones.

1. Introducción

El ejercicio del régimen disciplinario por parte de las autoridades públicas, está sujeto, como toda potestad de imperio, a los principios, reglas y límites que impone en general, el Derecho de la Constitución, así como el ordenamiento jurídico administrativo, lo que constituye una manifestación concreta de las exigencias propias del principio de legalidad, pilar fundamental del Derecho Público y Administrativo.

En esta materia, siempre será objeto de regulación exhaustiva, no sólo el catálogo de obligaciones y deberes de las personas servidoras, que surge desde el momento mismo en que nace la relación de servicio que les vincula con una determinada Administración, sino también la tipificación de las conductas sancionables y las sanciones a imponer, lo mismo que el cauce procedimental por el que debe discurrir la investigación correspondiente, en el que además, habrá de respetarse plenamente el debido

proceso y el derecho de defensa de la persona sometida a éste.

El presente ensayo se enmarca en el estudio del último de los temas a que se ha hecho mención, el procedimiento administrativo disciplinario, y dentro de él, a la facultad que tiene la Administración, en el marco de una investigación de esa naturaleza, de imponer medidas cautelares, para garantizar la averiguación de la verdad real, proteger a terceros o permitir, en su caso, la realización de la actividad sustantiva de la entidad de que se trate, mientras se hace la determinación definitiva, acerca de la existencia o no de responsabilidad disciplinaria.

Todo procedimiento administrativo, y en particular, el disciplinario, requiere del transcurso de un tiempo razonable, a fin que a través de sus diversas etapas, se hagan llegar al expediente los elementos probatorios indispensables para la emisión de una decisión acertada y para garantizar en forma amplia y plena, la defensa de la persona servidora, destinataria del acto final².

Muchas veces, el lapso que transcurre entre el inicio del procedimiento y la emisión del acto final y su revisión, puede poner en riesgo los fines mismos de la investigación, comprometer el normal funcionamiento de la entidad o bien, afectar la situación jurídica de personas vinculadas a los hechos denunciados, lo cual justifica que se tomen las debidas cautelas para enervar, en la medida de lo posible y de manera razonable y proporcionada, esos riesgos y garantizar de ese modo, el fin público que encierra la aplicación del régimen, en cuanto corrige las actuaciones contrarias a la probidad, la moralidad administrativas y, en general, a las reglas y principios que regulan la actividad de la organización. Se trata, en esencia, de las denominadas medidas cautelares, decisiones de naturaleza esencialmente provisoria y temporal, que buscan garantizar, mientras se tramita la investigación, el resultado final de ese procedimiento.

² Para los efectos del presente trabajo, entiéndase por procedimiento administrativo: "... la secuencia o concatenación de actos, actuaciones, formalidades u operaciones de trámite necesarias para la formación, exteriorización y eventual impugnación del acto final o definitivo". Así, Jinesta Lobo, Ernesto. "Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia, 2002, p. 391.

Por su medio, el órgano que lleva a cabo los trámites, está facultado entre otras cosas, para disponer el cambio de funciones de una persona servidora, como una forma de alejarla temporalmente de su puesto de trabajo e impedir de ese modo que actúe indebidamente sobre la prueba; impedirle acercarse a la persona denunciante, por ejemplo, en un caso de acoso sexual, a fin de proteger la integridad y dignidad de la víctima; trasladar de oficina al investigado, como medio para resguardar la normalidad de labores, en casos de denuncias por acoso laboral o mobbing; o bien, siempre que resulte absolutamente indispensable, suspenderlo del cargo con goce de salario, por el tiempo estrictamente necesario para concluir el trámite.

En las siguientes líneas se analizará el régimen jurídico de tales medidas; su fundamento constitucional y legal, su finalidad y su objeto, los principios esenciales aplicables, así como las garantías mínimas de la persona investigada, en orden al establecimiento de un equilibrio entre las necesidades del procedimiento y los derechos y dignidad de la persona objeto de investigación.

Del mismo modo, se estudiará la tipología de las cautelares y su íter procedimental; en concreto, el órgano competente para su imposición, la oportunidad para decretarlas, duración y trámite, así como el régimen de impugnación –tanto en sede administrativa como judicial- y su extinción, esta última ligada normalmente a la emisión del acto administrativo que causa estado. Se aclara, eso sí, que el estudio se limitará a las medidas cautelares que se imponen dentro del procedimiento disciplinario contra funcionarios y funcionarias del ámbito judicial, conforme a las reglas que impone la Constitución Política costarricense, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la normativa conexas.

Al efecto, resulta indispensable establecer, previamente cuáles son las reglas y principios esenciales que rigen la actividad disciplinaria en la Corte Suprema de Justicia y los demás órganos judiciales; todo en aras de ubicar adecuadamente la temática de la tutela cautelar y todas sus implicaciones.

2. En general, sobre el régimen disciplinario de servidores y servidoras judiciales en Costa Rica.

No es esta, la ocasión propicia para realizar un estudio minucioso y exhaustivo sobre el régimen disciplinario de las personas servidoras judiciales.

Por lo pronto, y con la única finalidad de poner en contexto el ámbito en que se aplica la tutela cautelar en esta materia, cabe indicar que como parte de su independencia garantizada constitucionalmente, corresponde al propio Poder Judicial costarricense, ejercer sin excepción, el régimen disciplinario sobre todos y todas sus integrantes, de modo que son pasibles de su aplicación, desde los Magistrados y Magistradas de la Corte Suprema de Justicia, ubicados en la cúspide de la estructura judicial, hasta el puesto más bajo del escalafón, ocupado normalmente por quienes se encargan de labores manuales, limpieza, jardinería o cuidado de las edificaciones de la institución; y entre unos y otros, quienes integran la judicatura; las dependencias administrativas (Consejo Superior del Poder Judicial, Dirección Ejecutiva y sus diversos Despachos), así como los órganos auxiliares, a saber, el Ministerio Público (Fiscalía General y demás órganos), la Defensa Pública y el Organismo de Investigación Judicial.

Existe un amplio catálogo de faltas, prohibiciones e incompatibilidades, cuya violación es susceptible de generar la imposición de sanciones, las cuales van desde la advertencia y amonestación escrita, hasta la suspensión sin goce de salario y el despido sin responsabilidad patronal.

La competencia disciplinaria, a su vez, se le asignó a diversos órganos, según el rango y la actividad desempeñada por la persona servidora judicial objeto de denuncia o investigación; órganos que, como se verá, se encuentran distribuidos a lo largo y ancho del país; circunstancia esta última que dificulta en grado sumo, la aplicación uniforme de las normas disciplinarias y el control efectivo sobre el ejercicio adecuado de esta competencia.

En apretada síntesis, la Carta Fundamental, en su numeral 165, establece que corresponde a la Corte Suprema de Justicia ejercer el régimen disciplinario sobre sus propios miembros, y la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 59 inciso 12, 182, 183), extiende la competencia de la Corte, para juzgar disciplinariamente a los más altos cargos, esto es, a quien ocupe la Fiscalía General, la Fiscalía Subrogante, la Dirección o Subdirección del Organismo de Investigación Judicial, los Inspectores e Inspectoras Generales, e integrantes del Consejo Superior (artículos 59 inciso 12; art. 182 y 183 de la LOPJ); así como el Auditor o Auditora Interna y Sub-auditor Interno, estos últimos por así disponerlo el artículo 42 de la Ley de Control Interno.

A ello que cabe agregar que también compete a la Corte ejercer la disciplina respecto de los y las integrantes de la judicatura (juezas y jueces de la República), cuando hayan sido denunciadas por errores graves o retardos injustificados en la Administración de Justicia (artículo 199 ídem).

Para disciplinar al resto de empleados y empleadas judiciales, se estableció el Tribunal de la Inspección Judicial, cuya competencia nuclear – a diferencia de la Corte, que comparte esa atribución con múltiples competencias- es ejercer el régimen disciplinario.

Sin embargo, dicho Tribunal está facultado para remitir a las diversas Jefaturas de Despacho de la institución – entre ellas los y las Juezas Coordinadoras de los diversos tribunales de justicia-, para su respectiva investigación, aquellas causas contra los servidores y servidoras a su cargo, que puedan ser sancionadas con advertencia, amonestación y suspensión sin goce de salario hasta de quince días hábiles.

Además, cada órgano auxiliar cuenta con un órgano instructor disciplinario; así: en el Ministerio Público existe la Inspección Fiscal; en la Defensa Pública, la Unidad Disciplinaria y en el Organismo de Investigación Judicial, la Oficina de Asuntos Internos y las Jefaturas de las Delegaciones Regionales.

El procedimiento, por su lado, puede abrirse de oficio o a gestión de parte, y debe tramitarse de manera célere y con plenas garantías de audiencia, defensa y debido proceso.

Debe iniciar a más tardar, un mes después que se tenga conocimiento de los hechos denunciados, la investigación ha de estar concluida en un año máximo y el acto final debe dictarse dentro del mes siguiente a la conclusión de la investigación.

La decisión final, por su parte, debe estar debidamente fundamentada, con cita concreta de los hechos que se tuvieron por acreditados y las razones jurídicas que motivan la imposición de alguna de las sanciones antes indicadas, la cual deberá ser además, adecuada y proporcional a la gravedad de la falta cometida y acreditada en el expediente.

Esta resolución es susceptible de los recursos ordinarios -apelación o reconsideración, según el caso- y su mérito puede revisarse en sede judicial, normalmente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a la que corresponde revisar la legalidad de los actos y disposiciones sujetas al Derecho Público, dentro de las cuales se ubican evidentemente, las conductas administrativas de naturaleza disciplinaria.

3. De las medidas cautelares en los procesos disciplinarios.

3.1 Concepto, fines y fundamento.

La potestad sancionatoria, ha dicho la jurisprudencia constitucional costarricense, conlleva implícita la facultad de imponer medidas cautelares³, razón por la cual, mientras se tramita el procedimiento disciplinario, es posible adoptar, por parte del órgano competente, aquellas decisiones que resulten útiles, "...para asegurar que el procedimiento no se verá perjudicado, obstruido u obstaculizado en su sustanciación, ni se perturbará la normalidad del servicio público".⁴

Se trata, en consecuencia de decisiones interlocutorias, esencialmente provisionales, fundadas en el ordenamiento jurídico⁵, que encierran un alto interés público, el cual constituye su fundamento.

³ Sala Constitucional. Sentencia #13131-03 del 11-11-2003.

⁴ Bolaños, Jimmy. Cit, por Quesada Madrigal, Ericka. "El Procedimiento Disciplinario en el Poder Judicial". Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial. 2010. P. 57.

⁵ Así lo señalan Carretero Pérez y Carretero Sánchez. "Derecho Administrativo Sancionador" Editoriales de Derecho Reunidas 2ª. Ed. 1995, p. 253.

Se justifican, en la medida en que por su medio se asegura, por un lado, la averiguación de la verdad real y por el otro, se garantiza el cumplimiento de la decisión final que se adopte⁶, evitando a la vez, que se produzcan perjuicios graves a la actividad sustantiva de la entidad e incluso a terceros.

Su adopción, dentro del procedimiento disciplinario objeto de análisis, guarda estrecha relación con los fines mismos de dicho régimen, establecido, conforme al numeral 174 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "para asegurar la eficiencia, corrección y decoro de las funciones encomendadas al Poder Judicial y garantizar a los ciudadanos una correcta administración de justicia".

De modo que, sólo en la medida en que esos postulados puedan estar en entredicho, será posible imponerlas; por eso, su utilización tiene carácter restrictivo y está sujeta siempre a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, parámetros fuera de los cuales, carecerían de toda validez.

En Costa Rica, esta potestad de las autoridades que ejercen el régimen disciplinario, encuentra fundamento expreso en la Ley Orgánica del Poder Judicial, particularmente en sus numerales 182, que faculta al Presidente, en casos urgentes para suspender con goce de salario a cualquier persona servidora judicial, de previo a dar cuenta al órgano competente para que inicie la investigación; y en el 202, precepto este último que autoriza al Tribunal de la Inspección Judicial, a la Corte Plena o al Consejo Superior del Poder Judicial, para hacer lo mismo, según la gravedad de los hechos, sobre todo "*cuando existan fundadas razones para sospechar que, si el servidor sigue en el desempeño de su puesto, podrá obstaculizar o hacer nugatoria la investigación iniciada en su contra o afectar el buen servicio público*".

A lo cual cabe agregar, que también deben disponerse, cuando esté en riesgo la integridad o la dignidad de terceras personas, como podrían ser las víctimas de acoso sexual o laboral.

⁶ En ese sentido, Sala Constitucional, sentencia #2002-11725 de 13-12-2002.

3.2 Principios para su aplicación.

En general, la imposición de medidas cautelares dentro del procedimiento disciplinario en el ámbito judicial costarricense, se rige por los siguientes principios básicos:

a. Legalidad: Tal y como lo indican Carretero Pérez y Carretero Sánchez, es posible acordar el establecimiento de medidas de tipo cautelar, únicamente en la medida en que exista habilitación legal al efecto⁷. En tal caso, no es posible hacer una aplicación extensiva de este tipo de medidas, las cuales son más bien de uso restringido. La Ley Orgánica del Poder Judicial⁸, establece tal posibilidad en sus artículos 182 y 202, que prevén la cautelar de separación preventiva del servidor.

b. Accesoriedad: Las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismo; son accesorias al procedimiento principal, se justifican mientras este último existe⁹ y se mantienen en tanto no se haya dictado el acto final del procedimiento¹⁰. La finalización del procedimiento, conlleva la supresión de las cautelas decretadas durante la tramitación, las que desaparecen o se sustituyen por la decisión definitiva que toma la Administración.

c. Instrumentalidad: Tales medidas son, además, instrumentales al procedimiento principal, es decir, se justifican únicamente en la medida en que mediante su imposición se asegura la eficacia de la resolución que pudiera recaer¹¹ o bien, se logra la averiguación de la verdad real, se impide la obstaculización de la investigación, se garantiza el adecuado servicio público o en su caso, se protege a las víctimas de las conductas investigadas o a terceros, en este último caso, como ocurriría cuando la falta investigada puede ser constitutiva de un acoso sexual o laboral, supuestos en donde

normalmente resulta indispensable tomar medidas cautelares para evitar una revictimización de la persona afectada con tales conductas.

d. Urgencia y necesidad: El establecimiento de medidas cautelares sólo debe darse, en aquellos casos en que ello resulte imperioso, valga decir, cuando sean absolutamente indispensables para proteger el objeto del procedimiento y, además, cuando resulte urgente, a fin de impedir la obstaculización de la investigación¹². Se trata, en suma, de medidas dirigidas básicamente, a la protección del interés general y *"no suelen emplearse en términos garantistas de la posición del presunto responsable"*¹³.

Como consecuencia de lo anterior, si las medidas no son necesarias para evitar un daño grave a las personas o de imposible reparación en las cosas¹⁴; si no se requiere agravar la situación de la persona investigada, si no hay riesgo para el cumplimiento de los fines del procedimiento y si no hay terceras personas afectadas, no corresponde su dictado. La medida debe ser entonces oportuna y tomarse en el tanto en que así lo impongan tanto la urgencia, como la necesidad.

e. Provisionalidad y modificabilidad: En esta materia, no es posible hablar de medidas de carácter definitivo; se trata en esencia, de decisiones de naturaleza interlocutoria y provisional¹⁵.- Lo adoptado, puede modificarse conforme a las necesidades del procedimiento y aún suprimirse, en caso que desaparezca el riesgo que condujo a su imposición. Ese carácter provisorio implica, en esencia, que una medida cautelar adoptada pueda ser dejada sin efecto, si llegare a comprobarse que existió un cambio sustancial de las circunstancias de hecho que la motivaron. Y, a la inversa, si al inicio del procedimiento disciplinario se estimó innecesario tomar cautelas particulares y, posteriormente, surge

7 Carretero Pérez Adolfo y otro. Op cit. Página 253.

8 Ley 7333, de 1° de julio de 1993 y sus reformas.

9 Sala Constitucional. Sentencia N° 2002-11725 de las 10:25 horas del 13-12-2002.

10 Brenes Esquivel, Ana Lorena. Aspectos prácticos del procedimiento administrativo: introducción general, investigación preliminar, intimación". En: Procuraduría General de la República. Seminario de Procedimientos administrativos. Memoria. 1ª. Ed. San José, CR, 2001, p. 87.

11 Marina Jalvo, Belén. Medidas provisionales en la actividad administrativa. 1ª. Ed. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2007, p. 20.

12 Brenes Esquivel, Ana Lorena. Op cit. P. 89.

13 Rivero Ortega, Ricardo y otros. Manual de Derecho Administrativo. 1ª. Ed. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2016, p. 244.

14 Ley General de la Administración Pública 6227/1978, artículo 148.

15 Sobre ese carácter provisional, García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 9ª ed. Civitas. Madrid. 1999. P. 186 y en igual sentido, Brenes Esquivel, Ana Lorena. Op. Cit. p.87.

un riesgo para el servicio público, el procedimiento o terceros, es posible establecerlas, de forma tal que, en esta materia no es posible invocar –ni por la Administración, ni por las personas funcionarias- la existencia de una suerte de cosa juzgada, alegato que, en este ámbito, resulta totalmente inconducente¹⁶.-

f. Motivación: Toda medida cautelar debe estar debidamente motivada, por ello, el acto debe explicitar cuáles son, “las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la respectiva Administración pública al dictado o emanación del acto administrativo”¹⁷. La motivación o debida fundamentación, no constituye una mera exigencia formal; por su medio, se extraen las razones que dieron lugar a la medida y sólo mediante el conocimiento de esas razones, es posible ejercer el derecho a la defensa e impugnar adecuadamente la decisión¹⁸. Se trata, en este caso, no sólo de una obligación de la Administración, sino de un verdadero derecho de la persona investigada, que integra el debido proceso constitucional.¹⁹

g. Recurribilidad: Este tipo de medidas genera para la persona investigada, una afectación que trasciende el procedimiento en que se dictan. Como se verá más adelante, pueden consistir en traslado a otro cargo, cambio de funciones o incluso una suspensión con goce de salario; por lo que pueden calificarse como típicos actos administrativos de gravamen que, por su contenido, tienen efectos propios y, como tales, pueden ser impugnados en forma separada del acto final del procedimiento disciplinario, tanto en sede administrativa –mediante los recursos ordinarios- como jurisdiccional, ya sea mediante el proceso contencioso administrativo¹⁹

o por la vía del recurso de amparo, si se lesiona en forma directa y palmaria, algún derecho fundamental de la persona servidora pública²⁰.

Esta es la posición adoptada desde vieja data por el Tribunal Supremo Español, que refiriéndose en concreto a la medida de suspensión provisional del funcionario²¹ -lo cual, cabe agregar, vale para cualquier otra medida cautelar-, ha indicado con absoluta claridad que por sus efectos directos, es impugnabile de manera autónoma desde que se dicta, sea por vía de recursos administrativos o en sede contencioso administrativa.

h. Razonabilidad y proporcionalidad: Señala la “Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano, en relación con la Administración Pública”, que existe un derecho fundamental a la buena Administración Pública, el cual se funda, entre otros, en el principio de proporcionalidad, conforme al cual, “(...) las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, dictándose en un marco de justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y evitándose limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido (acápite 16)²².

Ese principio, aplica plenamente a la temática de las medidas cautelares, por lo que cabe afirmar que toda medida cautelar debe estar fundada en un juicio de razonabilidad “...acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso. La medida

16 En el ordenamiento costarricense, este principio aparece claramente establecido en el numeral 29 del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 8508 de 28-04-2006, aplicable supletoriamente en procedimientos administrativos, a tenor del artículo 229 de la Ley General de la Administración Pública N°6227/1978.

17 Jinesta Lobo, Ernesto. “Tratado de Derecho Administrativo (Parte General)”. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1ª. Ed. 2002, pág. 388.

18 En este mismo sentido, Brewer Carías, Allan. Los principios del procedimiento administrativo. 1ª. Ed. IJSA. San José, Costa Rica, 2012 p. 343-344.

19 La posibilidad de impugnar en sede contencioso administrativa, una medida cautelar en procesos disciplinarios –típico acto separable o con efecto propio-, aparece regulada en el Código Procesal Contencioso Administrativo costarricense (Ley #8508), cuyo artículo 36, establece que

la pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente: “c) Los actos administrativos, ya sean finales, definitivos o de trámite con efecto propio”.

20 Sobre el derecho a recurrir las medidas cautelares, véase Brenes: Esquivel, Ana Lorena. Op cit. P. 88-89. Asimismo, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el artículo 29, concede amparo contra todo acto o disposición, acuerdo o resolución, omisión o simple actuación material, de las autoridades públicas que viole o amenace violar algún derecho fundamental.

21 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo, de 08 de febrero de 1980 y 23 de julio de 1984.

22 “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.

*provisional que se adopte ha de ser necesaria, adecuada y proporcionada para asegurar la eficacia de la futura resolución o la tutela del interés que así lo exija, no pudiendo ser más gravosa que la sanción que finalmente se imponga*²³. Este tema es esencial, dado que, como bien lo reconoce la doctrina, *“una medida cautelar injustificada, irrazonable o desproporcionada puede conllevar la responsabilidad de la Administración*²⁴.

4. Tipología de las medidas cautelares.

4.1 ¿Régimen nominado o innominado de medidas cautelares?

Tal y como se ha señalado, el régimen cautelar en materia disciplinaria debe tener cobertura legal y en el caso de los procedimientos disciplinarios en sede judicial, es claro que ésta existe; ello a partir de lo dispuesto por los numerales 182 y 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya mencionados.

Dichas normas, sin embargo, sólo hacen referencia expresa a la suspensión del servidor con goce de salario, cuestión que obliga a analizar si es esa es la única medida que es posible imponer en sede administrativa disciplinaria, o si por el contrario, resulta válido establecer otras cautelas, siempre que se respeten plenamente los principios aludidos con anterioridad.

Al respecto, se estima que esa norma no establece un régimen taxativo o nominado de medidas cautelares y que, antes bien, es posible utilizar otros medios menos gravosos de protección de los fines del procedimiento. La suspensión con goce de salario, se yergue, eso sí, como la más vejatoria y la que debe ser objeto de la más cuidadosa y restrictiva aplicación, dada la suspensión temporal de la prestación de servicios que ella implica; empero, no es la única.

En el procedimiento disciplinario judicial, en consecuencia, puede imponerse la suspensión temporal o bien, otras medidas de menor calado o gravedad, según se analizará de seguido.

Se trata, en esencia, de un régimen básicamente innominado, que faculta al órgano competente, para tomar aquellas previsiones que resulten indispensables y razonables, para garantizar que nada obstaculizará la investigación de los hechos y la eventual imposición de una sanción, así como que no se afecte el servicio público o los derechos de terceras personas.

En ese orden de ideas, se estima como posible el establecimiento de las siguientes medidas cautelares:

a. La suspensión temporal de la persona

investigada: Se trata, según se dijo, de la medida de mayor gravedad. Implica, la separación temporal del servidor o servidora judicial del cargo que ocupa, mientras se realiza la investigación y se emite el acto final del procedimiento²⁵. Dicha separación lo será siempre con goce de salario, pues eliminar la remuneración de previo a la decisión final, es desconocer el estado de inocencia de que goza la persona investigada mientras no se resuelve por el fondo la cuestión disciplinaria. Si bien otros ordenamientos autorizan la suspensión cautelar sin goce de salario²⁶, ese no es el caso de Costa Rica, que se ha decantado porque la supresión temporal o definitiva del salario, sólo pueda imponerse en su caso, por una sanción firme de suspensión sin goce de salario o el despido sin responsabilidad patronal, mas nunca antes de ello.- Por otra parte, resulta relevante señalar que de conformidad con la Ley (artículo 202 de la LOPJ), tal suspensión es de uso restringido y como tal, debe utilizarse sólo cuando sea absolutamente indispensable, y no sea posible proteger los intereses públicos mediante otras opciones menos gravosas. Además, tal suspensión –indica el mismo precepto-, no es compensable con la sanción y sólo cabe aplicarla si la que se va a imponer consiste en el despido o la suspensión,

23 Marina Jalvo, Belén. El Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos. Edit. Lex Nova. Colección de Derecho Público 3ª ed. 2006. Págs. 288-298.

24 Brenes Esquivel, Lorena. Op cit. P. 89 y, en idéntico sentido, Sánchez Morón, Miguel. Derecho de la Función Pública. 2ª. Ed. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1997, p. 298.

25 Quesada Madrigal, Ericka. “El Procedimiento Disciplinario en el Poder Judicial”. Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial. 2010. Págs. 60-61.

26 Es el caso, por ejemplo del ordenamiento colombiano, que autoriza la suspensión sin goce de salario del investigado. Así, Belén Marina Jalvo. El Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos. Op cit. Págs. 288-298.

lo cual significa que no es posible utilizarla si lo investigado son faltas leves, que normalmente se sancionan con apercibimiento o amonestación escrita.- El caso típico de la aplicación de la medida, es el de las investigaciones por corrupción de funcionarios públicos, conducta que normalmente apareja las sanciones más graves.- Por último, la suspensión tiene un límite temporal, dado que su duración es de tres meses; no obstante, nada impide prorrogarla, si al cabo de dicho plazo, subsisten las razones que dieron lugar a su establecimiento, siempre de manera debidamente fundamentada.

b. El traslado a otro puesto: La medida cautelar puede consistir en el traslado horizontal, a otro cargo de la misma naturaleza y funciones, si con ello se garantiza adecuadamente que la investigación llegue a término con normalidad, sin perjuicio para los intereses públicos o para terceras personas.- Esta medida es de frecuente utilización en el procedimiento disciplinario costarricense. Evita la suspensión del ejercicio de funciones del servidor o servidora judicial y a la vez, genera un menor costo; ello, en la medida en que la suspensión con goce de salario, aparte de la remuneración al investigado, normalmente implica la designación de una persona sustituta con el pago correspondiente del salario, para no afectar la gestión sustantiva de la Administración de Justicia.- El traslado, que debe siempre respetar los derechos del funcionario²⁷, se aplica básicamente, en los procedimientos por acoso sexual, a fin de proteger a la víctima y evitar contacto entre ésta y el supuesto acosador, mientras dura la investigación administrativa²⁸.- También es de uso acostumbrado, en casos de acoso laboral o mobbing, supuestos en que se aconseja trasladar de puesto a la persona investigada, con el fin que el despacho judicial preste el servicio público, en condiciones de tranquilidad y paz y como una forma de aliviar el conflicto generado por las conductas acusadas.- El Poder Judicial

costarricense, cuenta con una “Oficina de apoyo a la función jurisdiccional”, adscrita a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, a cuyo cargo existe un programa destinado a atacar la mora judicial, en aquellos despachos con mayores atrasos en la tramitación y resolución de casos, en diversas materias.- A esa oficina se trasladan, con alguna frecuencia, servidores que administran justicia y que están siendo investigados por supuestas faltas cometidas en el Despacho judicial en que están nombrados.- Eso ha permitido no sólo garantizar la culminación de la investigación disciplinaria, sino también aprovechar su experiencia, en la atención de programas contra la mora judicial.

c. Las permutas temporales de funcionarios.

El traslado de la persona investigada a otro cargo, puede producirse también como medida cautelar, por la vía de la permuta temporal con otro servidor de puesto de igual categoría²⁹; aunque en este caso, claro está, es absolutamente indispensable contar con la aquiescencia de la persona que no es objeto de investigación.- Si la falta no es de tipo funcional, es decir, no está en entredicho la capacidad o la probidad de la persona investigada, como suele ocurrir cuando la queja es producto de un conflicto personal con un compañero o compañera de oficina, la permuta no afectará la adecuada prestación del servicio y por allí, esta opción resultaría viable.- Los efectos de la permuta, cesarían con la emisión del acto final, dado su carácter provisorio y excepcional.

d. El cambio de funciones: En algunas ocasiones, no resulta necesario ni suspender a la persona investigada, ni trasladarla o permutarla a otro puesto. La adecuada prestación del servicio público, lo mismo que los fines del procedimiento disciplinario, pueden cumplirse tan sólo con asignarle otras funciones a aquélla, diversas de las que normalmente ocupa o de las que motivaron el inicio de la causa disciplinaria. Así ocurre, por ejemplo, cuando los usuarios acusan el incumplimiento de deberes debido a la lentitud con que el servidor realiza determinadas funciones, que

27 La posibilidad de la reubicación del servidor en otro puesto, como medida cautelar, ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional, a condición que se respeten los derechos del servidor, como la remuneración y las funciones. Así, Sala Constitucional, sentencia N° 2000-352 de las 18:57 horas del 11-01-2000.

28 La Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, N°7476 de 03-03-1995 y sus reformas, prevé esta reubicación o traslado, en su artículo 24, inciso c).

29 Este tipo de permutas aparecen reguladas expresamente, dentro de las medidas cautelares que se pueden imponer en procedimientos disciplinarios por acoso sexual, conforme al artículo 24 inciso d) de la Ley 7476, ya citada.

generan retraso judicial. Piénsese, en una persona que maneja la caja de un despacho judicial que se encarga de consignar y tramitar los dineros que depositan los deudores alimentarios y en donde la queja de los usuarios es por el tiempo excesivo que aquélla tarda en depositar el dinero al acreedor de los alimentos, normalmente menores de edad, en condición vulnerable. A fin de garantizar el servicio público y para evitar que se actúe indebidamente sobre la prueba del caso, se puede trasladar a dicha persona a un cargo que no tenga relación con el manejo de esos dineros.- Del mismo modo, si la queja se originó en virtud de un conflicto suscitado entre la persona que atiende el público en la oficina, con una persona usuaria de los servicios del Poder Judicial, en general bastaría con suprimir las funciones de manifestación –atención al público– de ese servidor, mientras se investiga la situación suscitada y se imponen, de ser procedentes, los correctivos disciplinarios del caso.

e. Otras medidas: La Administración, podría aplicar otras medidas, que resulten oportunas y justificadas, de acuerdo con las necesidades de la investigación y según cada caso concreto.- Entre ellas, podría imponerse la prohibición al funcionario de visitar otro Despacho judicial, si la queja se originó en conductas realizadas en esa oficina; el impedimento de acercarse a algún compañero o compañera y abstenerse de perturbar a la presunta víctima de la conducta investigada³⁰, cuando la falta consiste en el irrespeto o cualquier actuación indebida en su contra, o incluso restringirle el acceso a determinadas áreas del mismo Despacho, si con ello se garantiza el interés público. Nótese que se trata de medidas de menor rango e importancia, mucho menos lesivas de la situación jurídica del servidor o servidora investigada, pero igualmente útiles para no hacer nugatoria la investigación o para resguardar a terceros afectados con los hechos pasibles de aplicación del régimen disciplinario.

5. Aspectos procedimentales.

La aplicación de las medidas cautelares, debe ajustarse a las siguientes reglas procedimentales:

5.1 Órganos competentes.

La medida cautelar será válida, en la medida en que sea acordada por el órgano al que el ordenamiento le atribuye esa competencia. En el procedimiento disciplinario que se realiza en el ámbito judicial, ello depende del puesto que ocupa la persona objeto de investigación.

Así, si la persona investigada es un magistrado o Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, una persona integrante del Consejo Superior del Poder Judicial, el Director o Directora, Subdirector o Subdirectora del Organismo de Investigación Judicial, Fiscal o Fiscala General o Adjunta de la República, Inspectores o Inspectoras Generales Judiciales, la competencia para imponer las medidas cautelares antes indicadas le corresponde a la propia Corte Suprema de Justicia.

Respecto de éstos, o cualquier otro servidor o servidora judicial, el Presidente o Presidenta de la Corte podrá suspenderlos preventivamente, en casos absolutamente urgentes, hasta por dos meses, de previo a comunicar al órgano competente para el inicio de la investigación (artículo 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En los demás casos, las medidas cautelares serán impuestas por el Tribunal de la Inspección Judicial o en su caso, por el Consejo Superior del Poder Judicial, a instancia de los órganos disciplinarios.

5.2 Momento oportuno para su imposición.

La posibilidad de imponer medidas cautelares, es un asunto que corre transversalmente a lo largo de todo el procedimiento disciplinario, por lo que puede interponerse antes del inicio mismo de éste, durante el trámite que precede el acto final e incluso posteriormente, como garantía de su adecuada ejecución, todo, de conformidad con las siguientes reglas.

30 En ese sentido, ley 7476, artículo 24 incisos a) y b).

Recientemente se reseñó que, en casos de extrema urgencia, el Presidente o Presidenta de la Corte, está facultado para suspender preventivamente a cualquier funcionario judicial, hasta por dos meses, de previo a poner en conocimiento del órgano competente los hechos, para su debida investigación.

Nótese que se trata de la imposición de una medida anticipada o *"ante causam"*, es decir, anterior a la existencia misma del procedimiento disciplinario y de allí su carácter excepcional. De hecho, se trata de una atribución que es utilizada en muy pocas ocasiones por quien ocupa la Presidencia del Poder Judicial. En el último quinquenio, sólo se ha utilizado una vez, lo cual ocurrió en el marco de una investigación por agentes judiciales que señalaba a un Juez de la materia penal, como responsable de atentar, a través de terceros contratados al efecto, contra la vida del Juez coordinador del Tribunal en el que aquél se desempeñaba, debido a que este último había formulado una denuncia en su contra por hechos graves acaecidos en el ejercicio del cargo.- Dada la gravedad de los cuestionamientos, la entonces Presidenta Villanueva Monge, suspendió cautelarmente al funcionario e inmediatamente ordenó la apertura de procedimiento administrativo y, por supuesto, penal contra el funcionario.

El otro supuesto, de uso más habitual que el anterior, también precede el inicio formal del procedimiento y acaece cuando la medida cautelar se impone en el curso de las investigaciones preliminares que, de acuerdo con la ley, puede realizar el órgano disciplinario, para la determinación de si procede o no el traslado de cargos respectivo.- Si la situación lo amerita, es posible solicitar y obtener cualquier medida cautelar que resulte razonable, si se concluye que resulta imperioso imponerla en resguardo del interés público o de terceros, aún antes de la apertura formal del trámite disciplinario.

En tal caso, la medida cautelar deberá revisarse, para determinar si se mantiene o no, una vez que se haya dictado el auto inicial del procedimiento.- Lo anterior, por cuanto este tipo de medidas tendrán una vigencia muy breve, dado que se toman con ocasión de la investigación preliminar y mientras esta concluye.

Ahora bien, una vez que se ha iniciado formalmente el procedimiento administrativo y hasta que se emita la resolución de fondo correspondiente, es posible la emisión de medidas cautelares, si concurren los presupuestos legales expuestos.- En tal caso, como en todos los anteriores, será necesaria la emisión de un acto debidamente fundamentado, que explique las razones que justifican la medida y los riesgos procesales que se presentarían de no emitirla.

Si no se hubieren dictado medidas cautelares antes del acto final, una vez dictado éste, y estando en fase de revisión, el órgano competente para conocer de las impugnaciones formuladas, puede válidamente imponer cualquier medida cautelar que resulta pertinente; y lo mismo puede decirse si una vez que se han resuelto los recursos y se ha resuelto definitivamente en sede administrativa, se estima indispensable tomar medidas cautelares, para garantizar la correcta ejecución de lo dispuesto en firme.-

5.3 Duración de las medidas cautelares.

Salvo el caso de la suspensión con goce de salario, que sólo puede decretarse por períodos de tres meses, sin perjuicio de que se prorrogue en los casos absolutamente indispensables (artículo 202 de la LOPJ), la duración de las medidas cautelares no encuentra un límite temporal expreso en el ordenamiento costarricense.-

En todo caso, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como el de uso restringido de las medidas, debe entenderse que éstas deben mantenerse, únicamente, durante el período en que resulten absolutamente indispensables para garantizar la actuación de los órganos disciplinarios o para proteger adecuadamente el interés público o el de terceros.

En el momento en que no resulte necesaria, deberá dejarse sin efecto, con independencia del tiempo transcurrido hasta ese momento, que puede ser de días, semanas o eventualmente varios meses.

Si la medida se mantiene a lo largo de todo el procedimiento, quedará sin efecto con la emisión del acto final, que la sustituye; lo anterior, sin perjuicio de que resulte indispensable mantenerla más allá de este último, mediante resolución debidamente fundada.-

5.4 Modificación.

Si durante la tramitación del trámite disciplinario, llegan a variar sustancialmente las circunstancias de hecho que dieron lugar al establecimiento de una medida cautelar, ésta puede ser modificada mediante resolución fundada, ya sea para atenuar sus efectos, para disponer cosa distinta a la originalmente dispuesta o incluso para agravarla, todo de acuerdo con las necesidades del procedimiento.

Es ésta, una consecuencia del carácter provisorio de las medidas cautelares, principio que obliga a revisar las medidas adoptadas, cuando existan indicios comprobados de que la situación que las motivó, varió con el transcurso del tiempo.

5.5 Procedimiento.

La imposición de una medida cautelar no tiene, en el trámite disciplinario, un procedimiento específico.

No requiere por tanto, de audiencia previa al servidor o servidora investigada, se tramita dentro del mismo expediente disciplinario y puede adoptarse de oficio por el órgano competente o a solicitud de la persona denunciante, según sea el caso.

A partir de su adopción, se abre la posibilidad de interponer, por parte de la persona afectada, los recursos ordinarios –revocatoria y apelación- contra ella, con lo cual, se garantiza el derecho de defensa que le asiste.

5.6 Régimen de impugnación.

Las medidas cautelares, se reitera, constituyen actos propios o separables, que como tales, causan un efecto sobre la situación jurídica de la persona que debe soportarlas, y es por esa razón que pueden ser recurridas por el interesado, tanto en sede administrativa como judicial, y sin que para ello, sea necesario esperar a la emisión del acto final del procedimiento.

En su contra proceden los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, si son dictadas por el Tribunal de la Inspección Judicial y de reconsideración, si las impuso la Corte Plena o el Consejo Superior del Poder Judicial

El plazo para recurrir, es de tres días, contado a partir de la notificación, pues se trata de actos con efectos propios, cuyo régimen se asimila a los actos finales.

Está legitimado para su impugnación, tanto la persona investigada como la víctima de la conducta investigada, en este último caso, cuando estimaren que la medida dispuesta resulta insuficiente o es contraria a sus derechos o intereses.

En caso que los recursos administrativos resulten infructuosos, la persona interesada puede acudir a la vía jurisdiccional, contenciosa administrativa o constitucional según el caso, para que se decida definitivamente sobre la validez de lo decidido al respecto por la Administración.

5.7 Extinción.

La vida jurídica de una medida cautelar, está supeditada a la existencia misma del procedimiento disciplinario, más allá del cual, no resulta razonablemente posible su mantenimiento.

Por eso, debe indicarse que por regla general, su vigencia cesa con el acto final o, en el mejor de los casos con el definitivo, si así lo dispone el órgano que tenga a su cargo la revisión de aquél.- En forma absolutamente excepcional, podrían mantenerse incluso después de ese momento, pero sólo si resulta absolutamente indispensable para garantizar la efectiva ejecución del acto final firme.

No debe olvidarse, el carácter instrumental de las medidas, respecto del trámite disciplinario principal, por lo que el finiquito de éste, determinará irremediablemente el fenecimiento de aquélla.

6. Conclusiones.

a. Las medidas cautelares juegan, dentro del procedimiento disciplinario, un rol fundamental, que aparece como evidente luego del estudio de la temática: por su medio, se eliminan o atenúan los obstáculos procesales que pudieran impedir que se averigüe de la verdad real, a su vez, se garantiza el cumplimiento de la gestión sustantiva de la entidad durante el procedimiento y finalmente, se protege a la víctima de la conducta o a terceros interesados, fundamentalmente personas usuarias de los servicios vinculados con la administración de justicia.

b. Su imposición involucra siempre un altísimo interés público, que es el que está de por medio en la aplicación del régimen disciplinario, por parte de las autoridades administrativas del Poder Judicial costarricense. A la vez, el régimen vigente garantiza a plenitud la defensa de la persona investigada, sobre todo por la obligación de verificar el cumplimiento de los principios y presupuestos que rigen la aplicación de medidas cautelares (legalidad, motivación, accesoriedad, instrumentalidad, urgencia, necesidad, recurribilidad, modificabilidad, razonabilidad y proporcionalidad).

c. El cumplimiento de los anteriores principios es el que a su vez garantiza, la tutela de la independencia judicial, principio medular del Estado de Derecho, que podría ponerse en entredicho, si se deja espacio a la arbitrariedad en esta materia. Recuérdese que las medidas pueden imponerse a jueces, magistrados y toda persona que preste sus servicios para la institución judicial, y no pueden servir como medio de intimidación o como obstáculo indebido para el correcto ejercicio de la judicatura.-

d. Resulta deseable, mejorar la regulación del procedimiento disciplinario en Costa Rica; en

particular, del tema de las medidas cautelares.- El régimen actual tiene un cuarto de siglo de vigencia; es disperso y no contiene una enumeración de las medidas cautelares posibles, ni regula tampoco procedimiento alguno, lo que obliga a acudir a otras fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, con el consecuente riesgo de aplicar normas que pudieran resultar incompatibles con el ejercicio de la función judicial. Existe pues un riesgo que resulta indispensable minimizar, mediante propuestas serias de mejora a nivel legal, que deben surgir necesariamente, del propio Poder Judicial.

7. Referencias bibliográficas.

Bolaños González Jimmy y otro. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública. N°8422 de 04-09-2004.IJSA. 1ª. Ed. 2004. San José, Costa Rica. 301 p.

Brewer Carías, Allan. Principios del procedimiento administrativo. 1ª. Ed. San José, Costa Rica. IJSA. 2012, 363 p.

Carretero Pérez, Adolfo y otro. Derecho Administrativo Sancionador. Editoriales de Derecho Reunidas. 2ª ed. Madrid. 1995. 289 p.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. El derecho Disciplinario de la Función Pública. Instituto Tecnológico y de Estudios Superior de Monterrey. México, 1990.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. El Derecho Disciplinario como Disciplina Jurídica Autónoma. Revista Derecho Penal y Criminología Vol. XXXIII, N° 95, jul-dic 2012 págs. 51-66.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Vol. II. 9ª ed. Civitas. Madrid. 1999. 722 p.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. El Derecho Disciplinario en Colombia. Estado del Arte. II Congreso Internacional de Derecho Disciplinario. México, setiembre, 2010.

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo (Parte General) Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. 1ª. Ed. 2002. 471 p.

Jinesta Lobo, Ernesto. Manual del Proceso Contencioso Administrativo. 1ª. Ed. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2008. 302 p.

Marina Jalvo, Belén. El régimen disciplinario de la función pública: Fundamentos y regulación sustantiva. Colección de Derecho Público. 3ª. Ed. 2006. Edirt Lex Nova. 405 p.

Marina Jalvo, Belén. Medidas provisionales en la actividad administrativa. 1ª. Ed. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2007. 254 p.

Muñoz Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Vol. IV. La actividad administrativa. 1ª. IUSTEL. Madrid. 2011. 1108 p.

Procuraduría General de la República. Seminario sobre Procedimientos administrativos. Memoria. 1ª. Ed. San José, Costa Rica, 2001, 256 p.

Procuraduría General de la República. Manual de Procedimiento Administrativo. 1ª. Ed. San José, Costa Rica, 2006, 239 p.

Quesada Madrigal Ericka. El procedimiento disciplinario en el Poder Judicial. Poder Judicial de Costa Rica. Defensa Pública. San José. 2010, 204 p.

Rivero Ortega, Ricardo y otros. Manual de Derecho Administrativo. 1ª. Ed. Editorial Jurídica Continental San José, Costa Rica, 2016. 260 p.

Rubiano Cifuentes, Leydi Marcela. La suspensión provisional como medida cautelar en la acción disciplinaria. U. de Santo Tomás. Bogotá, 2015, 80 p.

Sánchez Morón, Miguel. Derecho de la Función Pública. 2ª. Ed. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1997. 319 p.

Sánchez Sánchez, Zulima. La potestad administrativa sancionadora: La tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho. En: "Revista de Derecho de la Hacienda Pública". Contraloría General de la República. Vol VI. 2016. 20 p.

Villalobos Soto. José Joaquín. Código Procesal Contencioso Administrativo Subtitulado. Concordado. 4ª ed. San José, Costa Rica. IJSA, 2008. 361 p.

Normativa:

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas. 3ª. Ed. San José, Costa Rica. 963 p.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, N°7476 de 03-03-1995 y sus reformas.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley de la Jurisdicción Constitucional, N°7135 de 27 de setiembre de 1989.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley General de la Administración Pública. N°6227 de 14 de setiembre de 2004 de mayo de 1978. Imprenta Nacional. San José, Costa Rica. 74 p.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley Orgánica del Poder Judicial. N°7333 de 1° de julio de 1993 y sus reformas.

Jurisprudencia:

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 2002-11725, de las 10:25 horas del 13-12-2002.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 7190-1994, de las 15:24 horas del 06-12-1994.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 2000-0352, de las 18:57 horas del 11-01-2000.

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia N° 13131-03 del 11-11-2003.

Otras fuentes:

“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.



Mario Peña Chacón¹

Régimen especial de responsabilidad ambiental de sitios contaminados

Sumario:

1. Reglamento sobre Valores Guía en Suelos para descontaminación de sitios afectados por emergencias ambientales y derrames.
2. Régimen de Responsabilidad General.
3. Régimen especial de responsabilidad de sitios contaminados.
 - 3.1 Procedimiento para sitios abandonados.
 - 3.2 Reglas especiales para donaciones y transferencias de terrenos previamente utilizados para actividades clasificadas como categoría riesgo tipo A por el Reglamento General para otorgamiento de Permisos de Funcionamiento del Ministerio de Salud.
 - 3.3 Cambio de Uso de Suelo para actividades que generen riesgo de contaminación.
 - 3.4 Contaminación en sitios ocupados trazable a ocupantes anteriores o actividades externas.
4. Referencias.

"El sistema de responsabilidad por daño ambiental costarricense no permite la existencia de sitios contaminados huérfanos"

El Reglamento sobre Valores Guía en Suelos para descontaminación de sitios afectados por emergencias ambientales y derrames², estableció una serie de reglas especiales de responsabilidad por daño ambiental, así como procedimientos aplicables específicamente a sitios contaminados, incluyendo aquellos que califican como pasivos ambientales.³

¹ 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

² Decreto Ejecutivo N° 37757-S publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 132 del 10 de julio de 2013, en vigencia a partir del 11 de enero de 2014.

³ Siguiendo la definición que da la ley número 14343 "Pasivos Ambientales de la Provincia de Buenos Aires" es posible definir pasivo ambiental como el conjunto de los daños ambientales, en términos de contaminación del



El presente trabajo académico pretende analizar el régimen especial de responsabilidad por sitios contaminados a la luz de los principios generales de la responsabilidad por daño ambiental en Costa Rica.

1. Reglamento sobre Valores Guía en Suelos para descontaminación de sitios afectados por emergencias ambientales y derrames

El Reglamento de Valores Guía en Suelos para descontaminación de sitios afectados por emergencias y derrames, parte integrante de la agenda de implementación de la Ley de Gestión Integral de Residuos⁴, tiene por objeto establecer el listado de sustancias químicas y valores guía a partir de los cuales se podrían provocar alteraciones perjudiciales a la calidad del suelo, a fin de evitar daños a la salud pública y al ambiente; así como establecer los procedimientos administrativos para la gestión del riesgo en casos de contaminación de suelo y medios con los que éste tenga contacto.⁵

Específicamente, el Reglamento de Valores Guía en Suelos busca desarrollar el contenido del artículo 46 de la Ley de Gestión de Residuos sobre sitios contaminados⁶, encontrándose obligados a su cumplimiento todas aquellas personas físicas y jurídicas que desarrollen actividades industriales, comerciales, de servicios, actividades agropecuarias o agroindustriales,

agua, del suelo, del aire, del deterioro de los recursos naturales y de los ecosistemas, producidos por cualquier tipo de actividad pública o privada, durante su funcionamiento ordinario o por hechos imprevistos a lo largo de su historia, que constituyan un riesgo permanente y/o potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad, y que haya sido abandonado por el responsable.

4 Ley número 8839 publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 135 del 13 de julio de 2010.

5 Artículo 1 del Decreto Ejecutivo número 37757-S.

6 Artículo 46 de Ley de Gestión Integral de Residuos: Remediación. En caso de detectarse suelos contaminados, el Ministerio de Salud deberá emitir la declaración de suelo contaminado y ejercer las acciones necesarias porque quien resulte responsable de la contaminación deberá proceder a su limpieza y recuperación, de acuerdo con los lineamientos generales que se establecerán vía reglamento y con un plan de remediación, previamente aprobado por dicho Ministerio. En caso de que no sea posible identificar al responsable de la contaminación de un sitio por el manejo inadecuado de residuos, el Ministerio de Salud, en coordinación con la municipalidad respectiva y cualquier otra autoridad que consideren conveniente, llevarán a cabo las acciones necesarias para su remediación cuando existan riesgos inminentes para la salud y el ambiente.

en el territorio nacional y cuyos procesos o actividades incluyan la producción, el transporte, uso, manejo, almacenamiento o transvase de alguna de las sustancias reguladas,⁷ ya sea en forma individual o incorporadas a las mezclas y productos que manipulen.⁸

2. Régimen de Responsabilidad General

De conformidad con el artículo 8 del Reglamento bajo estudio, aquellos entes generadores, entendiendo por estos todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, responsables de la emisión o descarga de sustancias químicas que pueden depositarse en suelos, son responsables del cumplimiento en sus terrenos de los valores guía establecidos por la norma, lo cual puede ser corroborado en cualquier momento mediante inspección y toma de muestras, según sus competencias, por la autoridad competente en materia ambiental del Ministerio de Salud, en coordinación con la Dirección de Gestión de la Calidad Ambiental (DIGECA) del Ministerio de Ambiente y Energía.

El citado artículo 8 establece además una presunción de responsabilidad *iuris tantum*, propia de un sistema de responsabilidad objetiva con inversión de la carga probatoria, que recae sobre el propietario registral del sitio contaminado por el simple hecho de ser titular del inmueble. Por su parte, la caracterización, remediación y elaboración de reportes de monitoreo son a cargo del profesional responsable⁹ que designe el ente generador.

En caso de denuncia, y que producto de las investigaciones realizadas por el Estado se clasifique un sitio como zona contaminada,¹⁰ los costos de los muestreos y análisis deben ser cobrados al ente generador que se compruebe causó la contaminación.¹¹

7 Las sustancias reguladas, sus respectivos valores guía y de prevención, así como las sustancias prohibidas y sus valores de intervención se encuentran reguladas en los artículos 6 y 7 del Decreto Ejecutivo número 37757-S.

8 Artículo 1 Decreto Ejecutivo número 37757-S

9 "Profesional colegiado e idóneo de acuerdo a la legislación vigente y quien declara bajo fe de juramento que la información técnica es verídica y coincidente. Es el encargado técnico del cumplimiento del presente reglamento y de la realización de los procesos de diagnóstico, remediación y monitoreo de los sitios potencialmente afectados por contaminación". Artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 37757-S

10 "Zonas en cuyos suelos se sobrepasen los valores de intervención" Artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 37757-S.

11 Artículo 16 del Decreto Ejecutivo número 37757-S

Por su parte, en situaciones de contaminación comprobada, el ente generador se encuentra obligado a cumplir con los mecanismos de monitoreo¹² o remediación del sitio,¹³ establecidos en el artículo 8.8 del Reglamento de rito.

Como puede observarse, el régimen antes expuesto viene a complementar las reglas de responsabilidad ambiental establecidas tanto en el numeral 57 de la Ley de Gestión Integral de Residuos¹⁴ como en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente,¹⁵ ajustándose en un todo a los principios generales de la responsabilidad por daño ambiental desarrollados ampliamente por la legislación y jurisprudencia costarricense; entre ellos: responsabilidad objetiva, responsabilidad solidaria, inversión de la carga probatoria y reparación integral del daño.¹⁶

12 "El muestreo y análisis sistemático de la calidad de los suelos, aguas y aire que se efectúa mediante equipos automáticos, manuales o ambos, de conformidad con los procedimientos y niveles de detección requeridos para las sustancias establecidas en el presente decreto". Artículo 2 Decreto Ejecutivo número 37757-S

13 "Reparación de daño producido al ambiente mediante procesos físicos, químicos y biológicos, incluido el manejo ambientalmente seguro de los materiales contaminados, a través del que se intenta recuperar las condiciones y características naturales en ambientes que han sido objeto de daño, llevándolos hasta condiciones seguras para el ambiente y salud humana". Artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 37757-S

14 ARTÍCULO 57.- Responsabilidad por daños y perjuicios ambientales. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas, los infractores a las disposiciones contenidas en la presente Ley, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados contra el ambiente y la salud de las personas, y deberán restaurar el daño, y, en la medida de lo posible, dejar las cosas en el estado que se encontraban antes de la acción ilícita. Los titulares de las empresas o las actividades donde se causan los daños responderán solidariamente.

15 Artículo 101.- Responsabilidad de los infractores. Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de 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 los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica.

16 Al respecto se recomiendo al lector remitirse a la obra de este mismo autor denominada "Daño, Responsabilidad y Reparación del medio ambiente", Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, segunda edición Editorial Investigaciones Jurídica, julio 2011, Costa Rica.

3. Régimen especial de responsabilidad de sitios contaminados

El Reglamento objeto de estudio, en su artículo 17, estableció una serie de reglas para determinar la responsabilidad por daño ambiental, así como procedimientos especiales aplicables específicamente a sitios contaminados o pasivos ambientales.

3.1 Procedimiento para sitios abandonados.

La primera situación o caso especial regulado lo constituye el procedimiento instaurado para sitios abandonados, al efecto el artículo 17.1. dispone:

17.1. Procedimiento para sitios abandonados.

El Ministerio de Salud, previa autorización judicial, deberá realizar los muestreos y análisis pertinentes cuando existan sitios abandonados denunciados como contaminados o verificados como tal. En el caso de terrenos desocupados, pero con una contaminación trazable al dueño registral o al ocupante anterior, rehusándose estos a realizar labores de evaluación o remediación, el Ministerio de Salud deberá denunciar lo anterior ante la Fiscalía Ambiental y Agraria, e iniciar los procesos de evaluación, y de ser necesario, descontaminación.

De la lectura del artículo es posible deducir dos distintos supuestos, el primero relacionado directamente con sitios abandonados, entendiendo por estos aquellos terrenos o edificios cuyo propietario registral no ha sido identificado o cuyo domicilio es desconocido,¹⁷ mientras que el segundo apunta a situaciones donde el terreno desocupado y la contaminación es trazable al propietario registral o al ocupante anterior, y éste o estos se rehúsan a realizar labores de evaluación o remediación.

En ambos supuestos, corresponde al Estado por medio del Ministerio de Salud realizar los procesos de evaluación y descontaminación, siendo que en el segundo caso antes señalado el Ministerio de Salud además, previa intimación, se encuentra obligado a denunciar

17 Artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 37757-S.

al propietario registral u ocupante anterior ante el Ministerio Público, por los delitos de desobediencia de autoridad y disposición ilegal, previstos y sancionados por los artículos 307 del Código Penal¹⁸ y 56 de la Ley de Gestión Integral de Residuos¹⁹, respectivamente.

La responsabilidad subsidiaria del Estado de realizar por sí mismo la limpieza y recuperación de suelos en situaciones de abandono de sitios contaminados, en aquellos terrenos desocupados donde el propietario y/o el ocupante anterior se niegan a realizar las labores de remediación; e incluso en casos de accidentes ambientales de gran magnitud o trascendencia ecológica, social y colectiva, con incidencia en la salud pública y el medio ambiente, es propia de la configuración de un Estado Social y Ambiental de Derecho, encontrando respaldo jurídico de manera general en la Constitución Política, instrumentos internacionales sobre ambiente y derechos humanos, así como de la normativa de rango inferior.²⁰

18 ARTÍCULO 307.- Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención.

19 ARTÍCULO 56.- Disposición ilegal. Se impondrá la pena de prisión de dos a quince años a la persona que abandone, deposite o arroje en forma ilegal residuos peligrosos. La pena podrá aumentarse en un tercio cuando se abandonen, depositen o arrojen residuos peligrosos en áreas de protección del recurso hídrico, áreas silvestres protegidas, la zona marítimo-terrestre, aguas marinas o continentales y los cuerpos de agua destinados al consumo humano. La pena será de seis meses a cuatro años si lo que se abandona, deposita o arroja ilegalmente en estas áreas son otros tipos de residuos u otro tipo de sustancias o si estas conductas se realizan en bienes del Estado.

20 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. De igual forma, subsiste la obligación estatal de sancionar a los sujetos infractores de la normativa ambiental, y de aplicar los principios propios del derecho ambiental internacional. 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.

Específicamente, la obligación estatal de recomposición ambiental de sitios abandonados deriva del artículo 46 de la Ley de Gestión Integral de Residuos, así como de los numerales 45, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad²¹ que establecen el deber de recuperación, restauración y rehabilitación de los ecosistemas dañados.²²

El segundo aspecto a destacar del artículo 17.1. es la aplicación de la presunción de responsabilidad iuris tantum establecida por el numeral 8 del Reglamento sobre el propietario registral, pero en este caso extendida además al ocupante anterior del inmueble contaminado, con quien en caso de darse la disociación propietario/ocupante, compartiría responsabilidad de carácter solidario. Lo anterior tomando en consideración el hecho de que la figura del generador de un pasivo ambiental no necesariamente coincide con la del propietario registral del sitio contaminado, siendo perfectamente posible que el ocupante anterior del inmueble fuese un arrendatario, usufructuario, depositario o simple poseedor.²³

Cabe destacar que la solidaridad es una regla general de la responsabilidad por daño ambiental que encuentra asidero tanto en el artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente como en el numeral 16 de la Ley de Gestión Integral de Residuos.

21 Artículo 45. 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.

Artículo 53. La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio de Ambiente y los demás ente públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes.

Artículo 54. 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.

22 En relación a este tema se recomienda al lector remitirse al artículo de este mismo autor denominado "Aspectos Procesales de la Responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contenciosa Administrativa" accesible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista102/pdf/07_aspectaos.pdf

23 Se recomienda al lector remitirse al artículo de este mismo autor denominado "Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras" accesible en: <http://www.proyescu.com/rcda/html%201vol3/a06.html#art1>

Coincidiendo con FRANCO,²⁴ ante la disociación propietario/ocupante, lo deseable sería que en primera instancia la responsabilidad recayere sobre el ocupante autor y generador del daño ambiental; sin embargo, subsiste la responsabilidad civil y solidaria del propietario del predio y su deber de remediación, aun en aquellos supuestos donde no haya participado como generador del daño ambiental, esto por tratarse de una obligación por causa de una cosa de la que se es propietario, situación que será objeto de análisis en el siguiente acápite.

Es importante resaltar que a pesar de lo anteriormente expuesto, el propietario no generador del daño ambiental conserva el derecho de ejercer posteriormente acciones de repetición o regreso en contra del ocupante o del tercero generador del daño.

Además, es importante señalar que la Administración Pública a través de su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, puede convertirse en ente generador de sitios contaminados, ya sean estos bienes de naturaleza pública o privada, bajo la figuras del titular/propietario o de ocupante. En estos casos, las normas de responsabilidad previstas en el Reglamento de rito deben complementarse con aquellas propias de la responsabilidad de la Administración Pública previstas a partir del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública.

3.2 Reglas especiales para donaciones y transferencias de terrenos previamente utilizados para actividades clasificadas como categoría riesgo tipo A por el Reglamento General para otorgamiento de Permisos de Funcionamiento del Ministerio de Salud.

El numeral 17.2 del Reglamento objeto de análisis establece una serie de reglas especiales que deben seguirse en situaciones de traspasos gratuitos u onerosos de inmuebles donde se desarrollaron previamente

actividades clasificadas como tipo A de conformidad con el Reglamento General para el otorgamiento de Permisos de Funcionamientos del Ministerio de Salud.²⁵

De acuerdo con este artículo, las partes del contrato (comprador-vendedor, donante-donatario, fideicomitente-fiduciario) se encuentran obligadas a cerciorarse que el inmueble objeto de transmisión de dominio no presente contaminación por las sustancias normadas, en relación al uso de suelo que pretenda dársele, previo a su transferencia. En caso de aceptar el trámite y existir contaminación, el receptor deberá notificar al Ministerio de Salud su aceptación de las responsabilidades normadas por el Reglamento.

La primera obligación que se desprende del artículo es la de cerciorarse, previo a su transmisión, que el inmueble no presente contaminación por sustancias reguladas. El Reglamento parte, por tanto de la responsabilidad ambiental tipo "*propter rem*", o sea ambulatoria e inherente a la propiedad de una cosa, pues el vínculo se establece con quienes revisten la calidad de propietarios de la cosa dañina. De esta forma, la responsabilidad se trasmite sucesivamente de propietario registral a propietario registral, o sea se traslada a quien va usando o se va sirviendo del inmueble contaminado o contaminante.

Consecuencia directa de la responsabilidad ambiental tipo *propter rem* lo es el reforzamiento del deber de diligencia (*due diligence*) tanto por parte del transmitente como del adquirente, previo a la adquisición del inmueble.

Para el transmitente el deber de diligencia implicaría la obligación de informarle a su contraparte del estado actual y real del inmueble, previo a la celebración del negocio jurídico, así como de ponerlo sobre aviso respecto a los problemas ambientales que posee o puede llegar a generar. Mientras que para el adquirente, el *due diligence* conlleva cerciorarse que el bien inmueble a adquirir no contamine o se encuentre contaminado con sustancias reguladas en el Reglamento, o bien, posea características que lo haga susceptible de causar daños al medio ambiente, en la medida que mediante

24 Franco, Horacio J., Pasivos Ambientales y realidad económica, en Revista Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, número 33, 2013.

25 Decreto 34728-S, publicado en el Alcance N° 33 a La Gaceta N° 174 de 9 de setiembre de 2008

su transmisión se adquiere a la vez, la responsabilidad sobre el mismo y con ello, el deber de recomposición integral del ambiente.

Para los juristas VIDAL DE LAMAS y WALSH,²⁶ la debida diligencia conlleva la incorporación de cláusulas especiales dentro de los contratos de transmisión de inmuebles o de cesión de activos que permitan eliminar o al menos minimizar el riesgo a posibles problemas ambientales que pudieran sobrevenir, siendo las cláusulas más comunes:

a. Deslinde de responsabilidad donde el vendedor asume la responsabilidad por todo lo que hubiese ocurrido antes del cierre de la operación. De esta manera se busca resolver las insuficiencias propias de los vicios redhibitorios establecidos en el Código Civil.

b. Declaraciones y garantías donde el vendedor manifiesta que a la fecha de cierre del acuerdo, ha cumplido con las leyes ambientales y que no hay contaminación en su predio. El comprador intentará tener garantías adicionales para asegurar su solvencia, y el vendedor, para aliviar el gran peso de una garantía tan amplia, requerirá al comprador un seguro que cubra eventuales responsabilidades ambientales.

c. Cláusula de seguridad utilizada para aquellos casos donde no hay una certeza sobre la existencia o gravedad de los pasivos ambientales. En estos casos se puede constituir un fondo de reserva o depósito de garantía por un tiempo prudencial determinado. Al cumplirse el plazo y de no comprobarse la existencia de pasivos ambientales, se libera la reserva de fondos a favor del vendedor.

d. Cláusula de reducción de precio para el caso de detectarse pasivos ambientales. Una variante de esta modalidad es la utilizada en la recuperación de predios donde se conoce de antemano la existencia y alcances de los pasivos ambientales. En estas situaciones, típicas del desarrollo de predios degradados o "*brownfields*", es común pactar el precio en función del valor del terreno, más el costo

de la remediación. En otros casos se transfiere el pasivo, compartiendo el riesgo de la remediación.

Es importante tomar en cuenta que las obligaciones propias del due diligence aplican también a todas aquellas situaciones de transmisión de sitios contaminados por medio de la vía judicial, sea en situaciones de remates, quiebras, sucesiones, entre otros.

La segunda obligación derivada del artículo 17.2. implica el deber del adquirente del inmueble, una vez aceptado el negocio jurídico y en el supuesto de existir contaminación, de notificar al Ministerio de Salud de la aceptación de las responsabilidades normadas en el Reglamento. Esta obligación acarrea una serie de interrogantes especialmente tomando en cuenta que del primer párrafo del mismo artículo es posible deducir una responsabilidad de tipo *propter rem*.

Por la confusa redacción del artículo, especialmente de su párrafo final, saltan una serie de interrogantes en su aplicación, entre ellas: ¿Qué sucede si el adquirente no acepta las responsabilidades establecidas en el reglamento? ¿Qué implicaciones acarrea el incumplimiento del deber de notificación al Ministerio de Salud?

Tratándose de responsabilidad *propter rem*, en el momento que el adquirente pasa a convertirse en propietario registral del inmueble, ya sea a título gratuito u oneroso, asume la responsabilidad, independientemente de que se haya cerciorado o no de su contaminación, a tal punto que el mismo Reglamento establece una presunción de responsabilidad *iuris tantum* que recae sobre el propietario registral. Si el adquirente aceptó en el contrato la responsabilidad normada en el Reglamento no le asistirá acción de regreso contra el transmitente, la cual únicamente operaría por vicios redhibitorios.

Incumplir el deber de notificación al Ministerio de Salud respecto a la aceptación de responsabilidad implicaría para el adquirente una falta administrativa que carecería de sanción, por no estar así contemplada. A la vez, dicho incumplimiento no tendría implicación alguna con relación a la responsabilidad del propietario respecto a terceros por daño ambiental, ni respecto a su deber de restauración integral.

26 Vidal de Lamas, Ana María Walsh, Juan Rodrigo, Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo, accesible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/mexico26/viii-059.pdf>

3.3 Cambio de Uso de Suelo para actividades que generen riesgo de contaminación.

De conformidad con el artículo 17.3. del Reglamento bajo estudio, cuando la Municipalidad correspondiente apruebe un cambio de uso del suelo para una actividad que genere riesgo de contaminación por las sustancias normadas, el propietario o usuario del terreno será responsable por cumplir los niveles permisibles para dicho uso y asumirá el riesgo y responsabilidades consiguientes en caso que estos niveles no se cumplan al inicio y durante el nuevo uso.

De la redacción del artículo es posible concluir que el tipo de responsabilidad que recae sobre el propietario registral y/o ocupante del inmueble es de tipo objetiva por generación de riesgo, donde la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo, y por consiguiente, la obligación de recomposición integral del sitio contaminado.

En este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa del causante, sino sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño. De esta forma, quien genera un riesgo de naturaleza ambiental asume la responsabilidad por los daños derivados de su actividad, cumpla o no, con el estándar de diligencia.

La responsabilidad ambiental objetiva encuentra su asidero en las teorías clásicas del riesgo creado y riesgo provecho, por cuanto quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita; de esta forma, la asunción de riesgo de una actividad intrínsecamente peligrosa no podría bajo ninguna circunstancia corresponder a la víctima ni a la sociedad, sino a los responsables de la misma.

El ordenamiento jurídico parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. Lo anterior viene a reforzar la presunción de responsabilidad *iuris tantum* que recae sobre el propietario registral y/o último ocupante, contenida en los artículos 8 y 17.1. del Reglamento.

Cabe resaltar que la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad por daño ambiental ha sido la regla en Costa Rica a partir de la interpretación que realizó la Sala Constitucional del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente a través de la sentencia 2000-1669 de las 14:51 horas del 18 de febrero del 2000.²⁷ Misma línea jurisprudencial ha venido siguiendo la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia número 398 del 06 de junio del 2001²⁸ al considerar la responsabilidad objetiva como un principio general del derecho ambiental.

27 "Previo al análisis de fondo del presente recurso, debe señalarse que dentro de la problemática de la destrucción al medio ambiente, destaca como un punto de especial relevancia el tema de la responsabilidad por daño ambiental, al cual se le ha dado un trato diferente, tomando en consideración las características propias de la materia de que se trata. El Estado, para asegurarse de alguna manera el resarcimiento por los daños ocasionados al medio ambiente, ha creado una serie de normas en las que se regula lo referente a la responsabilidad ambiental, sin perder de vista, eso sí, el necesario equilibrio que ha de existir entre la protección del ambiente y el desarrollo de las actividades de los particulares. En el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad, de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno por responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del trasgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente. Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad donde lo que priva es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad. Así las cosas, en muchas ocasiones no es posible determinar, ni al culpable, ni la norma legal infringida, pues en la mayoría de los casos el daño es producto de una omisión, pero ciertamente se perjudica a terceras personas o Estados, las o los que necesariamente son objeto de indemnización. Dentro de este contexto es que debe entenderse el contenido del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente"

28 "La responsabilidad derivada de daños causados a la naturaleza, sea ésta proveniente de una actividad agraria o de cualquier otro tipo, universalmente siempre se ha considerado como una responsabilidad de carácter objetiva. Este principio general de derecho ha sido admitido ampliamente en las últimas reformas a la Constitución donde se introdujo el derecho a un ambiente sano y ecológico equilibrado, y el legislador lo ha asumido aún antes de esas reformas, reiterándolo ampliamente después, para encontrarse en todo el sector ambiental del ordenamiento jurídico. Desde los más remotos documentos jurídicos este criterio siempre ha imperado porque no puede obligarse a la víctima a probar el nexo de causalidad, como sí acontece para la responsabilidad subjetiva, si el agente dañoso ha asumido un riesgo, aún cuando sea bajo una dimensión de una actividad lícita, si dentro de sus posibles efectos se pueden incluir el causarle un mal a terceros..." "...No se trata de la responsabilidad subjetiva prevista en el numeral 1045 del Código Civil, porque en tal hipótesis el damnificado debe probar el nexo causal entre la acción del agente dañino y los perjuicios sufridos. En la objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Esto no deriva de un acto arbitrario sino de pura lógica, pues quien, incluso en una conducta lícita, asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todo cuanto daño pueda causar esa peligrosidad".

3.4 Contaminación en sitios ocupados trazable a ocupantes anteriores o actividades externas.

El numeral 17.4. del Reglamento, regula aquellas situaciones donde las actividades anteriores realizadas en el inmueble o bien actividades externas han generado su contaminación, disponiendo la obligación del actual ocupante de facilitar al Estado y a quien resulte responsable de la contaminación, el ingreso y permanencia en el sitio a fin de realizar la evaluación, y de ser necesario, la descontaminación de la zona.

A diferencia de lo previsto en el numeral 17.1 sobre sitios abandonados o desocupados, el 17.4. se encarga de regular sitios contaminados con ocupación actual, misma que puede ser ejercida tanto por el propietario registral o bien por arrendantes, usufructuarios, depositarios o simples poseedores, sean estas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

El artículo parece partir del hecho de que el nuevo ocupante no tuvo participación de aquellas actividades que generaron la contaminación del sitio, y que por tanto, ellas fueron realizadas ya sea por un ocupante anterior, o bien por terceros ubicados fuera del inmueble.

Ante tal situación, el ocupante actual se encontraría exento de la responsabilidad por daño ambiental, recayendo ésta sobre el propietario registral y/o el ocupante anterior. Es posible interpretar que la presunción *iuris tantum* de responsabilidad contenida en el artículo 17.1. del Reglamento aplica exclusivamente al propietario y al ocupante anterior, y no al ocupante actual que no tuvo participación en las actividades que generaron la contaminación del sitio.

Por su parte, en caso de coincidir la figura del ocupante actual con la del propietario registral estaríamos ante el supuesto previsto en el artículo 17.2 que regula la responsabilidad *propter rem*, en donde el propietario es responsable por el daño ambiental, incluso por aquel acontecido con anterioridad a la adquisición del inmueble.

A manera de conclusión es posible afirmar que independientemente de la naturaleza pública o privada del sitio contaminado; de si es trazable o no

la contaminación al propietario registral o al ocupante anterior, o de si el inmueble se encuentra actualmente ocupado o abandonado, en virtud de que el sistema de responsabilidad por daño ambiental costarricense no permite la existencia de sitios contaminados huérfanos, la recomposición se convierte en una obligación ineludible que recae, dependiendo de la situación específica, sobre el generador, el propietario registral, ocupante anterior o del Estado.

4. Referencias

Franco, Horacio J., Pasivos Ambientales y realidad económica, en Revista Derecho Ambiental, Abeledo Perrot, número 33, 2013.

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

Peña Chacón, Mario Aspectos Procesales de la Responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contenciosa Administrativa, en Revista Judicial número 97, setiembre 2010, San José, Costa Rica.

Peña Chacón, Mario, "Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras" accesible en Revista Brasileira de Direito Ambiental, número 28, año 7, octubre/diciembre 2011, Brasil, y en Anuario de la Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, año 2013, tomo 2, IJ Editores, Buenos Aires, 2013.

Vidal de Lamas, Ana María Walsh, Juan Rodrigo, Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo, accesible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/mexico26/viii-059.pdf>



Estudios de
**Colaboradores
Internacionales**



Alcides Antúnez Sánchez¹

La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI.

Sumario:

1. El Derecho Ambiental y la protección ambiental por los sujetos de gestión.
2. La formación ambiental de los empresarios, una necesidad en el siglo XXI.
3. La fórmula estimulación/ recompensa, un reto para el empresario en el siglo XXI.
4. Corolario.
5. Referencias.

¹ Licenciado en Ciencias Penales y Ciencias Jurídicas. Magíster en Asesoría Jurídica mención Derecho Ambiental. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional. Imparte las materias de Derecho Ambiental e Internacional Público, Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu, antunez1963@gmail.com



Resumen: El ensayo propone una mirada a la formación ambiental, donde su adecuado conocimiento formativo incidirá en la aplicación adecuada de los instrumentos de mercado de carácter cooperativo por los empresarios como sujetos de gestión, para ser más competitivos en un mercado exigente que impone barreras comerciales; para ello aparece desde el pasado siglo XX la fórmula estimulación/recompensa desde el Derecho Administrativo Ambiental, como uno de los incentivos a ponderarse. Con las políticas de fomento establecidas por la Administración Pública, permitirán lograr alcanzar el paradigma del desarrollo sostenible, como el mega principio del Derecho Ambiental, donde el hombre en su relación con la naturaleza y a fin de lograr la conservación de las condiciones ambientales que requiere para su hábitat sin perjuicio del desarrollo de las actividades económicas que lo impactan, necesita establecer los mecanismos, medidas y procedimientos que permitan una convivencia armónica de lo natural, de lo social y de lo económico. Se propone como objetivo, demostrar la necesidad de la formación ambiental de los empresarios, incidente en la implementación de las fórmulas de estimulación/recompensa dentro de los sujetos de gestión para alcanzar con ello el desarrollo sostenible como parte de las políticas públicas de los Estados. Son utilizados los métodos de investigación de análisis síntesis, inducción deducción, comparación jurídica.

Palabras claves: ecoauditorias, ecoetiquetado, certificación ambiental, empresa responsable.

Exordio: El medio ambiente ha sido asumido a lo largo de la evolución del *"pensamiento filosófico y gnoseológico"* del hombre como ser social, de diferentes maneras y diversas acepciones. El hombre en su relación con la naturaleza y a fin de lograr la conservación de las condiciones ambientales que requiere para su hábitat sin perjuicio del desarrollo de las actividades económicas que lo impactan, necesita establecer los mecanismos, medidas y procedimientos que permitan una convivencia armónica de lo natural, de lo social y de lo económico. Por ello, el desarrollo tecnológico y las nuevas tecnologías no pueden ser depredadoras del medio ambiente. En esta línea, el Derecho, se instituye como el medio para favorecer su desenvolvimiento ambiental responsable, con el uso de los instrumentos

de comando y control. Sin embargo, paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico, el que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy más que nunca se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso sigue presente la incertidumbre científica sobre los efectos al medio ambiente y a la salud humana.

Con ello, la implementación de los avances en las diferentes esferas de las ciencias, permiten encontrar soluciones para los nuevos desafíos económicos, sociales y ambientales, para favorecer el desarrollo sostenible y las sociedades verdes. De hecho, como ningún país es capaz de alcanzar el desarrollo sostenible por sí solo, donde la cooperación científica internacional contribuye no sólo al progreso del conocimiento, sino también a la construcción de la paz. En este escenario la ciencia, les ayuda a los ciudadanos a comprender mejor la ciencia para que contribuyan en su desarrollo, como un hecho fundamental para construir sociedades en las que los individuos tengan los conocimientos necesarios para elegir de manera pertinente sus opciones profesionales, personales y políticas, y para que puedan participar en el apasionante mundo de la investigación, donde la cultura popular, promovida por Freire, contribuiría a alcanzar este propósito.²

Nada, que los avances de la industria, el comercio, la ciencia y la tecnología en el siglo XXI, han traído consigo enormes riesgos que amenazan no sólo la salud y la estabilidad económica de los individuos o las sociedades, sino también la supervivencia de la especie humana y de la vida misma sobre el planeta tierra. Por consiguiente, lo que hace unos años en el pasado siglo se consideró de manera optimista como "sociedad del conocimiento", y se ha denominado por Ulrich Beck como "sociedad del riesgo", a causa de la coyuntura que vive la aldea global posmoderna y pos-industrial, al enfrentar los riesgos que la modernidad misma ha engendrado, riesgos que a su vez no pueden ser calculados ni controlados por la ausencia de regulación jurídica y técnica de los sistemas políticos.³

² Confróntese para profundizar FREIRE, P. *Pedagogía de la Autonomía. Saberes necesarios para la práctica educativa*, 11a. edición en español, Editorial Siglo XXI, Argentina, 2006; UNESCO, *Educación para Todos en 2015 ¿Alcanzaremos la meta?* Panorama Regional América Latina y el Caribe, París, 2008.

³ Véase en este sentido, BECK, U. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*.

Desde la dimensión ambiental, el nuevo paradigma es alcanzar el desarrollo sostenible, el que permitirá el tránsito de lo cuantitativo a lo cualitativo, al sentar algunas bases conceptuales de la gobernabilidad ambiental. Hay que reconocer, que la raíz de la crisis ambiental ha estado en los modelos de desarrollo basados en la ganancia a cualquier costo y es un reto alcanzar su reversión. Por ello, es una necesidad alcanzar el desarrollo sostenible en el siglo XXI toda vez que desde el Informe "Nuestro Futuro Común" en 1984, se ha señalado como el mega principio del Derecho Ambiental, el paradigma está en cómo establecer políticas públicas para concretarlo.⁴

Hoy el deterioro ambiental, en su conservación influye directamente la cultura de los pueblos reflejada en las relaciones entre las personas y entre la sociedad y la naturaleza. De manera que cultura y medio ambiente están estrechamente relacionados e interdependientes. La educación ambiental como obligación pública, obedece a esta misma lógica de hacer efectiva una responsable participación de la ciudadanía en las decisiones de naturaleza ambiental, pues para participar tan necesario es estar informado como estar formado. La tendencia en el mundo empresarial se direcciona hacia modelos de negocios amigables con el ambiente en el siglo XXI. Estos conciben que la viabilidad económica de las formas de gestión en los desafíos en el mundo actual no solo depende de su gestión económica, sino también de su gestión responsable en aspectos ambientales y sociales, dimensionando las necesidades presentes sin comprometer las ventajas y oportunidades potenciales del futuro que les permita ser más competitivas ante mercados más exigentes.

Son hechos que demuestran que la incidencia de la Administración Estratégica en la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) es un elemento a ponderarse para la conformación de la Empresa Responsable con el Ambiente desde la dimensión ambiental con la implementación de tecnologías limpias, el uso adecuado

Antídotos. Responsabilidad organizada, Editorial El Roure, Barcelona, 1998; BECK, U. La Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Editorial Paidós ibérica, Barcelona, 1998; ESTEVE PARDO, J. Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del Riesgo Tecnológico en el Derecho Ambiental, Editorial Ariel, Barcelona, 1999; GRANJA ARCE, H. Tesis de maestría: Nuevos riesgos ambientales y Derecho Administrativo, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010.

4 HARLEM BURLAND, G. recibió el encargo de presentar el informe nuestro futuro común por las Naciones Unidas, Estados Unidos de América, 1984, pp.1-33

de los sistemas de gestión ambiental, la auditoría ambiental, la etiqueta ambiental para lograr el desarrollo sostenible dentro de los instrumentos de mercado y comercio como parte de las fórmulas estimulación/recompensa, son elementos incidentes en la calidad de vida y el bienestar a los ciudadanos a partir de la tutela adecuada de la Administración Pública, y que hoy son un reto para alcanzarlo como parte de las políticas públicas, donde aparece en este escenario en su control los sujetos privados. El ensayo propone como objetivo, demostrar la necesidad con la implementación de la Administración Estratégica, fomentar la fórmula de estimulación/recompensa dentro de los sujetos de gestión para alcanzar con ello el desarrollo sostenible como parte de las políticas públicas de los Estados. Para ello, son utilizados los métodos de investigación como de análisis síntesis, inducción deducción, comparación jurídica.

1. El Derecho Ambiental y la protección ambiental por los sujetos de gestión

A partir de la Asamblea General de Naciones Unidas, se convocó la Conferencia sobre el Medio Humano, reconocida como la Declaración de Estocolmo, es el hecho jurídico que marca un hito en el desarrollo del Derecho Ambiental moderno. Fue esta cita el inicio fundacional del Derecho Ambiental, el primer documento en un foro internacional, señalado como el maridazgo que existe entre el Derecho Ambiental y el Derecho Internacional, de aquí su nexo con el Derecho Internacional. Por el grado de consenso generado entre los Estados, y la profundidad de sus conceptos, esta Declaración se reconoce como la "Carta Magna" del Derecho Internacional Ambiental.⁵

Aunque, como se señalara por Jordano Fraga, ... "resulta artificioso y atrevido fijar una fecha concreta o una norma a partir de la cual se pueda situar el nacimiento del Derecho Ambiental moderno" ...⁶

5 En este sentido, véase PNUMA (1992) Declaración del Día Mundial del Medio Ambiente, la preservación del medio ambiente, para concientizar a los pueblos y a los estadistas, Brasil; JUSTE RUIZ, J. Derecho Internacional del Medio Ambiente, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1999; JUSTE RUIZ, J. La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente, Universidad de Valencia, España, 2007.

6 Resulta interesante conocer las posturas detractoras a las que se refiere JORDANO FRAGA, J. La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado. Editorial J.M. Bosch, Barcelona 1995. p.50 y ss. al señalar

Por lo que, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), como el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1966), proclaman en su artículo 1 el derecho de los pueblos a la libre determinación, y en su virtud *“establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural”*. Para el desarrollo de sus fines (art. 1.2), *“todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional ...”*⁷

Estas obligaciones para los Estados se recogen de forma genérica, en el Cuarto principio de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que proclama que *“la protección del medio ambiente debe formar parte integrante del proceso de desarrollo y no puede considerarse aisladamente”*. Con la Declaración de Río, el concepto de sostenibilidad aparece como un límite a la libre disposición de estos recursos naturales. Después de Río de Janeiro en 1992, la Cumbre de Johannesburgo de 2002, la Cumbre de Río+20 de 2012, y la Cumbre del Cambio climático en 2015, se ha reafirmado la voluntad política de continuar adoptando medidas para mitigar los problemas ambientales que hoy se plantean a escala global por los Estados.⁸

En América Latina, la novedad que distingue a esta región es que en el siglo XXI aparece el reconocimiento del pluralismo jurídico De Jure, donde se le han concedido derechos a la naturaleza como sujeto, hecho jurídico registrado en los ordenamientos jurídicos de

Bolivia y Ecuador a través de la pachamama y el *sumak kwasay*, ello es una novedad revolucionaria dentro del Derecho Constitucional Ambiental con el buen vivir⁹, constructo en desarrollo en la nación ecuatoriana como nuevo paradigma. Retomado de los saberes ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas, que implica vivir en armonía con uno mismo, con la naturaleza y los demás, en la construcción de Estados democráticos, incluyentes, plurinacionales e interculturales.¹⁰

Sin embargo, hay que significar que la respuesta del Derecho frente a estas actuaciones humanas no ha sido siempre la misma, como tampoco han trascendido de igual modo para el ambiente en general las actividades del hombre. Hasta que la presión sobre el medio no alcanzó una repercusión global, y ésta adquirió magnitudes fácilmente perceptibles, la respuesta jurídica no pasó de las regulaciones sectoriales de determinadas actividades con trascendencia sobre aquél. Los bienes ambientales protegidos se irán ampliando por diferentes motivaciones de manera particularizada, sin que esta protección se extienda de forma generalizada a todo el entorno. El Derecho en esta fase inicial, sólo será un remedio para prohibir determinadas conductas degradantes pero no para producir cambios sustanciales en los ecosistemas.¹¹

Como lo refiere Jordano Fraga, al considerar ... *“desde la perspectiva del Derecho interno, lo que resultó más significativo para el Derecho Ambiental en ese momento no fue tanto las técnicas jurídicas que se recogieron en las diversas normas aprobadas, sino en el surgimiento del medio ambiente como objeto de Derecho. De este modo, lo novedoso no radicaba en los instrumentos*

que, en los Estados Unidos de América, la Environmental Policy Act de 1969, desmiente que el origen del Derecho Ambiental moderno se sitúe en la Conferencia de Estocolmo de 1972. Así, refiriéndose a RODGERS Environmental Law, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1977, p. 697, señala que este autor sostiene que la Environmental Policy Act una norma fundamental y pionera que introduce por primera vez en los tribunales federales de USA las cuestiones ambientales comprensivamente, expande el alcance del control jurisdiccional sobre la actuación administrativa, introduce nuevas normas y valores en el proceso de decisiones administrativas y refuerza el poder del Congreso en la supervisión de las actuaciones de la Administración con efectos ambientales adversos; cuestión distinta es que no tenga el alcance deseado.

7 PÉREZ LUÑO, A. La tercera generación de derechos humanos, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006; SOLER TORMO, I. Tesis doctoral: La configuración constitucional del medio ambiente como derecho, Universidad de Valencia, España (2016)

8 Consultar textos jurídicos, en este sentido Declaración de Río, sobre el medio ambiente y el desarrollo, ONU, 1992; Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible, ONU, 2002; Declaración Río+20, Brasil, 2012; Convención sobre el Cambio Climático, París, ONU, 2015 y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, ONU, 2015

9 RODRÍGUEZ SALAZAR, A. Tesis Doctoral: Teoría y práctica del buen vivir: orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales. el caso de Ecuador, Universidad del País Vasco, España (2016)

10 Para profundizar, consúltese en este sentido QUIROLA SUÁREZ, D. Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009, p.103; LLASAG FERNÁNDEZ, R. Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2011, p.82; VILLAVELLA ARMENGOL, C. El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma. Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.51-76; VEGA, F. El buen vivir *sumak kawsay* en la constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador, Revista OBETS, No 1, España, 2014; ANTUNEZ SANCHEZ, A. y DIAZ OCAMPO, E. El pluralismo jurídico en América Latina, Revista Dos Tribunais, No.990, Brasil 2018.

11 Véase en este sentido, BRAÑES, R. Manual de Derecho ambiental mexicano. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1994, p.18. En el mismo sentido, LOPERENA ROTA, D. El Derecho al medio ambiente adecuado. Editorial Cívitas. Madrid, 1996; p. 21.

jurídicos que el nuevo Derecho ponía en carga en el ordenamiento jurídico, los cuales respondían al resultado de experiencias de la normativa sectorial precedente sobre recursos naturales, la lucha contra la contaminación y la conservación de la naturaleza, sino en la aparición de un Derecho Ambiental que llegaba a para quedarse con sustantividad propia”...¹²

De esta preocupación para su remediación, participan no sólo los científicos y especialistas sino toda la sociedad, tanto por la mayor percepción de su deterioro, como por una serie de factores en modo alguno desdeñables. Actualmente en esta relación puede hablarse de “resiliencia”, entendida como la capacidad humana de sobreponerse al dolor emocional y a situaciones adversas. Aunque el concepto proviene de la psicología, se aplica también al ámbito de la ecología y de la economía. Nos dice que, la especie humana se ha visto obligada a adaptarse, con mayor o menor dificultad, al ambiente que le ha tocado en suerte, pero también a las circunstancias ambientales por él creadas. Es imposible imaginar la existencia en, o desde un absoluto aislamiento aséptico (que en este caso también constituiría un entorno) como medio en el que se desarrolla la vida, cuando la persona se define por su capacidad de comunicarse, de establecer relaciones. Los humos de las industrias y los vehículos, los ruidos, las basuras, pero también los espacios abiertos, bosques, ríos, construcciones y demás elementos de la naturaleza y obras humanas, forman parte de un hábitat que ha sido destruido, deteriorado, conservado y cuidado por el hombre. Medio que legaron las generaciones pasadas y por el que pedirán responsabilidades las futuras.

Fernández De Gatta Sánchez, valora ... *“en la actualidad, la protección del medio ambiente de los variados y agresivos agentes contaminantes requiere una acción pública eficaz y diversificada, debido al origen y contenido de los peligros y riesgos ambientales. Se requiere, pues, una directa intervención pública ordenando, inspeccionando y sancionando las conductas humanas, es decir, utilizando el poder de*

autoridad, ya que el mercado no protege el medio ambiente, sino que, más bien, lo deteriora”...¹³

En consecuencia, el impacto sobre el medio ambiente o el bienestar económico de un desastre, no depende únicamente de las características físicas del evento o de la capacidad destructiva de su impacto directo, sino también, y de forma destacada de su capacidad de superarlo y de autorregenerarse. Tanto en el medio natural, como en las estructuras sociales, se evidencia, como se verá, que una mayor diversidad determina una menor vulnerabilidad y una mayor capacidad de regeneración, en definitiva, de una mayor “resiliencia”. Ésta depende en gran medida de la biodiversidad, y esta biodiversidad depende tanto de la abundancia relativa de seres vivos en un ecosistema, como de la disimilitud conjunta de especies, que facilitan la adaptación general a los impactos adversos.¹⁴

En este sentido, autores como Parejo Alfonso, Sanz Rubiales, Gago y Lavandeira lo han significado en sus estudios¹⁵ desde la ciencia del Derecho Administrativo Ambiental, de cómo las normas jurídicas incidirán en acciones positivas ante el cambio climático, con la implementación de los impuestos ambientales, de la fiscalidad ambiental, de los instrumentos de carácter cooperador, y las acciones para su mitigación por parte de Estados contaminadores a escala global, donde desde la Unión Europea ha sido un paso de avance para dar respuesta con políticas públicas trazadas en los ordenamientos jurídicos adoptados por los Estados que componen este continente. Al mismo tiempo, se aprecia como el hecho ambiental y su repercusión sobre la salud, la calidad de vida y hasta la vida de las personas, se impone como una realidad a la que es imposible permanecer ajeno. Fue la preocupación

13 FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión. Boletín económico ICE. No 2824. España, 2004.

14 HALLEGATTE, S. Economic Resilience, Definition and Measurement, Policy Research Working Paper No. 6852. The World Bank Climate Change Group, 2014

15 Para profundizar consúltese, CARBALLEIRA RIVERA, M. T. El cambio climático. Análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, No 156, España, 1997, pp.161-186; PAREJO ALFONSO, L. El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático, Editorial Tiran lo Blanch, España, 2015; SANZ RUBIALES, I. Cambio climático y Unión Europea: presente y futuro del mercado europeo de emisiones, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2014; EMBID IRUJO, A. Agua, energía, cambio climático y otros estudios de Derecho Ambiental, 1a edición, Editorial Aranzadi, España, 2015.

12 Confróntese para ello, JORDANO FRAGA, J. La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 50 y ss.; BENGOCHEA MORANCHO, A. Dimensión medioambiental de la Responsabilidad Social Corporativa, Editorial Netbiblo, 2010, p 10.

por la evidencia la que motivó el tratamiento de estos hechos como derechos, planteando la posibilidad de denuncia de los mismos y la consiguiente reacción, primero parcial y después global del legislador. Con ella vino el reconocimiento tanto del derecho a disfrutar del ambiente como la inaplazable necesidad de su protección. No obstante, hay que significar que la relación del hombre con su entorno no ha sido únicamente de destrucción. Se comunica, crea, produce obras de arte, literatura, música, fabrica utensilios, construye caminos, herramientas, casas, ciudades, medios de transporte, etc. Denominándolo como medio ambiente construido, tributando a lograr el desarrollo sostenible con este entorno de manera armónica.¹⁶

Por ello, se sostiene que a partir de los finales del siglo XX y principios del XXI, la sociedad ha dado un giro desmesurado y de difícil control para el Estado, es así como la gran magnitud del uso de la Internet y la globalización han llevado a eliminar muchas fronteras que antes existían, escapándose al control tradicional del Estado, esta apertura de fronteras, de cultura y de libre información, son elementos que plantean nuevos cuestionamientos para el Derecho como ciencia social, demandando una nueva regulación, pues en no pocas ocasiones se presentan conflictos éticos que colisionan con la garantía y el respeto de los derechos humanos fundamentales, sumándole la especialidad y tecnicismo peculiar de los nuevos poderes que se componen en la sociedad actual; ante ello la Administración Pública debe revisar sus actuaciones para lograr ser más eficaz y eficiente en el cumplimiento de sus funciones y no quedar inmersa en un Derecho anacrónico, ya reseñábamos que una de estas ha sido la ejecución a través de la inspección y la auditoría por sujetos privados, la que está necesitada de mayor información y conocimientos, donde la hipercultura jurídica podrá coadyuvar en este sentido.

Al ser un suceso en el mercado mundial, las fuerzas de la economía de mercado han abierto circuitos y formado organizaciones de muy difícil control por el Estado, que imponen su dominio en ámbitos como las telecomunicaciones, la biotecnología, la energía,

la industria y los medios de comunicación; estos poderes se constituyen al margen de la regulación e intervención de los poderes públicos estatales por la sencilla razón de que les resultan inaccesibles y, por ello incontrolables.¹⁷ Ello es un reto importante para el Derecho, el que ha de renovar muchos de sus objetivos e instrumentos al verse radicalmente alterada la posición de los poderes y fuerzas que ha de dominar y racionalizar. El empleo de las nuevas técnicas de regulación pública está fuertemente enlazada con los extraordinarios cambios que han sufrido algunos sectores que son objeto de intervención por parte del poder público, primordialmente aquéllos que se han visto considerablemente influenciados por los avances científicos de las últimas décadas, dando un giro a la comprensión del mundo contemporáneo, la sociedad, la economía, la política, abriendo paso así, a una nueva concepción de la sociedad marcada por la revolución tecnológica y la cultura del riesgo.¹⁸

Su objetivo no sería la imposición autoritaria de mandatos o prohibiciones, sino la de incentivar y encauzar la propia moderación y contención de las fuerzas y agentes sociales. Dentro de este contexto, se aprecia como el régimen de protección del medio ambiente está haciendo uso de nuevas técnicas autorregulatorias para lograr su cometido, dentro de las cuales encontramos las ecoauditorías. En consecuencia, el futuro inmediato del Derecho Ambiental parece estar orientado hacia fórmulas de autorregulación y una concepción reflexiva del Derecho, si pretende operar eficazmente sobre el núcleo de los sistemas generadores de riesgos y no quedarse en un despliegue de intervenciones de la vieja policía administrativa. Los problemas relacionados con el medio ambiente y su protección para las generaciones presentes y futuras de los seres humanos, están en el centro de atención de las instituciones científicas, los políticos, los grupos ecologistas y las personas comunes en todos los países, por la estrecha interdependencia que tienen respecto a la calidad de vida de los pueblos y hasta para la supervivencia de la sociedad.

16 Confróntese para profundizar, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L. Lecciones de Derecho Urbanístico, Editorial Civitas, España, 1981, pp.51 y ss; BERMEJO VERA, J. Derecho Administrativo. Parte Especial. Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 456.

17 ESTEVE PARDO, J. Autorregulación, génesis y efectos, Editorial Aranzadi, España, 2002, pp. 21-22.

18 Cfr. ESTEVE PARDO, J. Técnica, riesgo y Derecho, Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental.

En este íter, se concibe que la autorregulación regulada constituya una importante y decisiva línea de progreso del Derecho en el futuro más inmediato en el siglo XXI. Este es un fenómeno privado, por lo que sus actores son los particulares, sean personas físicas o jurídicas de Derecho Privado de un mismo sector de mercado profesional, industrial, económico, nuclear, ético, etc., particulares que están en la misma órbita de actuación, creando así su sistema de referencia con ciertas condiciones de validez, que van a regular y orientar sus actuaciones dentro del mismo espacio que comparten, generando los instrumentos normativos o referenciales vinculantes para sus miembros. En el Derecho Administrativo Ambiental, se tiene en cuenta la autorregulación privada cuando los poderes públicos, conscientes de sus limitaciones, recurren a ella para la satisfacción de los intereses generales. Las limitaciones de conocimiento, como de su propia capacidad de gestión y control, propician la toma en consideración de las decisiones, pautas y criterios asentados en los distintos substratos profesionales. Se da entrada en la satisfacción de los intereses públicos a la participación de los agentes sociales y con ello se reconoce la incapacidad pública en determinados ámbitos, así como las ventajas de una articulada y controlada colaboración con el sector privado.¹⁹

En este mismo sentido, en las últimas décadas desde el pasado siglo XX algunos instrumentos normativos producto de la autorregulación privada ampliaron su cobertura hacia una esfera que ya no se limitan a los sujetos partícipes de dichos procesos, sino que además entran a formar parte del ordenamiento jurídico, adquiriendo así la condición de normas de Derecho objetivo, de obligada observancia y que se toman como referencia también por los poderes públicos, Administraciones y Tribunales, destacando las normas técnicas, las ecoauditorías, los protocolos de actuación y los códigos de conducta.²⁰ El resultado normativo de los procesos de la autorregulación privada de los distintos sectores y sistemas de la sociedad

representa hoy una nueva fuente para el Derecho Administrativo Ambiental, una vez que la Administración les otorga a estos efectos públicos. Es por ello que, la autorregulación es el fenómeno más innovador que se registra en torno al ordenamiento en la última década y del que ya no puede prescindirse en la teoría de fuentes del Derecho Administrativo.²¹

Se ha concebido que la integración de la dimensión ambiental en la política de cualquier organización, sea empresarial o no, es más que una estrategia comercial y publicitaria, se convierte en un elemento esencial, determinante en el conjunto de su proceso de toma de decisiones y en su propia gestión interna de los sujetos de gestión con una clara visión de su ámbito de actuación. Los requerimientos ambientales deben ser percibidos, planificados y asumidos como elementos potenciales de prestigio y competitividad dentro de la organización. He aquí donde deberá jugar un rol la Administración Estratégica en la toma de decisiones por los empresarios desde la Ciencia de la Administración como herramienta. Lo que incidirá en el logro del concepto innovador como mega principio del Derecho Ambiental, al concebirse que el desarrollo sostenible es ...*"aquel que satisface las necesidades esenciales de la generación presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las necesidades esenciales de las generaciones futuras"*...²²

Elementos que inciden para que, en el 2001, surgiera el término en el Libro Verde sobre Responsabilidad Social de las Empresas publicado por la Comisión de las Naciones Europeas. Es aquí donde el sujeto de gestión empresarial social y ambientalmente responsable se preocupa del bienestar de quienes trabajan en ella, desde el punto de vista de salud, seguridad e higiene, educación, remuneración justa, procesos de selección adecuado, respeto al ambiente, reducción de impactos negativos, ahorro de energía, uso de tecnologías limpias. Se preocupa en general por el bien común.²³ Por último, ante el reconocimiento de que el modelo económico

19 Profundícese en este sentido, RODRÍGUEZ FONT, M. Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación, Editorial Atelier, España, 2003, p.132; DARNACULLETA GARDELLA, M. Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2005.

20 Consúltese para profundizar, ESTEVE PARDO, J. Lecciones de Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, 4ª edición, Madrid, 2014, p.84; ARROYO JIMÉNEZ, L. Introducción a la Autorregulación, Autorregulación y sanciones, Editorial Lex Nova, 1ª edición, España, 2008, pp.20-23.

21 Consúltese en este sentido, Cfr. ESTEVE PARDO, J. (2014) Lecciones de Derecho Administrativo, pp.59-83; PÉREZ LUÑO, A. El desbordamiento de las fuentes del Derecho, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p.52.

22 Nuestro Futuro Común, Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, Editorial Alianza, España, 1988, p.29.

23 Libro Verde, Marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2003.

y social de los países industrializados ha constituido desde antaño hasta nuestros días, el principal elemento en la degradación del medio ambiente incidente en la salud y calidad de vida de los seres humanos del globo terráqueo. Puesto que la articulación de las políticas vinculadas a la protección del medio ambiente, debe realizarse a través de cuerpos jurídicos adecuados con una visión transversal, como sub ramas del Derecho Ambiental, en el Derecho Urbanístico, el Derecho Minero, el Derecho Forestal, el Derecho Nuclear, el Derecho de Aguas. Sin desdeñar otra rama de las Ciencias, que aborda el tema ambiental, como es las Ciencias Ambientales.²⁴

Sanz Larruga, señala en este sentido en relación con las formas de gestión ... *"la empresa estaba acostumbrada al conflicto intraempresario, es decir, al conflicto entre patrón, empleador y trabajador, conflicto de derecho del trabajo y al conflicto inter-empresario de derecho comercial, conflicto con el cliente y con el proveedor. De pronto se ve inmersa en otro tipo de conflicto, de base social, porque el Derecho Ambiental es un derecho de grupo, de clase, de categoría, ligado a una pluralidad de sujetos integrantes de un grupo, vinculados en virtud de una pretensión de goce de una misma prerrogativa, al ser un derecho de goce, disfrute y afectación solidaria"* ...²⁵

En este escenario, el fomento, al aparecer como institución jurídica del Derecho Administrativo Ambiental, se perfila como la medida idónea para implicar a la ciudadanía en la protección ambiental y maximizar resultados²⁶; junto a éstas estrategias, se

unen las técnicas extraídas del mundo empresarial y adaptadas al ámbito público, como son la normalización y certificación aplicadas a través de una Administración Estratégica por parte de los sujetos de gestión que las implementen de manera adecuada con eficacia y eficiencia. Para ello, es mediante la cooperación y fórmulas consensuadas pueden en principio superarse ciertos rigores o asperezas de la normativa y vencer las resistencias del sujeto destinatario, ganando en lo posible su colaboración. Nogueira López, conecta la adopción de un sistema de gestión ambiental con un nivel de auto exigencia ambiental superior al establecido legamente, se trata de una corresponsabilidad ligada a los principios de prevención y del desarrollo sostenible.²⁷

Gray, Bebbington y Walters, señalan en este sentido ... *"la necesidad de una respuesta sustancial a la crisis ambiental mundial de parte de las organizaciones en general y de los negocios en particular nunca ha sido más evidente o más urgente"* ...²⁸ Estos autores consultados, aseveran ... *"existen dos razones principales para ello. Primero, está claro que, en el clima político actual, para que se dé cualquier progreso en la reducción de la tasa de destrucción ecológica, los negocios tendrán que jugar un mejor papel y, realmente, mostrar que lo están haciendo. Segundo, la amplia experiencia muestra que: a) la gente de negocios necesita alguna orientación, algunos indicadores de desempeño, sobre sus logros en la actividad ambiental se necesitaría algo así como un sistema de información paralelo o incorporado al actual sistema de información contable; b) la actual práctica contable y las estructuras conceptuales contable y financiera presentes impiden tanto las*

24 Las Ciencias Ambientales, es la disciplina científica que se ocupa de buscar y conocer las relaciones que mantiene el ser humano consigo mismo y con la naturaleza. Incluye áreas de estudios multidisciplinares abarcando diversos elementos de la naturaleza, incluye el estudio de los problemas ambientales y propone modelos para alcanzar el desarrollo sostenible; Libro Blanco, Ciencias Ambientales, Agencia Nacional de la Calidad y Evaluación, España, 2004.

25 Consúltese para profundizar, SANZ LARRUGA, F. Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible, 6to Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 2011; PÉREZ LUÑO, A. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p.463; SIMÓN YARZA, F. Medio ambiente y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp.13-16.

26 Profundicéese en este sentido, RODRIGUEZ-CAMPOS GONZALEZ, S. El fomento de la ecoauditoría como estrategia interventora, Revista Española de Derecho Administrativo, No 119, España, 2003, p.382. La doctrina ha destacado la idoneidad de la técnica elegida y del fin que con ella se consigue: la protección del medio ambiente entendida, más que como un

interés general cuya tutela es monopolio del Estado, como un objetivo último en cuya plasmación deben colaborar los agentes públicos y sujetos privados; RUIZ VIEYTEZ, E.J. El derecho al ambiente como derecho de participación, Editorial Ararteko, Zarautz, 1990, p.310; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente, 3a edición, Editorial Ratio Legis, España, 2014, p. 29.

27 Consúltese para profundizar NOGUEIRA LOPEZ, A. Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Revista Aragonesa de Administración Pública, No. 12, España, 2000, pp.61-96; NOGUEIRA LÓPEZ, A. Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS, Revista Actualidad Jurídica Ambiental, España, 2010.

28 Para profundizar consúltese Cfr GRAY, R.; BEBBINGTON, J. y WALTERS, D. (2004) Contabilidad y auditoría ambiental, pp.9-83; POPOFF, F. Contabilidad de costos ambientales, un nuevo paradigma para la industria, Revista ambiente y desarrollo, España, 2013; GUZMÁN AGUILERA, P. Introducción al análisis económico del Derecho Ambiental, 1ra edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; REAL FERRER, G. La construcción del Derecho ambiental, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, No. 1, España, 2002, pp.76-80.

iniciativas ambientales como la orientación positiva de las actividades ambientalmente malignas”...

En esta cuerda, Leff considera ... *“La historia ha dibujado a un hombre que enfrentó a la naturaleza, en la actualidad emerge la necesidad de un hombre ecológico que comparta los poderes tecnológicos que ha logrado con una racionalidad diferente, con una inteligencia inclinada hacia la preservación y cuidado de sí mismo desde el medio natural que es él mismo en otra dimensión. Nos encontramos en un momento en que el pensamiento se identifica con un estado de “... inflexión de la historia que induce una reflexión sobre el mundo actual de donde emergen las luces y las sombras de un nuevo saber” ...* ²⁹

Por ello, hoy con el interés de continuar generando riquezas y cuidar el medio ambiente, se ha generado el concepto de ecoinnovación. Es todo tipo de innovación que contribuye al desarrollo sostenible, reduciendo el impacto ambiental y optimizando el uso de los recursos. En términos de innovación, ecoinnovación se refiere a la creación de productos y procesos que reduzcan el deterioro del medio ambiente. Desde el punto de vista económico, la ecoinnovación busca que las empresas hagan un uso adecuado de los recursos naturales para mejorar el bienestar humano. Se considera entonces, que esto se concreta con la aplicación en la investigación de las condiciones de partida de la Economía Basada en el Conocimiento (EBC), así como las medidas implementadas que dieron origen a la Empresa de Alta Tecnología (EAT), y con ello desde la arista de las Ciencias Jurídicas se sugieren algunas recomendaciones esenciales desde una perspectiva macroeconómica e institucional, enfatizando en la importancia de la secuencia y consistencia de este programa. Se valora que la EBC, es un elemento determinante para la Administración Pública al ser aplicada a las empresas y al conjunto de los sujetos de gestión del sector estatal para desarrollar la economía de un país, toda vez que incrementa el Producto Interno Bruto; de ella depende cada vez más su efectividad para generar y utilizar conocimientos por su vínculo con la Empresa de Alta Tecnología, la que pondera la protección del medio ambiente.

29 LEFF, E. Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo, Serie Foros y Debates Ambientales, No 1, PNUMA, México, 2001.

Ello permite justipreciar como las sociedades que se basan en el desarrollo del conocimiento, es debido a su dependencia de un conjunto de artefactos físicos e instituciones culturales, cuya producción y articulación requieren de tener conocimientos. El rasgo distintivo de las sociedades modernas basadas en el conocimiento se distingue por el alcance y el ritmo del crecimiento económico, así como la alteración en la acumulación y transmisión de los conocimientos, donde gran parte de los cuales son nuevos o se desenvuelven en contextos distantes del que los vio nacer. Al analizar, en este orden lo señalado por Kuznets quien refiere ... *“el carácter central de la base de conocimientos en las economías avanzadas, son aquellas economías que han experimentado la mayor discontinuidad en la creación y distribución de conocimientos, la que tiene múltiples implicaciones para el desarrollo económico, tecnológico y social. Por ejemplo, la tasa agregada de crecimiento de las principales economías depende cada vez más de la creación de nuevas industrias, cuyas tasas de crecimiento superan a las de los sectores establecidos y, por lo tanto, aumentan la tasa media de crecimiento del conjunto de la economía”...* ³⁰

Se precia así, que la expresión -economía basada en los conocimientos- capta una diferencia cualitativa en la organización y conducta de la vida económica moderna. Los autores constatados que utilizan la expresión EBC, sostienen que los determinantes del éxito de las empresas y del conjunto de la economía de un país determinado, dependen cada vez más de su efectividad para generar y utilizar conocimientos, términos con los que se coincide, donde desde la Ciencia de la Administración será necesario utilizar las técnicas del marketing empresarial y aplicar los principios de eficiencia, eficacia, y legalidad desde las Ciencias jurídicas y en particular desde el Derecho Administrativo. Empero, a pesar de que el conocimiento científico y tecnológico tiene una importancia clave, el conocimiento acerca de cómo organizar y gestionar las actividades económicas, especialmente aquellas que comprenden la aplicación de nuevas perspectivas científicas y tecnológicas, también es un determinante crucial del rendimiento económico. Demuestran que este progreso organizacional y de gestión está cobrando

30 KUZNETS, S. Modern Economic Growth: Rate, Structure, and Spread (El crecimiento económico moderno: Tasas, estructura y margen), New Haven y Londres, Yale University Press, 1996.

importancia a medida que aumenta el contenido científico y tecnológico de la actividad económica, que hoy viene señalando la implementación de la RSE con la construcción de la empresa responsable para este fin, al ponderar la arista económica, social y la ambiental. Toda vez que su naturaleza jurídica está centrada en la introducción, aplicación y comercialización de nuevas tecnologías basadas en la EBC.

Lo antes valorado nos lleva a analizar el documento aprobado en la Unión Europea en Lisboa 2000, donde se acordará un nuevo objetivo estratégico de la Unión a fin de reforzar el empleo, la reforma económica y la cohesión social como parte de una economía basada en el conocimiento. Su objetivo estratégico fue convertir la EBC más competitiva y dinámica, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, con más y mejores empleos y con mayor cohesión social a escala global.³¹ En este documento fueron ponderados aspectos como preparar el paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de la investigación más desarrollo (I+D), ello permite el paso a una economía digital basada en el conocimiento, el fruto de nuevos bienes y servicios será un poderoso motor para el crecimiento, para la competitividad y el empleo. Además, será capaz de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y del medio ambiente.³²

Ahora, que es en sí la EAT, nada es la empresa concebida como sujeto de gestión que invierte una parte importante de sus recursos en investigar nuevos procesos y productos, que se sustituyen por otros mejores, que protegen sus conocimientos con patentes desde el Derecho de Propiedad Industrial, que se involucran en frecuentes transacciones sobre activos intangibles, y emplean una fuerza de trabajo de alta calificación. Son las llamadas EAT, como parte de una etapa nueva del desarrollo que se conoce como la economía del conocimiento (EBC). Se caracterizan por transformar la ciencia en productos y en servicios comercializables, es un proceso complejo

que requiere nuevas investigaciones. Su génesis, aparece con la transformación de estas premisas tecnológicas en la industria se inició en algunos lugares de los Estados Unidos a finales de los 70' y principios de los 80', del pasado siglo, con la aparición de múltiples pequeñas empresas biotecnológicas que aprovecharon el momento favorable de la economía de ese país para movilizar capital de riesgo de inversionistas privados, o de la bolsa de valores, consustancial con el desarrollo industrial de esta nación y su problemática ambiental al regularse en cuerpos jurídicos que ponderaron la protección ambiental en normas jurídicas federales y estatales.³³

En Europa, no comienza hasta finales de los 80' y allí el acceso a capital de riesgo no ocurre hasta mediados de los 90', del siglo XX. En el resto del mundo el fenómeno es un tema incipiente, debido a sus altos costes y la necesaria calificación del capital humano que permita concebir este tipo de empresa. Nos da como lectura que, el progreso y evolución de la EAT, se ha ido desarrollando en el campo de la biotecnología, esencialmente en el uso de bacterias, de las levaduras, de las células animales y vegetales, cuyo metabolismo y capacidad de biosíntesis se orientan hacia la fabricación de sustancias específicas.³⁴ Su asidero jurídico dentro de los ordenamientos jurídicos, se constata que ha tenido como soporte el Derecho Constitucional a través de la carta magna, y se ha desarrollado en el Derecho sustantivo a partir de cuerpos jurídicos vinculados al Derecho Administrativo, al Derecho Laboral, al Derecho Ambiental, al Derecho Mercantil, al Derecho Informático, entre otras ramas de las ciencias jurídicas vinculadas con el Derecho de la Empresa. Por su transdisciplinariedad, se valora su vínculo como sujeto de gestión con las Ciencias Empresariales, con la Ingeniería Industrial, con las Ciencias Informáticas, con las Ciencias Contables y Económicas, con las Ciencias Ambientales, con las Ciencias de la Administración, entre otras. Por esta razón, se justiprecia que podrá aplicarse para el fomento de la EAT desde el Derecho Administrativo Ambiental en las naciones que la implementen la fórmula Investigación+Desarrollo+Inn

31 El Plan de Acción de Europa tiene como objetivo fundamental lograr la conectividad de Europa en el período de tiempo más breve posible; se centra en tres áreas claves: Internet barato, rápido y seguro, Inversión en capital humano, Estimulación del uso de Internet.

32 CALLEJÓN, M. I+D, innovación y política pública: hacia una nueva política económica de innovación, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento, No 4, España, 2007.

33 LUDEVID, M. La Gestión Ambiental de la Empresa, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

34 Véase para ello ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. La Empresa de Alta Tecnología, Revista Fórum Administrativo, No 189, Brasil, 2016; MORENO, M. Políticas Públicas para el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la innovación. Una mirada desde el contexto cubano actual. El Derecho Público en Perspectiva, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

ovación+Etiqueta-Certificación Ambiental = Empresa Responsable con el Ambiente, como una de las políticas públicas de la Administración Pública, dirigidas a los sujetos de gestión estatales y privados.³⁵

Sanz Larruga (2011) considera en este análisis ... *"paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy, más que nunca, se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue existiendo una considerable incertidumbre científica sobre sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana"* ...³⁶

Son elementos que permiten ponderar que las acciones y estrategias en las formas de gestión han evolucionado, están dirigidas a la obtención de la sostenibilidad ambiental, pero aún adolecen de un balance integrador de manera adecuada de los resultados económicos, ambientales y sociales, donde estén presente los procesos de la Administración Estratégica, al constituir estos una herramienta de gestión que guiará al administrador con una visión clara y precisa de su negocio, o mejor, de su ámbito de actuación. Ello nos dice que necesario incentivar su desarrollo y análisis considerando sus beneficios, al ser una herramienta que permite brindar una comunicación clara y abierta, permita identificar anticipadamente los posibles riesgos a los que se puedan exponer la forma de gestión e identificar las brechas que les admita diseñar la estrategia de gestión adecuada, para ello el fomento como institución jurídica del Derecho Administrativo Ambiental es un elemento a ponderarse, vinculada a los principios que desde el Derecho Ambiental informan como el de precaución y el de prevención.³⁷

2. La formación ambiental de los empresarios, una necesidad en el siglo XXI

La educación está inmersa en una profunda revolución, condicionada por las exigencias que a ella le plantea la sociedad actual, por lo que se aboga por un profesional competente, cuyos modos de actuación estén en correspondencia con el desarrollo de la educación científica del siglo XXI. La educación tiene la misión de permitir a todos sin excepción hacer fructificar todos sus talentos y todas sus capacidades de creación, lo que implica que cada uno pueda responsabilizarse de sí mismo y realizar su proyecto personal. Sus orígenes se sitúan en los años 70', del pasado siglo, la misma surge en el contexto de la preocupación mundial ante la seria desestabilización de los sistemas naturales, lo cual pone en evidencia la insostenibilidad del paradigma de desarrollo industrial o *"desarrollista"*, y lleva a la comunidad internacional al planteamiento de la necesidad de cambios en las ciencias, entre ellas, las ciencias de la educación, con el objetivo de darle respuesta a los crecientes y novedosos problemas que afronta la humanidad.

La cultura es la realización de los bienes o valores del espíritu en su naturaleza material o espiritual, que en el alcance de la perfección de la obra humana adquiere connotación de cultura aún en sus niveles de jerarquización. La cultura tiene sus raíces causales en la inteligencia y sus niveles de jerarquización son niveles de perfeccionamiento, pero es una condición inherente a la especie humana, en tanto todos tenemos determinada cultura. Por ello, la cultura ambiental como expresión concentrada de la actividad humana en relación al medio ambiente natural o construido, constituye una preocupación de la Educación Superior aun cuando no necesariamente encauce sus procesos formativos con la intencionalidad de predeterminar al sujeto con una educación en valores de respeto al medio ambiente aunque de forma espontánea ha venido cimentándose este tipo de valor a partir de la formación de habilidades y procedimientos interpretativos con relación al medio ambiente.

Por consiguiente, las universidades requieren ofrecer respuestas a la formación de profesionales para el mundo complejo que se desarrolla vertiginosamente,

35 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, No 18, Argentina, 2015.

36 SANZ LARRUGA, F. 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 ANTUNEZ SANCHEZ, A. Los principios del Derecho Ambiental que informan la auditoría ambiental en su aplicación por la Entidad Fiscalizadora Superior en Cuba. Revista De JURE. No 1, México, 2015.

por demás, con asimetrías económicas, sociales y jurídicas, que implica la necesidad no sólo de la formación, sino de las investigaciones y la vinculación social y jurídica, para que llegue a ser un espacio permanente de desarrollo cultural que llegue a todos y durante toda la vida. Siendo con ello una universidad consecuente con el informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, cuando afirma: *“El desarrollo en el Siglo XXI será cultural o no será”*.

Vega (2011), refiere que el problema medioambiental, ha sido abordado de una manera fragmentada, en el conocimiento, primando en la sociedad de hoy el desentendimiento al respecto y a la responsabilidad en ello, no obstante, es un problema complejo.³⁸

Lo que nos lleva a reflexionar sobre la situación a la que se enfrenta la población mundial, la que se traduce en un desafío para los educadores de todo el mundo, como los encargados de formar a las nuevas generaciones para cumplir su encargo social en este siglo XXI. Los impulsos producidos por la Conferencia sobre “Medio Ambiente y Desarrollo” de Río de Janeiro en 1992, fueron recibidos por la mayoría de los estados de la Tierra. Estos fueron puestos sobre el banco de pruebas en el 2002, en la Conferencia de Johannesburgo. Con la firma de la Agenda 21, se han puesto de acuerdo, alrededor de 180 Estados, en el modelo de la sustentabilidad, para la conformación de toda su política. En la Agenda 21, es asignado un importante rol a las universidades, para responder en su función de intermediarias del saber, y por otro lado en su función de investigación y producción de conocimientos.

Leff considera *...“la necesidad de internalizar un saber ambiental emergente en todo un conjunto de disciplinas, tanto de las ciencias naturales como sociales, para construir un conocimiento capaz de captar la multicausalidad y las relaciones de interdependencia de los procesos de orden natural y social que determinan los cambios socioambientales, así como para construir un saber y un racionalidad social orientada hacia los objetivos de un desarrollo sustentable, equitativo y duradero”...*³⁹

38 VEGA PEÑA, Y. et al Revista cubana de Derecho Ambiental, CITMA, La Habana, 2011.

39 LEFF, E. Ecología y capital: una reflexión teórica. Revista Antropología y Marxismo. No. 3, México, 1980. pp. 34-56.

Nada que, la formación ambiental, concebida desde la Conferencia de Tbilisi, como el proceso de construcción de un saber interdisciplinario y de nuevos métodos holísticos para analizar los complejos procesos socio ambientales que emergen del cambio global. Toda vez que, en el ámbito del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *“la formación ambiental es comprendida, como una educación ambiental especializada, en cuanto que se dirige a un grupo restringido de profesionales”*.⁴⁰ Se justiprecia, lo señalado sobre el proceso de formación de los profesionales, donde Álvarez de Zayas, quien plantea que la formación es el proceso y el resultado cuya función es la de preparar al hombre en todos los aspectos de su personalidad, es la posibilidad y necesidad de que el hombre llegue a ser sujeto, que tenga la capacidad de disponer conscientemente de sí mismo. En este sentido, la educación y la cultura ambiental constituyen esencia de la cultura integral, al fortalecer valores éticos, siendo necesario la inclusión de la dimensión ambiental y el desarrollo de una cultura ambiental.⁴¹

Nada, que la formación ambiental es una de las dimensiones de la formación del profesional, la que se reconceptualiza continuamente, está sujeta a las concepciones teóricas sobre la Educación Ambiental, la cual ha transitado por diferentes etapas. La primera orientada a la preservación de la naturaleza, la segunda para la protección del medio ambiente y la tercera para crear una cultura ambiental para el desarrollo sostenible como paradigma del siglo XXI. Término que ha sido abordado por Leff, quien lo considera como un proceso de adquisición de aptitudes, técnicas y conceptos para contribuir a una nueva forma de adaptación cultural a los sistemas ambientales a través del proceso pedagógico profesional. Del criterio de estos autores se interpreta la formación ambiental, como acción y consecuencia de adiestrar.⁴²

Consecuentemente, la construcción del conocimiento se sustenta en la interdisciplinariedad como mecanismo para conformar criterios, advirtiendo los problemas

40 GONZÁLEZ NOVO, T. y GARCÍA DÍAZ, I. Cuba. Su medio ambiente después de medio milenio. Editorial Científico Técnica, La Habana, 1998. p.210

41 Confróntese NÚÑEZ JOVER, J. Ciencia, tecnología y sociedad en Problemas Sociales de las Ciencias y la Tecnología. Editorial Félix Varela, La Habana, 1994. pp. 83-115; ALVAREZ DE ZAYAS, C. La Pedagogía Universitaria. Una experiencia cubana. Editorial Academia, La Habana, 1997.

42 LEFF, E. Sociología y ambiente: formación socioeconómica, racionalidad ambiental y transformaciones del conocimiento. Ciencias Sociales y formación ambiental. Editorial Gedisa. Barcelona, 1997, pp.17-84

de la ciencia particular en su entorno científico-social. Los nuevos retos plantean la redimensión de la educación ambiental como proceso ante la pobreza, las modalidades de consumo, los problemas de población, salud, economía, desarrollo social y humano, paz y seguridad, así como a la democracia y los derechos humanos como premisas fundamentales en el proceso de gestión educativa ambiental, donde se involucra a los empresarios. Ello implica crear y diseñar espacios educativos, sociales, culturales y ambientales que permitan el intercambio y la pluralidad de saberes en el camino sugerente de vislumbrar un ser humano que comprenda e integre la complejidad del mundo, donde se necesita de un empresario con saberes en materia ambiental, lo que le permitirá convertir a su empresa como sujeto de gestión competitiva, en un mundo donde las barreras comerciales son cada vez mayores, donde aparece para ello la fórmula estimulación/recompensa para proteger el medio ambiente en pos de alcanzar el desarrollo sostenible, donde con la aplicación de la hipercultura será un elemento a ponderarse.

Empero, para lograr alcanzarlo hay que actuar con responsabilidad ambiental, asumida a través de un concepto cultural, es una toma de posición del hombre consigo mismo, con los demás como grupo social y con la naturaleza, como medio que por él es transformado. Es a la vez una experiencia práctica y un proceso de conocimiento que construye la conciencia de ser en la naturaleza y de ser para sí mismo. La responsabilidad es un concepto ético y jurídico, su objetividad es la toma de conciencia para la acción. Es individual y colectiva, sus efectos son particulares y generales y sus consecuencias son morales y políticos.

3. La fórmula estimulación/recompensa, un reto para el empresario en el siglo XXI

La globalización de los mercados, proceso percibido como la profundización del sistema capitalista a nivel mundial y la acentuación de vínculos e interdependencias globales trae consigo potenciales beneficios (sobre todo gracias al desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación), pero también potenciales riesgos, particularmente en el medio ambiente. La guerra por ganar un puesto en el mercado ha motivado a países y a firmas multinacionales y nacionales a no incorporar en el precio del bien el verdadero costo social y ambiental asociado a las pérdidas de capital natural.

La auditoría ambiental está concebida como parte de la fórmula estímulo/recompensa, al alentar el cumplimiento de la normativa ambientalista a los sujetos de gestión económica en espera de un beneficio de su ejecución. Fomentado por la autorregulación, basado en los esquemas de comando y control. Siendo la herramienta de gestión clave para el desarrollo sostenible y el acatamiento de la normativa ambiental. Apreciado con el fomento de los mercados verdes y a la empresa que implementa tecnologías limpias o ecológicas. A estas normas técnicas ambientales, les ocurre como al Derecho Ambiental, están mutando, se señala un mayor protagonismo de la gestión ambiental en los procesos de planificación estratégica de la organización, con un incremento en el enfoque del liderazgo dentro de la Administración Estratégica, además de las iniciativas proactivas para proteger el medio ambiente de los daños y la degradación, tales como el uso sostenible de los recursos y la mitigación del cambio climático, la adición de una estrategia de comunicación, entre muchos cambios.⁴³

Por consiguiente, la Administración Pública en su gestión, implementa técnicas de fomento, se caracterizan por el respeto de la libertad de los destinatarios; también, la Administración estimula la actuación de estos con los intereses generales al proponerles incentivos

⁴³ La revisión se lleva a cabo por un comité técnico de la ISO denominado ISO/TC 207/SC 1, está compuesto por expertos designados por sus organismos nacionales de acreditación y las organizaciones de enlace. En: <https://committee.iso.org/sites/tc207sc1/home/projects/ongoing/iso-14001-revision.html>.

-normalmente económicos (subvenciones)- que le faciliten esa actuación protectora al medio ambiente. Las técnicas son variadas, pero en el ámbito del medio ambiente se limitan a ayudas económicas, también aparecen las ecoauditorías y la implementación de las ecoetiquetas como herramientas de mercado dentro de esta fórmula estimulación/recompensa.

Fernández de Gatta Sánchez, refiere ... *“a causa de la creciente degradación del medio ambiente ha traído consigo que las empresas e industrias comiencen a utilizar nuevos instrumentos de protección ambiental, aunque sean de carácter voluntario, en el contexto de una nueva ética empresarial. Desde hace algunos años surge el concepto de RSC para referirse al proceso mediante el cual dichas empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y de un medio ambiente más limpio. Junto a esta línea de actuación, han surgido otros instrumentos que, asimismo, deben integrarse en esta nueva ética empresarial” ...*⁴⁴

Parejo Alfonso, reseña ... *“actualmente vivimos en una época de cierta preocupación política, institucional y privada por la situación del medio ambiente. La valoración social de las cuestiones ambientales ha cambiado profundamente en las últimas décadas del siglo XX y los primeros años del siglo XXI, en general hacia posiciones de una mayor concienciación por la calidad del medio ambiente, ante la eventual sexta extinción que se avecina y cuyo culpable son las conductas inadecuadas originadas por el hombre” ...*⁴⁵

Estos elementos abordados son una respuesta a lo aprobado en la Declaración sobre Desarrollo Sostenible en el 2002⁴⁶, como lo señalara Martín Mateo,⁴⁷ al decir que este es el mega principio del Derecho Ambiental; se señala por ello que el sector privado (incluidas las grandes empresas y las pequeñas) tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y que las empresas del sector

privado deben cumplir la obligación de rendir cuentas, en un entorno reglamentario, transparente y estable (Principio 26).

En el Plan de Acción aprobado en la Cumbre Mundial, se aprecia cómo se hace un llamamiento al mundo empresarial a tomar medidas voluntarias que mejoren su impacto social y medio ambiental, mediante sistemas de gestión ambiental, códigos de conducta, certificaciones y comunicación pública de los aspectos sociales y ambientales, como lo acordado también en Francia 2015, en relación con el cambio climático⁴⁸. Este nuevo paradigma ambientalista, implica a la empresa no solo como actor comercial sino también como actor social, en tal sentido ello impulsa a modificar la actitud seguida por el capitalismo en esa cara de reducción de la vida a las actividades económicas y de reemplazo del lugar del ciudadano por el del consumidor o un simple componente de la producción, sino que como sujeto económico actué como un factor de cambio. Por el contrario, las nuevas tendencias abordan la problemática actual de las incidencias en la sociedad por las actividades empresariales que afectan tanto al medio ambiente como a los trabajadores de las mismas, creando una conciencia universal que va más allá de intereses particulares (PyMES) o sectoriales, tal y como lo ponderan Brañes Ballesteros, Lorenzetti y Bellorio Clabot.⁴⁹

Autores desde la doctrina administrativa ambientalista desde la Unión Europea que han abordado este tema como Martín Mateo, Sanz Rubiales, Betancor Rodríguez, significan en sus consideraciones que en la Unión Europea desde el pasado siglo son del criterio que la etiqueta ambiental está vinculada al Derecho del Consumidor⁵⁰ y es un tema pertinente en los sujetos de gestión, para ello fue creado un programa

48 Convención sobre el Cambio Climático, París, ONU, 2015.

49 Véase para profundizar, BRAÑES BALLESTEROS, R. Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental, 1a edición, PNUMA, 2001, pp.9-114; LORENZETTI, R. L. El paradigma ambiental. Ministerio de la Corte Suprema, Argentina, 2011; BELLORIO CLABOT, D. El nuevo paradigma ambiental y jurídico, V Foro ambiental Internacional. Argentina, 2013, pp.1-24.

50 Consúltese para profundizar, MARTÍN MATEO, R. El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental, Editorial Trivium, España, 1994; SANZ RUBIALES, I. Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica, Editorial Marcial Pons, España, 2000, pp.7-19; MORA RUIZ, M. Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general, Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. y LARRINAGA GONZÁLEZ, C. EMAS: análisis, experiencias e implantación, Editorial ECOIURIS, Madrid, 2004, p.77.

44 FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión. Boletín económico ICE. No 2824. España, 2004.

45 PAREJO ALFONSO, L. El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2015.

46 Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible, ONU, 2002.

47 Véase este sentido, MARTÍN MATEO, R. Tratado de Derecho Ambiental, 1a edición, Editorial Trivium, España, 1991.

para una política de protección e información de los consumidores, a partir de la premisa de que el consumidor ya no podía ser considerado únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios, para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que como consumidor puedan afectarle directa o indirectamente. Coinciden que se ha operado una cierta universalización de los intereses del consumidor que escapan a los meros elementos contractuales que regulan la adquisición final de bienes y servicios. Consideran estos autores consultados, que constituye una declaración técnica de que un producto reúne determinadas cualidades ambientales y una autorización para poder ostentar en su comercialización un determinado distintivo. En esta misma vía se aprecia cómo se inscribe dentro de las medidas de integración del medio ambiente en el mercado, que no son las tradicionales medidas administrativas de reglamentación, inspección, autorización y sanción.

Ello permite reconocer como en el siglo XXI se valora que la demanda de productos y servicios ecológicos parece haber establecido un nicho o segmento de mercado especializado. Si bien los mercados con etiquetado ecológico parecen haberse estabilizado o nivelado, tanto la etiqueta-certificación ambiental como la adquisición de productos ecológicos están en plena expansión como política de fomento por la Administración Pública entre los instrumentos de carácter cooperador para el modelo de América del Sur, el de la Unión Europea, América del Sur y algunas naciones en Centro América.

Con ello se permite proteger la salud humana y a la naturaleza. Las etiquetas, las certificaciones y las adquisiciones son catalogadas como categorías únicas, vinculadas entre sí, pero necesitadas de una mirada con una dimensión ambiental con la aplicación de la RSE por los sujetos de gestión. También, reconocidas en la doctrina del Derecho Administrativo Ambiental como técnicas de fomento y de acreditación ambiental dentro de la fórmula estímulo/recompensa.⁵¹

⁵¹ Profundícese en este sentido, LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F. La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas, Tratado de Derecho Ambiental, Editorial CEF, España, 2014, p. 654, DOPAZO FRAGIO, P. El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental. Editorial Exlibris, Madrid, 2001; CARBALLO PENELA, A. Ecoetiquetado de bienes y servicios para un

La etiqueta ambiental, como instrumento de fomento ambiental es utilizada por la Administración Pública al ser el resultado de las políticas públicas para proteger el medio ambiente en una nación dentro de su Derecho Administrativo Ambiental, tal y como se señalará por Martín Mateo, Mora Ruiz, Sanz Rubiales. Por ello los empresarios dentro de las formas de gestión deben hacer estudios de mercado -marketing empresarial- para conocer si sus productos tendrán la aceptación esperada por parte de los consumidores como productos ecológicos o amigables con el ambiente, vinculada con la certificación de la empresa responsable con el ambiente dentro de la RSE, como un valor añadido.⁵²

9. Corolario

a. La preocupación ambiental y ética de las empresas como sujetos de gestión de acuerdo con las tendencias de las sociedades no son nuevas, si bien han tomado auge desde los años 90' del siglo XX; en el siglo XXI la protección del bien jurídico ambiente en el siglo XXI se exterioriza en tres dimensiones: la económica, la social y la ambiental a partir del desarrollo industrial, equilibrado para generar recursos, empleos y promover la educación ambiental como bases del bienestar social y la calidad de vida, para lograr el principio del desarrollo sostenible con la aplicación de la RSE al conformarse la Empresa Responsable con el Ambiente y tributar al alcance del desarrollo sostenible, ello sigue siendo un reto.

b. Los instrumentos de mercado de carácter cooperador como fórmula estímulo/recompensa para los sujetos de gestión, demuestran que la evolución del Derecho Administrativo Ambiental refuerza los poderes de intervención en el sentido del control y la exigencia de la responsabilidad

desarrollo sostenible, Editorial AENOR, España, 2010.

⁵² Para profundizar consúltese, BOWEN, H. La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes, Estados Unidos de América, 1953; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión. Boletín económico ICE. No 2824. España, 2004; VIVES, A. La Responsabilidad Social de la empresa en América Latina, Editorial Fondo Multilateral de Inversiones, Washington, 2011; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. y DÍAZ OCAMPO, E. La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba, Revista Responsabilidad Social Empresarial, España, 2017.

por parte de la Administración Pública. La gestión ambiental compartida del medio ambiente implica el modelo de gestión descentralizada, hay un reparto de tareas entre la Administración y los particulares en pos de lograr el desarrollo sostenible.

c. Los retos por vencer por la Administración Pública en el siglo XXI como parte de la administración estratégica en la dirección por objetivos desde la dimensión ambientalista, serían: renovar la industria con nuevas tecnologías limpias, potenciar una cultura empresarial, actualizar los ordenamientos jurídicos a partir del Derecho de la Empresa, del Derecho del Consumo, de la Contaminación Industrial, del Fomento Ambiental, de la Biodiversidad, de Aguas, de la Salud, Forestal, de Minas y la Penal. Definiendo la política tecnológica para reorientar el desarrollo industrial, el control de las tecnologías en uso, a fin de promover la modernización en atención a la eficiencia energética, la eficacia productiva y el impacto ambiental para elevar la soberanía tecnológica en la actualización de su modelo económico, implementadas en la contratación pública al ponderar las normas técnicas ambientales, pero para ello se necesita de una adecuada formación ambiental por el empresario.

d. Al Estado le corresponderá promover campañas de bien público para fomentar la cultura ambiental por parte de los empresarios en preservar el medio ambiente en los sujetos de gestión, que partan desde la formación académica en todos los niveles de la enseñanza y su materialización en la preservación del medio ambiente.

5. Referencias

AA. VV. Lecciones de Derecho Administrativo Ambiental, Universidad Pablo de Olavide, España, 2010.

Aguilera, R., Estévez, M. & Álvarez, A. La gestión ambiental y la ética administrativa en la empresa del siglo XXI. Revista Res Non Verba. Ecuador, 2014, pp. 97-107.

Antúnez Sánchez, A. Dimensión social-jurídica del medio ambiente. Una apreciación de la problemática ambiental, Revista FIMA. Chile, 2012.

Antúnez Sánchez, A. El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, No. 18, Argentina, 2015.

Antúnez Sánchez, A. La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial, Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión, No 26, España, 2015, pp.3-27.

Antúnez Sánchez, A. La Empresa de Alta Tecnología, Revista Fórum Administrativo, No 189, Brasil, 2016.

Antúnez Sánchez, A. y Díaz Ocampo, E. La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba, Revista Responsabilidad Social Empresarial, España, 2017.

Audivert Arau, R. Régimen jurídico de la etiqueta ecológica, Editorial CEDECS, Barcelona, 2001, pp.15-133.

Amaya Arias, Á. El principio de no regresión en el Derecho ambiental, Editorial Iustel, Madrid, 2015.

Arteaga Silva, K. Tesis de Maestría: Ecogestión y Ecoauditoría, un instrumento de protección medio ambiental, Universidad Complutense de Madrid, España (2015).

Alli Aranguren, J.C. Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente, Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente, Nº 226, España, 2006.

Bellorio Clabot, D. El nuevo paradigma ambiental y jurídico, V Foro ambiental Internacional. Argentina, 2013, pp. 1-24.

Bellorio Clabot, D. Tratado de Derecho Ambiental, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

- Bowen, H. La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes, Estados Unidos de América, 1953.
- Botassi, C. Derecho Administrativo Ambiental, Editorial Platense, La Plata, 1997.
- Bifani, P. Medio ambiente y desarrollo sostenible, Editorial IEPALA, Guadalajara, 1999.
- Betancor Rodríguez, A. Derecho Ambiental, 1a edición, Editorial Las Rosas, Madrid, 2014.
- Betancor Rodríguez, A. y Larrinaga González, C. EMAS: análisis, experiencias e implantación, Editorial Ecoiuris, Madrid, 2004, p.77.
- Brañes Ballesteros, Raúl, Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental, 1a edición, PNUMA, 2001, pp.9-114.
- Carballo Penela, A. Ecoetiquetado de bienes y servicios para un desarrollo sostenible, Editorial Aenor, España, 2010.
- Carmona Lara, M. Derecho ecológico, Editorial Académica, México, 2005.
- Caferrata, N. Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza, PNUMA, Buenos Aires, 2013.
- Caferrata, N. Introducción al Derecho Ambiental, PNUMA, Buenos Aires, 2003.
- Callejón, M. I+D, innovación y política pública: hacia una nueva política económica de innovación, Revista sobre la Sociedad del Conocimiento, No 4, España, 2007.
- Camacho, G. Los principios de eficacia y eficiencia administrativas, Editorial Conosur, Argentina, 2000.
- Certo, S. Administração estratégica: planejamento e implantação da estratégia. 2a edición, Editorial Pearson Prentice Hall, Sao Paulo, 2005.
- Darnaculleta Gardella, M. Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- Dopazo Fragio, P. El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental, Editorial Exlibris, Madrid, 2001.
- De Bessa Antunes, P. Direito Ambiental, 14ª edição, Editorial Atlas, São Paulo, 2012.
- Embid Irujo, A. El derecho a un medio ambiente adecuado, Editorial Iustel, Madrid, 2008.
- Esteve Pardo, J. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Marcial Pons, 4ª edición, España, 2014.
- Esteve Pardo, J. Derecho del medio ambiente, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, España, 2008.
- Esteve Pardo, J. Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.
- Fernández De Gatta Sánchez, D. La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión, Boletín económico ICE, No 2824, España, 2004.
- Fernández Zayas, J. La investigación y desarrollo, nuevos paradigmas en la empresa, Boletín II Energía e Industria, México, 2011.
- Fussler, C y James, P. Eco-innovación. Integrando el medio ambiente en la empresa del futuro. Editorial Mundi-Prensa, Madrid, 1999, pp. 59-67.
- Fred, D. Administración Estratégica, 11ª edición, Editorial Person Education, Estados Unidos de América, 2008.
- Da Silva, A. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais, Editorial RT, São Paulo, 2005.
- Sirvinskas, L. Manual de Direito ambiental. 8a edición, Editorial Saraiva, São Paulo, 2010.

Leff, E. Complejidad, racionalidad ambiental y diálogo de saberes, Centro Nacional de Educación Ambiental, México, 2009.

Leff, E. Saber Ambiental, Editorial Siglo XXI, México, 2000.

Leme Machado, P. Direito Ambiental Brasileiro, 18a edición, Editorial Malheiros, Brasil, 2010.

Lozano Cutanda, B. Manual de Derecho Administrativo Ambiental, 3a edición, Editorial Dykinson, España, 2003.

López Sela, P. y Ferro Negrete, A. Derecho Ambiental, Editorial IURE, México, 2006.

López Álvarez, L. F. La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas, Tratado de Derecho Ambiental, Editorial CEF, España, 2014, p. 654

Lozano Cutanda, B. Derecho Ambiental Administrativo, 11a edición, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

Lozano Cutanda, B. Tratado de Derecho Ambiental, Editorial CEF, España, 2014.

Lorenzetti, R. Teoría del Derecho Ambiental, 1a edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

Libro Verde, Marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2003.

Libro Blanco, Ciencias Ambientales, Agencia Nacional de la Calidad y Evaluación, España, 2004.

Loperena Rota, D. Desarrollo sostenible y globalización, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina, 2003.

Lorenzetti, R. L. El paradigma ambiental, Ministerio de la Corte Suprema, Argentina, 2011.

López Donaire, M. B. Tesis doctoral: El impacto del Derecho Medio Ambiental en la empresa: hacia una nueva regulación jurídico administrativa, Universidad de Castilla-La Mancha (2013)

Ludevid, M. La Gestión Ambiental de la Empresa, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

Llasag Fernández, R. Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2011, p.82.

Martín Mateo, R. Derecho Público de la Economía, Editorial CEURA, Madrid, 1985.

Martín Mateo, R. Tratado de Derecho Ambiental, 1a edición, Editorial Trivium, España, 1991.

Martín Mateo, R. Manual de Derecho Ambiental, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

Martín Mateo, R. El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental, Editorial Trivium, España, 1994.

Martín Mateo, R. Nuevos instrumentos para la tutela ambiental, Editorial Trivium, Madrid, 1994.

Martín Mateo, R. La ecoauditoría, Boletín de Estudios Económicos, No 150, España, 1993.

Martín Mateo, R. Derecho Administrativo Ambiental, 6a edición, Editorial Trivium, España, 1997.

Martín Mateo, R. El hombre: una especie en peligro, Editorial Campomanes, España, 1997.

Mora Ruíz, M. La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, Editorial Lex Nova, 1a edición, España, 2012.

Mora Ruiz, M. Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general, Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012.

Morales Lamberti, A. Derecho Ambiental. Instrumentos de política y gestión ambiental, Editorial Alveroni, Argentina, 1999.

Morales Lamberti, A. Estudios de Derecho Ambiental, Editorial Alveroni, Buenos Aires, 2008.

- Moreno Plata, M. Génesis, evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible, Editorial Porrúa, México, 2010.
- Moreno Molina, Á. La empresa y el Derecho de la Unión Europea en el medio ambiente. Autorización. Evaluación de impacto ecológico. Prevención de accidentes. Control integrado de la contaminación. Ecoauditoría. Ecoetiqueta. Derecho medioambiental de la Unión Europea, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1996.
- Moreno, E. Tesis doctoral: La formación inicial en educación ambiental de los profesores de secundaria en periodo formativo, Universidad de Valencia (2005).
- Nogueira López, A. Tesis Doctoral: Régimen jurídico de la auditoría ambiental, Universidad Santiago de Compostela, España (1997).
- Nogueira López, A. Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Revista Indret, España, 2000, pp.5-47.
- Nogueira López, A. Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea, Revista Aragonesa de Administración Pública, No. 12, España, 1998, pp.61-96.
- García Vitoria, I. Prohibiciones ambientales y libertad de empresa, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 62
- Goleman, D. Inteligencia ecológica, Editorial Kairos, Barcelona, 2010.
- Sanz Larruga, F. 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.
- Sanz Rubiales, I. Cambio climático y Unión Europea: presente y futuro del mercado europeo de emisiones, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2014.
- Sanz Rubiales, I. El mercado de los derechos a contaminar, Editorial Lex Nova, España, 2012.
- Sanz Rubiales, I. Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica, Editorial Marcial Pons, España, 2000, pp.7-19.
- Sáenz, O. Las Ciencias Ambientales: una nueva área de conocimiento, Red Colombiana de Formación Ambiental, Bogotá, 2007.
- Santos Vijande, M. La política de marketing en las empresas de alta tecnología, Departamento de Administración de Empresas y Contabilidad, Universidad de Oviedo, España, 1995.
- Soriano García, J. El Derecho Administrativo y los desafíos del siglo XXI, Editorial Aranzadi, España, 2011.
- Soler Tormo, I. Tesis doctoral: La configuración constitucional del medio ambiente como derecho, Universidad de Valencia, España (2016)
- Serrano Moreno, J. Principios de Derecho Ambiental y ecología jurídica. Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- Thomé, R. Manual de Direito Ambiental, 2ª edición, Editorial Jus Podivm, Salvador de Bahía, 2012.
- Ortega Navarro, A. Derecho de Aguas. Derecho Ambiental, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.
- Ortega Álvarez, L. Tratado de Derecho Ambiental, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013.
- Ortega Álvarez, L. et al. Lecciones del Derecho del Medio Ambiente, 4a edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2005.
- Jacquenod de Zsogon, S. Nociones de Derecho Ambiental, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- Jacquenod de Zsogon, S. Derecho Ambiental, información, investigación, 2a edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- Junceda Moreno, J., Minería, Medio Ambiente y Ordenación del territorio, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

Rosa Moreno, J. El Derecho Ambiental en Latinoamérica, Integración económica y medio ambiente en América Latina, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp.13-21.

Romano, S. L'ordenamento giuridico, 2a edición, Editorial Sansoni, Florencia, 1951, pp.13-145.

Rodríguez-Campos González, S. El fomento de la ecoauditoría como estrategia interventora, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003.

Parejo Alfonso, L. et al Código de Medio Ambiente, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

Parejo Alfonso, L. El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública, Editorial Aranzadi, España, 2013.

Parejo Alfonso, L. El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2015.

Parejo Alfonso, L. La construcción del espacio. Una introducción a la ordenación territorial y urbanística, 2a edición ampliada, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2015.

Patiño Posse, M. Tesis doctoral: El régimen jurídico del ordenamiento ambiental y urbano, Universidad de Alicante, España (2008).

Pigretti, E. Derecho Ambiental, Editorial Depalma, Argentina, 1993.

Pérez Luño, A. La tercera generación de derechos humanos, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.

Prieur, M. Derecho del Medio Ambiente, 5a edición, Editorial Dalloz-Sirey, Paris, 2003.

Jaria I Manzano, J. La cuestión ambiental y la transformación de lo público. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Quirola Suárez, D. Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009, p.103.

Rodríguez Salazar, A. Tesis Doctoral: Teoría y práctica del buen vivir: orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales. el caso de Ecuador, Universidad del País Vasco, España (2016)

Kuhn, T. La estructura de las revoluciones científicas, Editorial Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, p.13.

Kinlaw, D. (1997) Empresa competitiva e ecológica: Desempenho sustentado na era ambiental, Editorial Makron Books, Sao Paulo, 1997.

Kelsen, H. Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica. Revista de Derecho UNAM. México, 1980.

Weyermuller, A. Direito Ambiental e aquecimento global, Editorial Atlas, Sao Paulo, 2010.

Juste Ruiz, J. Derecho Internacional del Medio Ambiente, Editorial MacGraw Hill, Madrid, 1999.

Jordano Fraga, J. El Derecho Ambiental del Siglo XXI, Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, No 9, España, 2003.

Valls, M. Derecho Ambiental, 5a edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2008, p.107 y ss.

Vives, A. La Responsabilidad Social de la empresa en América Latina, Editorial Fondo Multilateral de Inversiones, Washington, 2011.

Vega, Fernando, El buen vivir sumak kawsay en la constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador, Revista OBETS, No 1, España, 2014.

Verdes Cabarcos, Y. Tesis de Máster: Las etiquetas ambientales, Universidad La Coruña, España (2014).

Villavella Armengol, C. El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma. Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.51-76.

Villegas Moreno, J. Aproximación a la configuración del Derecho Administrativo Ambiental en Venezuela, Universidad Católica del Tachira, Venezuela, 2011.

Zaffaroni, E. Naturaleza como persona. Gaia y Pachamama. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo, Editorial Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2010.

Zaffaroni, E. La Pachamama y el humano, 1a edición, Editorial Madres de la Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011.

The background is an abstract collage of various shades of blue and purple paper scraps, some with torn edges. In the lower half, there are several handprints in different colors, including a prominent yellow one on the left and a light blue one on the right. The overall composition is layered and textured.

Criterios y jurisprudencia

Potestad

Consultiva

I. Potestad Consultiva

1.1 Es improcedente pagar salario a funcionarios de elección popular acusados penalmente y con medidas cautelares.

Los alcaldes, regidores y síndicos son funcionarios que gozan de estabilidad acentuada en sus cargos debido a que su nombramiento es por elección popular —artículos 162 de la Constitución Política y 12 del Código Municipal—; sin embargo, tal condición no quiere decir que estén exentos de afrontar responsabilidades administrativa, civil, o penal como consecuencia de su gestión.

La extensa jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Segunda y Procuraduría General de la República indica que si existe un impedimento que es ajeno, tanto a la voluntad del trabajador como a la del patrono, por el cual el trabajador no puede cumplir su obligación, la relación laboral se suspende, tal y como lo dispone el numeral 78 del Código de Trabajo, sin responsabilidad para ninguna de las partes, de manera que tampoco está el patrono obligado a pagar el salario.

Oficio 14312-2018 (DJ-1326) del 05 de octubre de 2018.

1.2 Autoridades municipales pueden solicitar al auditor interno comprobantes de asistencia a actividades fuera de la institución

Ante una consulta realizada por el Concejo Municipal de Quepos, la CGR resolvió que de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley General de Control Interno sí es posible solicitar al auditor interno comprobantes de asistencia a actividades que se realizan fuera de la institución, ya que la solicitud de este comprobante no limita la posibilidad del auditor de desempeñar su función; sino que únicamente constituye un mecanismo de control que permite tener conocimiento del lugar donde se encuentra el funcionario en horas laborales. No obstante, no se le podría solicitar al auditor interno que brinde un nivel de detalle sobre las actividades que realiza fuera de la institución, que contravenga la independencia funcional

de éste, ni que revele información de tipo confidencial sobre las gestiones que realiza.

Oficio 14223-2018 (DFOE-ST-0096) del 3 de octubre de 2018

1.3 No procede pago de viáticos a funcionarios municipales que se desplazan dentro de la jurisdicción del cantón como parte de su trabajo

La auditora interna de la Municipalidad de Buenos Aires consultó si es posible el pago de viáticos a funcionarios que fueron contratados para ejecutar labores en caminos, obras de infraestructura vial e inspecciones en la jurisdicción del cantón, siendo que su trabajo permanente no es en la sede de la institución.

Al respecto, la CGR manifestó que no se puede reconocer gastos de viaje a los funcionarios de los entes públicos que se desplacen, -en cumplimiento de funciones del cargo-, dentro del cantón en que se encuentre ubicada su sede de trabajo.

No obstante, el artículo 17 del mismo Reglamento permite el reconocimiento de viáticos por excepción, en casos especiales en que, a criterio razonado de la Administración, se justifiquen.

Oficio 14506-2018 (DFOE-SAF-0538) del 09 de octubre de 2018

1.4 Ámbito de cobertura de prohibición para el ejercicio de profesiones liberales en órganos desconcentrados

En el caso de los órganos desconcentrados, los puestos de directores y subdirectores generales se encuentran sujetos al régimen de prohibición establecido en el artículo 14 de la Ley n.º 8422 y 27 de su Reglamento. Esta normativa aplica a quienes asumen los cargos máximos jerárquicos a nivel del órgano desconcentrado, es decir, a todo cargo unipersonal de carácter ejecutivo de la más alta jerarquía.

El análisis de los puestos cubiertos por el régimen de prohibición debe atender criterios que consideren las características, funciones, labores y responsabilidades inherentes a los cargos referenciados por el legislador.

Cada Administración deberá verificar y acreditar en el caso concreto, que el puesto y su nomenclatura cumplan los requerimientos antes señalados para el reconocimiento de la prohibición dispuesta en la Ley n.º 8422 y el artículo 27 del su Reglamento.

Es importante mencionar que si el funcionario sujeto al régimen de prohibición tiene varias profesiones liberales no puede ejercerlas, ya que se encuentra limitado en razón del mandato establecido para el ejercicio de las profesiones liberales según la Ley n.º 8422.

Finalmente, por no estar autorizado por ley, no es factible utilizar en los órganos desconcentrados, la gama de puestos de los entes descentralizados y las empresas públicas.

Oficio 16236-2018 (DJ-1483-2018) de 9 de noviembre, 2018.

1.5 ¿Es necesaria la emisión de un Decreto Ejecutivo o resolución del Comité de Emergencias cantonales para intervención de caminos con recursos de las leyes 8114 y 9329?

El concepto de emergencia se refiere a un estado de crisis provocado por un desastre -situación que resulta de un fenómeno de origen natural, tecnológico o provocado por el hombre-, que causa alteraciones intensas en las condiciones normales de funcionamiento de la comunidad.

La declaratoria de emergencia vía decreto corresponde al estado de necesidad y urgencia dispuesto como excepción en el artículo 180 de la Constitución Política. Distinto es cuando se trata de percances o emergencias menores llamados estados de "urgencia" y "urgente necesidad", los cuales se resuelven por los mecanismos ordinarios establecidos en la Ley n.º 8488. La declaratoria por estado de emergencia o la competencia para declarar el estado de necesidad y urgencia corresponde al Poder Ejecutivo de forma exclusiva; no obstante, en el caso de la atención de emergencias locales y menores, no existe el concepto de "declaratoria" por parte del Poder Ejecutivo.

En la ley n.º 9329 "Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias" se abre la posibilidad de utilizar los recursos establecidos en dicha ley, así como los dispuestos en el inciso b) del artículo 5 de la Ley n.º 8114 para la gestión del riesgo en la atención, respuesta, rehabilitación y recuperación de las redes viales cantonales; para ello se deberá comunicar a la Comisión Nacional de Emergencia motivando la solicitud. Se debe comunicar el percance ocurrido, ya sea local o nacional, por parte del Comité Municipal de Emergencias con la anuencia expresa del Concejo Municipal.

Oficio 16586-2018 (DJ-1520) de 16 de noviembre, 2018.

1.6 Procedencia del pago de prohibición para gerente regional de servicios corporativos del Banco de Costa Rica

La figura jurídica de la prohibición se encuentra regulada en el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, n.º 8422 así como en el artículo 27 del Reglamento n.º 32333. Estos artículos indican diversos puestos sujetos a prohibición, entre ellos el de "gerente", "gerente general" y "subgerentes", recordando que, más allá del puesto, lo que determina la prohibición son las características, funciones, labores y responsabilidades afines.

Se concluye en relación con los "gerentes", que dentro del órgano, ente, institución o empresa pública debe existir una estructura jerárquica en la cual se tendrá como puesto de alta jerarquía al Gerente General y a su vez habrá gerentes y subgerentes que verticalmente dependan de él, siendo la propia Administración quien debe valorar si el puesto cumple con los presupuestos y requisitos señalados.

Oficio 00633-2019 (DJ-0050) de 17 de enero, 2019.

1.7 CGR reitera obligación de resguardar la confidencialidad de la información dentro de un proceso de investigación

Una auditoría interna consultó a la CGR si al finalizar una investigación realizada a partir de una denuncia, tiene la obligación de informar los resultados de la misma a una serie de instituciones y organizaciones

gremiales, a quienes el denunciante había copiado en el documento que presentó.

Al respecto, la CGR considera al denunciante como aquella persona física o jurídica que pone en conocimiento del órgano administrativo o jurisdiccional, los hechos o conductas presuntamente irregulares. A la vez, indica que es al denunciante, y no a los demás sujetos que hayan tenido conocimiento de la denuncia que fue interpuesta, a quien le asiste el derecho a que el órgano competente le informe el proceder de ésta.

Agrega que independientemente de las circunstancias en las que haya sido presentada la denuncia, persiste la obligación de respetar la confidencialidad de la identidad del denunciante.

Oficio 00811-2019 (DFOE-ST-0023) del 23 de enero del 2019.

1.8 CGR prohíbe arreglo de pago en caso de reintegro de gastos de representación

La CGR recibió una consulta sobre la legalidad de que un funcionario realice un pago en tractos de un reintegro, luego de que se determinara que no procedía el pago de la liquidación de un viaje al exterior y el disfrute de gastos de representación por no haber presentado las facturas correspondientes.

De la lectura de los artículos 14 y 10 del Reglamento de Gastos de Viaje y de Transporte para Funcionarios Públicos, se concluyó que no se permite el arreglo de pago, por lo tanto, siendo que el pagar en tractos sería una especie de arreglo, la CGR no puede avalar formas de pago que la normativa no autorice.

Oficio 00771-2019 (DFOE-SAF-0069) del 24 de enero, 2019.

1.9 Emisión de advertencias es competencia de la Auditoría Interna

Se consulta si un Concejo Municipal estaría legitimado para atender, vía acuerdo municipal, las advertencias realizadas por la Auditoría Interna al alcalde municipal.

Al respecto, la CGR señaló que las advertencias son una competencia de las auditorías internas, que se pueden dirigir a cualquier órgano pasivo o titular subordinado que esa unidad fiscalice.

No obstante, un direccionamiento específico por parte del jerarca podría percibirse como una limitación a esta competencia si se establece como una "obligación".

Oficio 00435-2019 (DFOE-DL-0038) del 15 de enero, 2019.

1.10 Jerarcas deben informar a CGR cuando nombran a sustituto de auditor o subauditor interno que se ausenta por al menos un mes.

Los jefes institucionales deben informar al órgano contralor cuando por ausencia temporal del auditor o subauditor interno, se haya realizado un recargo, sustitución o nombramiento interino, así como los datos del funcionario a cargo. Esto aplica únicamente en aquellos casos en los que la ausencia del titular sea superior a un mes, plazo que por ser significativo, podría implicar un impacto importante en las labores de la auditoría interna. Solicitar que se cumpla con dicho requisito de informar al órgano contralor en un plazo inferior al indicado, implicaría una obstrucción innecesaria a las labores de la institución, con un control excesivamente puntual. Este criterio aclara cómo debe interpretarse el numeral 2.2.2. de los lineamientos sobre gestiones que involucran a la Auditoría Interna presentadas ante la CGR.

Oficio 03240-2019 (DFOE-ST-0041) del 5 de marzo de 2019.

1.11 Auditorías Internas no deben emitir dictámenes acerca de la razonabilidad de estados financieros de la entidad a la que pertenecen

Las auditorías de tipo financiera se enfocan en determinar si la información de una entidad se presenta de conformidad con el marco de referencia de emisión de información financiera y regulatorio aplicable. Según los objetivos de este tipo de auditoría, así como el producto que se espera de tal evaluación (opinión o dictamen), se ha establecido que será la auditoría externa la idónea para llevarla a cabo, en virtud de la independencia que goza respecto a la entidad auditada.

En el Manual de Auditoría Interna se aclara que las Unidades de Auditoría Interna pueden llevar a cabo estudios sobre información financiera, cuyos resultados

y recomendaciones versen sobre el fortalecimiento del sistema de gestión y control de información financiera; pero no pueden emitir dictámenes u opiniones sobre la razonabilidad de los estados financieros de la institución a la que pertenecen; pues se trata de estudios que más bien deben ser asumidos por un auditor externo independiente.

Oficio 04982-2019 (DFOE-SOC-0473) del 5 de abril, 2019

1.12 ¿Debe la unidad de Auditoría Interna ajustarse a las mismas normas o disposiciones administrativas que establezca el jerarca?

Es criterio de la CGR que a los subalternos del Auditor Interno les aplican las regulaciones administrativas que han sido establecidas para el resto del personal municipal por los órganos competentes, siempre y cuando no afecten la independencia funcional y de criterio que se les garantiza en la Ley General de Control Interno.

Asimismo, las regulaciones administrativas aplicables al auditor y subauditor internos, corresponde establecerlas al jerarca, en este caso al Concejo Municipal, a quien le compete, entre otros, definir sobre el uso del uniforme y el control de tiempo.

Oficio 01966-2019 (DFOE-DL-0176) del 12 de febrero, 2019

1.13 Auditor interno puede recomendar al jerarca quién lo sustituya temporalmente

El auditor interno puede recomendar al jerarca institucional, la persona que considere idónea para asumir sus funciones durante su ausencia temporal, no obstante, dicha recomendación no tiene carácter vinculante; pudiendo el jerarca designar a un funcionario diferente al recomendado en un recargo o sustitución.

En cuanto al caso específico del recargo, éste corresponde a una situación laboral en la que un funcionario asume por un tiempo definido las funciones de un puesto de mayor categoría, adicionales a las labores que ostenta. Dichos nombramientos se realizan a futuro, y aquel sobre quien recaen las labores contará con la investidura y competencia para asumir los roles y responsabilidades de ese puesto, una vez que se haya

cumplido con las formalidades del nombramiento. Esto implica que no sea posible realizar un nombramiento en recargo de forma retroactiva.

Oficio 02533-2019 (DFOE-ST-0039) del 20 de febrero, 2019.

1.14 CGR aclara alcance de dictámenes consultivos y explica la regulación de dietas en municipalidades

En respuesta a una consulta planteada por una municipalidad, la CGR aclaró que los criterios consultivos que emite son vinculantes para quienes realizan la consulta y para los terceros que el órgano contralor incorpore discrecionalmente dentro del trámite. Esto, de conformidad con el artículo 29 de la Ley Orgánica de la CGR y el numeral 7 del reglamento de atención de consultas.

En ese sentido, los dictámenes no son vinculantes para aquellos terceros que no son parte del proceso consultivo. No obstante, si se trata de sujetos de fiscalización de la CGR, deben considerar los dictámenes como criterios generales relevantes para orientar su gestión en lo que respecta al manejo de fondos públicos.

En cuanto al reconocimiento de dietas a los regidores municipales, el mismo oficio de la CGR indica que existe regulación expresa que impide remunerar más de una sesión ordinaria por semana y dos extraordinarias al mes. Específicamente, los artículos 30 y 35 del Código Municipal disponen lo relativo al pago de dietas a regidores, de los cuales resulta clara la imposibilidad legal de cancelar más de una sesión ordinaria celebrada en la misma semana, aun cuando se programen más sesiones en el mismo período. Dicha posición ha sido analizada y compartida tanto por la CGR como por la PGR.

Oficio 01514-2019 (DJ-0138-2019) de 5 de febrero de 2019.

Criterios

Contratación Administrativa

II. Criterios Contratación Administrativa

2.1 No se requiere modificar un contrato por ajuste en el precio si el pliego de condiciones establece un rango mínimo y máximo dentro del cual se encuentre el nuevo monto

En una contratación cuyo pliego de condiciones desarrolla un esquema de rangos, que especifica un monto mínimo y uno máximo, es factible que el monto contractual se ajuste, sin necesidad de efectuar una modificación contractual, siempre que dicho ajuste se encuentre dentro de los límites dispuestos en el rango definido previamente, en el cartel o el contrato. Lo anterior, cuando de la lectura del cartel y el contrato se desprenda con claridad dicha condición y sin perjuicio del análisis exhaustivo que se debe hacer en cada caso concreto. Si el ajuste que se pretende realizar va más allá de los límites mínimos o máximos definidos en el cartel, sería necesario efectuar la modificación contractual correspondiente. Cuando el ajuste del monto se encuentre dentro de los rangos definidos en el cartel o el contrato la habilitación para el ajuste del monto del contrato viene dada por lo dispuesto en el cartel o el propio contrato, de manera tal que para atender el principio de legalidad, no resulta necesario que el propio documento contractual contenga una autorización para proceder con el ajuste. En lo que respecta a la facultad de modificación unilateral de los contratos, se debe observar lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y para la aprobación, a lo regulado en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Oficio 15047-2018 (DCA-3697) del 19 de octubre de 2018.

2.2 Imprevistos del proceso de compras

En los procesos de contratación administrativa existen dos tipos de imprevistos que pueden considerarse dentro del presupuesto de la compra: los de diseño o de la administración y los del contratista. Los primeros no forman parte del precio del contrato, sino que corresponden a una previsión que la Administración

establece para atender la necesidad de futuras obras adicionales que surjan durante la ejecución del contrato. Por su parte, los segundos consisten en un monto que el concursante considera dentro de su precio para cubrir cualquier eventualidad que recaiga bajo su responsabilidad y pueda afectar el proceso constructivo.

Oficio 18708-2018 (DCA-4516) del 21 de diciembre del 2018.

2.3 Contratos y concesiones en Áreas Silvestres Protegidas

A partir de una consulta del Sinac, acerca de la aplicación del artículo 39 de la Ley de Biodiversidad relacionado con los procesos de contratos y concesiones de servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas, la CGR aclaró que en tales casos es necesario acudir a los procedimientos ordinarios o de excepción que prevé la Ley de Contratación Administrativa.

En ese sentido, también es importante señalar que un procedimiento de excepción supone el cumplimiento de los requisitos correspondientes por parte de la Administración; así como el respeto a los principios de la contratación administrativa.

Oficio 01359-2019 (DCA-0379) del 01 de febrero del 2019.

2.4 Fijación del monto de cláusula penal en los contratos requiere justificación técnica.

En los procesos de contratación administrativa, la Administración no puede fijar el monto de la cláusula penal de forma arbitraria o antojadiza, sino que debe tener un respaldo o análisis técnico previo que así lo justifique. Además, para su aplicación se deben considerar las necesidades propias de cada objeto contractual, de modo que no es procedente utilizar lineamientos generales.

Oficio 01875 (DCA-0540) del 11 de febrero de 2019.

2.5 Plazo de vigencia de las ofertas.

La Administración debe fijar en el pliego cartelario el plazo de vigencia de la oferta. Superado el plazo de vigencia de la oferta establecido en el cartel, la

propuesta se presume vigente, de conformidad con el principio de eficiencia; lo anterior introduce seguridad jurídica y permite además que los potenciales oferentes formulen sus propuestas y realicen los cálculos que le dan soporte, de manera segura y clara.

Oficio 02143-2019 (DCA-0595) del 14 de febrero de 2019.

2.6 Empresas de un mismo consorcio no pueden facilitar cartas de acreditación de experiencia

Las cartas de recomendación para acreditar experiencia deben ser emitidas de manera objetiva, por lo que no pueden ser expedidas por las propias empresas que integran un Consorcio. Lo anterior implica que esa acreditación debe provenir de terceros independientes a los oferentes, esto por cuanto si se permitiera que se auto certifiquen su experiencia, se perdería esa objetividad que busca la Administración para seleccionar al oferente idóneo. Además, se le restaría la buena fe y transparencia que deben imperar en todo proceso de contratación administrativa.

Oficio 02615-2019 (DCA-0738) del 21 de febrero de 2019.

2.7 Subsanación en memorias de cálculo. Porcentaje de hinchamiento.

En contratos de obras públicas donde se analiza el tema técnico del cobro por “el porcentaje de hinchamiento”, se ha considerado que si ese valor no se encuentra reflejado en las memorias de cálculo que respaldan las ofertas de los participantes, luego no podría subsanarse su incorporación mediante el suministro de una factura proforma donde el oferente intente reflejar ese porcentaje en el precio. Lo anterior por cuanto, si el oferente optó por reflejar el porcentaje de hinchamiento en los precios y no en las cantidades, debe haberlo advertido expresamente desde la oferta y las memorias de cálculo que le respaldan.

Oficio 02841-2019 (DCA-0782) del 26 de febrero de 2019.

2.8 Oferentes tienen deber de cuidado al presentar ofertas.

El procedimiento de contratación administrativa demanda un deber de cuidado de las partes participantes, en procura de alcanzar la satisfacción del interés público. En ese sentido, la Administración tiene la responsabilidad de conocer sus necesidades y la mejor forma de atenderlas y, por su parte, los oferentes se encuentran en la obligación de proceder con una lectura cuidadosa de las particularidades de cada contratación, para presentar su oferta de acuerdo con las condiciones establecidas en el pliego cartelario, bajo los principios de buena fe y transparencia. Así las cosas, existe un deber de cuidado de parte de los oferentes al momento de elaborar su oferta, lo cual implica evitar manifestaciones ambiguas que generen distorsión en la transparencia que debe imperar en todo proceso de contratación administrativa.

Oficio 04556-2019 (DCA-1180) del 28 de marzo de 2019.

2.9 Contratos administrativos sujetos a refrendo contralor.

Los contratos administrativos sujetos a refrendo contralor son aquellos que resulten del procedimiento de licitación pública, que tengan por objeto una obra pública y que además, superen el criterio cuantitativo del límite previsto para esos efectos. Al respecto, no sólo debe acreditarse que el componente de obra es el que prevalece, sino que además, supere la cuantía correspondiente para que la CGR proceda con el análisis de legalidad. En caso contrario, será la Administración a la que le corresponderá otorgar el refrendo interno.

Oficio 03300-2019 (DCA-0892) del 06 de marzo de 2019.

Jurisprudencia
Relevante

III. Jurisprudencia

3.1 Empresas no adjudicatarias solo pueden pretender el pago de daños y perjuicios cuando la contratación ya se encuentre en etapa de ejecución

En un caso relacionado con la contratación de lavado de ropa hospitalario, una empresa que no resultó adjudicada solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo, como medida cautelar, suspender la ejecución de la contratación hasta tanto no se realizaran pruebas de dosificación química del lavado, a fin de determinar si la empresa adjudicada cumplía o no con los requisitos del cartel. La Sección II del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda rechazó tal apelación, al considerar que según lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, cuando una contratación se encuentra en etapa de ejecución, una eventual sentencia favorable sólo podría reconocer el pago de daños y perjuicios causados a las empresas no adjudicatarias. De modo que pretender la suspensión del acto de adjudicación podría acarrear cuestionamientos sobre la existencia o no de la apariencia del buen derecho como requisito indispensable para acceder a la tutela cautelar.

Además, indicó que en el tanto la eventual demanda solo puede alcanzar un proceso de orden civil de Hacienda, no podría existir instrumentalidad de una medida cautelar que pretenda la suspensión del acto administrativo.

Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección II; voto oral n.º 438-2018-II de las 15:12 horas del 31 de octubre de 2018.

3.2 Sala Constitucional rechaza recurso de amparo interpuesto por Municipalidad de Palmarejos contra improbación presupuestaria de la CGR

El alcalde de la Municipalidad de Palmarejos presentó un recurso de amparo alegando que se violentaron los derechos fundamentales de los habitantes de ese cantón, debido a que la CGR improbó parcialmente el presupuesto extraordinario n.º 01-2017 relacionado

con las asignaciones presupuestarias contempladas en la Ley n.º 8114, para el ejercicio económico 2016. La Sala Constitucional apoyó la tesis del órgano contralor al considerar que dichos recursos correspondientes al año 2016 fueron presupuestados tardíamente, en clara violación al principio de anualidad. En virtud de lo expuesto, la Sala Constitucional descartó que se haya producido el agravio reclamado y declaró sin lugar el recurso de amparo.

Sala Constitucional; Voto n.º 2018015957 de las 9:20 horas del 28 de setiembre de 2018.

3.3 Sala Constitucional elimina posibilidad de realizar procedimientos administrativos especiales en materia de contratación administrativa

El Tribunal acogió parcialmente una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los numerales 213 y 217 (ahora 221 y 225) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En relación con el artículo 217, señaló que por resolución n.º 2015-017791 ya se había declarado su inconstitucionalidad, al regular vía reglamentaria materia considerada reserva de ley. Lo anterior, al establecer un procedimiento administrativo especial menos garantista que el establecido en la Ley General de Administración Pública, en el que suprimía la comparecencia oral, restringía la bilateralidad de la audiencia y del contradictorio, y acortaba los plazos de resolución. Sobre el numeral 213, indicó que, en virtud de la anterior declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 217, correspondía la anulación de la fase que avalaba la posibilidad de acudir a un procedimiento especial con el ánimo de sancionar a particulares, esto al no contar con habilitación legal previa que permitiera -vía reglamentaria- normar la aplicación de un procedimiento especial en estos casos.

3.4 La lista de los grandes contribuyentes que declaran tener pérdidas o cero ganancias es información pública y no está protegida por el secreto tributario. El voto íntegro fue publicado en el Boletín Judicial n.º 203 del 2 de noviembre del 2018.

La lista de los grandes contribuyentes que declaran tener pérdidas o cero ganancias es información pública y no está protegida por el secreto tributario

Un grupo de ciudadanos presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo contra el Ministerio de Hacienda ante la negativa de éste de suministrarles la lista de los grandes contribuyentes que declaran pérdidas o cero ganancias. La Sala consideró que el actuar del Ministerio de Hacienda resultaba violatorio del derecho de acceso a la información pública, ya que lo requerido no versaba sobre aspectos como declaraciones de impuestos específicos, libros de contabilidad, comprobantes de pago, gastos y deducciones y otros, que sí están protegidos por el secreto tributario. En consecuencia, declaró con lugar el recurso planteado, al estimar que el actuar del Ministerio vulneró el numeral 30 de la Constitución Política.

Resolución n.º 2018018694 de las nueve horas veinte minutos del 9 de noviembre de 2018.

3.5 Sala Constitucional confirma pleno acceso a expediente de licitación pública internacional tramitada por la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS)

La Sala Constitucional conoció un recurso de amparo contra el Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI), interpuesto por una empresa concursante en la licitación pública internacional "Intersección Garantías Sociales y colector hacia el río María Aguilar. San José. Costa Rica", a quien se le denegó el acceso al expediente de dicha licitación, dado que el trámite respectivo fue delegado a la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) y ésta no brinda acceso al expediente de conformidad con sus prerrogativas e inmunidades. Al respecto, la Sala estimó que se habían lesionado las normas y principios básicos

que rigen la contratación administrativa en Costa Rica, particularmente los de publicidad y transparencia, al tratarse de una contratación realizada con fondos públicos costarricenses y regida por el derecho interno. Agregó que también debe tutelarse el ejercicio de las competencias de la CGR en la tramitación de tales concursos, sin que lo anterior implique infracción alguna a la Ley n.º 9317, correspondiente al Canje de Notas con la UNOPS, fundamento del acuerdo para establecer una oficina en Costa Rica, ni tampoco al régimen de inmunidades que protege a dicha organización.

Resolución n.º 2018-008398 de las 12:42 horas del 25 de mayo del 2018. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia UNOPS. En similar sentido de la misma Sala ver la resolución n.º 2018-008397 de las 12:41 horas del 25 de mayo de 2018.

3.6 Tribunal Contencioso Administrativo declara sin lugar demanda de excalde.

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar una demanda planteada por el exalcalde de Puntarenas tendiente a anular un acto final que recomendó la cancelación de sus credenciales.

El Tribunal consideró que el acto final del procedimiento administrativo seguido por el órgano contralor no se considera un acto final con efecto propio, ya que es el TSE el que toma la decisión final que surte efectos frente al administrado y por ello la resolución de la CGR por sí sola no era impugnabile.

Asimismo sostuvo, a fin de conocer del asunto, que la función que desempeña el TSE en la cancelación de credenciales es electoral si proviene de un referéndum, pero si proviene de un procedimiento administrativo es administrativa.

Por otra parte, señaló que la inhabilitación es una sanción administrativa, no reservada exclusivamente a la sede jurisdiccional y es una consecuencia de la sanción de despido.

Resolución n.º 127-2018 de las 15:30 horas del 22 de octubre de 2018. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.

3.7 El Estado y la CCSS deberán ponerse de acuerdo en el pago de deuda acumulada.

La Sala Primera declaró sin lugar un recurso de casación promovido por el Estado y confirmó en todos sus extremos la resolución n.º 115-2015-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo en la cual se ordenó al Ministerio de Hacienda cesar en una conducta omisa respecto del traslado mensual de recursos a la CCSS originados en el traspaso de los programas de atención primaria de la salud.

La Sala Primera estimó que el Estado vulneró el derecho a la salud de los administrados, afectando las condiciones de la seguridad social, debido a que la CCSS debió usar recursos con un destino específico con el fin de cubrir las competencias que le fueron trasladadas. En un plazo de cinco meses el Estado y la CCSS deberán adoptar una metodología que les permita determinar los montos que se deberán cancelar mensualmente a esta última institución. La CGR participó en el proceso como auxiliar de la función jurisdiccional.

Resolución n.º 00197-F-51-2018 de las 09:20 horas del 08 de marzo de 2018, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.



Revista de Derecho de la
Hacienda Pública

Vol XIII. 2019