

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Vol XV. 2020



Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518

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

Semestral ISSN-221-3624

Revista de Derecho de la Hacienda Pública

Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

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 derecho de acceso a los cargos públicos.

- La proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones dictadas por la Contraloría General como parte de los procedimientos sancionatorios de Hacienda Pública: propuesta de reforma reglamentaria.

- El derecho a la buena administración y su resonancia en la prevención de la corrupción.

- Prueba, Hecho y Verdad.

Índice

Estudios de Colaboradores Nacionales 6

La responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos	11
El derecho de acceso a los cargos públicos	25
La proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones dictadas por la Contraloría General como parte de los procedimientos sancionatorios de Hacienda Pública: propuesta de reforma reglamentaria.....	41
El derecho a la buena administración y su resonancia en la prevención de la corrupción.....	65
El sistema de control interno institucional, la atención de denuncias y el rol de la Auditoría Interna en la lucha contra la corrupción.....	77
Prueba, hecho y verdad.....	101

Estudio de Colaboradores Internacionales..... 104

La ecoauditoría en el modelo de la Comunidad Europea y el de La América Latina.....	111
---	-----

Criterios y jurisprudencia 136

I.Potestad Consultiva 146

1.1 CGR aclara alcances de la confidencialidad de informes y otros productos de la auditoría interna	146
1.2 CGR aclara competencias de control del auditor interno en órganos desconcentrados.....	146
1.3 Consulta sobre la posibilidad de aceptar donaciones de particulares para realizar los planes reguladores de las municipalidades	146
1.4 Servidores públicos deben devolver parte de su cesantía, si se reincorporan a un cargo remunerado en la Administración antes del plazo previsto por ley	146
1.5 Se establece parámetro de autorizaciones para integrar órganos colegiados en el Banco Popular	147
1.6 En casos de transgresión al ordenamiento de control y fiscalización superiores aplica la prescripción regulada en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGR	147
1.7 Despacho Contralor ratifica criterio de la DJ que deniega aumento en cantidad de juntas directivas.....	147
1.8 No procede el recurso de apelación contra el dictamen previo y favorable del artículo 15 de la LOCGR.....	147
1.9 Alcance de la auditoría interna para fiscalizar fondos girados de un convenio interinstitucional a otro.....	148
1.10 ¿Es procedente que la Auditoría Interna tenga un Código de Ética independiente del Código de Ética de la Empresa?	148
1.11 Administración debe garantizar independencia funcional y de criterio de las auditorías internas respecto de los comités de auditoría	148
1.12 Normativa de la CGR está por encima de la que emiten las instituciones públicas y auditorías internas tienen independencia para establecer su plan de trabajo anual	148
1.13 CGR emite opinión sobre “Propuesta de norma reglamentaria en materia de conflicto de intereses en el Poder Ejecutivo”	149

Criterios Contratación Administrativa.....142

II.Criterios Contratación Administrativa.....152

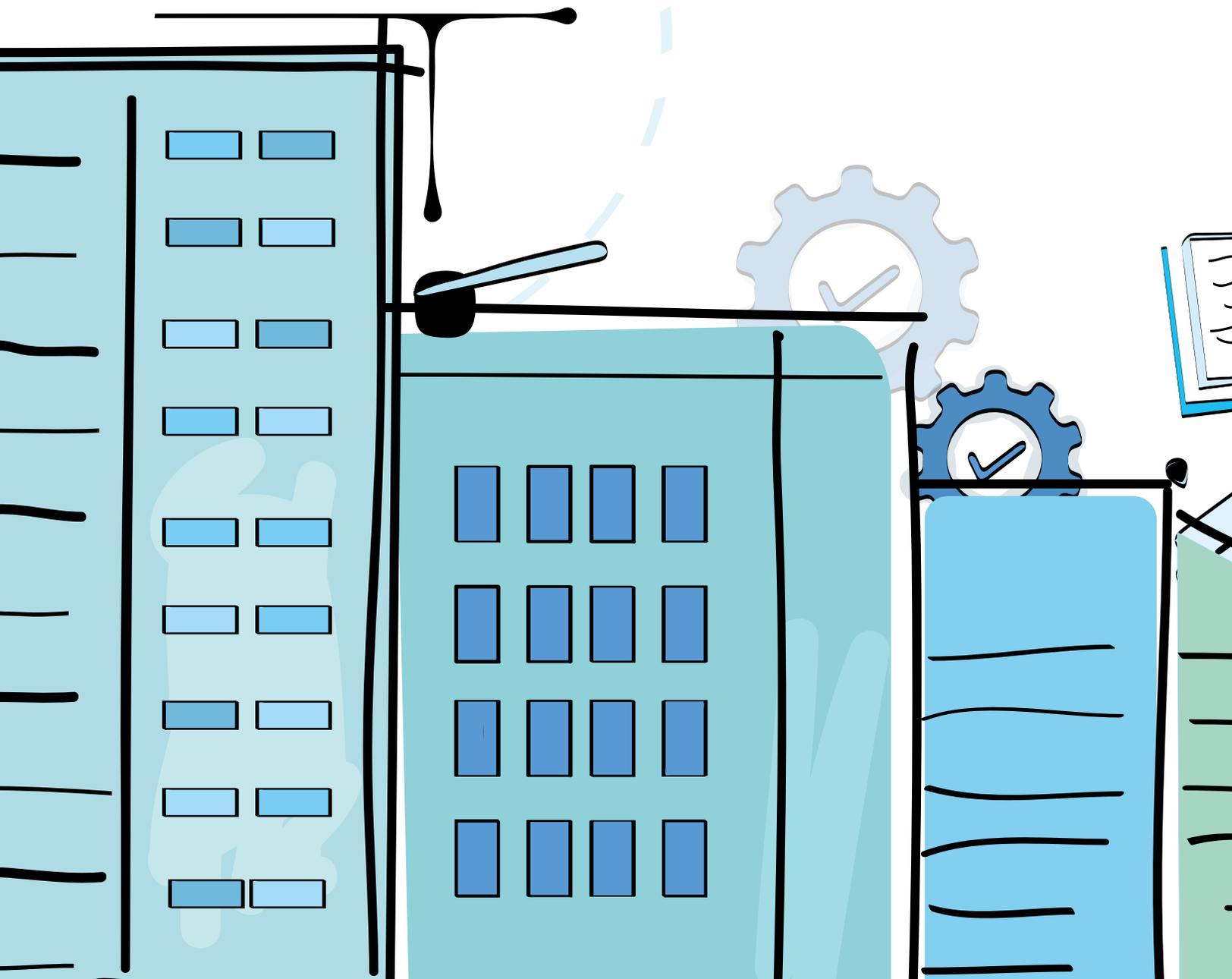
- 2.1 No se puede modificar unilateralmente un contrato por haber disminuido el objeto contractual ... 152
- 2.2 Síndicos propietarios o suplentes tienen prohibición para participar como oferentes en procedimientos de contratación administrativa 152
- 2.3 El estrato presupuestario de los Concejos Municipales corresponde al mismo de las Municipalidades a las cuales se encuentran adscrito 152
- 2.4 Materiales donados no forman parte del precio 152
- 2.5 Administración está obligada a realizar modificaciones ordenadas en una resolución de un recurso de objeción 152
- 2.6 Impuesto al valor agregado debe cobrarse aún cuando no se indique en el cartel 153
- 2.7 La subsanación de un requisito debe ser atendida en el plazo otorgado para ello..... 153
- 2.8 Estar al día con la CCSS es una condición que los oferentes deben mantener..... 153
- 2.9 Antes de declarar desierto un proceso de compra por limitaciones presupuestarias Administración debe verificar si le aplican normas de ejecución de la Ley de Presupuesto..... 153
- 2.10 No se requiere autorización de la CGR para modificar procedimientos de contratación no sujetos a la Ley de Contratación Administrativa 153
- 2.11 Administración puede aplicar cláusulas sustentables en procesos de compra 154

Jurisprudencia Relevante 155

III. Jurisprudencia..... 156

- 3.1 Tribunal Contencioso, estima que corresponde a la CGR atender nombramientos y medidas que afecten independencia de auditorías internas 156
- 3.2 Tribunal Contencioso Administrativo confirma potestad sancionatoria de la CGR..... 156
- 3.3 Para obtener una indemnización debe demostrarse derecho a ser adjudicado 156
- 3.4 Médicos tienen prohibida la superposición horaria 157
- 3.5 Tribunal Contencioso indica algunos elementos a considerar en la fijación de costas 157

Estudios de
Colaboradores
Nacionales





Licda. Adriana Delgado¹

La responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos

Sumario

1. Introducción.
2. Sobre el concepto y fundamento de la responsabilidad de los funcionarios públicos.
3. Sobre la Responsabilidad Penal.
4. Sobre la Responsabilidad Administrativa.
5. Sobre la Responsabilidad civil o patrimonial.
6. Conclusión.
7. Referencias.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Hispanoamericana. Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica. Fiscalizadora de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.



1. Introducción

El Estado, al ser una persona jurídica, desarrolla cada una de sus actividades relativas a la función pública por medio de los diferentes órganos que lo conforman y estos, a su vez, a través de lo que se conoce popularmente como “funcionario público”, “servidor público,” “empleado público,” entre otros términos similares. En razón de ello, al igual que la Administración Pública, estos se encuentran sujetos a la rendición de cuentas, por lo que pueden ser responsables en su esfera personal por el servicio o labores que desarrollan para la Administración.

En igual sentido, la existencia del derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos le impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnera dicho derecho. Para ello nuestro ordenamiento jurídico dota a la Administración Pública de mecanismos jurídicos para la determinación de responsabilidad en contra de los funcionarios públicos.

Así, el desarrollo de estos mecanismos tiene sus bases desde la Constitución Política en una serie de principios y valores que se encuentran permeados en varios artículos, dentro de los que destaca el artículo 11, donde se establecen los principios de evaluación y rendición de cuentas de la Administración, así como la responsabilidad personal de los funcionarios al ser estos los ejecutores de las administraciones públicas con los ciudadanos.

En ese orden, también en la Ley General de la Administración Pública se plasmó un sistema de responsabilidad administrativa. Una de sus secciones se dedica al tema de la responsabilidad por falta personal del funcionario, en la cual se debe determinar si el funcionario actuó con dolo o culpa grave, debiendo resultar posible la determinación del actor o actores de la lesión antijurídica a un agente de la Administración Pública o la propia Administración.

En síntesis, la exigencia de responsabilidad a los funcionarios públicos, genera garantía de la democracia, la cual se materializa en favor de la ciudadanía. Se considera inconcebible que la Administración Pública no responsabilice a sus servidores cuando con su actuación incurran en algún tipo de perjuicio o daño.

Ahora bien, conforme al contexto anterior, en este artículo se realiza un recuento general sobre el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos y sus tipos. En ese orden, primero se presenta una breve introducción sobre los temas por desarrollar: el concepto y la responsabilidad penal, administrativa y civil.

Por otro lado, también se analiza la responsabilidad civil o patrimonial y qué ocurre en caso de muerte del funcionario. Además, se intenta establecer si este tipo de responsabilidad es declarativa o constitutiva según los escenarios que puedan presentarse ante el deceso del servidor, como por ejemplo antes de que se instaure el procedimiento administrativo, durante su tramitación y sobre qué sucede si ya el procedimiento se realizó y se estableció una responsabilidad civil.

2. Sobre el concepto y fundamento de la responsabilidad de los funcionarios públicos

En primer orden, debe contextualizarse que la responsabilidad es un concepto legal y moral, además de ser una obligación inherente del ejercicio de toda función pública. Al respecto, la catedrática Ivanega considera:

En la actualidad, el concepto de la responsabilidad pública ha adquirido una mayor virtualidad, con el reconocimiento expreso de exigencias éticas y de la transparencia de los actos de gobierno./ Resulta primordial comprender que el agente público es un servidor (como bien se lo suele denominar en varios países de América del Sur y Central), cuya actuación debe ser cumplida para el bien de la comunidad./Por eso la noción de funcionario público no puede ser escindida de la responsabilidad y de la asunción de las consecuencias por las irregularidades que cometa (p.158).

Por su parte, Arcia (1991) define la responsabilidad de los servidores públicos como:

Obligación del funcionario de responder de los actos que ejecute. El servidor público tiene una serie de deberes que cumplir, ya sea, estipulados en el estatuto, en un reglamento, en la ley o la Constitución. Normativa que enmarca su actividad, incluso en su vida privada. Todo, para que la imagen de la actividad pública sea confiable y eficaz.

En línea con lo anterior, se puede definir la responsabilidad de los funcionarios como aquella que surge cuando los servidores públicos, en el ejercicio de las atribuciones que les han sido conferidas por el Estado, incumplen las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone. Es decir, el servidor público por la falta en el incumplimiento a sus deberes o bien por el incumplimiento de sus obligaciones sin apego al bloque de legalidad, desencadena en una afectación en el servicio público que debe prestar la Administración Pública, lo que puede repercutir en la generación de un daño a un ciudadano en específico, un grupo de estos o bien al interés público que suple o que da razón de ser a la Administración. De estas definiciones, se logra concluir que los servidores públicos son sujetos de responsabilidad por los actos u omisiones derivados de sus funciones.

Ahora bien, el fundamento de la responsabilidad de los funcionarios se encuentra en el concepto mismo de función pública. Sobre este punto Cajina y Retana (1993) indican:

El fundamento de la responsabilidad de los funcionarios se encuentra en el concepto mismo de función pública, existe implícita y como requisito esencial de la organización administrativa. Todo ello independientemente de la necesidad de que estén consagradas constitucionalmente y reglamentadas en su ejercicio por otras disposiciones normativas (p. 122).

En ese orden, es preciso señalar que en Costa Rica, por un mismo hecho violatorio de un deber jurídico, le puede

acarrear al servidor tres tipos de responsabilidades, las cuales no son excluyentes una de la otra, a saber: la administrativa, civil o patrimonial y penal. Por lo tanto, podrían generarse tres diferentes sanciones, dentro de las que se encuentran el establecimiento de una sanción administrativa como la amonestación, separación del cargo, despido sin responsabilidad patronal, el reintegro o reparación de un daño causado en el caso de la responsabilidad patrimonial y el establecimiento de una pena en el caso de la responsabilidad penal, dentro de las que figuran prisión, multa, inhabilitación y la prestación de servicios de utilidad pública. Esto depende de las características de cada uno de estos tipos de responsabilidad, al régimen legal aplicable, los órganos que intervienen, los procedimientos o procesos correspondientes para su determinación y la jurisdicción sobre la que recae la competencia para su conocimiento.

Lo anterior no resulta violatorio del principio de *non bis in ídem* por cuanto se trata de tres clases diferentes de responsabilidad, cada una con finalidades específicas e inconfundibles.

En nuestro país existe la responsabilidad política que se hace valer a través del control político y que no tiene un régimen legal establecido, pero que se ejerce sobre ciertas categorías de servidores de alta jerarquía cuando en el ejercicio de sus funciones causen un perjuicio de los intereses públicos encomendados; sin embargo, sobre dicha responsabilidad no existe una sanción o pena establecida por el ordenamiento jurídico, sino que surge un reproche moral y social. Por otro lado, en ocasiones este tipo de responsabilidad podría causar una suspensión o expulsión como miembro de una agrupación política de acuerdo con su régimen de afiliación.

3. Sobre la responsabilidad penal

Se presenta cuando un funcionario o servidor público incurre en una conducta acción u omisión que sean dolosas o culposas, se encuentre tipificada como delito por el Código Penal o las leyes especiales, además de ser antijurídica, punible y que fuera realizada en ejercicio de sus funciones. Al respecto, Canda (2001) señala que la responsabilidad penal nace en la medida en

que la conducta del servidor “encuadre típicamente en algunas de las reprimidas por la norma penal de fondo. Es decir, que, en este aspecto, la legislación penal actúa como límite externo y negativo para el agente”

Los delitos en los que puede incurrir un servidor público pueden clasificarse en propios (los que se relacionan directamente con la función que realiza el funcionario) e impropios (aquellos que pueden ser realizados por particulares pero con la ayuda de un servidor público, quien se aprovecha su puesto.

La acción que les exige a los servidores públicos corresponde a la responsabilidad penal por sus actos y ejercicio corresponde al Ministerio Público y eventualmente a la Procuraduría General de la República. En ocasiones, puede participar la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la participación que la normativa atinente conceda a los ciudadanos.

Es importante, en este tipo de responsabilidad, recordar la regla de personalidad de las penas, en el tanto este tipo de responsabilidad es personalísimo y, si un servidor público es declarado responsable penalmente por actuaciones en el ejercicio de sus funciones y este fallece, la pena no puede transmitirse a los herederos de ese ex-servidor.

En ocasiones, este tipo de responsabilidad se torna difícil de demostrar por las características propias de la materia, así como imposibilidades de índole probatoria, que van desde falta de recurso técnico para adquirirlas o bien imposibilidad de acceso o utilización de ciertas informaciones.

Además, debemos reiterar que el ordenamiento permite analizar o establecer responsabilidad penal como la administrativa que, como se ha indicado, ambas son independientes y no son excluyentes entre sí.

4. Sobre la responsabilidad administrativa

Es aquella en la que incurre un servidor público al realizar actos u omisiones que afecten la honradez, legalidad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño del servicio público. Dicha responsabilidad surge

como consecuencia directa de la relación entre el funcionario y el Estado, la cual refiere a la potestad disciplinaria y sancionatoria, con la finalidad de asegurar el comportamiento esperado en la prestación o ejercicio de la función pública. Para Ivanega la responsabilidad administrativa también es denominada como disciplinaria e indican que se “traduce el poder disciplinario de la administración y se presenta ante una falta de servicio cometida por el agente en trasgresión a las reglas de la función pública” (p.170).

La responsabilidad administrativa, en esencia, tiene un doble rol complementario, a saber, como garantía de los administrados damnificado o víctima y como elemento de orden y control de las administraciones públicas para obtener altos estándares de calidad, eficiencia y eficacia en la gestión, organización y prestación de los servicios públicos (Jinesta, 2005, p.51).

En este sentido, la definición de falta de servicio, como el incumplimiento de una obligación administrativa preexistente y su tipología, podría constituirse en una prestación tardía, defectuosa, omisiones materiales o formales y el dictado de actos ilícitos o, como lo indica el artículo 192 LGAP, la supresión o limitación de derechos subjetivos que usan ilegalmente potestades, así como el elenco genérico de las obligaciones administrativas existentes a la luz del ordenamiento jurídico vigente (Jinesta, 2005).

Ahora bien, para describir de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, es necesario hacer referencia al ejercicio de la potestad disciplinaria, en la cual se requiere una relación de servicio, además de una subordinación del funcionario a un superior jerárquico. De lo contrario, no podría operar esta potestad como una manifestación del poder jerárquico que le dota de competencia para sancionar a un funcionario público, con una sanción de carácter administrativo como las amonestaciones, el despido sin responsabilidad patronal, entre otras.

Con respecto a la potestad disciplinaria, la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional han indicado que dicha potestad versa en relación con las actividades del individuo en su carácter de gente

o funcionario público, para compeler y asegurar, preventiva y represivamente, el cumplimiento de los deberes jurídicos del empleo, de la función o del cargo². Se aclara que dentro de la responsabilidad administrativa también se encuentra la potestad sancionadora, la cual no debe confundirse o asimilarse con la potestad disciplinaria. La potestad sancionadora a diferencia de la disciplinaria, es ejercida normalmente por órganos de control, a los cuales se les ha conferido una facultad legal o constitucional; el ejercicio de dicha potestad alcanza contra cualquier funcionario, exfuncionario de la administración pública. En nuestro país, ejemplo de ello es la potestad sancionadora ejercida por la Contraloría General de la República y el Tribunal Supremo de Elecciones, desde luego cada uno dentro del margen de sus competencias constitucionales y legales asignadas.

Es preciso apuntar que las sanciones administrativas en este caso no emanan del superior jerárquico si no de órganos no jerárquicos, como bien lo apunta Hernández (2015) al afirmar que “el superior jerárquico NO es el único que tiene competencia para sancionar a un funcionario público, sino que, órganos no jerárquicos como lo sería la CGR y TSE, también han sido dotados de potestades sancionadoras” (p. 127).

Esta diferenciación en cuanto a los tipos de responsabilidad administrativa es entendible en las palabras del jurista español Nieto (1994 p.140-141), cuando se refiere a la concurrencia de dos facultades básicas correspondientes a la de imposición y la ejecución. Indica que la primera consiste en la “determinación de las infracciones” y de los infractores concretos, así como la imposición de sanciones. Esto supone la constatación previa de la infracción mediante un procedimiento formalizado, dirigido por el mismo órgano que va a sancionar, aunque puede que se desdoblén esas funciones, en donde uno tramita y propone la sanción, mientras que otro la impone, lo cual sucede en el caso de la potestad sancionatoria ejercida por los órganos constitucionales antes mencionados. Y por otra parte, la facultad de imponer la ejecución de la sanción normalmente le corresponde al mismo titular que la impone, aunque también es posible su separación.

2 Véanse al respecto, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1997). Resolución n.º 479. Así como Procuraduría General de la República. (2000) Dictamen 159 de 20 de julio del 2000.

Para el establecimiento de la responsabilidad administrativa, como bien manifiesta Nieto (1994) es necesaria la instrucción de un procedimiento administrativo, en el cual se deben brindar todas las garantías que promuevan el debido proceso y el derecho de defensa, pues resulta indubitable que el procedimiento administrativo es el medio más eficaz para comprobar la responsabilidad de un funcionario y su grado de participación en la comisión de una falta administrativa.

Por otro lado, el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria se constituye en el ejercicio de una actividad administrativa discrecional debidamente motivada y fundamentada, ya que si bien el ordenamiento determina el procedimiento, la falta y las sanciones, la elección de la imputación concreta de la falta y la apreciación de sí corresponde o no sancionar al funcionario. Implica una valoración discrecional debidamente motivada y fundamentada por parte de la Administración. En razón de lo anterior, existe un control judicial respecto a la potestad disciplinaria y sancionadora.

Debemos precisar que la responsabilidad administrativa del funcionario es parte de un esquema general de responsabilidad que está contenido en los artículos 190 al 213 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP), denominado como “*De la Responsabilidad de la Administración y del Servidor Público*”. Si bien dentro de dicho esquema se desarrolla la responsabilidad objetiva del Estado, también establece la responsabilidad del servidor público. Al respecto, la Procuraduría General de la República en diversas ocasiones ha indicado que la diferencia entre la responsabilidad de la Administración y la del funcionario es que la del servidor no es objetiva, sino subjetiva, de conformidad con la regulación que contiene la LGAP, en el tanto el funcionario público responde personalmente, frente a terceros o ante la propia Administración, cuando haya actuado con culpa grave o dolo³

3 En ese sentido, véanse Procuraduría General de la República. (1998). Dictamen 127 de 30 de junio de 1998. Procuraduría General de la República. (1999). Dictamen 052 de 6 de marzo de 1999. Procuraduría General de la República (1999). Opinión Jurídica 112 de 20 de setiembre de 1999. Procuraduría General de la República. (2000). Dictamen 276 de 13 de noviembre del 2000. Procuraduría General de la República. (2000). Opinión Jurídica 135 de 5 de diciembre del 2000. Procuraduría General de la República (2001). Dictamen 055 de 27 de febrero del 2001. Procuraduría General de la República. (2001) 081 de 25 de junio del 2001.

El esquema de responsabilidad es ampliado y concretado por otras leyes especiales que definen los aspectos aplicables para cada materia en particular, como la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, la Ley de Control Interno, la Ley de Contratación Administrativa, el Código Municipal, entre otras. Asimismo, las conductas generadoras de responsabilidad, así como las posibles sanciones administrativas, usualmente se encuentran contenidas en los estatutos autónomos de servicio, reglamentos internos o regímenes que regulan los derechos, deberes y prohibiciones de los funcionarios públicos.

En ese orden, el artículo 199 LGAP señala que el funcionario público será personalmente responsable ante terceros o ante la Administración cuando haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión de este, aunque solo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.

Como ya se indicó, este tipo de responsabilidad es de carácter personal y su extinción podría darse por causas como la muerte del funcionario y por aplicación del instituto jurídico de la prescripción de la responsabilidad administrativa. Por regla general para la potestad disciplinaria referentes a las infracciones de los funcionarios públicos, la prescripción es de un mes de conformidad con lo establecido en el numeral 414 del Código de Trabajo, salvo la existencia de normativa especial como es el caso de la Ley General de Policía en donde se ha establecido en el numeral 78 que el plazo prescripción corresponde a un mes para las faltas leves y el de dos años para las faltas graves, y en el caso de la potestad sancionadora por faltas de los servidores a la Hacienda Pública, en el cual opera el plazo de prescripción establecido en el numeral 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que extiende el citado plazo prescriptivo a cinco años.

5. Sobre la responsabilidad civil o patrimonial

Esta responsabilidad del funcionario público surge como una obligación en caso de que cause un daño económico, para lo cual deberá indemnizar los daños y perjuicios que haya causado a particulares o bien a

la propia Administración. Se debe entender que esa obligación surge cuando el funcionario público actúa con dolo o culpa grave.

Interesa apuntar que este tipo de responsabilidad puede imputarse a los funcionarios o ex-servidores y que solamente procederá en el tanto la Administración logre determinar, a través del procedimiento administrativo, si ha mediado contra ella algún tipo de daño efectivo que sea susceptible de ser evaluable e individualizable y, sobre todo, imputable a la persona contra quien se establecería la acción de responsabilidad en materia civil.

Un elemento que resulta de gran importancia para la determinación de este tipo de responsabilidad es el sujeto a quien se le ha causado el daño por parte del servidor público, pues será el elemento para determinar si se trata puramente de responsabilidad civil o patrimonial, para lo cual debe realizarse una separación de ambas. Al respecto, explica Ivanega "El "sujeto lesionado" es el parámetro que permite diferenciarla de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto: la civil atiende a la reparación a los terceros, mientras que la patrimonial el sujeto dañado es la administración (p. 168).

Para los efectos de este artículo nuestro análisis se centra en la responsabilidad patrimonial, que como ya se adelantó, se presenta cuando servidores públicos causan un daño o perjuicio, estimable en dinero, en contra del Estado en su hacienda pública o al patrimonio de las diferentes instituciones u organizaciones que lo conforman.

En Costa Rica se acepta el sistema de responsabilidad objetiva por parte de la Administración Pública, que comporta la obligación del Estado de responsabilizarse por los daños ocasionados a las personas, sin importar que correspondan a una falta de servicio o personal del funcionario, ni que se acredite la negligencia, culpa o dolo de sus servidores (Menéndez, 2009, p. 44-46). Este tipo de responsabilidad podría generar acciones que ligadas a la recuperación de daños por parte de la Administración Pública, que fueron ocasionados por un funcionario público o varios de estos, mediante el instituto de acción de regreso, en el tanto eventualmente

podrían ser responsables civilmente (patrimonialmente) por los daños ocasionados en el ejercicio de la función (Dromi, 2009, p. 1033).

Como se ha indicado, este tipo de responsabilidad surge en torno a la reparación del daño, lo cual tiene fundamento en el artículo 41 de la Constitución Política, además de los artículos 199 y 210 de la LGAP, que establecen la responsabilidad subjetiva del funcionario público, así como del numeral 1045 del Código Civil que señala que cualquier persona que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause un daño a otra, está obligado a repararlo junto con los perjuicios, régimen propio de la responsabilidad extracontractual.

El daño en este tipo de responsabilidad debe ser causado por un hecho ilícito o lícito que lesione un interés jurídicamente relevante. Además, se entiende o se conceptúa el daño como el menoscabo, pérdida o detrimento en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona afectada, el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del que era objetivamente esperable su conservación de no haber ocurrido el hecho dañoso⁴. Por tanto, se infiere que no existe responsabilidad civil o patrimonial si no media daño que sea probado, así como no hay daño si no existe un afectado.

Según la doctrina y lo señalado en la LGAP, el daño para que cause responsabilidad patrimonial debe cumplir con ciertas características, dentro de las cuales se tiene que debe ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo. Lo apuntado se encuentra así establecido en el artículo 196 del mencionado cuerpo normativo. En ese sentido, Marienhoff (2011, p.566- 567) y Díaz (1987, p.14- 15) señalan estas mismas características. Incluso podría afirmarse que en doctrina existe un mayor alcance de dichas características, en el tanto se acredite la existencia efectiva del daño, que sea actual y que su estimación sea cuantificable acorde con su real magnitud.

En cuanto a la legislación de cada una de las características anteriores, la Sala Primera de la Corte

Suprema de Justicia (1987)⁵ se ha pronunciado y señala que el daño debe ser efectivo o cierto. Esto significa que no puede ser meramente eventual ni hipotético y no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales.

La característica de ser evaluable económicamente significa que debe ser cuantificable o expresable numéricamente, de acuerdo con la magnitud o seriedad del daño. Por último, sobre la característica de que el daño debe ser individualizable con respecto a una persona o grupo de personas, debe tratarse de un daño que cause una lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de ser resarcido o sujeto a indemnización, por lo que debe existir un afectado.

Debe existir una conducta desplegada que cause el daño, es decir, una causa y un efecto dañino, lo cual ha sido denominado en doctrina como la relación de causalidad, la cual se puede describir como el enlace entre un hecho precedente y un resultado dañoso. La determinación del hecho antecedente permite definir la autoría material del daño. Es decir, la causalidad, busca que exista una relación entre causa y efecto, entre el daño y el hecho del funcionario o funcionarios a quienes se les atribuye su producción. Esto obedece a que no se puede atribuir la responsabilidad sin la previa determinación de la autoría del daño, lo cual se conoce como la atribuibilidad material (Vázquez, 1993, p. 220).

El concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad por daños para hallar alguna razón por la que este se pueda ligar a una persona y, en segundo orden, para relacionar el daño causado con el funcionario o persona que deberá indemnizar o responsabilizarse económicamente.

Ahora bien, la responsabilidad civil, imputable a funcionarios o exfuncionarios, procede solo si la Administración logra determinar, mediante los respectivos procedimientos administrativos, la

4 Véase Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (1992). Resolución, n.º 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992.

5 Véanse Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002). Resolución n.º 000606-F-2002 de las 16:10 horas del 7 de agosto del año 2002; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002). Resolución n.º 000622-F-2002 de las 15:40 horas del 14 de agosto del año 2002; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002). Resolución n.º 000714-F-2002 de las 16:20 horas del 18 de setiembre del año 2002, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2014). Resolución n.º 000137-F-S1-2014 de las 8:40 horas del 30 de agosto de 2014.

existencia de algún tipo de daño efectivo, susceptible de ser evaluable e individualizable. Si el daño logra ser demostrado y se llega a determinar la responsabilidad patrimonial del servidor público, se procederá al cobro de la suma correspondiente, según lo dispuesto en los artículos 146 y siguientes de la LGAP, para lo cual servirá como título ejecutivo la certificación expedida por el jerarca de la institución correspondiente, para efectos de realizar las posteriores gestiones de cobro procedentes en contra de las personas que resulten responsables (Procuraduría General de la República, 2007, p. 215).

5.1 Responsabilidad patrimonial solidaria o mancomunada

En los siguientes párrafos se intenta cuestionar si la responsabilidad patrimonial, cuando se presume que existe la participación de varios funcionarios o exfuncionarios, debe considerarse como solidaria o mancomunada, pues en la práctica es un asunto que genera discusión.

La solidaridad permite que ante una pluralidad de sujetos obligados, cualquiera de ellos se encuentre obligado a pagar la totalidad del daño económico sufrido por la Administración, lo cual implica que la persona afectada pueda reclamar la deuda simultáneamente contra todos los deudores solidarios o contra uno solo de ellos según el proceso de cobro.

En ese orden, la responsabilidad patrimonial se encuentra regulada en la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos (en adelante LAFRPP), ordinal 116, donde se señala que la responsabilidad será solidaria cuando los responsables por un mismo acto sean varios, su grado de participación en los hechos causantes del daño o perjuicio sea equivalente o se trate de miembros de un órgano colegiado si el daño se deriva de un acuerdo adoptado por ellos, salvo que conste, de manera expresa su voto negativo.

De la lectura simple de dicho numeral, se desprende que las situaciones contempladas en dicha norma corresponden a aquellas donde existe la participación de varios sujetos, que actuaron colegiadamente o que sean responsables por un mismo acto dañoso y que su

participación sea equiparable, lo cual parece que deja de lado situaciones donde existe pluralidad de sujetos causantes del daño, pero que su participación no se da a través de un órgano colegiado o bien que sus actuaciones para producir el daño no son equiparables con el resto de funcionarios responsables. Justamente en esta última situación no existe un parámetro claro para saber si lo procedente es la responsabilidad solidaria, o bien, algún otro tipo de responsabilidad como la mancomunada que consiste en un tipo de obligación jurídica en la que figuran varios funcionarios como responsables, pero que no tienen relación entre sí, sino que se les considera como participantes individuales. Por lo tanto, como deudores no tendrían la responsabilidad de responder por toda la obligación, sino solamente, por la parte que le corresponde a cada uno.

En materia de responsabilidades de carácter patrimonial, la regla es la no presunción de la responsabilidad solidaria y solo cabe por pacto expreso; es decir, porque así se encuentre definido en una norma. De no existir norma que establezca la solidaridad, la responsabilidad será de forma individualizada o fragmentada. En este sentido, pero en materia de responsabilidad del derecho civil según Jinesta (2005, p. 42), este tipo de responsabilidad no es solidaria sino, únicamente, cuando lo determina expresamente una ley. Así el artículo 638 del Código Civil establece que la solidaridad entre deudores solo resulta de una disposición expresada de la ley, por lo cual no se presume.

De esta posición, se observa que existe una reserva de ley respecto a la solidaridad y serán los legisladores a quienes les corresponde determinar los supuestos en donde deba aplicarse la responsabilidad solidaria⁶.

La LGAP resulta omisa en su consideración sobre la solidaridad, pues básicamente el artículo 210 establece que: "El servidor público será responsable ante la Administración por todos los daños que cause a ésta por dolo o culpa grave, aunque no se haya producido un daño a tercero. / 2. Para hacer efectiva esta responsabilidad se aplicarán los artículos anteriores, con las salvedades que procedan. / 3. La acción de recuperación será ejecutiva y el título será la certificación

⁶ Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2015). Resolución, n.º 12423-2015 de las 9:05 horas del 12 de agosto de 2015.

sobre el monto del daño expedida por el jerarca del ente respectivo". Ni en esta norma, ni en los artículos que le anteceden, se define algo respecto a si en casos en donde concurran las actuaciones de varios funcionarios y que provoquen un daño a la Administración deban ser intimados como solidarios o a cada uno de acuerdo con su grado de participación en el daño ejercido a la Administración.

A pesar de que no existe norma expresa y en contraposición con lo dicho en líneas anteriores, se comparte la posición desarrollada en la sentencia n.º 203-2012 de las 7:30 horas del 27 de enero de 2012 del Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, la cual fue confirmada mediante resolución n.º 47-2013-I de las 7:30 horas del 31 de mayo de 2013 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I y por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia n.º 000967-F-S1-2015 de las 8:40 horas del 20 de agosto de 2015.

En conjunto, en dichas sentencias se reafirma la posición de que luego de realizar un análisis y búsqueda respecto del tema de la solidaridad en la normativa administrativa, se concluye que se deben utilizar las reglas de la remisión e integración disponibles en la LGAP en su artículo 9, al establecer que el ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otras ramas del derecho y que solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios. Al no existir norma administrativa para el caso bajo su análisis que disponga la solidaridad, se debe echar mano de la normativa civil, concretamente al numeral 1046 del Código Civil, que regula que si hay una conducta ilícita en la que dos o más personas concurrieron para ocasionar un daño, la responsabilidad es solidaria.

Con la tesis señalada, existe la posibilidad de reprochar responsabilidad solidaria cuando por una actuación ilegítima o ilícito administrativo concurran actuaciones de dos o más funcionarios que permitieron la gestación o materialización de un daño económico y no se haya actuado colegiadamente o cuando la conducta desplegada no resulte equiparable. En este caso puede imputarse como responsabilidad civil solidaria, lo cual también sería beneficioso en casos en donde

la LAFRPP no sea aplicable, al no resultar necesaria la individualización en cuanto al monto que corresponde a la participación de cada uno de los funcionarios. La posición anterior es acertada en términos jurídicos para ese tipo de casos. Si esta postura se aplicara de forma distinta y se tuviera que determinar con exactitud o precisión la cuantificación económica de acuerdo con el grado de participación para la materialización del daño, es decir, de forma mancomunada en múltiples ocasiones, la afectación sería aún mayor para la Administración, pues no pocas veces se determinaría un daño cuantificable en su totalidad e individualizable o atribuible a un grupo específico de funcionarios. Sin embargo, existiría la dificultad de no poder determinar o estimar el monto económico que corresponde a cada funcionario según su nivel de participación en la provocación del daño. Esto evidentemente impediría que a la Administración le sea casi nugatorio determinar responsabilidad patrimonial con respecto a sus funcionarios en las situaciones fácticas, antes expuestas y que el daño causado no sea indemnizado, lo cual en una visión macro, debe pensarse en la hacienda pública y en cómo esa no recuperación afectaría el interés público al que se debe esa Administración y cómo nos afectaría como ciudadanos.

5.2 ¿La responsabilidad patrimonial es declarativa o constitutiva?

Para responder a la interrogante, conviene recordar que una sentencia constitutiva es aquella en la cual en vez de reconocer simplemente una situación jurídica anterior, reconoce una situación jurídica nueva; no impone el cumplimiento de alguna obligación, sino que se limita a declarar el derecho y constituir una nueva situación jurídica entre las partes o modificar o extinguir la ya existente.

Sus efectos se producen desde el día en que es emitida. Ejemplo de lo anterior son las sentencias de un divorcio o las que establecen la liquidación de una empresa. Además este tipo de sentencias, suelen tener autoridad absoluta de cosa juzgada.

Las sentencias declarativas son aquellas que tienen por objeto reconocer derechos u obligaciones, por lo que poseen un carácter declarativo. Estas a su vez eliminan

la falta de certeza acerca de la existencia de un estado jurídico. Algunos ejemplos de este tipo de sentencias son las que declaran la nulidad de un acto jurídico, la falsedad de un documento, entre otras.

Ahora bien, en doctrina se dice que el punto de diferencia entre las resoluciones constitutivas y las declarativas corresponde a que las declarativas reconocen o hacen evidente una condición o situación jurídica preexistente y las constitutivas establecen un estado jurídico distinto al existente con anterioridad.

Para algunos autores solamente existen las sentencias constitutivas, en el tanto si el ordenamiento jurídico condiciona la existencia legal de una situación determinada antes de su declaratoria por un órgano judicial, no se podría de forma anticipada ejecutar u obtener los efectos jurídicos deseados.

En el caso del acto final o resolución dentro del procedimiento administrativo que reconoce o declara la existencia de responsabilidad patrimonial de un servidor o ex-servidor público y la existencia de una obligación dineraria a favor de la Administración. Al respecto, los artículos 204 de la LGAP, 76 de la LOCGR y 118 de la LAFRPP establecen que, una vez que se encuentre en firme la resolución que establece la responsabilidad patrimonial exigible al funcionario u exfuncionario, tendrá el carácter de título ejecutivo en la vía jurisdiccional.

La resolución donde se determina la existencia de responsabilidad patrimonial es de orden declarativa al enunciar la existencia de un daño que fue causado por un servidor o varios en contra de la Administración y al declarar la existencia de una obligación dineraria con el fin de resarcir el daño causado.

Por otra parte, conforme a los numerales citados con anterioridad acerca de la naturaleza de título ejecutivo de la certificación emitida por el jerarca de la resolución administrativa que declara la responsabilidad patrimonial, por ser la resolución final del procedimiento un acto administrativo de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo, puede estar sujeta a revisión por dicha jurisdicción. Por ende, si un administrado establece la

revisión de dicho acto administrativo o bien solicita que se suspenda la tramitación del proceso de cobro mediante la interposición de una medida cautelar, esto no enerva que bajo el primer supuesto se inicie el proceso de cobro correspondiente, pues debe tenerse claridad que la interposición del proceso de conocimiento no impide que se pueda interponer el proceso de cobro para hacer valer el título ejecutivo a favor de la Administración. Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto de la interposición de una medida cautelar para suspender la ejecución del título ejecutivo en favor de la Administración o la suspensión del proceso de cobro, se debe resaltar que tampoco es factible, pues tampoco es un método que impida la ejecución en la jurisdicción civil.

Como ejemplo de lo anterior, en el proceso bajo expediente 16-010128-1027-CA, sucedieron ambos escenarios. El actor interpuso una medida cautelar anticipada, con la cual pretendía y tenía por objeto que se ordenara la suspensión de un proceso monitorio; sin embargo, mediante resolución del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda 387-2017-T de las catorce horas y quince minutos del 21 de febrero de 2017, la medida cautelar fue declarada sin lugar, pues el juzgador estimó que no se configuraban los elementos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, al no existir una apariencia de buen derecho ni una motivación adecuada. Además, se resalta en lo resuelto que:

(...) lo pretendido es la suspensión de un proceso judicial, en este caso en concreto de cobro, lo cual no puede ser objeto de un proceso cautelar debido a que corresponde a la suspensión de actuaciones judiciales, dictadas en ejercicio de la función jurisdiccional, no de la administrativa, que se encuentra sujeta a esta Jurisdicción. Los procesos judiciales, sus etapas y actos concretos (salvo lo establecido en normas concretas, como lo sería el artículo 7 de la Ley de Cobro Judicial), no pueden ser enervados o detenidos por otras autoridades judiciales distintas a las competentes en la sede que se residencian o sus superiores jerárquicos legales, así como tampoco podría darse una intromisión indebida de esta Jurisdicción al no

identificar claramente y deslindar la materia de su competencia, sea determinar la legalidad de la conducta administrativa, emitida dentro de la función administrativa. Lo cual no se da en este caso concreto por lo antes indicado (...).

A pesar de que el juzgador declaró sin lugar la medida cautelar, la parte que promovía la medida interpuso un recurso de apelación contra lo resuelto. Sin embargo, mediante la resolución del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo 130-2017-I de las once horas con cinco minutos del 29 de marzo de 2017, se rechazó el recurso de apelación con base en dos razones: a) en lo que interesa que la impugnabilidad de actos jurisdiccionales, se señala que de conformidad con la Constitución Política, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es el control de la función administrativa, dentro de lo cual no entra la función jurisdiccional, que es ajena a este control; y b) se reafirma que por el artículo 7 de la Ley de Cobro Judicial confiere cosa juzgada material a las sentencias emitidas por dicha jurisdicción, por lo que a partir del análisis de ambas normas se encuentra la improcedencia de la solicitud cautelar.

Por otra parte, siguiendo el ejemplo, el actor presentó un proceso de conocimiento del cual se desprende como pretensión principal que se ordenará a la parte demandada a suspender el cobro dentro de un proceso monitorio en trámite y se declarará que la resolución emitida por el órgano decisor de la Contraloría General de la República, conocida como acto final, resultaba en un acto administrativo con nulidad absoluta. Además, se solicitó que una vez verificada la nulidad de dicho acto, se ordenará su inejecutabilidad ante el Juzgado Especializado de Cobro del Primer Circuito Judicial. Al respecto se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda mediante la resolución 1625-2017-T de las catorce horas con treinta y cinco minutos del 17 de julio de 2017. En ella se señala que la demanda presentada resultaba en inadmisión al resultar en un acto no susceptible de impugnación en la jurisdicción contencioso administrativa. Se explica al juzgador que la inadmisión radica en que la demanda reprocha actos jurisdiccionales emitidos dentro de un

proceso judicial. Se pretende que se anule lo actuado y se ordene su inejecutabilidad, pues estos actos jurisdiccionales no pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a las reglas del capítulo II del título IV del Código Procesal Contencioso Administrativo.

En ese orden, se reitera que la interposición de una medida cautelar o bien de un proceso de conocimiento ante la jurisdicción contenciosa dirigido a impedir que se haga efectivo el título ejecutivo a favor de la Administración dentro de un proceso de cobro ante la jurisdicción Civil, no resultan en mecanismos eficientes para frenar o suspender el proceso de cobro. Como se explicó antes, resultan ser dos jurisdicciones distintas y el objeto o pretensión tanto de la medida cautelar como del proceso de conocimiento versa en la suspensión y en la no ejecución del título ejecutivo en favor de la Administración, motivación que no es de revisión ante la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con las competencias asignadas a dicha jurisdicción. En caso de presentarse gestión alguna con dicha motivación, correrá con la suerte de ser rechazada o declarada sin lugar como en el ejemplo.

5.3 La responsabilidad patrimonial y la muerte

En los procedimientos administrativos para la declaratoria de responsabilidad patrimonial, en ocasiones puede suceder que uno el investigado o uno de ellos fallezcan. De acuerdo con la fase en que se encuentre el procedimiento, esta situación plantea diversos escenarios, por lo que se pretende a modo de ejemplo dar una perspectiva de lo que sucede y procede en las siguientes circunstancias:

1. Si el procedimiento no se ha aperturado y el o uno de los investigados muere, el procedimiento podrá ser aperturado en contra del funcionario o exfuncionario que falleció, en el tanto la responsabilidad patrimonial no se extingue con la muerte, a diferencia de la responsabilidad administrativa, donde existe una imposibilidad de determinar responsabilidad al considerarse que esta es de índole personalísima. Sin embargo, para

poder hacer la apertura de dicho procedimiento por responsabilidad patrimonial, se requerirá buscar al albacea nombrado dentro del proceso sucesorio del fallecido, para hacerle llegar el respectivo traslado de cargos. Esto podría generar retrasos en el proceso de notificación del acto de apertura del procedimiento, pues la Administración, en algunas situaciones, tendría que iniciar el proceso de sucesión del investigado difunto. Además, se podría complicar la tramitación del procedimiento en caso de que sean varios investigados. A pesar de ello, no existe impedimento legal para realizar la apertura de responsabilidad patrimonial cuando exista un presunto responsable que ha fallecido.

2. Otro escenario se presenta cuando el procedimiento ya se encuentra abierto, es decir, las partes se encuentran debidamente notificadas del acto de apertura o traslados de cargos, pero antes de la comparecencia uno de los investigados fallece. En el supuesto anterior, de conformidad con lo establecido el artículo 648 del Código Civil, deberá buscarse al albacea del investigado que muere para que se apersona y ejerza la defensa del investigado fallecido.
3. Cuando el procedimiento se encuentra abierto, o sea, ya se ha dictado el acto de apertura y se ha realizado la comparecencia, en el lapso en que debe adoptarse el acto final uno de los investigados muere. De igual forma, no existe impedimento para continuar con el trámite normal del procedimiento; sin embargo, se sugiere como una buena práctica que antes de la adopción de un acto final siempre se verifique el estado de los investigados para corroborar si alguno ha fallecido. Aunado a lo anterior, resultaría esperable como un acto de buena fe y de comunicación que si la parte que muere tenía una defensa técnica, el profesional a cargo de forma responsable comunique la defunción de su representado al órgano que debe emitir la decisión final. Esto también le permitiría a la Administración buscar la sucesión correspondiente para que el albacea se apersona al procedimiento y, si así lo desea, pueda ejercer

los recursos que son oponibles contra el acto final y con esto no se vulnere el derecho de defensa tanto del fallecido como de sus sucesores.

4. Cuando el procedimiento se encuentra en la etapa en donde ya se dictó el acto final, se emite y en él se declara la responsabilidad patrimonial, y se supera o ejercido la etapa recursiva en contra de ese acto, aun por el investigado fallecido. En este punto, consideramos que la muerte de un funcionario no extingue la responsabilidad que ya le fue declarada, a no ser que producto de los recursos que pueden presentar se modifique lo resuelto, por lo que una vez superada la etapa recursiva, al igual que en los supuestos anteriores, la Administración deberá localizar la sucesión del investigado fallecido para proceder con las intimaciones de pago o bien realizarlas y notificarlas a los medios señalados, con el fin en ambos supuestos de acudir a la jurisdicción Civil para ejecutar lo resuelto en aquella resolución que servirá como título ejecutivo.

6. Conclusión

El tema de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios o servidores públicos en general no ha sido muy desarrollado. Situaciones o tópicos específicos dentro de este tipo de responsabilidad como la solidaridad, la muerte e incluso de ejecución cuando la responsabilidad ha sido declarada no encuentran una línea doctrinal establecida ni normativa que establezca una línea en cuanto a algunos de estos temas. Se reconoce que por motivos prácticos ha existido inacción por parte de la Administración para establecer si sus funcionarios o exfuncionarios son responsables patrimonialmente, a pesar de ser una obligación ante ciertos parámetros del ordenamiento jurídico.

Lo anterior ha generado que muchos de estos temas no encuentren mayor desarrollo y se den casos aislados en donde los diferentes operadores jurídicos pueden optar por soluciones diversas, aunado que el tema de responsabilidad patrimonial se encuentra

regulado en diferentes cuerpos normativos que no le son aplicables a todos los funcionarios por igual. Esto podría crear espacios a diversas interpretaciones del operador jurídico, lo cual produciría inseguridad jurídica, en virtud de que los términos establecidos para la declaratoria de responsabilidad civil en la LGAP resultan muy generales. Se puede concluir que la normativa actual que regula el tema resulta insuficiente ante situaciones o características de los procedimientos para determinar este tipo de responsabilidad.

Así pues, el ordenamiento jurídico que regula el tema debe ser analizado y ajustado para que se redacte una norma de derecho público que regule el tema de la solidaridad en este tipo de responsabilidad y que no tenga el inconveniente de la norma establecida en la LAFRPP, la cual no es de aplicación para todos los funcionarios. Además, se deben establecer ciertos parámetros para la utilización de la norma como el tema de que la conducta sea cometida en la condición de órgano colegiado o que el daño o perjuicio sea equivalente. Esto permitiría que no se tenga que acudir a solventar la ausencia de norma con otra de derecho privado, lo cual para algunos es cuestionable e incluso, como se indicó, no es posible al considerar que es un tema donde debe existir norma expresa del legislador.

Por otro lado, el tema de la muerte de uno de los investigados en las diferentes etapas de procedimiento también ha sido poco desarrollado, además de que no es tan común que estos casos se presenten. Esto, a su vez, ha propiciado que no se tomen cartas en el asunto; sin embargo, en el momento de ocurrir esta eventualidad, por no existir una línea clara de qué lo que procede, se genera incertidumbre no solo para la Administración, sino también para los familiares o para la representación del fallecido.

7. Referencias

Libros y textos

Arcia Villalobos, E. (1991). El procedimiento ordinario disciplinario para el servidor público en la Ley General de la Administración Pública. (Tesis de licenciatura).

Universidad de Costa Rica. Signatura 2209.

Cajina Chavarría, M. y Retana Madriz, G. (1993). El procedimiento administrativo disciplinario (sancionatorio) en el sector descentralizado de Costa Rica. (Tesis de licenciatura). Universidad de Costa Rica. Signatura 2520.

Canda, Fabián. (2001). Responsabilidad penal de los agentes de la Administración Pública. Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Buenos Aires, Argentina: Ciencias de la Administración

Díaz Delgado, J. (1987). La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la administración de justicia. España: Valencia.

Dromi, R. (2009). Derecho Administrativo I. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina-Hispania Libros.

Ivanega, M. La responsabilidad de los funcionarios públicos. Recuperado de: http://dga.unsa.edu.ar/images/Biblioteca_Gral/Biblioteca_Restringida/11.pdf.

Jinesta Lobo, E. (2005). Tratado de derecho administrativo. Medellín: Biblioteca jurídica DIKE.

Marienhoff, M. (2011). Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Menéndez Sebastián, EM. (2009). Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Nieto García, A. (1994). Derecho administrativo sancionador. Madrid, España: Tecnos.

Procuraduría General de la República (2007). Manual de procedimiento administrativo., San José, Costa Rica.

Rodríguez Hernández, M. (2014). Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.

Vázquez Ferreira, R. (1993). Responsabilidad por daños. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Resoluciones y oficios

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1997). Resolución n.º 479 de las 16:09 horas del 22 de enero de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2015). Resolución n.º 12423 de las 9:05 horas del 12 de agosto de 2015.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (1992). Resolución n.º 112 de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002). Resolución n.º 000606-F-2002 de las 16:10 horas del 7 de agosto del año 2002.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2002). Resolución n.º 000622-F- 2002 de las 15:40 horas del 14 de agosto del año 2002.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2002). Resolución n.º 000714-F-2002 de las 16:20 horas del 18 de setiembre del año 2002.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2014). Resolución n.º 000137-F-S1-2014 de las 8: 40 horas del 30 de agosto de 2014.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2015). Resolución n.º 000967-F-S1-2015 de las 8:40 horas del 20 de agosto de 2015.

Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (2012). Resolución n.º 203-2012 de las 7:30 horas del 27 de enero de 2012.

Procuraduría General de la República. (1998). Dictamen C-127-98 de 30 de junio de 1998.

Procuraduría General de la República. (1999). Dictamen 052 del 6 de marzo de 1999.

Procuraduría General de la República. (1999). Opinión Jurídica 112 del 20 de setiembre de 1999.

Procuraduría General de la República. (2000) Dictamen 159 del 20 de julio del 2000.

Procuraduría General de la República. (2000). Dictamen 276 del 13 de noviembre del 2000.

Procuraduría General de la República. (2000). Opinión Jurídica 135 de 5 de diciembre del 2000.

Procuraduría General de la República C-055-2001 de 27 de febrero del 2001.

Procuraduría General de la República OJ-081-2001 de 25 de junio del 2001.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I. (2013). Resolución n.º 47-2013-I de las 7:30 horas del 31 de mayo de 2013.

Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo. (2017). Resolución 130-2017-I de las 11:05 horas del 29 de marzo de 2017.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. (2017). Resolución n.º 387-2017-T de 14:15 horas del 21 de febrero de 2017.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. (2017). Resolución n.º 1625-2017-T de las 14:35 horas del 17 de julio de 2017.



Licda. Grettel Cisneros Valverde ¹

El derecho de acceso a los cargos públicos

Sumario

1. Introducción.
2. Antecedentes.
3. Concepto y elementos del Derecho.
4. Principales garantías del Derecho.
5. La prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública.
6. Conclusión.
7. Referencias.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Federada. Cuenta con un Diplomado en Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca. Egresada de la Maestría de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Se desempeña actualmente como Fiscalizadora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.



1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo primordial abordar, en términos generales, el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, incluidas sus características, el concepto, garantías que brinda este derecho para los ciudadanos que deseen desempeñarse en la función pública en condiciones de igualdad y libertad de participación, entre otros.

Aunado al tema del derecho de acceso a los cargos públicos, se hace referencia a la limitante temporal que impone el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República a algunos cargos públicos.

Se abordan algunos de los principios que informan este derecho y que tienen como finalidad que todos los ciudadanos puedan acceder a los cargos públicos, lo cuales están garantizados en un mecanismo de selección basado en la idoneidad comprobada para el desempeño del cargo público y otros aspectos como el mérito y la capacidad. Esta forma de reclutamiento también es propia de la generalidad de la burocracia.

2. Antecedentes

En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, establece por primera vez derechos fundamentales que deben protegerse de manera general en el mundo entero, entre ellos, el artículo 21 inciso 2° (1948) referente al acceso a los cargos públicos como Derecho Fundamental indica "... Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país...".

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, aprobada en Colombia en 1948, señala en su artículo 20 que toda persona, tiene el derecho de formar parte del gobierno de su país y de participar en las elecciones populares. Se extiende dicha norma a "toda persona" en razón de que al momento de su creación, "... no se reconocían en todas las constituciones del Hemisferio los derechos políticos

de la mujer, pues no eran consideradas ciudadanas..." (Brewer-Carias, Rey, Quiroga... [et al.] 2015, p. 171).

De igual forma, el derecho fundamental de acceso a cargos públicos se encuentra debidamente reconocido y garantizado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, específicamente en el artículo 23 (1969), el cual indica:

Artículo 23. Derechos Político: *1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; // b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y // c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. // 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.*

Por su parte, en Costa Rica, en nuestra primera Constitución Política de 1825, de manera incipiente se mencionó en su artículo 5 que "...todo ciudadano costarricense es admitido a los destinos públicos sin más diferencia que la de sus virtudes y talentos..." (Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, 1825), norma que de manera temprana establece en su espíritu el principio de igualdad, así como una limitación en cuanto a las virtudes y talentos requeridos para ser admitidos a los destinos públicos.

En 1945 se redactó el primer proyecto de Estatuto de Servicio Civil, en donde se estableció la creación del Instituto Costarricense de Servicio Civil, con absoluta independencia de los intereses políticos, pues buscaba eliminar los nombramientos partidistas. Así se instauró una "Administración Pública técnica, eficiente, depurada y económica regulando los derechos y obligaciones, con ocasión del trabajo, de todos los trabajadores..." (Ramírez, 2008, pág. 5).

Ahora bien, por medio de la Constitución Política promulgada en 1949, se establecieron disposiciones claras respecto al servicio civil en sus artículos 191 y 192, con los cuales se crea el Régimen de Servicio Civil, el cual fue creado con la intención de atraer y mantener mano de obra calificada para el Estado, regular la relación estatutaria y garantizar la eficiencia de la administración, dando con esto una garantía al Derecho Fundamental de Acceso a Cargos Públicos.

Sin embargo, no es sino hasta el año de 1953, bajo la Ley n°1581, que se acuña la denominación del Servicio Civil, tal y como hoy en día se conoce, basado en la igualdad de oportunidades para ocupar cargos públicos, dejando de lado las prácticas nocivas de nombramientos políticos, clientelismo y compadrazgo, buscando como fin la eficiencia de la prestación del servicio.

En razón de lo anterior, Ramírez (2008) dice:

El establecimiento del Régimen de Servicio Civil en Costa Rica es el resultado de un proceso histórico, social y político en el que concurren ideas e inquietudes de personas de diferentes épocas y modos de pensar. Este proceso culmina en 1953, cuando se promulga el Estatuto de Servicio Civil (Ley No. 1581). Este proceso fue condicionado también por la influencia del Servicio Civil norteamericano, cuyo modelo trataron de adoptar varios países latinoamericanos en la primera mitad del siglo 20, entre ellos, Paraguay, Argentina, Uruguay y Chile. (Ramírez, 2008, pág. 19).

3. Concepto y elementos del derecho

El derecho fundamental de acceso a cargos públicos es el derecho y posibilidad que tiene toda persona de postularse y acceder a desempeñar cargos dentro de la función pública; es decir, existe un derecho de participación en favor de las personas de contribuir en los procesos no solo de dirección, sino de formación en los asuntos públicos, bien sea, ejerciendo como

miembros del órgano legislativo u ocupando cargos ejecutivos en cualquiera de las instituciones del Estado.

Dicho concepto ha sido desarrollado de forma positiva por algunos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, como bien se indicó en el apartado anterior. Estos instrumentos desempeñan un papel fundamental en el reconocimiento del derecho de acceso a los cargos públicos en las diversas legislaciones internas de los países que ratifican y suscriben estos instrumentos jurídicos.

Ahora bien, la voluntad del constituyente en nuestro país fue la de regular las relaciones entre el Estado y sus servidores a través de un régimen de empleo público que se regiría no solo por lo establecido para el derecho público, sino también por una serie de principios generales, como se trata a continuación.

Así pues, los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, específicamente el Título XV, se refieren a las relaciones entre el Estado y sus servidores mediante un estatuto de servicio civil y en lo de interés indican:

Artículo 191. Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración.

Artículo 192. -Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y solo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

Ambas disposiciones constitucionales se ven plasmadas en el Título I del Estatuto de Servicio Civil, Ley 1581 del 30 de mayo de 1953 y su Reglamento, Decreto Ejecutivo n.º 21 del 14 de diciembre de 1954. Posteriormente se promulgó el Título II del Estatuto, mediante Ley 4565

del 4 de mayo de 1970 (Ley de Carrera Docente) que vino a regular lo relativo al personal docente cubierto por el Régimen de Méritos.

Dicho Estatuto establece una serie de requisitos para acceder al régimen de empleo público. El principal de ellos es la idoneidad comprobada y sobre este particular, el Tribunal Constitucional, según resolución 1998-01763 de las 17:40 horas del 11 de marzo de 1998 indica:

...que el derecho a ocupar un cargo público no se adquiere con el simple transcurso del tiempo o por haber ocupado otras similares por cierto período, sino por tener la idoneidad comprobada para desempeñarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 192 Constitucional. (Sentencia 01763, 1198)

De modo que la idoneidad es, prácticamente, el requisito fundamental para optar por cargos en la función pública. No obstante, podría pensarse, que si bien el transcurso del tiempo o el haber ocupado cargos similares por cierto período no son determinantes para acceder a un cargo público, sí pueden ser circunstancias que beneficien a una persona, pues nada impediría que tales condiciones puedan ser tomadas en cuenta para participar, según las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, en los concursos convocados para llenar cargos públicos, siempre que se reúnan los requisitos exigidos para ello, de acuerdo con el correcto ejercicio de la función pública en aras de la satisfacción del interés general.

Con base en estas premisas, se puede afirmar que en Costa Rica, de conformidad con lo que establece la legislación nacional así como la internacional, sin ninguna distinción más que por un sistema de mérito por su idoneidad, aptitudes y capacidades, cualquier ciudadano tiene la posibilidad de desempeñar cargos dentro de la Administración Pública, indistintamente de si su ocupación es por la vía de la elección popular, como lo veremos más adelante o a través de su participación mediante concursos de idoneidad.

Elementos que integran este Derecho Fundamental

En relación con los elementos que integran este derecho fundamental, es necesario considerar lo establecido en el artículo 192 de nuestra Constitución Política, donde el espíritu del constituyente buscaba garantizar la idoneidad y eficiencia en el empleo público, así como asegurar la integridad de la función pública y evitar situaciones que pudieran debilitar el cumplimiento de los deberes de objetividad, imparcialidad e independencia de los funcionarios públicos, en resguardo de los principios constitucionales de legalidad e igualdad. Con base en ello, el Estatuto del Servicio Civil establece dos requisitos fundamentales: la idoneidad comprobada y la eficiencia.

A. La idoneidad comprobada para ejercer cargos públicos

El principio de idoneidad comprobada que establece nuestra Carta Magna en su numeral 192, a su vez reconocido y garantizado tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23) como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 21), tiene como fin no solo garantizar la prestación del servicio público, sino también es un requisito esencial para acceder a la función pública, pues con ello se pretende asegurar la eficiencia de la Administración.

Así, es necesario encontrar una definición acertada de lo que es idoneidad y para ello se trae a colación la sentencia de la Sala Constitucional nº 17013-12, la cual indica: "... idoneidad significa reunir las condiciones necesarias que facultan a una persona para desempeñarse óptimamente en el trabajo público, es decir, poseer los méritos que la función demande" (Sentencia 17013, 2012). Se entiende entonces por idoneidad, la capacidad o aptitud para desempeñar una función o un puesto específico dentro de la función pública, lo cual dependerá de las características particulares del cargo y del perfil con el que la Administración pretenda llenar las plazas vacantes.

En esa misma sentencia, el Tribunal Constitucional indicó que el principio de idoneidad comprobada asegura que el Estado tenga a su disposición recursos humanos de la mejor calidad y condición moral, técnica y científica, a efectos de hacerlo eficiente para el cumplimiento de sus objetivos y para lograr la adecuada prestación de los servicios públicos.

A mayor abundamiento, interesa citar lo dicho por la Sala Constitucional en el voto 8223-12:

*De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada, **lo que exige la verificación objetiva de sus cualidades**. Esto quiere decir, que el servidor público debe reunir determinadas características y cualidades, las cuales pueden ser válidamente establecidas y reguladas por ley, siempre que resulten **objetivas y razonables**. **La idoneidad debe comprobarse no solo a través de aspectos meramente académicos, se requiere más bien del análisis y calificación de varios elementos, factores o condiciones de diversa índole, como por ejemplo aspectos psicológicos, de estabilidad, experiencia laboral y profesional, y demás atestados, que valorados en conjunto determinen que una persona es la más idónea para desempeñar el puesto...** De esta forma, el análisis no debe centrarse, únicamente, en aspectos académicos, sino en un conjunto de cualidades..." (Sentencia 8223, 2012) (El subrayado no pertenece al original).*

Con base en lo transcrito, se confirma que la idoneidad es un conjunto de factores físicos, morales, intelectuales, psicológicos que a futuro son los que determinarán si una persona es o no idónea para desempeñarse en un cargo de la función pública.

Por su parte, el artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil dispone:

Para ingresar al Servicio Civil, se requiere: a) Poseer aptitud moral y física propias para el

desempeño del cargo, lo que se comprobará mediante información de vida y costumbres y certificaciones emanadas del Registro Judicial de Delincuentes, del Archivo Nacional, del Gabinete de Investigación y del Departamento respectivo del Ministerio de Salud; (...) c) Satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el "Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil" para la clase de puesto de que se trate; d) Demostrar idoneidad sometándose a las pruebas, exámenes o concursos que contemplan esta ley y sus reglamentos; (...) e) Pasar el período de prueba... (Rojas, 2004, p. 6)

De lo anterior, se extrae que aunque solo un inciso emplea literalmente la palabra idoneidad, el resto de los incisos se refieren a atributos que integran el concepto de idoneidad para el desempeño de un puesto o a mecanismos de comprobación de dicha idoneidad.

En síntesis, para que una persona pueda acceder a un cargo público, con base en el concepto de idoneidad, debe sumar un conjunto de factores y atributos que van desde lo moral, físico y hasta lo psíquico y esos mismos elementos con posterioridad van a ser evaluados según la necesidad de la Administración a través de una serie de mecanismos previamente establecidos.

A pesar de lo mencionado anteriormente y para el interés de este artículo nuestro interés, resulta indispensable destacar que derivado del principio constitucional de idoneidad comprobada y como mecanismo para su protección, el legislador crea el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que regula la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública, cuya naturaleza jurídica es definida por el Tribunal Constitucional como una **presunción de inidoneidad temporal** del ex-servidor que mediante despido deja la función pública por haber cometido faltas graves contra el sistema de fiscalización, contra la propiedad o la buena fe de los negocios o el que haya cometido infracciones penales.

Según el voto n.º 05424-2002 de las 11:10 horas del 31 de mayo de 2002, se hace un análisis de constitucionalidad de la norma citada supra y se llega a la conclusión de que no es improcedente que

la ley establezca tal prohibición, bajo el supuesto de que quien ha cometido faltas graves o infracciones penales de esa naturaleza lo cubre una presunción de inidoneidad temporal que puede ir de dos a ocho años, lo cual le impide acceder a cargos de la Hacienda Pública. Esto garantiza la moralidad y legalidad de la función administrativa.

B. La eficiencia en la función pública

La Constitución Política enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Entre muchos otros, el artículo 191 se refiere al principio de "eficiencia de la administración".

Según jurisprudencia de la Sala Constitucional, se ha establecido que: "La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros"². Asimismo, en relación con este concepto, el propio Estatuto de Servicio Civil establece en el primero de sus artículos que la norma y sus reglamentos regulan las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia en el seno de la administración pública.

A partir de lo anterior, se puede complementar el principio de eficiencia señalando que la Administración puede enfocarse en los procedimientos, resultados y logros, con la intención de satisfacer sus necesidades públicas al más bajo costo social y económico. Si bien es cierto el artículo 191 de la Constitución Política tiene como objetivo señalar que la eficiencia está referida a la organización, también la eficiencia de la organización necesaria e ineludiblemente debe terminar en la eficiente prestación del servicio para el usuario.

C. Titularidad

En cuanto a la titularidad del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, se debe señalar que

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resoluciones 13524-11 de las 10:13 horas del 7 de octubre del 2011, 0005-12 de las 14:30 horas del 5 de enero del 2012.

tanto el artículo 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como la Constitución Política de nuestro país establecen que dicho derecho es para toda persona; sin embargo, este se encuentra claramente delimitado por la solicitud de requisitos.

En los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, se establece que los servidores públicos serán nombrados con base en idoneidad comprobada, tal y como ya se indicó, lo que exige que para optar por un puesto dentro de la administración pública, el postulante debe reunir una serie de características y cualidades que se exigen para el cargo, las cuales como ha indicado la Sala Constitucional deben ser válidamente establecidas y reguladas por Ley. En ese sentido, dicho órgano Constitucional va más allá, al indicar que "la idoneidad debe comprobarse no sólo a través de aspectos meramente académicos, se requiere más bien del análisis y calificación de varios elementos, factores o condiciones de diversa índole (...) que valorados en su conjunto determinen que una persona es la más idónea para desempeñar el puesto..."³

Con dicho criterio se infiere que en la norma se encuentra inmerso el criterio de igualdad, pero está entendida como una igualdad entre iguales, de manera tal que únicamente los postulantes que cumplan con requisitos de idoneidad, mérito y capacidad podrán acceder a dichos cargos, sustentada dicha limitación del derecho fundamental en los principios de eficacia, eficiencia y buen funcionamiento de los servicios públicos.

Ahora bien, es diferente cuando se trata de cargos de elección popular, pues solo es posible postularse a ellos a través de los partidos políticos, tal como se establece en el artículo 98 de nuestra Carta Magna, que señala:

Los ciudadanos tendrán el derecho de agruparse en partidos para intervenir en la política nacional, siempre que los partidos se comprometan en sus programas a respetar el orden constitucional de la República.//Los partidos políticos expresarán el pluralismo político, concurrirán a la formación y manifestación de la voluntad popular y serán instrumentos fundamentales para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad serán libres dentro del respeto a

³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 8223-12 de las 14:30 horas del 20 de junio del 2012.

la Constitución y la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

De modo tal, que en ese contexto los requisitos para acceder a cargos públicos tales como idoneidad comprobada y capacidad, se dejan de lado en los supuestos de acceso a cargos de elección popular. El único requisito para las personas interesadas en acceder a dichos cargos es que necesariamente encausen sus aspiraciones políticas a través de los partidos políticos debidamente inscritos en el registro electoral.

Sin embargo, respecto del principio de idoneidad, no es que se deja de lado, sino más bien tiene un matiz diferente para los cargos de elección popular y es precisamente el pueblo el encargado de dar esa idoneidad a quien aspira a un cargo de esta naturaleza a través de las elecciones nacionales o municipales.

D. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo o sujeto obligado a respetar y garantizar el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos es, ante todo, el Estado a través de sus instituciones, pues sobre ellas pesa la obligación de tomar todas aquellas medidas que garanticen el efectivo cumplimiento del derecho de forma inmediata y sin dilaciones, medidas que, dentro de las posibilidades, deberán abarcar tanto lo político, social, económico, cultural e incluso el ámbito legislativo. Dicho de otra manera, es una política encaminada a eliminar cualquier tipo de discriminación y asegurar el pleno desarrollo de quien desee desempeñar algún cargo público en igualdad de condiciones en el ejercicio y el goce de este derecho.

En relación a los cargos de elección popular, es de nuestro interés resaltar que en Costa Rica el sujeto obligado a tutelar y garantizar este derecho es el Tribunal Supremo de Elecciones, pues es quien por disposición de ley tiene tal competencia.

E. Obligaciones

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones, estas se deben analizar en dos sentidos: en primer lugar, las obligaciones ya sean activas u omisivas que tiene el

Estado y sus instituciones para garantizar el derecho al acceso a cargos públicos y como segundo y no menos importante, las obligaciones que tienen los ciudadanos que, al ejercer un cargo público, se convierten en funcionarios públicos.

Ante tal panorama, el Estado como principal garante del derecho de acceso a los cargos públicos tiene una serie de obligaciones que cumplir. Entre estas se encuentran las de índole internacional, en razón a que nuestro país ha suscrito y ratificado la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA, la Convención Americana de los Derechos Humanos u otros tratados interamericanos, los cuales comprometen a los Estados firmantes a respetar los derechos y libertades plasmados en ellas.

Por su parte, la Convención Americana reafirma esta obligación de los Estados "... al establecer que los Estados Partes de la misma (sic) se obligan a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades a toda persona que habita en su territorio sin discriminación alguna..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1989, párr. 45). Esto se traduce en que el Estado debe omitir cualquier acción que sea violatoria de los derechos garantizados, en la especie. No podría discriminar entre iguales en razón de sexo, raza, religión, edad, entre otros y deberá efectuar distintas acciones para garantizar el goce del derecho, como proveer de un sistema de reclutamiento y selección ágil y eficiente.

Es decir, el Estado tiene la obligación de garantizarle a sus administrados la adecuada organización del aparato gubernamental para asegurarles el acceso a cargos públicos.

De las obligaciones de respeto y garantía surge para el Estado el deber de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 166).

De igual forma, los administrados quienes opten por ejercer cargos públicos tienen una serie de obligaciones: en un primer plano, deben someterse al proceso de

selección establecido y, una vez elegidos, pasan a ser funcionarios públicos, que como tal tienen una investidura que los obliga a realizar sus funciones bajo el deber de probidad, con eficacia y eficiencia.

F. Principios Jurídicos

Entre los principios que integran este derecho fundamental de "acceso a cargos públicos", a continuación se presentan los siguientes:

1. Principio de igualdad

Como primer principio rector del derecho fundamental a cargos públicos, se encuentra el principio de igualdad, el cual señala que todas las personas son iguales ante la ley y prohíbe toda práctica discriminatoria que resulte contraria a la dignidad humana.

El artículo 33 de nuestra Constitución Política reconoce dicho principio y señala la igualdad ante la ley, lo cual significa igual trato de condiciones entre iguales, pues es contrario aplicar una misma medida en condiciones diferentes.⁴

En el acceso de cargos públicos, se debe aplicar el principio de igualdad en los procesos de selección y reclutamiento, tales como los concursos efectuados por la Dirección General de Servicio Civil, sin discriminación por raza, sexo, religión, orientación sexual, edad, entre otros.

Tal como lo ha indicado la Sala Constitucional⁵: "el accionante presentó una oferta de servicios la cual fue rechazada en el proceso de reclutamiento y selección (...) por contar con más de cuarenta años de edad (...) Al respecto, la Sala reitera (...) por considerar que lesiona el principio de razonabilidad y resulta discriminatorio limitar el acceso al cargo exclusivamente en la edad del concursante (...) Una diferenciación de trato para acceder o no al servicio público fundada exclusivamente en la edad, es siempre sospechosa constitucionalmente, en cuanto utiliza un parámetro normalmente discriminatorio que no es relevante -por

sí mismo- para el servicio que se trata..."

Asimismo, la Sala Constitucional consideró que el derecho de acceso a los cargos públicos es una consecuencia necesaria del principio de igualdad que garantiza equidad de oportunidades a todas las personas para aspirar a los cargos y funciones públicas y que, además, no debe entenderse circunscrito a los cargos de elección popular o cargos representativos, sino que es extensivo a todos los cargos y funciones públicas. Al respecto, indicó:

III. Hay que encarar ahora el tema del derecho de acceso a los cargos públicos. A diferencia de lo que sucede en otras latitudes, la Constitución no contiene ningún artículo donde se reconozca de modo expreso la existencia de un derecho fundamental a acceder a las funciones y cargos públicos. Aun en los casos en que ese derecho se reconoce explícitamente, puede concebirse -en tanto derecho fundamental, posible de protección, pues, mediante el recurso de amparo limitado al acceso a cargos de elección popular (Téngase en cuenta, sin embargo, lo que dispone el art. 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). No obstante, constantes resoluciones de esta Sala han declarado, expresamente o implícitamente, la existencia de ese derecho como derecho fundamental, entendiéndolo que es un corolario imprescindible e ineludible del principio de igualdad, que impregna diversas disposiciones constitucionales y es el sustrato de diversos derechos de aquella naturaleza, del derecho al trabajo, y, en esencia, del carácter democrático de la comunidad nacional. En consecuencia, apenas es necesario insistir en el reconocimiento del derecho de todos a acceder a los cargos públicos y no solamente a los de elección popular -en condiciones de igualdad, descontado desde luego el régimen de requisitos aplicable en cada caso.⁶

4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1785-90 de las 16:24 horas del 5 de diciembre de 1990.

5 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3685-12 de las 09:05 horas del 16 de marzo del 2012.

6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3529-96 de las 09:00 horas del 12 de julio de 1996.

Así, en materia de función pública, los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25), garantizan y reconocen que todos los ciudadanos tienen derecho de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país y, únicamente, la ley puede reglamentar el ejercicio de ese derecho, exclusivamente, por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

2. Principio de mérito y capacidad

En este principio se relaciona con la idoneidad comprobada, la cual señala que los servidores públicos deberán reunir las condiciones y características que los facultan para desempeñar de mejor manera el trabajo asignado, como mérito y capacidad. Estas situaciones se comprueban con pruebas y la solicitud de requisitos en los concursos públicos, para así quedar en condición de elegibilidad y poder ser nombrados en propiedad, todo con base en tal idoneidad.

Si bien el principio de acceso a los cargos públicos no es irrestricto y, por ende, es posible imponer requisitos para acceder a determinado cargo o ejercer particulares funciones, este ha sido el criterio adoptado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-61-2001 del 6 de marzo de 2001, en el que advirtió que el acceso a los cargos públicos está determinado por el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales deben ser pertinentes en relación con el cargo y las funciones, así como razonables, sin obviar que deben atender a la idoneidad y probidad del candidato. A continuación se transcribe lo que interesa del dictamen en estudio:

La condición para dicho acceso es determinada por el cumplimiento de los requisitos particulares atinentes a cada uno de los puestos o empleos de que se trate. Condiciones que no pueden ser tales que tiendan a imposibilitar irrazonablemente el derecho de acceso. De modo que al definir las condiciones requeridas para el acceso y desempeño del cargo, el Estado debe procurar que los interesados se encuentren en capacidad de satisfacer el interés

público, para lo cual exigirá las cualidades profesionales, técnicas o personales que el puesto objetivamente requiere. (Criterio C-61, 2001)

Asimismo, la Sala Constitucional ha indicado que "(...) Los principios básicos del régimen cubren a todos los funcionarios al servicio del Estado, tanto de la administración central, como de los entes descentralizados... (Sentencias 1119, 1990; 60, 1994)". De esta manera, toda persona que busque optar por ingresar a la función pública deberá demostrar su mérito y capacidad, es decir, su idoneidad comprobada.

3. Principio de eficiencia y eficacia

El derecho de acceso a los cargos públicos debe estar permeado en su totalidad de los principios de eficacia y eficiencia, en razón a que estos dos principios constituyen el eje fundamental de los servicios públicos.

En tal sentido, la eficacia supone que la organización y la función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para alcanzar los objetivos, metas y fines propuestos por cada administración y ordenamiento jurídico. Para ello deberán estar ligados a procesos de planificación y rendición de cuentas. Por su parte, el principio de eficiencia implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de los recursos públicos, así como el uso racional de los recursos humanos y tecnológicos.

Ambos principios exigen que los procesos de selección sean llevados de manera eficaz y eficiente, para así reclutar a los mejores candidatos con el menor costo de recursos económicos. También exigen gran responsabilidad para quienes optan por el acceso a los cargos públicos, para lo cual deberán realizar todas sus actuaciones apegadas a dichos principios.

4. Principio de reserva de Ley en materia de empleo público

Dicho principio presupone la obligación de elaborar regulación en relación con materia de empleo público dentro del marco constitucionalmente establecido para sus efectos.

Es así como la Sala Constitucional ha indicado:

En consecuencia, es el Legislador ordinario quien tiene el cometido constitucional de elaborar la regulación de la relación de empleo público. Empero -y esto es vital- esa facultad sólo podrá ejercitarse válidamente, dentro del marco infranqueable fijado por los cánones constitucionales referidos; todo ello sin perjuicio, por supuesto, del ejercicio de la potestad reglamentaria conferida al Poder Ejecutivo, prevista en los incisos 3) y 18) del artículo 140 la Carta Política (véase en relación con algunos de los aspectos aquí tratados, los Votos de esta Sala, Nos. 1696-92 y 3409-92).- (...) En resumen, el Estatuto del Servicio Civil, aunque es una ley ordinaria y por ello susceptible de ser reformada, adicionada, complementada o disminuida en su contenido por otra ley, siempre debe ser el resultado de la observancia precisa, al menos, de los principios que definen su marco constitucional.” Este Tribunal ha señalado que la regulación legal del derecho incluye no solo los requisitos de admisión, sino las condiciones de permanencia, así como las causas de remoción, las prohibiciones e incompatibilidades. El derecho de acceder a los cargos públicos o a la función pública es entonces, un derecho de configuración legal. Por ello, es válido que el legislador establezca determinados requisitos en tanto estos respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos⁷.

En consecuencia, toda regulación en materia de empleo público deberá ser respetuosa de lo dispuesto en el marco constitucional que para el efecto regula el derecho de acceso a los cargos públicos.

4. Principales garantías del derecho

El ejercicio del derecho de acceso a los cargos públicos, al igual que los otros derechos fundamentales, está sujeto a ciertas limitaciones que a su vez funcionan

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 13590-09 de las 14:41 horas del 26 de agosto del 2009.

como garantías en favor de los ciudadanos (Hernández, 1993). Dichas limitaciones, evidentemente, más que ser razonables y oportunas deben basarse en una necesidad social y deben orientarse a la satisfacción de un determinado interés público.

El ordenamiento jurídico costarricense contempla varias garantías fundamentales que, en buena teoría, le permiten a cualquier ciudadano costarricense o nacionalizado acceder a la función pública, a saber: el Estatuto del Servicio Civil, la Dirección General del Servicio Civil y los concursos públicos para determinar la idoneidad del postulante al cargo público y el Tribunal Supremo de Elecciones, para el caso de los cargos de elección popular.

A. El Estatuto del Servicio Civil

En primer término, el artículo 191 de la Constitución Política establece: “Un estatuto de servicios civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración”. A partir de esta base normativa, en tesis de principio, existe un solo régimen de empleo público para el Estado, es decir, un único instrumento que vendría a regular todas aquellas relaciones entre el Estado y sus eventuales servidores. Sin embargo, sin analizar la problemática actual de empleo público, muchas instituciones gubernamentales tienen su propia regulación con respecto a las relaciones de empleo público, lo que ha generado una serie de inconvenientes y desigualdades que, bien podríamos decir, violentan este derecho fundamental tutelado en el ámbito nivel nacional e internacional.

Ahora bien, el Régimen de Servicio Civil es un sistema jurídico-administrativo, creado para atraer y mantener en el servicio público al personal con mayores méritos. Está constituido por un conjunto de instituciones, personas, normas y principios filosóficos, doctrinarios y técnicos, establecidos en procura de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, proteger los derechos de sus servidores y conservar una relación ordenada y equitativa en la administración del empleo público⁸.

⁸ La Dirección General del Servicio Civil. (2018). La Dirección. Recuperado el 21 de abril del 2020 de: http://www.dgsc.go.cr/servicioCivil_acercade.html

No obstante, en la actualidad el régimen de empleo público tiene muchas vicisitudes, dada la fragmentación que existe dentro del Estado costarricense, donde muchas instituciones tienen su propia regulación. Sin embargo, por mandato constitucional, deberían aplicarse, indistintamente, los requisitos técnicos y profesionales que establece tanto el Estatuto del Servicio Civil como su reglamento y normativa conexas para toda aquel ciudadano en ejercicio que desee ingresar a la función pública.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado:

Es claro que la Constitución al hablar de un sólo régimen aplicable a los servidores públicos, no restringió el concepto de «estatuto» al de un instrumento jurídico único, sino que pretende concretar un régimen uniforme de principios y garantías que regulen la protección de los derechos laborales del servidor público; especialmente atendiendo al de su derecho a la estabilidad. Asimismo un régimen universal será una garantía para la Administración Pública de que contará con recursos humanos de la mejor calidad y condición, lo que permitirá el desarrollo eficiente de las funciones... (Resolución 6240, 1993).

Si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que pese a que el constituyente propugnó por una regulación única para todos los trabajadores públicos, la existencia de diversos instrumentos jurídicos que regulen la relación de empleo no constituye una violación del artículo constitucional (La Dirección).⁹

De igual forma, es importante mencionar que el Régimen del Servicio Civil no solo establece requisitos de ingreso, sino que también ofrece otras garantías para aquellas personas que ya forman parte de la Administración Pública, como por ejemplo, la estabilidad en el puesto, la carrera administrativa, la creación de un sistema de evaluación del desempeño que contribuya realmente a la prestación del servicio público de manera eficiente y un moderno sistema de incentivos a la eficiencia, entre otros.

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 0950-1998 de las 10:51 horas del 13 de febrero de 1998.

B. La Dirección General de Servicio Civil¹⁰

La Dirección General de Servicio Civil (DGSC) fue creada el 28 de junio de 1953. Es la institución responsable de conducir y orientar la aplicación del Estatuto de Servicio Civil en los distintos organismos de la Administración Pública. Su labor es fundamental para el mantenimiento, consolidación y perfeccionamiento del Régimen de Servicio Civil, lo cual permitió una administración de personal más ordenada y técnicamente mejor sustentada.

La DGSC se encarga de realizar materialmente el Servicio Civil en Costa Rica, es decir, de desarrollar en la práctica las disposiciones de la Constitución Política y del Estatuto de Servicio Civil. Igualmente, contribuye para que este régimen se perfeccione y se adecúe a las necesidades y exigencias del entorno y el tiempo.

Además, ha logrado que el régimen de empleo público se fundamente en los méritos y la idoneidad comprobada de los servidores públicos. Por esta razón, en su emblema se encuentra la siguiente frase en latín: *Palmam qui meruit ferat, que traducido al castellano significa: "Que se lleve la palma quien la merece".*

Como resultado de lo anterior, sin duda alguna, la creación de la DGSC, por mandato constitucional, no solo cumple una función garantista en favor de aquel ciudadano que desee acceder a la función pública bajo los principios de igualdad y libertad de participación, sino que constituye a su vez una limitante al ámbito de actuación y, si se quiere hasta de discrecionalidad de la Administración Pública.

C. Concursos públicos

Como ya se ha indicado, tanto los numerales 191 y 192 de la Constitución como en los numerales 107 y siguientes del Estatuto del Servicio Civil, garantizan el acceso de todo ciudadano a los cargos públicos en condiciones de igualdad a partir del sistema de méritos denominado "idoneidad"¹¹. Esto implica que

10 La Dirección General del Servicio Civil. La Dirección 2018. Recuperado el 21 de abril del 2020 de: http://www.dgsc.go.cr/dgsc_descripcion.html

11 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 01780-2015 de las 11:34 horas del 6 de febrero del 2015.

la Administración no puede decidir libremente sobre la contratación de personal, sino que debe realizar concursos públicos mediante los cuales se realicen pruebas objetivas con la finalidad de calificar al postulante y escoger a la persona más idónea para el cargo, sin obviar, por lo menos los principios de igualdad y libertad de participación. Así, se puede afirmar, que el establecer concursos públicos dirigidos a escoger el personal idóneo para el desempeño de cargos públicos, constituye una garantía que limita o condiciona las decisiones de la Administración en cuanto al manejo del empleo público y que, a su vez, restringen su margen de discrecionalidad.

En el artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil se dispone:

Para ingresar al Servicio Civil, se requiere: a) Poseer aptitud moral y física propias para el desempeño del cargo, lo que se comprobará mediante información de vida y costumbres y certificaciones emanadas del Registro Judicial de Delincuentes, del Archivo Nacional, del Gabinete de Investigación y del Departamento respectivo del Ministerio de Salud; (...) c) Satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el "Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil" para la clase de puesto de que se trate; d) Demostrar idoneidad sometándose a las pruebas, exámenes o concursos que contemplan esta ley y sus reglamentos; (...) e) Pasar el período de prueba..."

Como puede verse, aunque únicamente el inciso d) emplea expresamente la palabra idoneidad, todos los incisos transcritos se refieren a atributos que integran el concepto de idoneidad para el desempeño de un puesto o a mecanismos de comprobación de dicha idoneidad.

En resumen, el principio de idoneidad comprobada cumple una doble función: por un lado, permite a los interesados en ocupar un puesto público, competir en condiciones de igualdad, con lo cual se garantiza el derecho de acceso a la función pública consagrado tanto en la normativa interna como en la internacional; y por otro lado, permite que se nombre en los puestos

públicos a las personas más aptas para desempeñarlos, con la única finalidad de cumplir con el deber de eficiencia en la actuación de la Administración Pública.

D. El Tribunal Supremo de Elecciones¹²

Dado el enfoque de la presente investigación, es necesario hacer referencia al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) como órgano de relevancia constitucional independiente garante del derecho de acceso a los cargos de elección popular.

Así las cosas, por la voluntad de los constituyentes del año 1949, se creó el TSE, el cual por más de siete décadas ha sido el encargado de organizar, dirigir y controlar los comicios en el Territorio Nacional. De igual forma, el Código Electoral de 2009 incluyó un amplio capítulo sobre justicia electoral, reglas sobre democratización interna de los partidos políticos, la paridad y la alternancia como normas de equidad de género, la autorización del voto de los costarricenses en el extranjero, entre otros.

Entre las principales funciones del TSE y de nuestro interés, se pueden destacar: la función de administración electoral, que comprende la organización, dirección y control de todos los actos relativos al sufragio, y la función de formación en democracia: que promueve los valores democráticos.

Por otra parte, Tribunal Constitucional, mediante voto 8493-2006, 13 se ha referido a las competencias del TSE indicando:

...el artículo 102 constitucional donde se definen las funciones asignadas al órgano electoral, que en realidad se traducen en actividades o procedimientos a través de los cuáles se ejerce la actividad electoral, como lo son la convocatoria a elecciones populares, el nombramiento de los miembros de las Juntas Electorales, conocer de las apelaciones del Registro Civil y de las Juntas Electorales, la investigación respecto

12 Tribunal Supremo de Elecciones. El Tribunal 2018. Recuperado el 21 de abril del 2020 de: http://www.tse.go.cr/el_tse.htm.

13 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 08493-2006 de las 14:43 horas del 14 de junio de 2006

de denuncias en relación a las actividades electorales, dictar las medidas pertinentes con ayuda de la fuerza pública para garantizar que los procesos electorales se verifiquen en condiciones de garantía y libertad, efectuar el escrutinio definitivo de los sufragios emitidos en las elecciones nacionales a nivel de Presidente y Vicepresidentes de la República, diputados de la Asamblea Legislativa, miembros de las municipalidades y representantes a Asambleas Constituyentes, y hacer declaración definitiva de la elección de las elecciones nacionales. (Resolución 8493, 2006)

También se estipulan como competencias de Corte Electoral, en el campo municipal, las siguientes:

...la actividad electoral comprende las de organizar, dirigir y fiscalizar todos los actos relativos con el proceso de elecciones nacionales (sentencia número 0653-98), la cual se desarrolla en actividades tales como las siguientes, es decir, sin que ello implique una lista limitada, a modo de ejemplo: la integración del Concejo Municipal, la declaratoria de la elección y las posteriores sustituciones por pérdidas de credenciales de los regidores y síndicos municipales (sentencia número 2430-94); la tramitación del proceso contencioso electoral para conocer de la cancelación o anulación de credenciales de regidores municipales (Sentencia número 0034-98). (Resolución 8493, 2006)

De lo anterior, se puede afirmar que el TSE como órgano constitucional constituye una garantía más para aquel ciudadano que se postule para un cargo de elección popular, en virtud de sus competencias para normar, regular y ejecutar todo lo relacionado a la material electoral.

Empero, así como el derecho de acceso a los cargos públicos constituye un derecho fundamental, este no es irrestricto y, por consiguiente, es susceptible de limitaciones y restricciones, en los términos que ha expuesto la Sala Constitucional. En el siguiente apartado, se analiza uno de esos impedimentos como es la prohibición de ingreso

o reingreso a cargos de la Hacienda Pública.

5. La prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública

Si bien el derecho de acceso a los cargos públicos es un derecho fundamental tutelado tanto en instrumentos internacionales como por la legislación interna, el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR) establece una limitante temporal a este derecho, toda vez que tiene la potestad de declarar y aplicar la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública. Tal limitación no es más que una sanción temporal que supone una consecuencia negativa al infractor y, por tanto, un límite al ejercicio de ese derecho en particular.

Así como otros derechos fundamentales, el de acceso a los cargos públicos no es irrestricto. Por el contrario, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite concluir que es posible imponer restricciones para acceder a determinado cargo o ejercer particulares funciones. Es claro que tales restricciones deben estar sujetas a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Es decir, constitucionalmente es válido establecer regulaciones en su ejercicio, en atención a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a los derechos de terceros.

Ahora bien, en virtud del principio de Reserva de Ley, corresponde al legislador establecer las condiciones y requisitos para acceder a los cargos y funciones públicas, lo que incluye necesariamente las condiciones de elegibilidad, inelegibilidad, las prohibiciones e incompatibilidades.

Partiendo del citado principio, la Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha referido a la constitucionalidad del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, así mediante oficio No. 08493 de las 14:43 horas del 14 de junio de 2006 indicó:

Mediante la sentencia #2002-5424 se descartó que la norma contraviniera la Constitución, resaltándose que resguarda la idoneidad moral

que debe asistir a quien aspire a un cargo en la función pública, como parte integral de la exigencia del numeral 192 de la Carta Política, [...] Las anteriores consideraciones pueden extenderse al supuesto que expone el accionante, de un funcionario, cuya designación concluyera -por tratarse de un nombramiento a plazo fijo- con anterioridad (2002, en este caso), al inicio del procedimiento tendiente a la aplicación de la prohibición del numeral 72 citado (2003). El eventual resultado sancionador tendría como efecto obstaculizar temporalmente el reingreso del servidor, cuya conducta se hubiera considerado contraria a los intereses públicos, lo que tendería a preservar el mismo fin de idoneidad moral enunciado en la sentencia citada (sobre el cual, puede verse también la decisión #3607-94 de las 15:15 horas del 19 de julio de 1994). VI.- Por otra parte, no debe perderse de vista que por tratarse de una decisión de carácter eminentemente administrativo, es posible tanto la revisión jurisdiccional de lo actuado, como el conocimiento de la presunta infracción en varias vías concomitantemente -por ejemplo, administrativa, penal y política-. [...] En síntesis, considera la Sala que la posibilidad de inhabilitar temporalmente una persona, en vía administrativa, para que acceda a cargos públicos, no es inconstitucional... (Oficio 08493, 2006).

De lo transcrito, podemos extraer no solo la constitucionalidad del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República como garantía al principio de idoneidad moral de los funcionarios públicos, al amparo del artículo 192 de la Constitución Política, sino también se determina que la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública deriva de las competencias constitucionales otorgadas

a la Contraloría General de la República en materia de fiscalización de la Hacienda Pública.

En igual sentido, la Sala Constitucional en su sentencia n.º 3529 de las 09:00 horas del 12 de julio de 1996 consideró que el derecho de acceso a los cargos públicos es una consecuencia necesaria del principio

de igualdad que garantiza equidad de oportunidades a todas las personas para aspirar a los cargos y funciones públicas. El derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicos no debe entenderse circunscrito a los cargos de elección popular o cargos representativos, sino extensivo a todos los cargos y funciones públicas.

Existe una necesidad evidente y razonable de imponer, cuando corresponda, la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública que se plasma en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, pues este es el único medio que se tiene para proteger a la Administración de personas que pretenden ejercer un cargo que los faculta para disponer de recursos públicos, luego de que hayan cometido faltas graves o delitos contra las normas que integran el sistema de fiscalización o contra la propiedad o la buena fe de los negocios.

No existiría razón en el ordenamiento jurídico si se permitiera que una persona que ha sido expulsada de la Administración Pública por conductas irregulares pueda ser nombrada al día siguiente de su cese en un cargo donde se le pueda confiar nuevamente los dineros de los ciudadanos. Así lo ha entendido la Sala Constitucional en su abundante jurisprudencia al respecto.

Dicho de otro modo, la existencia de una norma, como el artículo 72 tantas veces citado, que fija las consecuencias en el tiempo de un despido, no resulta inconstitucional, pues precisamente existe para que funcionarios que hayan hecho uso indebido de su puesto o del patrimonio del Estado, no puedan ser nombrados nuevamente por un plazo específico, todo para garantizar la moralidad y legalidad de la Administración (ver sentencia 2002-05424 de las 11:10 horas del 31 de mayo del 2002).

6. Conclusión

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos supone que el Estado debe realizar una serie de acciones en búsqueda de facilitar y asegurar para todos los ciudadanos en general el acceso a cargos públicos incluidos en éstos los cargos de elección popular.

Es un derecho fundamental tutelado tanto por institutos internacionales como por el ordenamiento jurídico costarricense: el artículo 21.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en nuestra legislación nacional, los artículos 191 y 192 de la Constitución Política de Costa Rica.

Como garantía para resguardar este derecho fundamental, se cuenta con la DGSC, la cual recluta y selecciona oferentes por medio de un sistema de concursos públicos y define, entre otras cosas, los principios y requisitos necesarios para ingresar a la función pública. Así garantiza la idoneidad de la persona. Por su parte, el TSE garantiza y regula todo lo referente al acceso a cargos de elección popular.

De igual forma, este derecho fundamental ha sido reconocido y reiterado por amplia jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, de manera que cualquier ciudadano que cumpla con los requisitos previamente determinados puede acceder a cargos públicos.

Si bien, el acceso a cargos de elección popular es un derecho que en nuestro país tiene un amplio desarrollo y resguardo, no se puede obviar que en ocasiones ha entrado en conflicto no solo con normas internas, sino que también han puesto en entredicho el ámbito competencial de órganos como la Contraloría General de la República.

Los derechos fundamentales, entre ellos los derechos políticos, pueden ser limitados por normas de rango legal, siempre que estas limitaciones sean justificadas, razonables, proporcionadas y no lesionen el contenido esencial de aquellos.

La materia de fiscalización de la Hacienda Pública tiene el mismo rango constitucional que la materia electoral, entre otras, la autonomía municipal.

El artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se encuentra ajustado al Derecho de la Constitución. De este modo que su competencia exclusiva la potestad de declarar y aplicar la prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública, aun tratándose de la postulación y eventual ejercicio posterior de cargos de elección popular.

La prohibición de ingreso o reingreso a un cargo de la Hacienda Pública es una presunción de inidoneidad temporal que recae en aquellas personas que han cometido faltas graves contra el sistema de fiscalización, contra la propiedad o la buena fe de los negocios, o que hayan cometido infracciones penales, en aras de garantizar la correcta y eficiente administración de los fondos públicos.

7. Referencias

Doctrina

Brewer-Carias A., Rey Anaya A., Quiroga León A, ... [et al.] (2015) Derecho Constitucional Contemporáneo. San José: Ed. Investigaciones Jurídicas S.A.

Hernández, M. (2014). Bases constitucionales del Régimen Administrativo en Costa Rica. San José: Jurídica Continental.

Hernández, R. (1993). El Derecho de la Constitución. San José: Juricentro.

La Dirección General del Servicio Civil. La Dirección 2018. http://www.dgsc.go.cr/servicioCivil_acercade.html

Ramírez Artavia, Juvenal (2008). El Servicio Civil en Costa Rica- 2008. San José, DGSC. 19p. Recuperado el 20 de noviembre de 2019 de: <http://http://cidseci.dgsc.go.cr/>

Rojas Víquez, Javier. 2004. EL principio de idoneidad comprobada en el Régimen de Servicio Civil. San José,

DGSC. 37p.. Recuperado el 28 de noviembre del 2019 de <http://cidseci.dgsc.go.cr/>

Tribunal Supremo de Elecciones. (2018). El Tribunal. Recuperado de http://www.tse.go.cr/el_tse.htm.

Normativa

Art. 1°, primer proyecto de Estatuto Civil de la Función Pública, redactado por Oscar Barahona Streber

Asamblea Legislativa. 1825. Constitución Política . Art. 5.

Constitución Política de 1949, Art. 191 y 192

Convención Americana de los Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Estatuto del Servicio Civil

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Art. 68, 72, 73

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1785-90 de las 16:24 horas del 5 de diciembre de 1990.

Procuraduría General de la República. (2001, 6 de marzo). Consulta n° C-61. Recuperado de <http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/DICTAMENES/1/P/D/2000-2009/2000-2004/2001/3C300.HTML>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1119-90 de las 24:00 del 18 de setiembre de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 6240-1993 de las 14:00 horas del 23 de 1993

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 60-94 de las 6:54 horas del 5 de enero de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Sentencia 3529-96 de las 09:00 horas del 12 de julio de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 0950-1998 de las 10:51 horas del 13 de febrero de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1998-01763 de las 17:40 horas del 11 de marzo de 1998

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 05424-2002 de las 11:10 horas del 31 de mayo de 2002

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 13524-11 de las 10:13 horas del 7 de octubre del 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 0005-12 de las 14:30 horas del 5 de enero del 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Sentencia 3685-12 de las 09:05 horas del 16 de marzo del 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 8223-12 de las 14:30 horas del 20 de junio del 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 17013-12 de fecha 05 de diciembre del 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1780-2015 de las 11:34 horas del 6 de febrero del 2015.

Tribunal de Casación del Contencioso Administrativo, resolución 44-F-TC-2019 de las 13:40 horas del 26 de marzo del 2019.

Tribunal de Casación del Contencioso Administrativo, resolución 65-F-TC-2019 de las 09:45 horas del 16 de mayo del 2019.



Glory Elena Murillo Vega¹

La proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones dictadas por la Contraloría General como parte de los procedimientos sancionatorios de Hacienda Pública: propuesta de reforma reglamentaria

Sumario

1. Introducción.
2. Capítulo: Potestad sancionatoria.
3. Capítulo: Propuesta de reforma al reglamento.
 1. Justificación de la reforma.
 2. Propuesta de definición del principio.
 3. Propuesta de test de proporcionalidad y razonabilidad.
4. Conclusiones.
5. Referencias

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho Notarial y Registral por la misma universidad. Cuenta con Diplomado Internacional "El nuevo derecho público de siglo XXI y la protección multinivel de los derechos humanos" de La Universidad para La Paz y la Universidad de Heidelberg-Heidelberg Center para América Latina. Ostenta un Diplomado en Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública por la Universidad de Salamanca. Cuenta con una Especialidad Juez Contencioso Administrativo por parte de la Escuela Judicial. Actualmente cursa la Maestría en Derecho de las Administraciones Públicas de la Universidad del Rey Juan Carlos de España. Se desempeña como Fiscalizadora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.



1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo principal realizar una propuesta de modificación del Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinarias y Anulatoria en la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República, en lo que respecta a la regulación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en los procedimientos sancionatorios de Hacienda Pública, en el momento de determinar si se debe dictar una sanción o no y si la falta fuera merecedora de una sanción.

Con el fin de exponer la necesidad de que dicho principio se encuentre debidamente regulado en una norma que resulte aplicable a una diversidad de casos, se desarrollan de forma general diversos temas para luego plantear una propuesta de modificación.

En el primer apartado, se define qué es la potestad sancionatoria de la Administración y se presentan algunas de sus características. Esto permite comprender de dónde surge y el fin que cumple en la Administración Pública. Dentro de este mismo apartado, se desarrolla la diferencia de la potestad sancionatoria administrativa y la penal, y luego se presenta la diferencia entre los procedimientos sancionatorios y los disciplinarios.

De forma particular, se desarrolla el tema de la potestad sancionatoria que ostenta la Contraloría General de la República para sancionar las faltas que se cometan contra el Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública. Se menciona de dónde surge la competencia y cómo se tramitan los procedimientos administrativos para dichas sanciones.

Posterior a ello, con el objetivo de enfocar el estudio en el principio de proporcionalidad y razonabilidad, se enumeran y definen algunos de los principios rectores de la potestad sancionatoria, como el de legalidad, de reserva de ley y de tipicidad, los cuales como se podrá observar tienen una relación directa con la proporcionalidad y razonabilidad.

Dentro del mismo apartado y por ser el principio que se desarrolla en este estudio (proporcionalidad y

razonabilidad), se presentan diferentes conceptos, así como el objetivo y fin que cumplen en los procedimientos sancionatorios. Posteriormente se exponen los elementos que existen actualmente en la legislación costarricense para hacer el test de proporcionalidad y razonabilidad.

Por último, se hará un esfuerzo que propone una mejora en la normativa que regula los procedimientos sancionatorios de Hacienda Pública, en cuanto al correcto uso del principio de proporcionalidad y razonabilidad, con el objetivo de dar seguridad jurídica a los investigados y procurar la mayor objetividad posible en los procedimientos tramitados por faltas contra la Hacienda Pública.

2. Capítulo: Potestad Sancionatoria

1. Concepto y generalidades sobre la de potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria de la Administración tiene su génesis en el denominado *ius puniendi* del Estado, que no es ni más ni menos que la potestad de imperio que tiene este de aplicar penas o sanciones a los sujetos que cometan por acción u omisión infracciones a la normativa referente.

Del *ius puniendi* del Estado derivan dos clases de ilícitos: los penales y los administrativos. Estos tienen como objetivo imponer disciplina a quienes gestionan mal los intereses y recursos públicos.

Bermejo expone que la potestad sancionatoria constituye una importantísima manifestación del poder jurídico de las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus fines. Se trata de una potestad de signo auténticamente represivo, que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas. No obstante, puede también pensarse en una cierta finalidad preventiva de la potestad sancionatoria, si se tiene en cuenta de que el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, implica una amenaza latente para quien, sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento

de tales prescripciones, las infringe involuntaria o deliberadamente. (Bermejo, citado en Vargas, 2012, p. 25).

Por su parte, Tomás Hutchinson indica que la potestad sancionatoria de la Administración es una facultad de fiscalizar ciertos comportamientos y de imponer medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que proscriben aquellos. Puede definirse como un mal infringido por la Administración a un particular, como consecuencia de una conducta ilegal. No dejamos de reconocer que puede cumplir también una función disuasoria (indirectamente), ya que la amenaza de sanción puede disuadir a los probables infractores (Hutchinson, 2003, p. 2016).

Es decir, ambos autores no solo ven la potestad sancionatoria –sin importar si es ejercida vía derecho penal o derecho administrativo– como un medio represivo para las personas que cometan alguna violación a la normativa, sino que también reconocen que podría ubicarse una finalidad preventiva en esta potestad, por el simple hecho de la posible existencia de una sanción, ante una falta cometida.

Un concepto más amplio es el de Tesauro, que las define como todos los medios de que dispone la autoridad administrativa investida de funciones administrativas, para asegurar la consecución de los fines que debe desarrollar en el ejercicio de su actividad (Tesauro, citado por Tomás Hutchinson 2003, p. 2016).

Por tanto, la potestad sancionatoria es la competencia que ostenta el Estado para ejercer alguna medida de reprimenda a los sujetos que hagan caso omiso a las obligaciones que ostentan y con ello causen un daño a la Administración, medidas que se ejercen entonces con el objetivo de garantizar la seguridad pública.

Ese ius puniendi que ostenta en Estado se manifiesta desde dos vías: la potestad sancionadora administrativa y la penal, que si bien es cierto nacen de una misma competencia, regulan diferentes supuestos y por lo tanto son diferentes.

La principal diferencia entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador es que en ambos se protegen intereses públicos, pero las infracciones del derecho sancionador no constituyen delito, diferente a lo que sucede en materia penal.

Según lo contempla Nieto (1994, p. 85), en España la constatación de estas dos potestades paralelas ha admitido dos interpretaciones muy diferentes y señala que, o bien se trata de dos potestades independientes con igualdad de rango o bien la judicial es originaria y de ella se deriva la administrativa con rango complementario y hasta auxiliar.

Por su parte, García (2000, p. 166) reconoce que los principios del derecho penal son de aplicación al derecho sancionador administrativo, pero con ciertos matices no pueden ser aplicados de forma rigurosa.

En el caso particular de Costa Rica, la Sala Constitucional ha señalado al respecto que:

(...) las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. (resolución N° 3929-95). Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos. (Sentencia n.º 8193/2000 y Sentencia n.º 3929/2005).

Es decir, la Sala Constitucional ha reconocido que existen diferencias entre la potestad sancionatoria del derecho penal y el administrativo. No obstante, concuerda con los autores antes señalados en cuanto a

que los principios generales del derecho penal aplican al derecho sancionador administrativo, siempre que se respeten las diferencias del caso.

Aunado a ello, el Tribunal Contencioso Administrativo también ha señalado sobre el tema que:

La propia evolución del Derecho Administrativo permite su desarrollo y posterior autonomía, según lo establece el canon 9 inciso primero de la Ley General de la Administración Pública. Desde este plano, si bien tanto el derecho penal como el administrativo sancionador derivan del ejercicio del ius puniendi, como manifestación de los poderes públicos, lo que motivó que este último sustentara sus bases y principios en aquella rama, el derecho administrativo sancionatorio, como ramificación del Derecho Administrativo, ha sido objeto de evolución, llevando a un grado de autonomía que permite la aplicación de principios propios, si bien similares en algunos supuestos a aquel régimen represivo penal, no iguales. Por ende, al margen de que en su momento, participaba de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal, lo cierto del caso es que en la actualidad, esos postulados son utilizables dentro del procedimiento administrativo pero de manera matizada, ergo, no son atinentes al ejercicio administrativo en su plenitud, sino en la medida en que resulten atinentes a las relaciones jurídico administrativas de orden sancionatorio, sea interno o externo. Lo anterior se justifica en la naturaleza diversa que se presenta entre la potestad sancionatoria penal y la administrativa. (Sentencia n.º 38/2011)

Es en razón de lo anterior, que se puede referir que la potestad punitiva del Estado es una sola con dos manifestaciones diferentes, la administrativa y la penal. Si bien es cierto son diferentes en algunos supuestos, el derecho administrativo sancionador podrá utilizar los elementos del derecho penal que le sean útiles.

En Costa Rica, de forma puntual se ha reconocido la incorporación de algunos principios de la materia penal dentro de los procedimientos administrativos

sancionatorios en aras del resguardo, básicamente del debido proceso y el derecho de defensa de las partes investigadas. No obstante, no puede entenderse en ningún momento que el derecho penal en términos generales, sea aplicable en su totalidad o sustituya al derecho administrativo, mucho menos cuando el derecho sancionador administrativo tiene normas propias que son aplicables al caso concreto.

Por su parte, en cuanto a la potestad sancionatoria de la Administración, esta competencia ha sido ampliamente discutida y existe una gran cantidad de tesis al respecto. Sin embargo, la tesis mayoritaria según Nieto (1994, p. 80) se decanta por indicar que tradicionalmente venía siendo considerada una potestad de policía y desde allí ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es dominante, en el sentido de que la potestad administrativa sancionadora al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado que es único, aunque luego se subdivide en potestad sancionatoria o disciplinaria.

Ya de manera específica, la potestad sancionatoria de la Administración se divide en los dos componentes antes mencionados: sancionatoria y disciplinaria², de ahí que se puede referir que la potestad sancionadora de la Administración es el género del que se desprende la potestad disciplinaria.

La potestad disciplinaria es la relativa a la relación de los empleados públicos con su jefatura. Se trata de una clase particular de infracciones, de ilícitos administrativos que los servidores públicos cometen en perjuicio del régimen disciplinario al que se encuentran sujetos, lo cual resulta en una anomalía en el servicio o función que les ha sido encomendada.

Villarruel (2009, p. 78) define la potestad disciplinaria, ya sea que la aplique la Administración o un patrono de derecho privado, como aquella que deriva de un poder de mando que tiene un superior respecto de sus inferiores (relación de jerarquía), con el objetivo de corregir a quien se equivoque, para así garantizar el orden y la buena marcha de la organización.

² Para mayor estudio, véanse las sentencias de la Sala Constitucional, resoluciones n.º 8193/2000 y 15490/2006.

Por su parte, Hidalgo, (2010 p. 16) precisa el concepto de potestad sancionadora como la facultad de la Administración de imponer sanciones a las personas físicas o jurídicas una vez analizado el grado de culpabilidad. Se deriva de una ley que previamente ha descrito los hechos y las sanciones que son necesarias y proporcionadas al fin que se tuvo en cuenta. En la potestad sancionatoria, se pretende proteger el orden público y, por lo tanto, se protege un bien jurídico particular.

La Sala Constitucional costarricense, desde hace ya varios años, ha marcado la diferencia que existe entre el derecho sancionador y el disciplinario. De forma puntual ha referido lo siguiente:

V.- Potestad sancionatoria administrativa y potestad disciplinaria (...) resulta conveniente hacer algunas consideraciones acerca de la diferente naturaleza que existe entre ambas potestades. Como fue esbozado líneas atrás, la potestad sancionatoria de la Administración aparece como una manifestación del *ius puniendi* del Estado, cuyos alcances y específicas acciones aparecen reguladas ordinariamente en un capítulo particular de leyes especiales o de intervención sectorial, en atención al interés público que para el Estado reviste una determinada materia, lo que a su vez legitima la acción represora o interviniendo sobre la esfera de derechos del ciudadano. Así, el Estado puede establecer regulaciones especiales sobre un sector o actividad determinada, como ocurre en la especie, teniendo los particulares obligación de someterse a tales regulaciones si quieren dedicarse al ejercicio de esa actividad. (...) En cambio, la potestad disciplinaria o correctiva se entiende como aquella que ejerce el Estado sobre los sujetos ligados a una relación especial de poder, cuyo ejemplo más claro son los funcionarios públicos, pero también se presenta en el caso de los profesionales liberales sometidos a los colegios profesionales que poseen carácter de corporación de derecho público no estatal, o bien sobre los usuarios de determinados servicios públicos. La potestad disciplinaria que se ejerce sobre los funcionarios, se desarrolla

en el interior de la relación de servicio, y aparece como garantía del cumplimiento de sus deberes, con sanciones que inciden sobre sus derechos, potestad que siempre ha estado vinculada y justificada en términos sustanciales como un instrumento para la eficacia del principio de jerarquía. Tal como ha ocurrido en otros países, el ordenamiento jurídico nacional ha evolucionado hacia la consagración plena de un sistema garantista para el funcionario frente a las eventuales arbitrariedades que pueden producirse en el ejercicio de esta potestad, con la generalización de un procedimiento administrativo sancionador, que para el caso de las sanciones de suspensión y destitución, consiste en el obligatorio acatamiento del procedimiento ordinario contemplado en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. (Resolución n.º 08193/2000)

A partir de lo anterior, es claro que estamos ante dos potestades diferentes y que pueden ser ejercidas por dos sujetos con diferente competencia. Como resultado, las sanciones por aplicar en ambas no siempre son iguales. Es decir, en tesis de principio cuando se habla de potestad disciplinaria, en la mayoría de las ocasiones se sanciona con limitaciones a los derechos del trabajador con una amonestación, una suspensión sin goce de salario de sus labores o, la más extrema, con un despido. Por su parte, cuando lo que se ejerce es la potestad sancionatoria, además de las sanciones antes señaladas, se podría dar la suspensión de un servicio, el derribo de una obra o, en casos de violaciones a las normas de Hacienda Pública, hasta la prohibición del ejercicio de cargos públicos.

Lo importante es tener presente que la potestad disciplinaria y la sancionatoria no son lo mismo y, por lo tanto, los procedimientos que lleguen a ser tramitados por las autoridades competentes deben ajustarse a las particularidades y características de cada una de ellas.

2. Potestad sancionatoria en materia de Hacienda Pública

Para referirnos a la potestad sancionatoria que ostenta la Contraloría General de la República, por mandato constitucional en materia de Hacienda Pública, corresponde iniciar conceptualizando la misma, pues es un bien jurídico que ha sido tutelado por el legislador costarricense, en diferentes normas que posteriormente se analizan. Esta protección también ha sido reconocida por los tribunales nacionales a través de jurisprudencia que ha definido qué es la Hacienda Pública y cuáles son sus mecanismos de protección.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República define la Hacienda Pública en su artículo 8, de forma textual como sigue:

La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos. Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan. El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán

sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior.”

En el artículo transcrito se puede ubicar una perspectiva objetiva del concepto de Hacienda Pública (Sala Constitucional, resolución n° 2199-04), en el cual se establece que para definir los alcances de la Hacienda Pública, se debe de verificar como eje central de su naturaleza jurídica el concepto fondos públicos, del cual se deriva el resto de los elementos que integran la definición, a saber las potestades relacionadas con su manejo (recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir), las normas jurídicas, administrativas y financieras que regulan dichas potestades (presupuesto, contratación administrativa, control interno y externo) y la responsabilidad originada en el ejercicio de esa función.

A su vez, también se hace referencia a la parte subjetiva de este concepto. Nuevamente la Ley Orgánica de la Contraloría General, en su artículo 4, incluye como sujetos componentes de la Hacienda Pública, además del Estado y entes u órganos públicos, estatales o no y las empresas públicas, los sujetos de derecho privado en tanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título. Así se extiende la relación especial que ostenta el servidor público con la Administración a aquellos sujetos privados que, por cualquier título, realicen funciones de administración y custodia de dicho patrimonio.

En términos sencillos, la Hacienda Pública está constituida por los fondos públicos del Estado costarricense y sus relaciones jurídicas, administrativas y financieras, las cuales pueden ser con sujetos de derecho público o privado.

El modelo de control que establece y reconoce la Constitución Política de Costa Rica previó que se requiriera de un órgano que contara con competencias legales amplias, para poder realizar una tutela efectiva del uso de los fondos públicos, así como un correcto control y fiscalización de la Hacienda Pública,

competencias que fueron otorgadas a la Contraloría General de la República.

Como se indicó, este bien jurídico es protegido por la legislación costarricense, la cual fijó su vigilancia al definir, especificar y realizar una lista, no exhaustiva, de las competencias del Órgano Contralor en temas de vigilancia de la Hacienda Pública en el artículo 184 de la Constitución Política, en conjunto con la jurisprudencia vinculante *erga omnes* emanada por la Sala Constitucional. En el ejercicio de sus atribuciones, reafirma esta competencia y potestad de vigilancia ya definida y delegada a este órgano³.

Las facultades especiales otorgadas por la Constitución Política a la Contraloría General están reforzadas por diferentes normativas de carácter legal, como por ejemplo: Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, la Ley de Contratación Administrativa, la Ley General de Control Interno, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el Código Municipal, entre otras normas legales y de rango inferior.

De acuerdo con el estudio de esas fuentes del derecho, normativa y jurisprudencia nacional, el término "vigilancia" supone los conceptos de fiscalización, investigación, verificación, supervisión y control de todos los componentes de la Hacienda Pública, lo cual abarca funciones de prevención y detección de conductas que atenten contra esta, así como de su corrección y reparación para la tutela efectiva del interés público (Rodríguez, 2014, p. 36).

De tal manera, algunas de las funciones encomendadas a este Órgano Contralor, en su carácter de rector superior de la materia son: la fiscalización de los procedimientos de contratación administrativa, el funcionamiento del sistema financiero, el manejo del presupuesto de todas las dependencias públicas, el control del personal que recibe, custodia, paga o administra bienes o valores del Estado y determina las responsabilidades y sanciones derivadas de esa fiscalización. Estas funciones tienen la finalidad de que se mantenga la confianza en la correcta administración de la Hacienda Pública, lo cual responde al interés general

del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas.

Por tanto, la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República es ser un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla la Ley Orgánica de dicha institución en el numeral 1.

Asimismo, el numeral 10 de dicha normativa establece que el Ordenamiento de Control y Fiscalización Superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas que regulan los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta.

De esta manera, en cumplimiento de las competencias constitucionales y legales, la Contraloría General tiene como obligación controlar la función desempeñada particularmente por los funcionarios que administran fondos públicos, de forma que la potestad sancionatoria se constituye en una lógica consecuencia de esa tarea de control y fiscalización de la Hacienda Pública, la cual debe llevar a cabo cuando exista mal uso o manejo de los bienes o valores del Estado.

La Sala Constitucional, en lo referente a la competencia de la Contraloría General indica sobre el tema lo siguiente:

IV.- COMPONENTES SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA HACIENDA PÚBLICA. (...) / *En aras de hacer efectiva la competencia de vigilancia de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República y, más concretamente, de las normas jurídicas y técnicas sobre la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidad y sanciones de los funcionarios públicos que intervengan en un eventual y presunto manejo irregular, indebido o impropio de los fondos públicos, su ley orgánica habilita o faculta, expresa e inequívocamente, a ese órgano para realizar auditorias (sic) (financieras, operativas o especiales) o incoar procedimientos o sumarios administrativos sobre los sujetos*

3 Para mayor análisis, véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2199-04 de las 12:59 horas del 27 de febrero del 2004.

pasivos (órganos y entes públicos) y sus funcionarios o agentes públicos. (artículos 21 y 22, Sentencia n. 2199/2004)

Resulta claro el objetivo del sistema de vigilancia del bien tutelado Hacienda Pública, pues este procura garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y el manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene competencia la Contraloría General de la República (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, artículo 11).

En concordancia con lo anterior y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, en los numerales 68 y 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, se reafirman las competencias que ostenta el órgano contralor en esta materia, cuando establece con claridad que como fiscalizador superior tiene competencias suficientes para –de forma vinculante– recomendarle al sujeto pasivo la aplicación de una sanción proporcionada al mérito del asunto. Para ello se considera el previo cumplimiento del derecho de defensa y del debido proceso estipulado en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General y 214 siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública.

Esto responde a la protección que deben ejercer todos los funcionarios públicos de la Hacienda Pública, por ser este un bien jurídico de gran importancia para el Estado, pues corresponde a fondos públicos de todos los costarricenses que deben ser manejados en apego a los principios de transparencia y eficacia, que permitan mantener un uso eficiente y correcto de esta Hacienda Pública. De ninguna manera pueden ser manejados como si se tratara de bienes particulares.

Conforme a la legislación costarricense que sirve de sustento para ejercer la potestad sancionatoria en materia de Hacienda Pública, se debe considerar como primer elemento lo establecido por la Constitución Política, donde se contempla un principio de rendición de cuentas y evaluación de las funciones. Se obliga a las administraciones y a los funcionarios públicos a ejercer sus labores de forma eficiente, con la consecuente responsabilidad sobre quien no ejerza sus funciones en

apego a estos principios (Constitución Política, artículo 11).

Asimismo, los artículos 183 y 184 de la Constitución Política otorgan a la Contraloría General de la República una competencia especial, que no deriva de una relación jerárquica o de orden laboral, por lo que no son sanciones disciplinarias, sino que la facultad de vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública corresponde a una potestad sancionatoria.

Por su parte, la Ley General de la Administración Pública determina la responsabilidad a la que está sujeto el servidor público, en razón de las acciones, actos, contratos emitidos que sean contrarios al ordenamiento jurídico, para lo cual siempre que deberá respetar el debido proceso del servidor respectivo (Ley General de la Administración Pública, artículos 211, 308 y 317).

De forma puntual, al tramitar infracciones de la Hacienda Pública, el bien jurídico afectado, como ya se señaló, atañe a los intereses de la colectividad como un todo que ha visto afectado el patrimonio público confiado al funcionario (Hidalgo, 2010, pp. 25-26).

La Ley Orgánica de la Contraloría General regula, en sus artículos 67 y 68, el fundamento legal de esta potestad sancionatoria y establece que, cuando en el ejercicio de sus competencias, se determine que un servidor de los sujetos pasivos ha cometido infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización, contemplado en dicha ley, y con ello ha provocado daño a la Hacienda Pública, recomendará al órgano o autoridad administrativa competente, mediante su criterio técnico que es vinculante, la aplicación de la sanción correspondiente de acuerdo con el mérito del caso.

Esta competencia contralora tramita el procedimiento, dicta una sanción y recomienda con carácter vinculante su aplicación; no obstante, la aplicación efectiva de la sanción le corresponde a la Administración. Se exceptúa de la regla la sanción contemplada en el numeral 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, referente a la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la Hacienda Pública.

Es decir, la Contraloría General de la República tiene una potestad sancionatoria para ordenar y recomendar sanciones a los servidores públicos o sujetos privados que infrinjan el ordenamiento de control y fiscalización

de la Hacienda Pública, potestad que es sancionatoria y no disciplinaria, pues no depende de ninguna relación de jerarquía y, por el contrario es una competencia constitucional y legal en temas de Hacienda Pública.

3. Principios rectores de la potestad sancionatoria

El ejercicio de la potestad sancionadora que ejerce la Administración debe ser tramitada en apego algunos principios del derecho, los cuales tienen como objetivo principal delimitar y procurar que esa potestad de imperio que ostenta la Administración sea ejercida acorde con la normativa. Cada uno de ellos tiene una injerencia puntual en el procedimiento administrativo, por el cual se ejecutará ese ius puniendi del Estado.

3.1 Principio de legalidad

El profesor costarricense Jorge Córdoba Ortega señala que el principio de legalidad es un parámetro esencial de las actuaciones de la Administración Pública. Se le debe considerar como aquel precepto que establece los límites y alcances del actuar de la Administración en concordancia con el ordenamiento jurídico al que está sometido. De esta forma, el bloque de legalidad determinará el margen de actuación de los ciudadanos (Córdoba, 2003, pp. 199-200).

El principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico encuentra su regulación en el numeral 11 de la Constitución Política y en un plano legal en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, donde señalan que los funcionarios públicos y la Administración Pública están obligados a cumplir lo que establece la ley y solo pueden realizar los actos que el ordenamiento jurídico autoriza expresamente.

En lo que respecta a la potestad sancionatoria de la Administración, este principio otorga garantía al administrado de que la potestad imperio será ejercida dentro de los parámetros legales previamente establecidos.

Nieto (1994) señala que "Las infracciones y las sanciones no solo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino

que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley" (p. 200). Por ello el principio de legalidad en la potestad sancionatoria se ampara en los principios de reserva de ley y tipicidad que se desarrollan más adelante, al requerir que solo por una norma de rango de ley, en la que se defina en qué consisten las conductas ilícitas y las sanciones respectivas, se puede ejercer esa potestad, en resguardo de la seguridad jurídica del administrado.

3.2 Reserva de ley

Carbonell (2000) señala que:

La reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

Por su parte, procedimientos administrativos y la imposición de sanciones como resultado de ellos se encuentran sometidos a la reserva de ley, pues existen derechos fundamentales en juego. Al respecto, la Sala Constitucional costarricense señala que los límites de los derechos fundamentales son reserva de ley; consecuentemente, la ley puede establecer límites a los derechos fundamentales, siempre que se module su contenido esencial mediante ese instrumento legislativo, sin llegar a vaciar todo lo relativo al régimen de regulación y afectación de derechos fundamentales, es materia reservada al legislador ordinario (resoluciones n.º 14678-17, n.º 17791-15 y n.º 1692-16.)

En el mismo sentido, la Sala Constitucional ha señalado que:

VI.- Queda claro de lo dispuesto en el artículo 28 constitucional se derivan cuatro corolarios de gran importancia en la regulación y

limitación de los derechos fundamentales, para la correcta interpretación y aplicación de los principios dichos, y ya anotados por la jurisprudencia constitucional: "a.) El principio mismo de «reserva de ley», del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; b.) Que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su «contenido esencial»; c.) Que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial; d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley (Sentencia n° 1465-2011).

Por su parte, la Ley General de la Administración Pública en el numeral 19 señala que *"1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia."*

Es decir, mediante reglamento no se podrá regular y mucho menos suprimir o afectar derechos constitucionales, pues estos tienen una protección legal especial. En el caso particular de la imposición de sanciones administrativas o penales, el principio de reserva de ley otorga la garantía de que no se impondrá ninguna de las anteriores sin que estén debidamente tipificadas en una ley.

No obstante, en cuanto a las sanciones administrativas, este principio de tipicidad es un poco menos riguroso que en el derecho penal, pues sí se puede imponer una sanción administrativa siempre que esta tenga su base en una ley, sin que ello signifique que esa ley no pueda remitir a normas reglamentarias, pues vía reglamento se pueden desarrollar o precisar las sanciones previamente establecidas en una ley.

En el derecho sancionador, la ley debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica, la naturaleza y los límites de las sanciones por imponer, lo cual no imposibilita que el reglamento realice una intervención auxiliar o complementaria siempre, claro está, con sujeción a la regulación legal (Belén, 2001, p. 139).

Por lo que se puede concluir, que existen entonces dos posibilidades en cuanto al principio de reserva de ley en materia administrativa: a) que la ley regule por sí sola la materia en una reserva absoluta; y b) que la ley regule lo esencial y remita al reglamento la descripción del tipo, es decir, una reserva relativa. Se considera que la última no lesiona en sí misma el principio de reserva de ley, pues como ya se dijo, el reglamento tiene como base de existencia una ley (Rosito, 2007, pp. 113 y 114).

3.3 Principio de tipicidad

El principio de tipicidad corresponde a una garantía del individuo, junto con los ya definidos principios de legalidad y reserva de ley, pues requiere que el legislador defina en una ley cuáles conductas son ilícitas y las sanciones que correspondan a quienes las cometan. Todo esto tiene el objetivo de brindar al ciudadano seguridad jurídica, pues delimita debidamente los actos prohibidos.

Este principio exige que las conductas se encuentren claramente descritas y que contengan al menos tres elementos esenciales: el sujeto activo, el verbo o acción, que se refiere a la conducta desplegada u omitida por el autor y la consecuencia punitiva por imponer (Sala Constitucional, Resolución n.° 16202/2010).

La Jurisprudencia nacional ha señalado sobre el principio de tipicidad que:

Para que una conducta sea constitutiva de delito, no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencia insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera, por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito. (Sala Constitucional, Resolución n.º 5615/15).

Es decir, este principio exige que las normas que contengan un delito o infracción administrativa deben estar debidamente delimitadas en la ley, tanto la conducta ilícita como la sanción por imponer.

Este principio trae consigo un doble mandato dirigido, por una parte, al legislador, cuando se le exige la predeterminación de las normas de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes y, por otra, al órgano sancionador encargado de aplicar las previsiones normativas, al cual se le obliga a no sancionar de forma diferente a lo previsto en la norma.

Con este principio no solo se pretende dar seguridad jurídica al procesado de la tipificación de las faltas, para que no se juzgue algo que previamente no era delito o falta, sino que también se le asegura en tesis de principio la imparcialidad del juzgador y así se reduce la posibilidad de introducir juicios discriminatorios.

Sin embargo, sobre este principio al igual que sobre la reserva de ley en el derecho sancionador tiene

unos matices, la Sala Constitucional costarricense ha señalado que:

En relación con la esfera del derecho administrativo sancionador, en anteriores oportunidades, este Tribunal ha recalcado la importancia del respeto al principio de tipicidad, el cual, si bien es cierto, no tiene la rigurosidad que se exige en el campo del derecho penal, resulta una garantía indispensable para los administrados, que deben tener certeza respecto de cuáles conductas son prohibidas y cuál es la consecuencia de ese incumplimiento. Asimismo, la Sala ha considerado que resulta violatorio, tanto del principio de legalidad como del principio de tipicidad, la construcción de tipos sancionatorios en los cuales se deje a la autoridad administrativa, la determinación antojadiza del contenido de la prohibición. Por lo anterior, este Tribunal ha insistido en que la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también de necesaria aplicación a las infracciones administrativas, aun cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, sin que lleguen al extremo de habilitar a la Administración para actuar con excesivo arbitrio. (Lo subrayado no es del original) (resoluciones n° 1781/2015 y 2165/2010)

De lo anterior se desprende que en el tema de infracciones administrativas existe una gran gama de posibles faltas, por lo que se vuelve casi imposible la tipificación de todas. Belén (2001) refiere que la exigencia de correlación entre ilícitos y sanciones reviste especial trascendencia en el campo sancionador administrativo, como es sabido y a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal. Lo normal no es que a cada ilícito se le haga corresponder una sanción de manera individualizada, sino que se opte por establecer una relación entre grupos genéricos de infracciones y sanciones. Esto es consecuencia de la gran cantidad de intereses que se encomienda a la Administración y al interés de sancionar todas las conductas que lo lesionen (Belén, 2001, pp. 149-152).

Resulta importante precisar que si bien es cierto el principio de tipicidad en la potestad sancionatoria es un poco más flexible que en el derecho penal, esta característica no es sinónimo de indefinición de las faltas. Por ello, para cumplir con la exigencia de dicho principio y adaptarse a las necesidades del derecho administrativo, se utilizan algunas herramientas legales.

Dentro de esas herramientas con las que se cuenta en el derecho administrativo sancionador, se pueden reconocer los tipos abiertos o indeterminados, con esto se pretende hacer frente a la dificultad de determinar casuísticamente todas las infracciones, así como ayudar a las administraciones a tener la flexibilidad necesaria; no obstante, estos deben ser utilizados de forma que la definición del ilícito sea factible y se acuda a criterios lógicos, técnicos y de experiencia; es decir, debe contener las características esenciales de las conductas que se consideran ilícitas.⁴

Asimismo, se cuenta con las denominadas leyes en blanco, pero la ley no describe su tipo de forma completa, pues las remite a otra ley; en otras palabras, la ley consigna principios generales donde se limitan los elementos esenciales y deja a otra ley o reglamento su descripción.

3.4 Proporcionalidad y razonabilidad

El principio de proporcionalidad y razonabilidad tiene un objetivo fundamental en la determinación de las sanciones que se imponen por las diferentes faltas cometidas. Si bien es cierto, normalmente se este principio se aborda como uno solo, algunas legislaciones y autores desarrollan la razonabilidad y otros la proporcionalidad. En Costa Rica en la mayoría de ocasiones se utilizan ambos conceptos como un solo principio y con una misma funcionalidad.

4 "(...) por lo cual los conceptos jurídicos indeterminados de conductas habrán de ser concretados o completados a través del análisis pormenorizado de los hechos y de una interpretación de los mismos desde los valores que en dichos conceptos se define. De esta manera, los tipos más o menos imprecisos -en el sentido de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados- o abiertos, son de utilización imprescindible en la esfera disciplinaria, dada la indeterminación misma de los deberes profesionales y de disciplina que se intentan garantizar, que sólo en términos muy generales son susceptibles de enunciarse (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 2004-12402 de las quince horas del tres de noviembre de dos mil cuatro).

En Costa Rica, algunos se inclinan por pensar que la proporcionalidad es un elemento del test de razonabilidad (Sánchez, 2003). Otros definen y utilizan solo el principio de proporcionalidad sin hacer referencia a la razonabilidad (Alfaro, 2007 y Hidalgo, 2010), pero también se cuenta con los criterios que tratan el principio como uno solo: proporcionalidad y razonabilidad (Hines, 2009).

• Principio de razonabilidad

La Sala Constitucional costarricense en el voto 1739-1992, redactado por el magistrado Rodolfo Piza Escalante, define que existen tres tipos de razonabilidad: técnica, jurídica y razonabilidad de los efectos sobre los derechos. Este voto indica que la razonabilidad técnica es la proporcionalidad entre medios y fines; por su parte. La razonabilidad jurídica es la adecuación a la Constitución en general y en especial a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella. Finalmente, la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales se refiere a no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

En vista de lo anterior, la Sala Constitucional refiere que las leyes, las normas y los actos de autoridad no sólo requieren para su validez haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también que estos deben pasar la revisión de fondo, de acuerdo con las normas, principios y valores supremos de la Constitución Política; es decir, que para que una norma o acto público sean válidos, se requiere además de su conformidad con la Constitución que estén razonablemente fundados y justificados según la ideología constitucional. De esta manera, se procura que estos no sean irracionales, arbitrarios o caprichosos. La Sala Constitucional desde hace aproximadamente veinte años en la sentencia n.º 3933-98 -según referencia del voto 10114-2005- definió este principio y señaló que:

Este principio (de razonabilidad) extiende la protección del principio de legalidad, por cuanto toda la intervención del Estado que lesione los derechos del ciudadano no sólo requiere de una base legal, sino que además necesita ser

realizada de tal manera que estos derechos sean afectados lo menos posible. Dicho con otras palabras, la injerencia del Estado en la esfera privada es constitucional hasta tanto sea indispensable para una razonable protección de los intereses públicos. Los elementos del principio de razonabilidad son: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (Resolución n.º 10114/2005)

Así esta autoridad judicial ha venido marcando el uso y definición de este principio, como una restricción a algunos derechos, pero dichas limitaciones deben estar justificadas para evitar que sean abusivas.

En otras palabras, que la sanción determinada en una ley deberá ser racional y no arbitraria y, por lo tanto, acorde con el principio de legalidad. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar por otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales o generales, el medio escogido no es razonable y por lo tanto se debe de buscar otra sanción.

La Sala Constitucional ha hecho suyos los elementos que conforman el principio de razonabilidad según la teoría alemana y señala que:

La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido, la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe (sic) ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea 'exigible' al individuo... (Resolución n.º 3933-98)

Con respecto a anteriormente citado, un acto que limita derechos está acorde con el principio de razonabilidad.

Según la doctrina alemana debe cumplir algunas condiciones: que sea legítima, necesaria, idónea y proporcional, criterio de importancia para la aplicación de este principio en nuestro medio.

• Principio de proporcionalidad

La jurista Fernández Nieto indica que el principio de proporcionalidad es una manifestación racional de lo óptimo (Fernández, 2009, p. 310). En otras palabras, este será un juicio de ponderación entre los beneficios de la implementación de la medida establecida y los perjuicios que sufre el investigado, para tener como resultado una sanción justa.

Por su parte, la Sala Constitucional costarricense define la proporcionalidad como el juicio de necesidad y 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 que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad (Resolución n.º 08858/98).

En otra resolución, la misma Sala hace referencia a la proporcionalidad en sentido estricto, como uno de los elementos que componen la razonabilidad y, por lo tanto, se identifica con la tesis alemana antes descrita y la define como la relación de medios versus finalidad, de tal manera que la restricción no puede ser superior al beneficio que se busca. Este principio parte de una comparación cuantitativa de los dos objetivos analizados (resoluciones n.º 5236/99 y n.º 1739/92).

Ahora bien, algunos autores también señalan que este principio está compuesto por elementos (Hidalgo, 2010, p. 138 y Alfaro 2007 pp. 36-66) como la adecuación o idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto y los definen así:

El juicio de adecuación: el acto administrativo deberá ser adecuado para alcanzar los fines que lo justifican, existiendo una causalidad lógica entre medios y fines.

El juicio de necesidad: El acto debe ser la medida menos lesiva posible para alcanzar los fines que justifican lo justifican. Una norma (sic) legislativa carece de necesidad cuando de modo evidente,

con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental. Lo que se pondera no es tanto la norma, sino es el derecho fundamental afectado con respecto del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: el acto no restringirá los derechos del particular en forma desproporcionada, en relación con los beneficios que se pretende alcanzar. (Hidalgo, 2010, p. 138).

Como se puede observar, para algunos autores los elementos recién referidos son parte del principio de razonabilidad, situación que refuerza la tesis de que no existe una sola línea en cuanto a este principio y que según la legislación y la doctrina así se le denominará.

A modo de ilustración, en el derecho administrativo español, el numeral 29⁵ de la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, únicamente se menciona la proporcionalidad en el caso de los procedimientos administrativos y no la razonabilidad.

5 Artículo 29. Principio de proporcionalidad. 1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. c) La naturaleza de los perjuicios causados. d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa. 4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior. 5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. 6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

• Finalidad u objetivo del principio de proporcionalidad y razonabilidad

Sin perjuicio de la diversidad de definiciones del principio, lo que sí es claro y en lo que sí coinciden tanto la doctrina, la jurisprudencia y la normativa, es que la proporcionalidad y razonabilidad es un parámetro que regula las potestades de imperio de la Administración, a la hora de emitir normas, actos administrativos o dictar sanciones, sin importar el nombre puntual que se le dé a dicho principio.

Este apunta a evitar la arbitrariedad en el momento de determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un fin. Es decir, se mide la intervención de la Administración con el objetivo de establecer cuál es el grado compatible con el respeto a los derechos.

En tal sentido, la Sala Constitucional costarricense, señaló lo siguiente:

La pena, consecuencia necesaria de la falta cometida por un sujeto penalmente responsable, debe ser adecuada al hecho antisocial que le sirve de antecedente, es decir, debe haber proporcionalidad entre delito y pena, adecuación en la que la gravedad del hecho, los motivos determinantes, la personalidad del autor y en especial el grado de culpabilidad, tienen marcada trascendencia. Existen tres clases o niveles de individualización de la pena: legal, judicial y administrativa. En el plano legislativo, más que individualización, lo que hace el legislador es fijar parámetros en cuanto al monto de la pena a imponer y los motivos de atenuación o agravación de la misma, a los cuales debe adecuar el juez su actuación. Es el juez quién (sic) verdaderamente individualiza la pena, en la sentencia condenatoria, es él que determina cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde al sujeto en los casos concretos sometidos a su conocimiento. Las posibilidades de realizar una acertada individualización judicial de la pena, están en relación directa con la amplitud del margen de discrecionalidad, que el legislador le deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos. Entre más amplio sea ese margen, mayores serán también las posibilidades de que el juez pueda adecuar correctamente la pena a las

particularidades del caso y a la personalidad de los sujetos que debe juzgar. El que exista ese margen de discrecionalidad para el juzgador, no representa entonces una violación a los principios constitucionales, sino más bien una garantía de que la pena se impondrá en forma individualizada, atendiendo a las características y circunstancias concretas del caso en particular... (Sentencia n.º 2002-08861).

Así, puede considerarse que el principio de proporcionalidad y razonabilidad tiene dos vertientes en cuanto a procedimientos administrativos sancionatorios: la legislativa y la judicial-administrativa. La vertiente legislativa implica que las normas tienen que ser proporcionales al incumplimiento que sancionan, lo que deviene en una imposibilidad de atribuir consecuencias muy gravosas a acciones que transgreden bienes jurídicos, cuya importancia no es muy significativa. Por su parte, la vertiente judicial-administrativa está dirigida al aplicador del derecho, el cual deberá asegurarse que la pena impuesta es la más adecuada para lograr el fin que se persigue con la norma (Rosito, 2007, pp. 197-198).

Si bien es cierto, al amparo del principio de tipicidad, el legislador debe procurar dejar definido qué conductas serán faltas administrativas y cómo se sancionarán. Sin embargo, pero como ya se indicó antes, en relación con procedimientos administrativos sancionatorios, es claro que este principio es un poco flexible, por llamarlo de alguna manera, pues el legislador no puede regular en la norma la infinidad de situaciones que se pueden convertir en faltas administrativas. Por ello que lo establece son parámetros, para que el operador del derecho pueda definir la sanción que corresponde, lo cual es parte de la discrecionalidad administrativa.

Esta discrecionalidad administrativa debe entenderse como la flexibilidad que el ordenamiento jurídico le brinda a la Administración para elegir entre varias alternativas -en los procedimientos administrativos sancionatorios, definir las sanciones-, lo cual satisfaga de mejor manera los intereses públicos. No obstante, es imprescindible aceptar que la actuación discrecional tiene que moverse dentro de los parámetros jurídicos establecidos para mantener su validez y eficacia. Este último rasgo aparta el acto discrecional de la actuación

arbitraria, cuya actuación dista de los límites fijados para aquella (Cambronero y Mora, 2015, p. 19).

La Ley General de la Administración Pública establece, en los numerales 16 y 17, los límites que hacen que la discrecionalidad administrativa no se convierta en arbitrariedad administrativa y señalan que en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia, amén de que el juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

Dentro de estas reglas y principios que regulan la discrecionalidad administrativa, se encuentra el principio de razonabilidad y proporcionalidad, el cual permite ajustar la sanción administrativa a la situación que realmente sucedió, pues se deberán valorar diversos elementos para definir si debe aplicarse una sanción y cuál debe ser esta. Las sanciones tendrán máximos y mínimos, por ello le corresponde al operador del derecho definir cuál es la que mejor se ajusta al caso particular.

Como ya se indicó, es imposible regular en las normas jurídicas la totalidad de las relaciones sociales. La dinámica demanda la necesidad de contar con marcos flexibles para la actuación, flexibilidad que bajo ninguna circunstancia, claro está, ha de entenderse irrestricta.

• Test de proporcionalidad y razonabilidad

En el caso costarricense, en cuanto a procedimientos sancionatorios de Hacienda Pública, en diversas normas están definidos cuáles elementos deberá analizar el operador del derecho para establecer una sanción, parámetros que deben ser tomados en cuenta para que una sanción sea proporcional y razonable a las acciones cometidas en el caso. En concreto, en los artículos 213 de la Ley General de la Administración Pública,⁶ 108 de la Ley de Administración

⁶ Artículo 213.-A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.

Financiera de la República y Presupuestos Públicos y⁷ 41 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública,⁸ se establecen los elementos que habrá que tomar en cuenta para dictar una sanción administrativa.

Al respecto el Tribunal Contencioso Administrativo ha señalado que:

Ahora bien, a la luz de lo acaecido, la desatención que le fue recriminada en sede administrativa constituye una irregularidad grave que en el contexto de las posibles sanciones que tipifica el ordinal 39 de la Ley No. 8422, justificaba la separación del cargo, sanción que no se desconsidera desproporcionada ni irrazonable. Ciertamente, uno de los principios que subyacen en materia del debido proceso es la razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones, aspecto que obliga al órgano administrativo sancionador, poner en la balanza la gravedad de los hechos y a partir de ello, atendiendo a las diversas variables presentes en el caso concreto, ha de valorarse cuál es el

efecto condicionado que mejor se corresponde al presupuesto condicionante. Ello supone un equilibrio entre la gravedad de los hechos y la intensidad de la sanción (lo subrayado no es del original) (Resolución n.º 02073 - 2009).

Según lo transcrito, el Órgano Decisor del procedimiento Administrativo debe analizar los supuestos definidos en las normas ya señaladas, así como aspectos particulares de cada caso para así establecer ese equilibrio entre la gravedad de los hechos y la intensidad de la sanción, tal y como advierte el Tribunal Contencioso Administrativo en su sentencia.

Uno de los parámetros por analizar en el momento de valorar la sanción aplicable es hacer un estudio del puesto que ejerce el investigado, así como las obligaciones del cargo que desempeña, pues a mayor jerarquía mayor responsabilidad. Esto depende de funciones de cada uno, así como de la experiencia en el ámbito laboral. Por ejemplo, no será el mismo reproche al Alcalde municipal que al encargado de mantenimiento de ese Gobierno Local.

Como otro criterio de valoración del daño causado a la Hacienda Pública, en lo referente a este presupuesto, se debe indicar que la potestad sancionatoria de la Contraloría General no requiere como única acción la existencia de un menoscabo patrimonial a la Hacienda Pública, habida cuenta que la posibilidad del Órgano Contralor para sancionar puede eventualmente derivarse de dos conductas: la primera de ellas es una infracción al Ordenamiento de Control y Fiscalización Superior, definido por el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República⁹; la segunda es provocar una lesión patrimonial a la Hacienda Pública. En cuanto al primer supuesto antes señalado infracciones al Ordenamiento de Control y Fiscalización de Hacienda

7 ARTÍCULO 108.-Criterios de valoración de anomalías Todo servidor público responderá, administrativa y civilmente, por el desempeño de sus funciones, deberes y atribuciones asignados al cargo, cuando en su conducta medie dolo, culpa o negligencia, sin perjuicio de las responsabilidades penales. Para tal valoración, se tomarán en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes: **a)** El impacto negativo en el servicio público que brinde la entidad o en el logro de los resultados concretos conforme a la planificación institucional. **b)** El rango y las funciones del servidor. Se entenderá que a mayor jerarquía y complejidad de las tareas, mayor será el deber de apreciar la legalidad y conveniencia de los actos que se dictan o ejecutan. **c)** La cuantía de los daños y perjuicios irrogados. **d)** La existencia de canales apropiados de información gerencial y la posibilidad de asesorarse con profesionales especializados. **e)** La necesidad de satisfacer el interés público en circunstancias muy calificadas de urgencia apremiante. **f)** La reincidencia del presunto responsable. **g)** Si la decisión fue tomada en procura de un beneficio mayor y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de la operación y las circunstancias imperantes en el momento de decidir. También se considerará si la fuerza mayor originó la decisión o incidió en el resultado final de la operación.

8 Artículo 41.-Criterios por considerar. Las sanciones estipuladas en la presente Ley serán impuestas por las infracciones anteriormente tipificadas que hayan sido cometidas con dolo o culpa grave. Para valorar la conducta del presunto responsable se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes factores: a) La efectiva lesión a los intereses económicos de la Administración Pública y la cuantía de los daños y perjuicios irrogados. b) El éxito obtenido en el logro de los resultados no deseados por el ordenamiento jurídico o en el enriquecimiento o favorecimiento del autor de la infracción o de terceros, así como el empeño puesto en procurarlos. c) El impacto negativo en el servicio público. d) La reincidencia en alguna de las faltas tipificadas en el Artículo 38 de esta Ley, dentro de los cuatro años anteriores. e) El rango y las funciones del servidor; se entiende que, a mayor jerarquía y complejidad de estas, mayor será la obligación de apreciar la legalidad, oportunidad y conveniencia de los actos que se dictan, autorizan o ejecutan.

9 ARTÍCULO 10.- ORDENAMIENTO DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN SUPERIORES El ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta. Este ordenamiento comprende también las normas que regulan la fiscalización sobre entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, a los que se refiere esta Ley, como su norma fundamental, dentro del marco constitucional.

Pública), la transgresión puede ser por una violación directa a los sistemas ya descritos o bien por poner en riesgo su correcto funcionamiento de estos, en razón de que con algunas actuaciones puede que el investigado no produjera un daño cuantificable en dinero, pero sí se debilitaron estos sistemas, situación que igual produce un detrimento al revelar que los controles existentes no surtían el efecto requerido. Al respecto, la Contraloría General de la República ha señalado sobre el daño lo siguiente:

Como primer punto, se debe indicar que en este procedimiento administrativo no se esta (sic) discutiendo la malversación de fondos públicos por parte de ninguno de los imputados, sino que las faltas imputadas versan sobre las graves deficiencias del sistema de control interno; asimismo, que ella institución se produce desde el mismo momento en que se vulnera el sistema de control interno, pues con ello, se eleva el riesgo de sufrir daños por descuidos, información poco confiable y demás, tanto en su esfera patrimonial como en su gestión administrativa. Debe tenerse presente que el término daño no se limita únicamente a la sustracción de fondos públicos, sino que es un concepto mucho más amplio, que engloba los riesgos institucionales y la capacidad que tenga la entidad de hacerle frente a esos riesgos; por lo tanto, cuando se vulnera el sistema de control interno se pone en riesgo a la Administración, de ese sistema de evaluación y control de riesgos, dejándola vulnerable a que esas circunstancias probables se materialicen en pérdidas y daños... (Resolución n.º PA-45-2009).

Está claro que, en el momento de determinar la sanción por dictar en un procedimiento administrativo, uno de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que debe ser debidamente valorado es el posible daño causado. No menos importante, es realizar un análisis de una eventual reincidencia, sabiendo que no es lo mismo un caso en que el investigado comete una falta contra las normas del Ordenamiento de Control y Fiscalización de la Hacienda Pública, que el supuesto de una persona que cuenta con diversas sanciones dictadas por actuaciones similares, entre las más faltas cometidas y debidamente

comprobadas más reproche. Esta persona cada vez sería menos idónea para ejercer cargos de Hacienda Pública, para lo cual no se recibiría un eventual argumento de falta de experiencia (Contraloría General de la República, Resolución n.º R-DC-207-2010).

Una vez analizados estos elementos y otros que contemple la normativa o que surja del caso particular, el Órgano Decisor debe definir si la falta es merecedora de una sanción y luego cuál es la sanción que corresponde.

El Órgano Decisor se encuentra en la obligación de hacer el análisis antes mencionado, para así asegurar que la sanción impuesta se encuentre acorde con la falta cometida y que, por lo tanto, no exista un abuso de autoridad en contra del investigado. Es obligatorio motivar la decisión sancionadora al amparo de las circunstancias del caso, las pruebas y la normativa aplicable según el caso en particular.

3. Capítulo: Propuesta de Reforma al Reglamento

1. Justificación de la reforma

Es necesario dotar al país de un código o legislación en derecho administrativo que regule el trámite de los procedimientos administrativos.

Si bien es cierto están vigentes la Ley General de la Administración Pública y algunas normativas sectoriales, como por ejemplo en los casos de Hacienda Pública, el Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinarias y Anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República (ROSPDAHPCGR), no hay un cuerpo normativo que uniforme la materia.

Y es en razón de ello de esta falta de norma en particular que en el principio de proporcionalidad y razonabilidad aquí estudiado, encuentra regulación en diversas normas, donde se abordan diferentes definiciones del principio y distintos elementos por considerar cuando se analiza el mismo, pero no existe una uniformidad de la aplicación de este.

Si bien es cierto hay una clara necesidad de una regulación general en la materia, el presente estudio está enfocado en cuanto al principio de proporcionalidad y razonabilidad en procedimientos de Hacienda Pública. Por ello resulta necesario, por lo menos en esta materia y en la normativa sectorial aplicable, dejar debidamente delimitada la definición y los elementos por valorar en el establecimiento de sanciones administrativas.

El reglamento ya mencionado sí incluye una definición del principio de proporcionalidad y razonabilidad, pero no se regulan en esta norma los elementos que debe valorar el operador del derecho para definir cuál es la sanción correcta por faltas contra la Hacienda Pública. Es aquí donde surge la necesidad de hacer una propuesta de reforma al ROSPDAHPCGR, para así procurar que cada una de las sanciones dictadas por la Contraloría General de la República, al amparo de sus competencias constitucionales y legales, estén acorde a los hechos ocurridos.

También es necesario que en dicho reglamento se incorporen los elementos para realizar un test de razonabilidad y proporcionalidad en los procedimientos de Hacienda Pública, cuando el Órgano Decisor defina una falta administrativa y como resultado de ello recomiende una sanción.

Por seguridad jurídica, tanto del administrado como de la Administración, debe tenerse claridad de los elementos que serán valorados y desde luego que sean observados en cada caso concreto.

2. Propuesta de definición del principio

Como ya se señaló, el ROSPDAHPCGR en el numeral 4 regula los principios generales que rigen el procedimiento sancionatorio de Hacienda Pública y refiere que la "Contraloría General aplicará, al menos, los siguientes principios generales del derecho". En el inciso b) reconoce al principio de proporcionalidad y razonabilidad como un principio del derecho sancionador administrativo.

Dicho numeral define este principio en los siguientes términos: **"Proporcionalidad y razonabilidad:** La sanción que se imponga debe estar ajustada al acto

ilegítimo que se realizó, de forma tal que a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la sanción, lo que implica una proporcionalidad de causa a efecto" (ROSPDAHPCGR, numeral 4).

Como se puede observar de la norma, en los procedimientos sancionatorios de Hacienda Pública al día de hoy se reconoce el principio como uno solo, no se trata la razonabilidad por un lado y la proporcionalidad por el otro. Esta discusión puede carecer de sentido, siempre que ese principio sea respetado y ejecutado correctamente a la hora de determinar las sanciones. Lo que realmente interesa es que el principio cumpla su objetivo, cual es ejercer un control a la discrecionalidad administrativa en la determinación de sanciones por faltas contra la Hacienda Pública. No obstante, no está demás ajustar dicha definición y determinar en la sanción, tanto a la razonabilidad como a la proporcionalidad, en el entendido de que el fin último del principio ya está claro.

El diccionario de la Real Academia Española define a la razonabilidad como *"Cualidad de razonable (II conforme a la razón) (DRAE 2020 <https://dle.rae.es/razonabilidad?m=form>)"* y a la proporcionalidad como *"Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí. (DRAE <https://dle.rae.es/proporcionalidad?m=form>)"*

Por su parte, el diccionario jurídico define la razonabilidad como la *"Cualidad de un acto o decisión que se ajusta a lo esperable o aceptable en atención a su motivación y a los antecedentes conocidos, y que ha sido adoptado, por tanto, razonadamente y en atención a criterios razonables(DRAE 2020 <https://dej.rae.es/lema/razonabilidad>)"*. Define la proporcionalidad como un *"Principio inspirador de procedimiento sancionador por el que la imposición de las sanciones disciplinarias ha de graduarse la debida adecuación con la gravedad y circunstancias de la infracción. (DRAE 2020 <https://dej.rae.es/lema/proporcionalidad>)"*

En su libro el señor Ronald Hidalgo Cuadra (2010, p. 146) reconoce que se le atribuye a la proporcionalidad en materia sancionatoria ser la que define el quantum de la sanción, por lo que esta es la adecuación entre la gravedad del hecho cometido y el quantum de la sanción por aplicar, siempre que las sanciones estén definidas

por rangos y no establecidas de forma puntual.

De la actual definición regulada en el ROSPDHPCGR, se puede interpretar que la razonabilidad se ubica cuando se señala que la sanción que se imponga esté ajustada al acto ilegítimo que se realizó. En otras palabras, se exige al Órgano Decisor realizar un examen de razonabilidad para determinar si la falta cometida merece la imposición de una sanción. Posteriormente, al parecer se analiza la proporcionalidad para definir qué tipo de sanción y el quantum de esa sanción. La norma establece que a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la sanción, situación que implica una proporcionalidad causa efecto.

En razón de lo anterior, podría efectuarse una modificación en el ROSPDHPCGR en el apartado de la proporcionalidad y razonabilidad, donde se reconozca como un solo principio, pero no como sinónimos. El objetivo es dejar claro en esta normativa si se hablará de proporcionalidad, de razonabilidad o de ambos como sinónimos.

Por ello se propone la siguiente definición del principio de proporcionalidad y razonabilidad:

“Principio de proporcionalidad y razonabilidad: En la determinación de sanciones por faltas contra la Hacienda Pública, se deberá realizar un test de razonabilidad donde se valorará la debida idoneidad y necesidad de la sanción por imponer, una vez definido ello se realiza un test de proporcionalidad donde se adecuará la sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la sanción.

Para tal determinación se deberá considerar especialmente los siguientes criterios:¹⁰

3. Propuesta de test de proporcionalidad y razonabilidad

Como se ha señalado, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, una de sus funciones es regular el ejercicio de la potestad sancionadora, mediante las definiciones de controles que regulen esa actividad discrecional, lo cual también aplica en el derecho administrativo sancionador de faltas contra la Hacienda Pública. Para que dicho principio cumpla sus objetivos, dentro de lo posible deben quedar plasmados los elementos que debe considerar el operador administrativo en el momento de definir si se impone una sanción por las faltas cometidas y qué tipo de sanción corresponde.

En el ROSPDHPCGR actualmente no se regulan los elementos para realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad, sino que se realiza una interpretación al amparo de diversas normas que forman parte del Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública, pero no está puntualmente definido en el reglamento ya señalado, que es el que regula la manera como deben tramitarse los procedimientos administrativos sancionatorios de Hacienda Pública.

Debido a que en dicho reglamento no se hallan los elementos necesarios para realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad, para el resguardo de los derechos de los investigados y en procura de lograr la mayor objetividad de los procedimientos, se considera pertinente incluir y dejar definidos los elementos que deben ser valorados en cada caso. Para esto se propone como complemento a la definición desarrollada en el apartado anterior, agregar a la norma ya indicada los siguientes criterios de valoración:

- a. El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b. Naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.
- c. La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- d. La naturaleza y cuantía de los daños perjuicios causados.

¹⁰ Criterios que expondré en el siguiente apartado.

e. La reincidencia, por comisión de infracciones contra la Hacienda Pública cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

f. El impacto negativo en el servicio público que brinde la entidad o en el logro de los resultados concretos conforme a la planificación institucional.

g. La existencia de canales apropiados de información gerencial y la posibilidad de asesorarse con profesionales especializados.

h. La necesidad de satisfacer el interés público en circunstancias muy calificadas de urgencia apremiante. Si la decisión fue tomada en procura de un beneficio mayor y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de la operación y las circunstancias imperantes en el momento de decidir.

Se deben tener esclarecido si se actuó con culpa o con dolo, así como el grado de reproche con que se cometieron las actuaciones. Además, es indispensable ver el impacto que tuvo la comisión de la falta en el servicio brindado por la Administración, así como la necesidad que existía de satisfacer el interés público. También se deben identificar las necesidades de las administraciones, contabilizar tanto los daños causados y los eventuales daños evitados, así como valorar la naturaleza y la cuantía del daño.

También debe efectuarse un análisis de las funciones y del cargo que se ejerce, pues como claramente lo dice la propuesta, cuanto más técnico y de mayor jerarquía sea el puesto, mayor responsabilidad debe existir. Asimismo, se deben analizar las posibilidades que tuvo el funcionario infractor de obtener información de sus superiores o de asesorarse con especialistas. Asimismo, resulta sustancial analizar si la falta fue cometida en un lapso determinado u ocurrió en una sola ocasión, situación que podría permitir hacer un juicio de la intencionalidad ya referida.

Aunado a ello, y de gran relevancia determinar la reincidencia en la comisión de infracciones. En esta propuesta se refiere a reincidencia en la comisión de faltas contra el Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública, es decir, contra todo el sistema en su conjunto, sin necesidad de que las faltas sean

idénticas, pues el bien jurídico violentado siempre será la Hacienda Pública.

Claramente no puede ser esta una lista taxativa, la cual no permita la incorporación de otros elementos por valorar. Estos deben ser los criterios básicos que se consideren sin el perjuicio de la existencia de elementos del caso en particular que deben ser analizados.

Resulta relevante hacer hincapié, que estos criterios no solo deben ser contabilizados para imponer y agravar las sanciones. Corresponde hacer un análisis objetivo que permita al Órgano Decisor llegar a la decisión más justa; es decir, que si existen elementos que bajan o aumentan el reproche de responsabilidad al administrado, se reflejen como tales en el acto sancionatorio.

Con base en todo descrito, se propone modificar el apartado de la proporcionalidad y razonabilidad del ROSPDHPCGR para que se lea así:

Principio de proporcionalidad y razonabilidad:
En la determinación de sanciones por faltas contra la Hacienda Pública, se deberá realizar un test de razonabilidad donde se valorará la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer, una vez definido ello se hace un test de proporcionalidad en el cual se adecuará por sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la sanción.

- a. El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b. Naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente.
- c. La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- d. La naturaleza y cuantía de los daños perjuicios causados.
- e. La reincidencia, por comisión de infracciones contra la Hacienda Pública cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

f. El impacto negativo en el servicio público que brinde la entidad o en el logro de los resultados concretos conforme a la planificación institucional.
g. La existencia de canales apropiados de información gerencial y la posibilidad de asesorarse con profesionales especializados.
h. La necesidad de satisfacer el interés público en circunstancias muy calificadas de urgencia apremiante. Si la decisión fue tomada en procura de un beneficio mayor y en resguardo de los bienes de la entidad, dentro de los riesgos propios de la operación y las circunstancias imperantes en el momento de decidir.

Conclusiones

Llegado a este punto, y una vez desarrollado el tema planteado, resulta necesario realizar algunas reflexiones acerca de la necesidad de una reforma reglamentaria.

Para iniciar resulta relevante referir, que el *ius puniendi* del Estado, no es ni más ni menos que la potestad de imperio que se le otorga a la Administración para que sancione las faltas cometidas en su contra.

Existen dos tipos de expresiones de ese *ius puniendi*, uno en materia penal y otro en materia administrativa, que como se pudo observar no son lo mismo, pues uno regula faltas administrativas y el otro delitos.

Por su parte, en cuanto a la potestad sancionatoria administrativa, se hallan la sancionatoria y la disciplinaria, que tampoco son lo mismo y no pueden ser tramitadas de la misma manera. La Contraloría General de la República ostenta una potestad sancionatoria, designada por el constituyente en cuanto al resguardo de la Hacienda Pública. Sin embargo, esta potestad sancionatoria de la Administración debe ser regulada y no puede ser arbitraria. Por ello existen principios del derecho que regulan esta potestad de imperio, el de proporcionalidad y el de razonabilidad.

Al amparo de este principio, entre otros, se plantean restricciones al *ius puniendi* del Estado y por lo tanto un límite a la imposición de sanciones, lo que reduce la arbitrariedad y la discrecionalidad que pueda existir en el ejercicio de esta potestad de imperio.

En cuanto al derecho administrativo sancionador, el principio de proporcionalidad y razonabilidad se puede aplicar en dos momentos diferentes y por dos actores diferentes: en un primer momento por el legislador al crear la norma y establecer sanciones en ella y, en un segundo momento, por el Órgano Decisor al establecer la sanción que se debe aplicar al caso en particular según la falta cometida.

En cuanto a faltas de Hacienda Pública, existe una necesidad de aclarar y asegurarle al investigado la correcta aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad en los procedimientos que le son tramitados. Es decir, se debe definir de forma objetiva si la falta cometida es merecedora de una sanción y, de serlo así, cuál es la que se ajusta a la falta cometida.

Sin embargo, la norma que regula dichos procedimientos (ROSPDAHPCGR) no es clara en cuanto a la definición de dicho principio y, lo que es peor, no regula los elementos que se deben valorar a la hora de hacer el test de proporcionalidad y razonabilidad.

Como resultado esta omisión, surge la necesidad de diseñar la propuesta de reforma aquí planteada a dicho reglamento, en la cual se pretende dejar plasmado un concepto del principio de proporcionalidad y razonabilidad mejor delimitado y como objetivo primordial de la propuesta, a fin de que se incorporen a la norma los criterios de valoración que deben tomarse en cuenta en el momento de determinar una sanción.

Referencias

Normativa

Constitución Política del 7 de noviembre de 1949. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., RAMÍREZ A (Marina) y FALLAS VEGAS (Elena), 2005.

Código Procesal Contencioso Administrativo, n.º 8508 del 28 de abril del 2006.

Ley General de la Administración Pública, n.º 6227 del 22 de enero de 1979. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas. CÓRDOBA ORTEGA (Jorge), 2005.

Ley General de Control Interno, n.º 8292 de 31 de julio de 2002.

Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito En La Función Pública, n.º 8422 del 05 de octubre del 2004.

Ley de La Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, n.º 8131 del 18 de setiembre del 2011.

Ley Orgánica De La Contraloría General De La República, n.º 7428 del 7 de setiembre de 1994.

Reglamento de Organización y Servicios de las Potestades Disciplinarias y Anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General De La República, n.º R-DC-199-2011 del 15 de diciembre del 2011.

Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, España, el 2 de octubre del año 2016.

Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, España, del 2 de octubre del año 2016.

Doctrina

Alfaro, E. (2017). El principio de proporcionalidad, su aplicación en la jurisprudencia nacional. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Arroyo, L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo. Madrid. Revista para el Análisis del Derecho, vol (2), 32 páginas.

Belén, M. (2001). El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid. Editorial Lex Nova, 2 edición.

Brewer, A. (2003). Principios del procedimiento administrativo. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Cambroner, A y Mora, I. (2015). Deslinde de competencias entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa: discrecionalidad administrativa. Revista de Ciencias Jurídicas, vol (137).

Carbonell, M, (2000). Sobre la reserva de ley y su problemática actual. México. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, vol (42) p. 33.

Córdoba, J. (2003). Principio que rige el derecho de acceso a la información. San José, Costa Rica. IVSTITIA Julio- Agosto, vol (199-200).

Fernández, J. (2009). El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo. Madrid, Dykinson.

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

Hidalgo, R. (2010). La sanción administrativa. San José: ISOLMA S.A.

Hines, C. (2009). El procedimiento administrativo nuevo paradigma sobre su finalidad. San José: ISOLMA S.A., primera edición.

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

Hutchinson, T. (2003). Responsabilidad administrativa del funcionario público, en responsabilidad de los funcionarios públicos. Buenos Aires: Hammurabi.

Jinesta, E. (2002). Tratado de derecho administrativo, Tomo I. San José: Biblioteca Jurídica Díké.

Maljar, D. (2004). El derecho administrativo sancionador. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Martínez, JI (2011) El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Estudios Constitucionales, vol (9), https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100007

Jorge, PJ. (2011). El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo. Revista de la Facultad de Derecho, vol (67), pp 139-153.

Nieto, A. (1994). Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos S.A.

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

Pérez, JF. (2007). El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo español. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, vol (29).

Ramírez, ML. (2010). Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano. Revista Estudios Socio-Jurídicos.

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

Rodríguez R (2014). El recurso de apelación en contratación pública Análisis de derecho comparado. Revista de Derecho de la Hacienda Pública, vol (3), <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/03/revista-derecho-03.pdf>.

Rosito, N. (2007). Delimitación del contenido de debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo sancionatorio y el proceso penal (tesis de licenciatura). Universidad de Costa Rica.

Sánchez, D. (2003). El principio de razonabilidad: origen, desarrollo y utilidad en la doctrina y la jurisprudencia costarricense. (Tesis de maestría). Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia.

Santamaría, JA. (2009). Principios de derecho administrativo general II. Madrid: IUSTEL.

Tirado, JA. (2011). Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. Perú. Revista de la Facultad de Derecho, vol (67).

Vargas, S. (2012). Contenido y alcances de la prohibición de ingresos y reintegros a cargos de Hacienda Pública (Tesis de licenciatura). Universidad de Costa Rica.

Villarruel, MS. (2009). Las sanciones administrativas. En Derecho Administrativo, libro en homenaje a Julio Rodolfo Comadira. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

Resoluciones judiciales y administrativas

Contraloría General de la República. Resolución n.º PA-45-2009 de las 14:30 horas del 24 de julio del 2009.

Contraloría General de la República. Resolución n.º R-DC-207-2010 del Despacho Contralor de las 9:00 horas del 06 de diciembre del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3933-98 de las 09:59 horas del 12 de junio de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 08858-98 de las 16:33 horas del 15 de dic de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 5236-99 de las 14:00 horas del 07 de julio de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 08193-2000 de las 15:05 horas del 13 de setiembre del 2000.

Sala Constitucional costarricense, ha señalado en la sentencia n.º 2002-08861 de las 14:39 horas del 11 de setiembre del 2002

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 3929-2005 de las 15:24 horas del 18 de julio 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución, n.º 2005-10114 de las 14:39 horas del 3 de agosto del 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 14004-2008 de las 10:30 horas del 19 de setiembre del 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2165-2010 de las 15:21 horas del 03 de febrero del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 16202-2010 de las 15:55 horas del 28 de setiembre del 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1465-2011 de las 11:42 horas del 04 de febrero del 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1781-2015 de las 11:35 horas del 06 de febrero del 2015.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 56152015 de las 11:02 horas del 22 de abril del 2015.

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

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1692-2016 de las 11:21 horas del 03 de febrero del 2016.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 14678-2017 de las 11:40 horas del 13 de setiembre del 2017.

Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución n.º 02073-2009 de las 11:42 horas del 25 de setiembre del 2009.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII. Resolución n.º 61-2010 de las 15:30 horas del 28 de junio de 2010.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.

Resolución n.º 38-2011 de las 09:00 horas del 16 de febrero de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución n.º 00213-2012 de las 10:25 horas del 08 de octubre del 2012.

Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución n.º 00035-2014 de las 8:30 horas del 10 de marzo del 2014.

Otros

Informe de investigación CIJUL. Principios constitucionales de razonabilidad. Recuperado de <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

Roa Salguero, D.A. (2014). El principio de proporcionalidad: cortapisa al abuso de la potestad disciplinaria. (Ponencia). 4º Congreso Internacional de Derecho Disciplinario. Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Razonabilidad (2020). En Diccionario de la Real Academia Española(2019). Recuperado de <http://PáginaWebhttps://dle.rae.es/razonabilidad?m=form>

Proporcionalidad (2020). En Diccionario de la Real Academia Española(2019). Recuperado de <http://PáginaWebhttps://dle.rae.es/proporcionalidad?m=form>

Razonabilidad (2020). En Diccionario de la Real Academia Española(2019). Recuperado de <http://PáginaWebhttps://dej.rae.es/lema/razonabilidad>

Proporcionalidad (2020). En Diccionario de a Real Academia Española(2019). Recuperado de <http://PáginaWebhttps://dej.rae.es/lema/proporcionalidad>



Paula Serra Brenes¹

El derecho a la buena administración y su resonancia en la prevención de la corrupción

Sumario

1. Introducción.
2. La presencia de la corrupción en el quehacer gubernamental.
3. El derecho a la buena administración como expresión de la modernización del derecho administrativo.
4. El derecho a la buena administración como herramienta para la prevención de la corrupción y el curso Diez Poderes para Prevenir la Corrupción.
5. Conclusiones.
6. Referencias.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica y Notaria Pública (UCR). Máster en Derecho Ambiental por la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI). Posee Diplomado “Energía y Cambio Climático: Derecho y Gobernanza” Universidad para la Paz (UPAZ) y Diplomado “Sobre corrupción y régimen sancionatorio de la Hacienda Pública” por la Universidad Salamanca-BCI-CGR. Actualmente labora en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.



Resumen

Los instrumentos del Derecho Administrativo para la tutela de los derechos ciudadanos, de frente al ejercicio abusivo del poder, constituyen a su vez valiosos medios de prevención de la corrupción, aspecto que se hace aún más visible en los componentes del derecho a la buena administración, como tendencia moderna del Derecho Administrativo que enfatiza la razón de ser del Estado en la satisfacción del bien común e interés general. Los aspectos de gestión y vigilancia se incorporan cada vez con más fuerza a los diversos actores de la sociedad civil. De ahí surge la importancia de la difusión de esta visión hacia el funcionariado público, ejercicio que la Contraloría General de la República ha procurado a través del curso de los Diez Poderes para Prevenir la Corrupción y que eventualmente pueda ser difundido a aquellos ciudadanos organizados e interesados en el cumplimiento de ese bien común.

1. Introducción

En los últimos años, la comunidad internacional ha sido testigo de numerosos y cuantiosos actos de corrupción que indubitablemente han minado la confianza de la ciudadanía en sus instituciones, al revelarse una serie de maniobras y negociaciones dirigidas al enriquecimiento ilegítimo, tanto de gobernantes como de particulares. Se ha utilizado el entramado estatal en provecho propio, sea a través de la contratación pública, del otorgamiento de licencias, del tráfico de influencias, entre otros.

Los medios de comunicación social han cubierto ampliamente los diversos casos de corrupción, así como las consecuencias que han sufrido tanto servidores públicos como particulares. Debido a su participación en estos enriquecimientos ilegítimos, son sancionados tanto administrativa, como civil y penalmente. No obstante lo anterior, estos escándalos de corrupción parecieran sucederse uno tras otro, año tras año, de modo que solo cambian las localidades donde se presentan y los personajes que se ven involucrados.

Desde este punto de vista, si bien resulta fundamental continuar con el esfuerzo sancionatorio que constituye una respuesta medular en el manejo de estos casos –en los ámbitos administrativo, civil y penal– y cuya difusión mediática ha tenido la virtud, por lo general, de ser igualmente amplia y oportuna, se vuelve cada vez más indispensable reforzar las medidas preventivas, que con el transcurso del tiempo requerirán de mayor creatividad e innovación, para generar un verdadero escudo ante los embates constantes de la corrupción.

En este sentido, no siempre se tiene la conciencia de que varias figuras previstas, particularmente en el ámbito del Derecho Administrativo, cumplen a su vez un cometido de prevención de la corrupción, en la medida en que se constituyen en verdaderos contrapesos del ejercicio del poder público y se dirigen a asegurar que este cumpla con el bien común, que al fin y al cabo es al mismo tiempo razón y objetivo fundamental de todo otorgamiento de poder (Diez, 1974)².

2 Diez, M. (1974) Derecho Administrativo, Buenos Aires. Plus Ultra, p. 39. "...La razón de ser del poder reposa sobre una obra de bien común...

Dentro de este enfoque, resulta especialmente relevante referirse en términos generales al denominado “derecho a la buena administración”, de acuñación relativamente reciente. Sus componentes agrupan buena parte de aquellas figuras preventivas y buscan destacar la importancia de su difusión entre el funcionariado público, de modo que aquellos componentes sean reconocidos y actualizados, no solo en su caracterización como garantía para la tutela del interés ciudadano, sino también como garantía para la consecución del bien común, presupuesto indispensable para la prevención de la corrupción.

En esta línea de reflexión, el curso Diez Poderes para Prevenir la Corrupción constituye una vía innovadora mediante la cual la Contraloría General de la República de Costa Rica precisamente ha pretendido promover la difusión y actualización entre los servidores públicos sobre estas herramientas jurídicas –algunas ya de antigua data– como medios de prevención contra la corrupción. Existe la inquietud no solo de procurar su refrescamiento entre aquellos servidores sino también para que en un futuro puedan acercarse estos temas a la ciudadanía.

2. La presencia de la corrupción en el quehacer gubernamental

Si bien el sentido común aconseja evitar la generalización y de esa forma asumir la existencia de corrupción en todas partes, resulta innegable apreciar que con mayor frecuencia que la deseada, el mundo amanece con alguna nueva situación que sorprende... pero que al mismo tiempo, de alguna forma, se esperaba... Tal vez porque al fin y al cabo se ha vuelto parte de la cotidianidad que tarde o temprano los medios de comunicación difundan un nuevo caso de corrupción y, aunque luego se llegan a conocer las consecuencias civiles o penales de tales desmanes, permanece en el ambiente la inquietud: ¿y esto pudo evitarse?

En los últimos diez años, por no ir más atrás, se han dado a conocer casos de corrupción que por su magnitud han continuado asombrando a la comunidad internacional y han generado aún mayor decepción en

los países en donde se han originado. Baste solo citar a grandes rasgos algunos de ellos, que en razón de su impacto en sus respectivas naciones, fueron objeto de especial difusión mundial.

En el 2015 se dio a conocer el denominado caso de “La línea”, una estructura formada desde los más altos cargos del gobierno guatemalteco, que se prestaba para la evasión del pago de impuestos aduaneros, mediante la recepción de sobornos. Tal fue la magnitud y gravedad de las acusaciones, que ante esta situación tanto la vicepresidenta como el presidente de turno renunciaron a sus cargos, pues ellos mismos eran sujetos de la investigación penal respectiva. Esta renuncia, además, fue exigida por la ciudadanía mediante marchas que agruparon más de setenta y cinco mil ciudadanos Redacción BBC Mundo (2015, 3 de setiembre).³

En el continente europeo, para el año 2016, los medios difundieron la noticia del encarcelamiento de la exalcaldesa de Marbella, España, por el “Caso Malaya”, conocido como el de mayor corrupción urbanística y que fue calificado como un “saqueo del ayuntamiento de Marbella”, por el otorgamiento de permisos y licencias urbanísticos a cambio de sobornos, por parte también de una estructura delictiva desde el más alto nivel, y del blanqueo de capitales, entre otros delitos (Redacción ABC España, 2016, 27 de enero).⁴

Y propiamente en nuestro país, no podemos dejar de mencionar el conocido “Cementazo”, que se dio a conocer a mediados del 2017 y que ha sido considerado un caso emblemático de tráfico de influencias al más alto nivel político y bancario para favorecer a un empresario (Redacción elmundo.cr, 2017, 4 de setiembre).⁵

3 Redacción BBC Mundo (2015, 3 de setiembre). La Línea: el qué, el cómo y el porqué del escándalo de corrupción que tumbó al presidente de Guatemala. BBC MUNDO. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150507_guatemala_corrupcion_escandalo_vicepresidenta_balchetti_jp

4 Redacción ABC España (2016, 27 de enero). La exalcaldesa de Marbella, Marisol Yagüe, entra en prisión para cumplir 5 años y medio. ABC España. Recuperado de http://www.abc.es/espana/abci-exalcaldesa-marbella-marisol-yague-4724703608001-20160127090000_video.html

Redacción rtve España (2013, 2 de octubre). El ‘caso Malaya’, la operación más importante en España contra la corrupción urbanística. Recuperado de <http://www.rtve.es/noticias/20131002/consiste-caso-malaya/11690.shtml>

5 Redacción elmundo.cr (2017, 4 de setiembre). Reflexiones sobre el cementazo. Recuperado de <https://www.elmundo.cr/opinion/reflexiones-sobre-el-cementazo/>

Ningún grupo humano puede articularse y mantenerse sin un poder, que es la acción dirigente de la comunidad, tendiente a la promoción de sus fines.”

No es el objetivo de esta breve reflexión hacer un análisis de esos u otros casos de corrupción; sin embargo, es claro que se pueden identificar algunos puntos de encuentro entre todos ellos. Baste señalar de inicio que tales casos tienen en común que tanto servidores públicos como particulares y empresarios del sector privado se han aprovechado de sus cargos los primeros y de instrumentos de gestión pública –como licencias, programas de contratación pública, altos cargos de gobierno– los segundos, para su propio beneficio.

Si bien hubo amplia cobertura mediática sobre las investigaciones y posteriores procesos penales e incluso, en algunos casos, penas de cárcel, para aquellos cuya responsabilidad quedó debidamente acreditada, de nuevo se llega a conocer solamente lo sucedido, mas no necesariamente las condiciones previas que permitieron que dichas situaciones se dieran.

Y es en este punto donde se hace cada vez más importante reflexionar sobre esas condiciones existentes en las administraciones públicas, que, en tesis de principio, se encuentran regidas por el ordenamiento jurídico y en donde se prevé una serie de controles dirigidos a tutelar el cumplimiento del bien común. Pareciera que, para un adecuado abordaje del fenómeno de la corrupción, no basta una efectiva acción sancionatoria, sin que al mismo tiempo se deban innovar y reforzar las herramientas preventivas disponibles, a través de una nueva óptica que no solo las reconozca como contrapesos del ejercicio del poder, sino además como verdaderos instrumentos de prevención de la corrupción.

En esta misma línea se pronuncia Do Nascimento (2012) profesor de la Universidad Federal de Ceará, Brasil y Auditor Federal del Tribunal de Cuentas de Brasil, al señalar como acciones anticorrupción al propio Estado de Derecho, la transparencia, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y la evaluación de la prestación de los servicios públicos.⁶

Es en el siguiente apartado donde, entonces, se podrá apreciar la relevancia del surgimiento del derecho a la

6 Do Nascimento, R.S. (2012). La corrupción: comprensión, causas y estrategias para afrontarla. (Propuesta de acción para las agencias gubernamentales anticorrupción bajo los contextos de Europa y las Américas). Estados Unidos de América. Editorial Académica Española.

buna administración, como un relanzamiento de las más básicas garantías del Estado social y democrático de Derecho, en donde se procura y fomenta la necesaria participación de los actores sociales para la acertada y legítima definición del interés general o bien común, cuyo logro constituiría, en buena parte, la más eficaz medida anticorrupción⁷.

3. El derecho a la buena administración como expresión de la modernización del Derecho Administrativo

Como sucede en otros ámbitos del saber, el Derecho Administrativo también evoluciona y se transforma según las exigencias que el entorno le va planteando. Como parte de esa evolución, se considera la acuñación del concepto del “derecho a la buena administración”, inscrito en una perspectiva de tutela a los intereses y derechos del ciudadano y su activa participación en la atención que brinda el Estado.

De este modo, en los últimos años este concepto ha adquirido cada vez mayor relevancia y busca reforzar no solo la figura del ciudadano como destinatario primero y fundamental de la prestación de los servicios gubernamentales –y en ese sentido, su necesaria satisfacción como parte de los objetivos últimos del efectivo desempeño de la acción del gobierno– sino también la indispensable participación de ese ciudadano en la definición, el cumplimiento y evaluación de los fines públicos.

Así lo refiere uno de los más reconocidos estudiosos del derecho a la buena administración, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad A Coruña

7 Idem. “La participación ciudadana es el elemento social en la lucha contra la corrupción. Partiendo de la premisa que de esa creciente participación se obtienen resultados positivos en la gobernanza, las decisiones políticas y el proceso democrático, hay que aprovecharse de estos efectos y dirigir los esfuerzos a consolidar los frutos de involucrar al ciudadano en la lucha contra la corrupción. Es decir, la sociedad debe sentirse invitada a integrarse al proceso y sentirse segura de que sus acciones producirán resultados concretos. De ahí que, una vez los gobiernos opten por establecer estrategias anticorrupción basadas en la participación ciudadana; es fundamental que la sociedad se sienta cómoda al interactuar con el poder público, dado el frágil equilibrio que existe entre participación y confianza gubernamental. En ese sentido, resulta fundamental la construcción de marcos referenciales de comunicación en los que se haga a la sociedad participe y coautora de los resultados. Existen distintas maneras de lograrlo y sus enfoques van, desde fomentar cambios en los modelos tradicionales de comportamiento que enfatizaban factores individuales para impulsar la integración; hasta conjugar esfuerzos con otras fuerzas de la sociedad organizada.” (P. 145)

y Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Jaime Rodríguez-Arana, quien destaca el actual protagonismo del ciudadano en los asuntos públicos y el necesario proceso de adaptación que en torno de dicha realidad debe adoptar la Administración Pública (Rodríguez-Arana 2011)⁸.

Este tema también ha sido abordado por Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén (Ruiz-Rico Ruiz, en Ávila & Gutiérrez, 2011)⁹, al comentar a su vez la centralidad del ciudadano para comprender el fin último del Estado en nuestros días, a partir del pluralismo en todos los ámbitos de la actividad gubernamental y la necesaria implementación de las herramientas que permitan su participación en todos ellos.

Ahora bien, en este espacio no se pretende aludir a los pormenores del surgimiento y evolución del derecho a la buena administración como tal, que ya han sido abordados amplia y acertadamente en otros volúmenes

8 Rodríguez-Arana, J., El derecho fundamental a la buena administración de administraciones públicas y el Derecho Administrativo, en Ávila Rodríguez, C.M. & Gutiérrez Rodríguez, F. (2011) El derecho a una buena administración y la ética pública. Valencia. Tirant lo Blanch Monografías. Edición de Kindle. "El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. (...) En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones."

9 Ruiz-Rico Ruiz, G., El Derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria, en Ávila Rodríguez, C.M. & Gutiérrez Rodríguez, F. (2011) El derecho a una buena administración y la ética pública. Valencia. Tirant lo Blanch Monografías. Edición de Kindle. "...no es difícil asumir la coincidencia notable entre los objetivos que se proponen con el principio de la buena administración y aquellos compromisos constitucionales tan emblemáticos como identitarios del modelo de Estado social y democrático de derecho. La aspiración clave por construir una democracia avanzada empieza a materializarse con la garantía efectiva del pluralismo en todos los órdenes de la acción pública (política, social y territorial-cultural) y la implantación de fórmulas de participación ciudadana en todas las posibles dimensiones de la estructura política y administrativa. Justamente hacia ese compromiso constitucional, que representa al mismo tiempo componente básico de las nociones de gobernanza y buena administración, apuntaría un mandamiento como el incluido en el artículo 129 de la CE, donde se encomienda al legislador la tarea de establecer "formas de participación" ciudadana "en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general".

de esta publicación (Villalobos, 2017)¹⁰. Baste señalar que aquel fue incorporado como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)¹¹, de modo que ha sido especialmente en dicho continente donde ha sido mayormente analizado. Para la mejor comprensión de estas ideas, a continuación se transcribe el contenido de aquella disposición:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua. (Unión Europea 2000, artículo 41).

No debe perderse de vista en todo caso, que tal y como lo comenta el profesor Dr. José María Souvirón Morenilla, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga, aun cuando dicho derecho no se encuentre calificado en un determinado ordenamiento jurídico con el carácter de derecho fundamental, comprende un conjunto de garantías que se encuentran expresamente contempladas por separado en la Constitución Política, y que bien puede también estudiarse y entenderse como un

10 Villalobos, E. (2017) Responsabilidades derivadas de la vulneración al Derecho a la Buena Administración. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. 8. Recuperado el 27 de enero del 2019 de: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/08/revista-derecho-08.pdf>

11 Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

principio general del Derecho, para lo cual se enumera, en lo conducente:

...servicio por la Administración de los intereses generales conforme al principio, entre otros, de eficacia, con sometimiento pleno a la ley y el Derecho..., audiencia al interesado..., acceso a los archivos y registros administrativos..., derecho a ser indemnizado por lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos..., la motivación de los actos administrativos... (Souvirón, en Ávila & Gutiérrez, 2011)

Se considera necesario listar aquellos componentes que los estudiosos en la materia han establecido como características del derecho a la buena administración, de forma tal que su comprensión abarque tal particularidad y permita realizar, aunque de forma somera, una comparación práctica con los mecanismos que el ordenamiento jurídico costarricense contempla en el mismo sentido.

Para tales efectos, se toma la enumeración de derechos que, según el profesor Rodríguez-Arana (s.f.), forman parte y componen ese derecho a la buena administración:¹²

1. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.
2. Derecho a la tutela administrativa efectiva (evitar la indefensión).
3. Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable.
4. Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas.
5. Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos.
6. Derecho a una respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas.

7. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la administración pública.
8. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.
9. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias e informaciones públicas.
10. Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública.
11. Derecho a servicios públicos y de interés de general de calidad.
12. Derecho a elegir los servicios de interés general de su preferencia.
13. Derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios de responsabilidad administrativa.
14. Derecho a conocer las obligaciones y compromisos de los servicios de responsabilidad administrativa.
15. Derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo.
16. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la administración.
17. Derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en las leyes.
18. Derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente.
19. Derecho de acceso a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que en todo caso habrán de concretar el interés general al caso concreto.
20. Derecho a una ordenación racional y eficaz de los archivos públicos.
21. Derecho de acceso a la información de interés general.

¹² Rodríguez-Arana, J. (S.F.) El derecho a una buena Administración para los ciudadanos. Un modelo global de Administración. Netbiblo e INAP. Edición de Kindle.

22. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la administración pública.
23. Derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general.
24. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.
25. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.
26. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.
27. Derecho a ser notificado por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las resoluciones que les afecten en el plazo de tiempo más breve posible.
28. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
29. Derecho a actuar en los procedimientos administrativos a través de un representante.
30. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas.
31. Derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta.

Del listado expuesto, podemos apreciar que en el ordenamiento jurídico costarricense, esos componentes que se destacan como parte del derecho a la buena administración, están presentes en los cuerpos normativos fundamentales que rigen la actividad del Estado, en sentido amplio, y en tal condición, resultan de acatamiento obligatorio por parte de todo servidor público.

Es claro que, por citar solo alguna normativa de básica referencia en la gestión pública, tanto la Constitución Política de Costa Rica como la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227, disponen específicamente de regulaciones en torno del debido proceso previo a cualquier acto de gravamen del ciudadano, así como de la pronta respuesta a las gestiones que se presenten ante la Administración,

eficacia y eficiencia en la atención de los servicios públicos, caracterizados por su continuidad y calidad, régimen de responsabilidades de los servidores públicos y mecanismos de recusación y excusa en caso de que existan reservas sobre la objetividad del servidor. En nuestro medio ha tenido un importante desarrollo la tutela de estos derechos, a partir de la abundante jurisprudencia constitucional que los ha ido perfilando y actualizando en su aplicación.

Se le debe dar especial énfasis a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley 8224, que tutela la tramitación de las denuncias y la confidencialidad de la identidad del denunciante, así como la Ley General de Control Interno, Ley 8292, relacionada con el control interno y la evaluación de la gestión de esas administraciones.

Dos normas de tutela específica, además de los casos mencionados en la enumeración referida, corresponden a la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, Ley 8220, dirigida a la agilización de las respuestas administrativas a los diversos requerimientos ciudadanos. También se cuenta con la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Ley 7600.

A pesar de que se pudieran presentar elementos que no se encuentren regulados expresamente en nuestra legislación, es claro que buena parte están contemplados en la normativa que, de larga data, regula los diversos aspectos de la actividad estatal. En sentido inverso o lo que se entiende por "mala administración", la Dra. Carmen María Ávila Rodríguez, Profesora Adjunta de la Universidad de Málaga señala lo siguiente con respecto al defensor del pueblo europeo: "Se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse" (Ávila, en Ávila & Gutiérrez, 2011).¹³

13 Ávila Rodríguez, C.M., La buena administración. ¿Objeto de protección o criterio de supervisión de la actividad administrativa para las instituciones de los Defensores del Pueblo? en Ávila Rodríguez, C.M. & Gutiérrez Rodríguez, F. (2011) El derecho a una buena administración y la ética pública. Valencia. Tirant lo Blanch Monografías. Edición de Kindle. "El propio Defensor del Pueblo, en un folleto editado en 1996, arrojó luz sobre este concepto tan oscuro e impreciso, bajo la fórmula de una enumeración ejemplificativa en la que incluía: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de poder, negligencias, procedimientos ilícitos, favoritismos, casos de disfuncionalidad o incompetencia, discriminaciones, retrasos injustificados,

Sobre este particular, interesa rescatar que si bien esta serie de normas pudieron haber sido pensadas originalmente como contrapesos de un ejercicio abusivo del poder para garantizar la tutela de los derechos ciudadanos y que hoy día, además, se reinterpretan como una necesaria participación ciudadana en su operación, evaluación y cumplimiento, ante las actuales realidades de corrupción constituyen un consolidado escudo para su prevención.

Surge de ahí la imperiosa necesidad de difundir esta visión entre el funcionariado público, de modo que más allá de un listado de obligaciones y responsabilidades en el ejercicio de sus cargos, se adquiera la convicción de una tutela de sus propios intereses como ciudadanos que también requieren de la atención legítima y transparente del bien común. Para ello es indispensable prevenir toda forma de corrupción, aspecto que, evidentemente, es cada vez más exigido por parte de la ciudadanía que espera tal conducta por parte de los servidores del Estado

4. El derecho a la buena administración como herramienta para la prevención de la corrupción y el curso Diez Poderes para Prevenir la Corrupción

Para la Contraloría General de la República costarricense, la prevención de la corrupción ha constituido un tema fundamental, principalmente porque se estima que existe un beneficio social mayor en evitar que aquella se presente, que en la detectar y sancionar hechos corruptos. Así lo señaló en su Memoria Anual 2016¹⁴, en donde desarrolló una serie de consideraciones sobre la importancia de tal prevención y la necesidad de idear, innovar y fortalecer las vías para su fomento. Asimismo,

falta de información o negativa a proporcionar información. Un año después, en el Informe anual de 1997, el Defensor del Pueblo Europeo dio respuesta a un requerimiento del Parlamento Europeo en el que éste le pedía que hiciera una definición clara y contundente del concepto de mala administración, que quedó así: "Se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse". En 1998, el Parlamento Europeo aprobó una resolución por la que aceptaba esta definición y a lo largo de 1999, el European Ombudsman y la Comisión mantuvieron un intercambio de correspondencia del que se deduce que la Comisión también estaba de acuerdo con esta definición."

14 Contraloría General de la República. Memoria Anual 2016. Recuperado de: <https://www.cgr.go.cr/03-documentos/publicaciones/memoria-anual/memoria-anual.html>

como parte de estos esfuerzos, ha promovido desde su propio seno la generación de encuestas sobre la percepción de la transparencia y la corrupción en la sociedad costarricense, de modo que se pueda partir de referencias objetivas sobre lo que el ciudadano hoy día percibe y considera al respecto.

Si bien el derecho a la buena administración se dirige primordialmente a buscar que el servicio al ciudadano y la garantía del ejercicio pleno de sus derechos sea la prioridad de las acciones estatales, con un involucramiento cada vez mayor de aquel, sus principales componentes coincidan decididamente con elementos fundamentales para la prevención de la corrupción y, en esa medida, resulta de un alto valor su difusión y estudio continuo.

En efecto, el surgimiento del derecho administrativo como base de un contrapeso efectivo para aquellos excesos propios de un ejercicio del poder sin restricciones y ajeno a su razón de ser "el interés general", respalda las variadas normas dirigidas a transparentar las decisiones administrativas y a regular su adopción en apego a la legalidad.

En este sentido, se estima fundamental generar la conciencia y la visión de tales normas, ya no solo en su acepción original referida –ajuste al principio de legalidad– y hoy día remozada con los elementos del derecho a la buena administración, sino también como verdaderas herramientas de prevención de la corrupción. Y es en este escenario que a su vez el curso Diez Poderes para Prevenir la Corrupción presenta su aporte, como una herramienta novedosa de prevención (Contraloría General de la República, Memoria Anual 2016).

Cuanto más se acerque el derecho administrativo al ciudadano, al mismo tiempo se debe procurar que este enfoque sea adecuadamente difundido entre los servidores públicos, pues son quienes principalmente garantizarán que esa visión sea efectivamente implementada en el día a día de los servicios que brindan. En efecto, resulta necesaria la capacitación continua del funcionario especialmente en torno del mayor involucramiento que se espera tenga el ciudadano en la gestión pública, como indica Rodríguez-Arana (en Ávila & Gutiérrez, 2011).¹⁵

15 Rodríguez-Arana, J. "EL Derecho Fundamental a la Buena Administración

Por lo tanto, esta perspectiva plasmada en el derecho a la buena administración y que a la vez representa la consolidación de normas de prevención de la corrupción, debe ser difundida ampliamente entre los servidores públicos, pues no solo les atañe en tal condición sino también como ciudadanos.

Interesa destacar al componente número 30 del derecho a la buena administración, que destaca el derecho del ciudadano a exigir responsabilidades a los servidores. Desde la óptica comentada, ya no solo nos referimos a responsabilidades de índole sancionatoria estrictamente, sino también a la responsabilidad de las administraciones de realizar una autorreflexión o auto examen en relación con sus propios mecanismos y herramientas para prevenir la corrupción. En este marco de acción, la Contraloría General de la República ha impartido el curso Diez Poderes para Prevenir la Corrupción a más de veinte instituciones públicas en los últimos cuatro años e interesa comentar brevemente cómo se ha abordado su temática.

Como su nombre lo indica, el curso consta de diez lecciones correspondientes a un determinado poder cada una. A través de la lectura y ejercicios, se procura no solo la transmisión del conocimiento sobre las nuevas tendencias en la materia, sino también una reflexión sobre su aplicación en la realidad de cada institución. Los diez poderes son los siguientes:

Lección 1. El poder de uno. Se inicia el curso. Se motiva a los participantes para que cada uno haga la diferencia con su propia conducta y decisiones. Se destacan en ese sentido los temas de la ética y la ejemplaridad.

Lección 2. El poder de las organizaciones. Se desarrollan los conceptos de buen gobierno corporativo y la buena gestión ética institucional, como herramientas de las instituciones para un desempeño íntegro.

de Instituciones Públicas y el Derecho Administrativo” En: en Ávila Rodríguez, C.M. & Gutiérrez Rodríguez, F. (2011) El derecho a una buena administración y la ética pública. Valencia. Tirant lo Blanch. Edición de Kindle. “...En este sentido, los empleados públicos para poder desempeñar su tarea con eficacia necesitan, además de los medios y condiciones de trabajo adecuados, un constante esfuerzo en su competencia profesional para consolidar una Administración pública que no es una entidad abstracta, sino que la integran personas tan reales como los ciudadanos a los que sirven, y ellos mismos ciudadanos también.”

Lección 3. El poder de los controles. Se destaca el carácter de los controles internos como instrumento no solo de prevención de los malos manejos sino también para promover la eficiencia y eficacia de la gestión institucional, así como para la rendición de cuentas.

Lección 4. El poder de la inteligencia. Se comentan los principales estudios y tendencias en la materia, de modo que se genere una comprensión del concepto de corrupción, su origen y clasificación, así como los instrumentos para su medición y formas para generar un cambio para su prevención.

Lección 5. El poder de la normativa. Se hace un recuento de las principales regulaciones nacionales e internacionales anticorrupción, sus principios, los conflictos de interés, los temas de responsabilidades y programas de cumplimiento.

Lección 6. El poder de la transparencia. Se alude a la necesidad de visibilizar los procesos de toma de decisiones, su naturaleza constitucional, así como los instrumentos para su incremento.

Lección 7. El poder de la eficiencia. Se aborda la temática de la simplificación de trámites y mejora regulatoria, como elementos para la eficiencia, eficacia y efectividad en la gestión pública.

Lección 8. El poder de la tecnología. Se refiere al uso de las tecnologías como instrumento anticorrupción y los temas asociados, como el gobierno digital y la automatización de la administración pública.

Lección 9. El poder de la gente. Se destaca la normativa de participación ciudadana y su importancia como control de la acción pública y su rol insustituible en la generación de sociedades de confianza.

Lección 10. El poder de las sinergias. Se refiere al valor de la unión de los esfuerzos de todos los actores sociales y la institucionalidad para la lucha contra la corrupción.

En cada una de las lecciones que forman parte del curso, se esperan difundir las tendencias más modernas sobre los temas, sean normativos o de las ciencias de

la administración y gestión públicas. Ya no se trata solo de un abordaje desde su función de regulación o dinamizadores sociales en sí mismos, sino también como valiosas herramientas de prevención de la corrupción. De este modo, también se abre un espacio para que la institución pueda verificar, de forma muy preliminar, si efectivamente sus funcionarios poseen estos conocimientos sobre elementos de prevención.

Adquiere un mayor valor si esta difusión de nuevas tendencias, incluida la del derecho a la buena administración, crea conciencia y conocimiento en los servidores públicos sobre ese creciente protagonismo del ciudadano, que aunque quizás sea incipiente en nuestro medio, irá tomando lugar gradualmente en la gestión pública. Por ello una adecuada preparación en la materia facilitará la necesaria articulación que habrá de implementar el sector de gobierno para una ágil y productiva comunicación e incorporación de los distintos actores sociales.

Desde esa perspectiva, se deben difundir estas herramientas entre la mayor cantidad de ciudadanos organizados o actores sociales que aún no se encuentran familiarizados con estos temas, lo cual les permitirá un acercamiento e involucramiento más informado en la definición y gestión de las políticas y gestión públicas, así como en su evaluación y vigilancia.

En ese sentido, coincidimos con el profesor Roberto Dromi, quien en su obra "Modernización del Control Público", desarrolla el tema de la necesaria participación ciudadana también en las actividades de control y fiscalización de la gestión pública. Por ello se deben plantear las vías más idóneas y efectivas para una real participación de los actores sociales en el ámbito del control (Dromi 2005).¹⁶

16 Dromi, R. (2005). Modernización del Control Público. Madrid – México. Editorial Hispania Libros. "Pero además la participación en el control de la cosa pública puede ser colectiva, por cuanto lo público requiere, además del conocimiento y el manejo técnico y científico de los agentes encargados de la gestión y control, de la verificación y comprensión de los intereses comunes a satisfacer. La administración de los intereses públicos no es una cuestión que solo corresponda a los funcionarios públicos. Se necesita de otros partícipes institucionales, como las múltiples organizaciones públicas no estatales que con forma de asociación civil, fundación, cooperativa, sindicato, cámara sectorial u otras análogas, poseen legítima representación de intereses colectivos o supraindividuales. En efecto, la complejidad moderna exige la participación de los individuos, actuando por sí o a través de las organizaciones que los nuclean, mediante la intervención de los cuerpos intermedios de la sociedad de control de la cosa pública. Se trata de una

Esta tarea probablemente sea de considerable tamaño; sin embargo, es la ruta por recorrer si esperamos el fortalecimiento de la democracia y el Estado Social de Derecho, a través de un cumplimiento concertado del bien común que, como ya señalamos, es la más eficaz medida anticorrupción.

ampliación del espacio público, bajo la cual "lo público" no es sinónimo de "lo estatal". Lo público debe ser visualizado como el espacio de los intereses colectivos o comunitarios, y la participación se manifiesta por la intervención que asumen estas agrupaciones en el ámbito principalmente "local" en aquellas prestaciones de su interés en el ámbito de su desenvolvimiento."

5. Conclusiones

1. Como les ha sucedido a diversas naciones en el mundo, nuestro país se ha visto envuelto en escándalos de corrupción, donde han resultado cuestionados e investigados funcionarios públicos del más alto nivel, con el consecuente debilitamiento de la ya mermada confianza ciudadana en la institucionalidad pública, que se esperaba que cumpliera con el interés general previsto en el ordenamiento jurídico.
2. La tutela que ha procurado el derecho administrativo desde sus orígenes, a través del diseño de contrapesos que eviten la arbitrariedad en el ejercicio del poder, se vea remozada con nuevas figuras que permiten reforzar tales contrapesos, ajustándolos a las exigencias de la actualidad, como resulta ser la figura del derecho a la buena administración.
3. Con el derecho a la buena administración no solo se afianza el conjunto de derechos que garantizan la tutela del ciudadano frente a un ejercicio abusivo del poder, sino que además se enfatiza en que este es la razón de ser de toda la actividad estatal, que habrá de tutelar en todo momento el interés general para el pleno ejercicio de los derechos del ciudadano, de quien se espera su necesaria participación en la definición y atención de ese interés.
4. Esos componentes del derecho a la buena administración constituyen a su vez valiosas herramientas de prevención de la corrupción. A la vez están orientadas al cumplimiento del bien común y forman parte de ese escudo contra actuaciones que no se dirijan a satisfacer las necesidades de la ciudadanía. Una característica especial es que prevé una mayor participación ciudadana tanto en su formulación, como en la verificación de su cumplimiento.
5. Para generar la convicción de la utilidad de estas herramientas del derecho administrativo y en específico del derecho a la buena administración, como instrumentos de prevención de la corrupción, resulta fundamental su difusión entre el funcionariado público, a través de un programa de capacitación y actualización, según lo ha procurado la Contraloría

General de la República mediante el Curso Diez Poderes para Prevenir la Corrupción. Con se garantiza que todos los funcionarios conozcan sobre las más recientes tendencias y visiones en los distintos aspectos de tipo preventivo, que coinciden además con las herramientas citadas. Queda por delante, con la mejora continua de los contenidos del curso, la tarea de hacerlo llegar a la ciudadanía, cada vez más exigente y vigilante de la consecución del bien común.

6. Referencias

- Ávila Rodríguez, C.M. y Gutiérrez Rodríguez, F. (2011) El derecho a una buena administración y la ética pública. Valencia: Kindle.
- Díez, M.M. (1974). Derecho Administrativo. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Do Nascimento, R.S. (2012). La corrupción: comprensión, causas y estrategias para afrontarla. (Propuesta de acción para las agencias gubernamentales anticorrupción bajo los contextos de Europa y las Américas). Estados Unidos de América: Académica Española.
- Dromi, R. (2005). Modernización del Control Público. Madrid – México: Hispania Libros.
- Coto, W. (04 de setiembre del 2017). Reflexiones sobre el cementazo. [elmundo.cr](https://www.elmundo.cr/opinion/reflexiones-sobre-el-cementazo/) Recuperado de: <https://www.elmundo.cr/opinion/reflexiones-sobre-el-cementazo/>
- Rodríguez-Arana, J. (S.F.) El derecho a una buena Administración para los ciudadanos. Un modelo global de Administración. Netbiblo e INAP: Kindle.
- Redacción ABC España. (27 de enero del 2016). La exalcaldesa de Marbella, Marisol Yagüe, entra en prisión para cumplir 5 años y medio. ABC España. Recuperado de: http://www.abc.es/espana/abci-exalcaldesa-marbella-marisol-yague-4724703608001-20160127090000_video.html

Redacción BBC Mundo. (03 de setiembre del 2015). La Línea: el qué, el cómo y el porqué del escándalo de corrupción que tumbó al presidente de Guatemala. BBC Mundo. Recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150507_guatemala_corrupcion_escandalo_vicepresidenta_baldetti_jp

Villalobos, E. (2017) Responsabilidades derivadas de la vulneración al Derecho a la Buena Administración. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. 8. Recuperado de: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/08/revista-derecho-08.pdf>

Unión Europea. (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf



Jennifer Isabel Arroyo Chacón¹

El sistema de control interno institucional, la atención de denuncias y el rol de la Auditoría Interna en la lucha contra la corrupción

Sumario

1. Introducción
2. Rol del Sistemas de control interno en la lucha contra la corrupción
3. Acciones en materia de control interno para prevenir la corrupción pública
4. Rol de la auditoría interna en la prevención, detección y sanción de actos de corrupción
5. Acciones que debe implementar la auditoría interna para hacerla más eficiente en la lucha contra la corrupción
6. Rol de la denuncia en la lucha contra la corrupción
7. Avances necesarios para fortalecer la denuncia en la lucha contra la corrupción
8. Conclusiones
9. Bibliografía

¹ Doctora en Derecho y doctoranda en Gestión Pública y Ciencias Empresariales. Abogada, contadora pública autorizada (auditora) y administradora pública.



Resumen

En este documento se analiza el rol que poseen figuras relevantes, pero que no siempre son abordadas cuando se habla de lucha contra la corrupción, como lo son el Sistema de Control Interno Institucional, la atención de denuncias y el rol que juega la auditoría interna para prevenir, detectar y sancionar actos de corrupción.

Asimismo, se enlistan una serie de acciones que producto de la investigación, se consideran necesarias implementar en las administraciones públicas costarricenses para fortalecerlo, tales como el diseño de SCI enfocados en la detección y recopilación de evidencia de actos de corrupción, la inclusión de los riesgos de corrupción en el SEVRI, el rediseño de auditorías de la ética, la inclusión de la ciudadanía en el seguimiento de las recomendaciones que emite la AI a la administración activa, la creación de canales efectivos para la recepción de denuncias y los procedimientos para investigarlas tanto de parte de la administración como de la AI, y finalmente, la necesidad de reforzar la atención de denuncias, los mecanismos de protección dirigidos, principalmente al denunciante interno, que posee mayor conocimiento de actos irregulares en la institución, pero al ser más vulnerable se atreve menos a denunciar, entre otras acciones.

El trabajo se basó en la revisión documental, entrevista al Presidente del Instituto de Auditores Internos de Costa Rica, que es la organización que agrupa a todos los auditores internos del sector público y privado del país, lo cual lo convierte en un actor relevante en este tema y finalmente, una encuesta en la cual se recopiló la opinión de 125 funcionarios públicos de 56 instituciones públicas del país.

Palabras clave: prevención de la corrupción, sistema de control interno institucional, auditoría interna y denuncias

1. Introducción

Generalmente cuando se habla de lucha contra la corrupción, en lo primero que se piensa es en el proceso penal, en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y en las sanciones administrativas y penales; sin embargo, el fenómeno de la corrupción es complejo y multicausal, lo cual demanda que sea abordado por múltiples frentes. Ello no significa que no se deba considerar el aspecto punitivo, pero sin duda, no es la única herramienta, ni el único actor importante.

Existen otras figuras, que si bien, no están creadas exclusivamente para luchar contra la corrupción, en su aplicación posee repercusiones relevantes, como lo es el Sistema de Control Interno Institucional, que pretende garantizar que las instituciones alcancen sus objetivos y en esta labor permite prevenir, detectar y recopilar evidencia para sancionar actos de corrupción.

La denuncia es otro medio relevante para la lucha contra la corrupción, y finalmente, la auditoría interna, que si bien, posee múltiples funciones dentro de una entidad, es un actor relevante en estos temas. Razón por la cual se planteó el presente estudio, que busca analizar actores menos tradicionales, pero también relevantes en este tema.

El presente documento plasma los resultados de una investigación constructivista que se ejecutó a través de la aplicación de entrevista a profundidad a un informante clave, como lo es el Presidente del Instituto de Auditores Internos de Costa Rica, organización que agrupa a todos los funcionarios de las auditorías internas del sector público, y una cantidad importante del sector privado en el país, además, de la opinión de 125 funcionarios públicos de 56 instituciones públicas de todos los sectores del país, que permitieron validar los resultados de la investigación.

2. Rol del Sistema de control interno en la lucha contra la corrupción

El sistema institucional de control interno en adelante SCI es un medio que procura garantizarle a las instituciones el cumplimiento de sus objetivos. En el 2002 mediante la aprobación de la Ley General de Control Interno en adelante Ley N° 8292 se establece como obligación legal, que toda institución pública debe instaurar un sistema de control interno y ello ha permitido que, con el tiempo, se alcance mejor nivel de madurez.

Dentro de sus objetivos se encuentra precisamente: *"a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal"* art. 8 de la Ley N° 8292 de tal manera, que un adecuado SCI permite prevenir, detectar y recopilar evidencia para su posterior sanción, de actos de corrupción.

En 1992 el Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway en adelante COSO emitió el Informe de Control Interno denominado "COSO I" cuyo objetivo era crear una definición compartida de control interno y darles herramientas a las entidades privadas, y más tarde, las públicas, sobre como evaluar su control interno. Antes de este informe el control interno se limitaba al control contable sobre activos financieros, que luego se extiende a todos los aspectos necesarios para garantizar el cumplimiento de los fines y objetivos de la organización.

El SCI está integrado por cinco componentes: ambiente de control, actividades de control, información, evaluación y administración de riesgos y seguimiento; de ellos se destaca el "ambiente de control" por su íntima relación con la ética pública. Este componente es la base del control interno y en sus cimientos recae todo el sistema, las fortalezas o debilidades del ambiente de control repercutirán en los demás componentes. El informe Marco de Control Interno Integrado (2013) denominado "COSO III" lo reconoce de forma expresa; así como el artículo 13 de la Ley N° 8292:

Definición de Ambiente de Control

Informe COSO	Ley General de Control Interno
<p>El entorno de control</p> <p>El entorno de control es el conjunto de normas, procesos y estructuras que constituyen la base sobre la que se desarrolla el control interno de la organización. El consejo y la alta dirección son quienes marcan el “Tone at the Top” con respecto a la importancia del control interno y los estándares de conducta esperados dentro de la entidad.</p> <p>La dirección refuerza las expectativas sobre el control interno en los distintos niveles de la organización.</p> <p>El entorno de control incluye la integridad y los valores éticos de la organización; los parámetros que permiten al consejo llevar a cabo sus responsabilidades de supervisión de gobierno corporativo; la estructura organizacional y la asignación de autoridad y responsabilidad; el proceso de atraer, desarrollar y retener a profesionales competentes; y el rigor aplicado a las medidas de evaluación del desempeño, los esquemas de compensación para incentivar la responsabilidad por los resultados del desempeño. El entorno de control de una organización tiene una influencia muy relevante en el resto de componentes del sistema de control interno.</p>	<p>Artículo 13.-Ambiente de control. En cuanto al ambiente de control, serán deberes del jerarca y de los titulares subordinados, entre otros, los siguientes:</p> <p>a) Mantener y demostrar integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, así como contribuir con su liderazgo y sus acciones a promoverlos en el resto de la organización, para el cumplimiento efectivo por parte de los demás funcionarios.</p> <p>b) Desarrollar y mantener una filosofía y un estilo de gestión que permitan administrar un nivel de riesgo determinado, orientados al logro de resultados y a la medición del desempeño, y que promuevan una actitud abierta hacia mecanismos y procesos que mejoren el sistema de control interno.</p> <p>c) Evaluar el funcionamiento de la estructura organizativa de la institución y tomar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de los fines institucionales; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.</p> <p>d) Establecer claramente las relaciones de jerarquía, asignar la autoridad y responsabilidad de los funcionarios y proporcionar los canales adecuados de comunicación, para que los procesos se lleven a cabo; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.</p> <p>e) Establecer políticas y prácticas de gestión de recursos humanos apropiadas, principalmente en cuanto a contratación, vinculación, entrenamiento, evaluación, promoción y acciones disciplinarias; todo de conformidad con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable.</p>

Tabla N° 1: Definición de Ambiente de Control.

Este aspecto es recopilado en el principio 1 del informe COSO III titulado: Demuestra compromiso con la integridad y los valores éticos. Este principio demanda que el control debe basarse en la integridad y el compromiso ético de los altos jerarcas quienes deben dar el ejemplo de estándares de conducta en la organización. Deben demostrar a través de sus instrucciones, acciones y comportamientos la importancia de la integridad y los valores éticos necesarios para el adecuado funcionamiento del SIC. Se basa en dos pilares:

- Integridad y valores éticos: Consolidar un clima ético fuerte dentro de la organización aplicable a todos los niveles contribuye en forma significativa a la eficacia de las políticas y los sistemas de control de las entidades, y permite influir sobre comportamientos que escapan a mecanismos de control complejos. Las organizaciones deben darles señales claras a sus colaboradores de cuáles conductas son correctas e incorrectas en la entidad.
- Estándares de conducta: Son guías de conducta sobre comportamientos, actividades y decisiones para alcanzar objetivos, que deben aplicarse en todo momento. Los estándares deben ser especialmente claros para situaciones complicadas. Se deben comunicar a todos los niveles de la organización, e incluso a terceros que se vinculen con ella, como proveedores y clientes.

Riesgo de auditoría: riesgo de que el auditor exprese una opinión de auditoría inadecuada cuando los estados financieros contienen incorrecciones materiales. El riesgo de auditoría es una función del riesgo de incorrección material y del riesgo de detección.

Riesgo de Control: Es la posibilidad de que los procedimientos de control interno incluyendo a la unidad de auditoría interna, no puedan prevenir o detectar los errores significativos de manera oportuna. Este riesgo si bien no afecta a la organización como un todo, incide de manera directa en los componentes.

Riesgo de detección: riesgo de que los procedimientos aplicados por el auditor para reducir el riesgo de auditoría a un nivel aceptablemente bajo no detecten la existencia de una incorrección que podría ser material, considerada individualmente o de forma agregada con otras incorrecciones.

Fuente: NIA 200: Objetivos globales del auditor independiente

Por su parte, las actividades de control permiten disuadir al funcionario de cometer actos antiéticos, antijurídicos o corruptos; o bien, facilitar su detección y recopilar evidencia que permitan su posterior sanción; no obstante, ninguna actividad de control es infalible, pues existe el riesgo inherente y riesgo de detección que podrían conllevar a que se evadan los controles y que estas prácticas no sean detectadas; pese a ello, si se cuentan con mejores mecanismos de control será más difícil la comisión de este tipo actos de manera impune. En la medida en que la ética institucional sea más robusta, y se cuente con un ambiente de control sano, las actividades de control serán más confiables y efectivas y se disminuye el riesgo de detección.

El componente de identificación y valoración de riesgos le provee a la institución información valiosa para identificar áreas con mayor riesgo de corrupción, o detectar ausencia o deficiencias de controles adecuados que facilitan su comisión.

En 2004 se emite el informe Marco Integrado de Gestión de Riesgos denominado "COSO II" que pone un mayor énfasis en el riesgo, y establece un nuevo modelo de gestión, en el cual las administraciones deben organizarse administrando los riesgos que la puedan afectar. Mientras que en 2013 se emite COSO

III, cuyo principio 8 establece la obligación de evaluar el riesgo de fraude al que está expuesto como organización. Define fraude como cualquier acto u omisión intencional diseñado para engañar a los demás, resultando en una pérdida para la víctima y/o una ganancia para el perpetrador.

Tipo de fraude	Descripción
Reporte fraudulento de información financiera	Cualquier declaración errónea intencional de información contable constituye un reporte fraudulento de información financiera.
Reporte fraudulento de información no financiera	Reporte fraudulento de riesgos y esquemas financieros que podrían dar lugar a falsedad en los reportes de información ambiental, seguridad, control de calidad o métricas operativas.
Malversación de fondos	Por parte de empleados, clientes o proveedores u organizaciones criminales afectando los activos tangibles e intangibles de la organización, así como las oportunidades de negocio. Tales como: robo de empleados, facturas de proveedores ficticios, falsas reclamaciones de clientes, ciberataques externos, etc.
Otros actos ilegales y de corrupción	La corrupción se define como el mal uso del poder delegado para la obtención de un beneficio privado. Constituyen actos ilegales las violaciones a las leyes o regulaciones gubernamentales que podrían ocasionar un impacto material, directo o indirecto, en los reportes financieros externos. Como ejemplos se incluyen el soborno, instigación, encubrimiento o complicidad en el fraude, violación a las leyes, uso ilícito de información personal, secretos comerciales o información de seguridad nacional; violaciones de carácter laboral, de exportación de tecnología o leyes de protección al consumidor.

Tabla N° 2: Tipos de riesgo de fraude.

Fuente: Elaboración propia a partir de COSO III..

La Carta Iberoamericana de la Ética e Integridad en la Función Pública (2018) insta a las organizaciones a considerar los riesgos de corrupción en sus evaluaciones: *“OCTAVA REALIZAR evaluaciones de riesgos de corrupción en el ámbito de sus organizaciones, focalizándolos esencialmente en las áreas de riesgo y siguiendo las fases que las organizaciones internacionales especializadas proponen.”* (pág., 7).

La administración debe tomar las acciones pertinentes para administrar estos riesgos; lo cual unido a una adecuada gestión de la información y un seguimiento continuo del sistema permite ir introduciendo mejoras permanentes que contribuyen al fortalecimiento de la ética pública.

La Guía de gestión de riesgos de fraude emitida para materializar los principios de COSO III señala que, como instrumento preventivo, las organizaciones deben diseñar un modelo de riesgo de fraude en los diferentes componentes del SCI:

Componente	Principios de evaluación de riesgos de Fraude
Entorno de control	La organización establece y difunde el Programa de Gestión de Riesgos de Fraude, que demuestra las expectativas de la alta jerarquía y su compromiso con la integridad y los valores éticos en relación a la gestión del riesgo de fraude.
Evaluación de riesgos	La organización realiza una evaluación exhaustiva del riesgo de fraude para identificar esquemas de fraude y riesgos específicos, evaluar su probabilidad e impacto, la existencia de actividades de control e implementar acciones para mitigar el riesgo de fraude residual.
Actividades de control	La organización selecciona, desarrolla e implementa controles antifraude preventivos y detectivos para mitigar la ocurrencia de eventos de fraude o que no sean detectados de manera oportuna.
Información y comunicación	La organización establece un proceso de comunicación para obtener información de potenciales fraudes, y despliega un enfoque coordinado para la investigación y toma de medidas correctivas de manera apropiada y oportuna.
Monitoreo y seguimiento	La organización selecciona, desarrolla y ejecuta evaluaciones permanentes para determinar si cada uno de los cinco principios de la gestión del riesgo de fraude está presente y en funcionamiento, y comunica de manera oportuna las deficiencias identificadas a los responsables de la adopción de medidas correctivas, incluyendo la alta jerarquía institucional, según corresponda.

Tabla N° 3: Riesgos de fraude y su relación con los componentes del SCI.
 Fuente: Elaboración propia con base en la Guía de gestión de riesgos de fraude de COSO III.

La identificación de riesgos se realiza de manera cíclica, y de la misma forma se deben identificar y evaluar los riesgos de fraude. COSO III propone el siguiente esquema:



Figura N° 1. Ciclo de evaluación de riesgo de fraude

La Carta Iberoamericana de la Ética e Integridad en la Función Pública (2018) se refiere a la necesidad de vincular los sistemas de ética pública con el sistema de control interno: "DUODÉCIMA INTEGRAR de forma cooperativa el sistema de integridad de su organización con el sistema de control interno de la propia entidad, estableciendo sinergias entre ambos sistemas. También se buscará la cooperación con las unidades externas de control". (pág., 8)

Un adecuado sistema de control interno y una práctica continua de evaluar los riesgos de fraude que incluye la comisión de actos de corrupción e ilegales en la organización, tanto de parte de funcionarios como de terceros, corresponde a un instrumento esencial para la prevención, detección y sanción de actos de corrupción. Tomando en consideración la importancia que posee el SCI en la lucha contra la corrupción y las debilidades que presentan en las instituciones públicas de nuestro país en el tema, se enlistan las siguientes recomendaciones.

3. Acciones en materia de control interno para prevenir la corrupción pública

1. Fortalecer los sistemas de control interno institucionales para prevenir actos de corrupción

El SCI posee distintos niveles de madurez según el grado de avance que haya alcanzado la institución en las distintas áreas que lo compone, el cual va, desde el nivel incipiente básico hasta experto avanzado:

- **Incipiente:** Existe evidencia de que la institución ha emprendido esfuerzos aislados para el establecimiento del sistema de control interno; sin embargo, aún no se ha reconocido su importancia. El enfoque general en relación con el control interno es desorganizado.
- **Novato:** Se han instaurado procesos que propician el establecimiento y operación del sistema de control interno. Se empieza a generalizar el compromiso, pero éste se manifiesta principalmente en la administración superior.

- **Competente:** Los procedimientos se han estandarizado y documentado, y se han difundido en todos los niveles de la organización. El sistema de control interno funciona conforme a las necesidades de la organización y el marco regulador.
- **Diestro:** Se han instaurado procesos de mejora continua para el oportuno ajuste y fortalecimiento permanente del sistema de control interno
- **Experto:** Los procesos se han refinado hasta un nivel de mejor práctica, se basan en los resultados de mejoras continuas y la generación de iniciativas innovadoras. El control interno se ha integrado de manera natural con las operaciones y el flujo de trabajo, brindando herramientas para mejorar la calidad y la efectividad, y haciendo que la organización se adapte de manera rápida.

El grado de madurez permite determinar los niveles de confianza que posee los mecanismos de control para prevenir y detectar actos de corrupción, toda vez, que un SCI de nivel incipiente tendrá muy poca confiabilidad, y un alto riesgo de que se cometan actos de corrupción, por el contrario, el nivel experto disminuye el riesgo de actos de corrupción, e incrementa las probabilidades de detectar este tipo de actos, en caso de que se materialicen.

Ello demanda que las instituciones públicas realicen esfuerzos para alcanzar niveles altos de madurez del SCI, de tal manera, que se deben reforzar los SCI que permita garantizar el cumplimiento de los objetivos públicos y disminuir la incidencia de actos de corrupción. Al respecto se les consultó a los funcionarios públicos encuestados su opinión sobre la necesidad de reforzar los SCI con un apoyo del 91.2% de los participantes:

Las instituciones públicas deben reforzar sus sistemas de control interno para disminuir la incidencia de actos de corrupción.

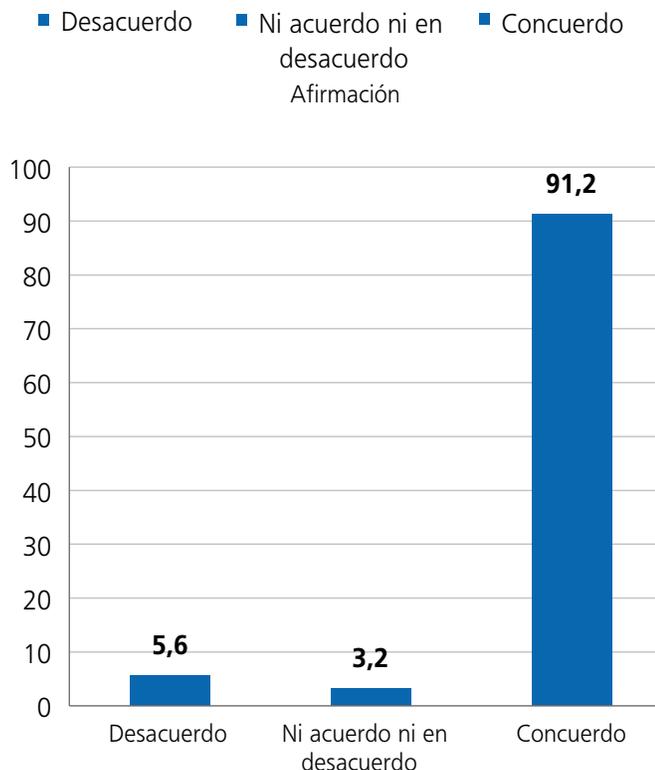


Figura N° 2. Opinión de los funcionarios públicos consultados a la necesidad reforzar los SCI.

De tal manera, que no se trata, no sólo de evitar incurrir en debilitar el SCI, situación sancionada en el numeral 39 de la Ley N° 8292, cuando dice: "Artículo 39.-Causales de responsabilidad administrativa./.../El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa, cuando debiliten con sus acciones el sistema de control interno u omitan las actuaciones necesarias para establecerlo, mantenerlo, perfeccionarlo y evaluarlo, según la normativa técnica aplicable" sino que se trata de ir más allá.

Tanto el jerarca como los titulares subordinados están en la obligación de velar por obtener un alto grado de madurez de su SCI, de tal manera, que sea un instrumento más eficiente en la lucha contra la corrupción institucional.

2. Diseñar sistemas de control interno tendientes a detectar y sancionar actos de corrupción

El sistema de control interno es responsabilidad de todas las personas funcionarias de la institución, aun cuando se les atribuyen competencias específicas a sus componentes orgánicos: Jerarcas y titulares subordinados y la auditoría interna. No obstante, el cumplimiento de las medidas de control abarca a todas las personas que se vinculan con la institución; sin embargo, uno de los mayores retos que aún queda pendiente de superar en el tema, es precisamente la errónea percepción que existe entre los funcionarios públicos de que el control interno es responsabilidad exclusiva de la Auditoría Interna.

Así lo destacó el señor González Castro en su condición de Presidente del Instituto de Auditores Internos de Costa Rica en adelante IAICR : "a veces las instituciones ven esto del control interno, como algo muy etéreo, como algo muy elevado, o pasa lo mismo con el tema de la ética, le dan un curso de control interno y ya. Ven que el tema del control interno es responsabilidad de los auditores, que el control interno es una cosa competencia de los auditores, pero eso no es así, inclusive uno sabe, que, si Usted va a preguntarle a cualquier funcionario uno de los componentes del sistema de control interno y de 10 quizás 1 sepa, porque la gente no estudia eso, es como algo muy alejado de ellos"

Sin embargo, se reconoce que un adecuado sistema de control interno aumenta las posibilidades de evitar y detectar la comisión de un acto de corrupción, al contar con la aprobación del 57.6% de los funcionarios públicos consultados al respecto.

Un adecuado sistema de control interno aumenta las posibilidades de evitar y detectar la comisión de un acto de corrupción.

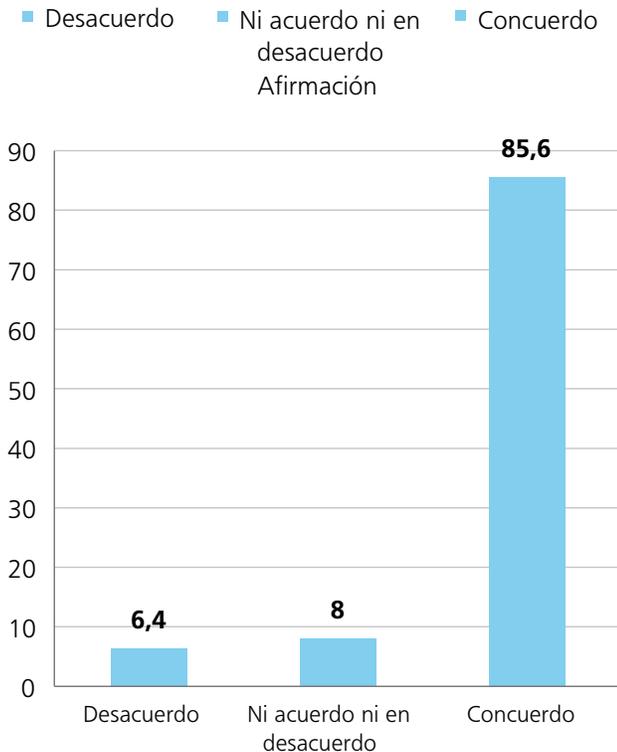


Figura N° 3. Opinión de los funcionarios públicos a la afirmación de que un SCI aumenta las posibilidades de evitar y detectar actos de corrupción.

Ello implica que, al momento de diseñar el sistema de control interno institucional, en todos sus componentes funcionales: ambiente de control, evaluación de riesgos, actividades de control, información y comunicación y seguimiento y monitoreo se contemple el eje anticorrupción.

De tal manera, que se diseñen e implementen medidas preventivas, pero también, detectivas y que permitan recopilar evidencia para sancionar actos de corrupción. En muchas ocasiones se conoce de la materialización de actuaciones irregulares, sin embargo, se carece de documentación y evidencia que pueda ser utilizada como prueba en un proceso sancionatorio, sea de carácter administrativo o jurisdiccional, lo cual puede ser solventado con adecuados sistemas de control interno que permitan encontrar los rastros de actuaciones administrativas irregulares.

En este punto se debe hacer la distinción entre evidencia de auditoría y prueba para un proceso administrativo o jurisdiccional. La NIA 200: Objetivos globales del auditor independiente define evidencia de auditoría como:

Evidencia de auditoría: información utilizada por el auditor para alcanzar las conclusiones en las que basa su opinión. La evidencia de auditoría incluye tanto la información contenida en los registros contables de los que se obtienen los estados financieros, como otra información. Para los propósitos de las NIA: (i) La suficiencia de la evidencia de auditoría es la medida cuantitativa de ésta. La cantidad de evidencia de auditoría necesaria depende de la valoración del auditor del riesgo de incorrección material, así como de la calidad de dicha evidencia de auditoría. (ii) La adecuación de la evidencia de auditoría es la medida cualitativa de ésta, es decir, su relevancia y fiabilidad para respaldar las conclusiones en las que se basa la opinión del auditor.

Por su parte, evidencia en el ámbito legal es sinónimo de prueba: "La prueba es todo elemento que permite encomendar, patentizar, dar fe de alguna situación; es todo aquello que es apto para rememorar un hecho no presente. Ahora bien, también se denomina prueba al medio a través del cual el litigante presenta al juez la verdad del hecho afirmado; así, por ejemplo, un documento, el dictamen de un perito, la declaración de un testigo, la confesión, etcétera. Igualmente, se denomina prueba a la actividad o procedimiento desarrollado al ofrecer o producir un medio probatorio." (Arroyo, 2014). Sin embargo, en hechos irregulares la evidencia recopilada en un estudio de auditoría puede ser utilizada como una prueba en un procedimiento sancionatorio.

De tal manera que el sistema de control interno permite:

Rol del sistema de control interno en la lucha contra la corrupción		
Prevenir	Detectar	Sancionar
<ul style="list-style-type: none"> • Ambiente de control interno ético. • Cultura de prevención de la corrupción. • Adecuadas acciones de control. • Sistemas de información fluidos. • Autoevaluación y seguimiento continuo de dichas actuaciones. 	<ul style="list-style-type: none"> • Instrumentos de control administrativos que permitan detectar situaciones irregulares • Sistemas de aprobaciones, revisiones, autorizaciones, etc. tendientes a que un superior identifique actuaciones irregulares. • Revisiones de parte de la auditoría interna y otros organismos de control tendientes a reconocer actos de corrupción. 	<ul style="list-style-type: none"> • Identificar la ruta de actuaciones irregulares. • Identificar a los funcionarios involucrados en la comisión de un acto de corrupción. • Generar documentación que permitan probar la comisión de un acto de corrupción.

Tabla N° 4. Rol del sistema de control interno en la lucha contra la corrupción.

Para ello se requiere diseñar mecanismos de control enfocados en la detección y recopilación de evidencias en caso de la comisión de actos de corrupción, implementar sistemas de información y seguimiento del SCI bajo un enfoque de detección de actos de corrupción e instruir tanto a la administración como a la auditoría interna en la recopilación de datos que puedan ser utilizados como evidencia en un proceso sancionatorio administrativo o penal por la comisión de un acto de corrupción.

3. Incluir los riesgos de actos de corrupción en el SEVRI

El numeral 14 de la Ley N° 8292 establece como obligación de los jefes y titulares subordinados realizar las labores propias para la valoración de riesgos, textualmente indica:

Artículo 14.-Valoración del riesgo. En relación con la valoración del riesgo, serán deberes del jefe y los titulares subordinados, entre otros, los siguientes:

- a) Identificar y analizar los riesgos relevantes asociados al logro de los objetivos y las metas institucionales, definidos tanto en los planes anuales operativos como en los planes de mediano y de largo plazos.*
- b) Analizar el efecto posible de los riesgos identificados, su importancia y la probabilidad de que ocurran, y decidir las acciones que se tomarán para administrarlos.*
- c) Adoptar las medidas necesarias para el funcionamiento adecuado del sistema de valoración del riesgo y para ubicarse por lo menos en un nivel de riesgo organizacional aceptable.*
- d) Establecer los mecanismos operativos que minimicen el riesgo en las acciones por ejecutar.*

A su vez, el numeral 17 de la citada Ley N° 8292 demanda la obligación de contar con un Sistema de Evaluación de Riesgos Institucionales (SEVRI), textualmente dice: *“Todo ente u órgano deberá contar con un sistema específico de valoración del riesgo institucional por áreas, sectores, actividades o tarea que, de conformidad con sus particularidades, permita identificar el nivel de riesgo institucional y adoptar los métodos de uso continuo y sistemático, a fin de analizar y administrar el nivel de dicho riesgo.”*

Generalmente las administraciones incluyen todo tipo de riesgos, tales como riesgos legales, riesgos de mercado, riesgos ambientales, entre otros, sin embargo, se olvidan los riesgos de actos de corrupción lo cual es perjudicial para la institución.

Las administraciones públicas deben darse la tarea de identificar áreas, tanto internas como externas, que

podrían ser objeto de actos de corrupción, y cómo gestionar adecuadamente dichos riesgos con un enfoque de corrupción. Además de publicitar dichos riesgos, y ponerlos a disposición de toda persona interesada en el tema, ello brinda transparencia al proceso de riesgos, incluyendo los riesgos de corrupción.

Para González Castro (2019) ello implica un cambio en la mentalidad de las auditorías internas, pasar de la metodología de trabajo tradicional que se basaba en la planeación del plan de trabajo que ejecutaría la AI en el año siguiente y a una visión en donde la atención de riesgos emergentes, que incluye los riesgos de corrupción, sean la prioridad: *“debe haber un cambio, muchos auditores hacen su plan de trabajo y cierran su visión a ver esos riesgos, y dicen: no, yo estoy aquí con mi plan de trabajo, pero es que esos riesgos pueden cambiar, esos riesgos son muy cambiantes, entonces, eso es una parte del trabajo de la auditoría que debe cambiarse. ¿Cómo voy a trabajar? Con base en ese plan, pero también puedo cambiar mi plan con base en los riesgos. Que eso es lo que pasa, a veces no hacen nada del plan, con base en riesgos emergentes. Bueno, no cumplió con el plan porque no hizo los estudios que había que hacer, pero atendió los riesgos emergentes /.../ otro hizo su plan de trabajo, pero no atendió los riesgos emergentes. Entonces, estaba mal que atendiera su plan de trabajo porque no atendió los riesgos emergentes, que tenía más importancia que hacer su plan de trabajo”*

Incluir los riesgos de actos de corrupción en el SEVRI demanda una autoevaluación que permite identificar los sectores de riesgos y tomar acciones para gestionarlos adecuadamente, tal y como demanda la normativa técnica al respecto, y que cuenta con el respaldo del 87.2% de los funcionarios públicos consultados.

Las instituciones públicas deben incluir los riesgos éticos y los riesgos de corrupción en la evaluación del Sistema de Valoración de riesgos

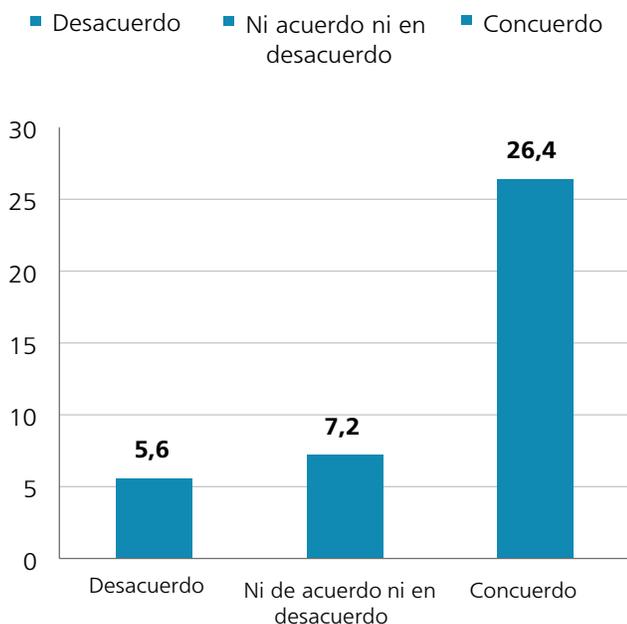


Figura N° 4. Apoyo de los funcionarios públicos a la propuesta de incluir riesgos de corrupción en el SEVRI

Ello implica identificar las áreas más riesgosas de ser objeto de actos de corrupción, identificar los riesgos éticos y riesgos de actos de corrupción, plasmar dichos riesgos en el SEVRI para diseñar estrategias para gestionar adecuadamente dichos riesgos y finalmente, darles el seguimiento y monitoreo adecuados.

4. Rol de la auditoría interna en la prevención, detección y sanción de actos de corrupción

La auditoría interna es un componente orgánico del sistema de control interno, según la Ley N° 8292 se define como una actividad independiente, objetiva y asesora, que proporciona seguridad al ente u órgano, puesto que se crea para validar y mejorar sus operaciones cuya labor es contribuir a que se alcancen los objetivos institucionales, mediante la práctica de un enfoque sistémico y profesional para evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control y de los procesos de dirección en las entidades y los órganos sujetos a esta Ley.

La auditoría interna proporciona a la ciudadanía una garantía razonable de que la actuación del jerarca y la del resto, de la administración se ejecuta conforme al marco legal y técnico y a las prácticas sanas, a través de sus competencias, que según el numeral 22 de la Ley N° 8292 son:

- a. Realizar auditorías o estudios especiales semestralmente, en relación con los fondos públicos sujetos a su competencia institucional, incluidos fideicomisos, fondos especiales y otros de naturaleza similar. Asimismo, efectuar semestralmente auditorías o estudios especiales sobre fondos y actividades privadas, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el tanto estos se originen en transferencias efectuadas por componentes de su competencia institucional.
- b. Verificar el cumplimiento, la validez y la suficiencia del sistema de control interno de su competencia institucional, informar de ello y proponer las medidas correctivas que sean pertinentes.
- c. Verificar que la administración activa tome las medidas de control interno señaladas en esta Ley, en los casos de desconcentración de competencias, o bien la contratación de servicios de apoyo con terceros; asimismo, examinar regularmente la operación efectiva de los controles críticos, en esas unidades desconcentradas o en la prestación de tales servicios.
- d. Asesorar, en materia de su competencia, al jerarca del cual depende; además, advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones, cuando sean de su conocimiento.
- e. Autorizar, mediante razón de apertura, los libros de contabilidad y de actas que deban llevar los órganos sujetos a su competencia institucional y otros libros que, a criterio del auditor interno, sean necesarios para el fortalecimiento del sistema de control interno.
- f. Preparar los planes de trabajo, por lo menos de conformidad con los lineamientos que establece la Contraloría General de la República.
- g. Elaborar un informe anual de la ejecución del plan de trabajo y del estado de las

recomendaciones de la auditoría interna, de la Contraloría General de la República y de los despachos de contadores públicos; en los últimos dos casos, cuando sean de su conocimiento, sin perjuicio de que se elaboren informes y se presenten al jerarca cuando las circunstancias lo ameriten.

h. Mantener debidamente actualizado el reglamento de organización y funcionamiento de la auditoría interna.

i. Las demás competencias que contemplen la normativa legal, reglamentaria y técnica aplicable, con las limitaciones que establece el artículo 34 de esta Ley.

Resulta de especial importancia el inciso i) toda vez que le otorga rango legal al cumplimiento de las obligaciones técnicas. En materia de investigación de hechos irregulares resulta de especial relevancia la NIA 240 "Responsabilidades del auditor en la auditoría de los estados financieros con respecto al fraude" la cual establece las responsabilidades que tiene el CPA como auditor con respecto al fraude en la auditoría de estados financieros. En concreto, desarrolla el modo de aplicar la NIA 315 y la NIA 330 en relación con los riesgos de incorrección material debida a fraude.

Por su parte, la NIA 315: "Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de las entidades y de sus entornos" versa sobre la responsabilidad que tiene el auditor de identificar y valorar los riesgos de incorrección material en los estados financieros, mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno, incluido el control interno de la entidad. El objetivo del auditor es identificar y valorar los riesgos de incorrección material, debida a fraude o error, tanto en los estados financieros como en las afirmaciones, mediante el conocimiento de la entidad y de su entorno, incluido su control interno, con la finalidad de proporcionar una base para el diseño y la implementación de respuestas a los riesgos valorados de incorrección material.

Ello demanda la elaboración de procedimientos de auditoría que cumplan tanto la normativa como los criterios técnicos específicos, que permitan garantizar la calidad del trabajo del auditor y el aporte que brinde

a la institución en el cumplimiento de sus objetivos, y por supuesto en la prevención y detección de actos de corrupción.

5. Acciones que debe implementar la auditoría interna para hacerla más eficiente en la lucha contra la corrupción

1. Replantear la forma en la cual se llevan a cabo las auditorías de la ética pública en el país

La auditoría de la ética pública ha sido reconocida a nivel internacional como una herramienta esencial para la prevención de la corrupción, dado que permite identificar áreas débiles que deben ser reforzadas para evitar la comisión de actos de corrupción, así como la emisión de recomendaciones, que le permite a la administración activa justificar dirigir recursos en estas materias.

Sin embargo, la manera en la cual se ha estructurado esta auditoría resulta sumamente rígida, similar a una auditoría tradicional, lo cual desconoce que la ética y el ambiente de control son procesos de formación continuos, tarea en la cual, la CGR posee una gran cuota de responsabilidad. En consecuencia, esta posición rígida impide que sean, realmente, mecanismos efectivos para luchar contra la corrupción.

Una de las grandes debilidades de las auditorías de la ética pública es precisamente, que están diseñadas como si las normas éticas fueran normas jurídicas, y el proceso ético es distinto al de la creación de una ley. Una norma sea legal o reglamentaria empieza a regir luego de su publicación, pero el cumplimiento de un valor institucional demanda un proceso previo de interiorización del funcionario y un cambio en la cultura institucional, de tal manera, que la promulgación de los valores instituciones, códigos de ética, códigos de conducta y demás demandan procesos de asimilación que impiden que sus efectos sean inmediatos sino a largo plazo.

Incluso se llega a confundir quién es el responsable de la ética, y el ambiente ético de una institución, y demanda

de las comisiones institucionales de ética labores que están fuera de sus funciones y competencia. Para solventar esta debilidad se requiere replantear la forma en la cual se realizan las auditorías de la ética pública en el país a fin de que rompan el modelo jurídico tradicional de la auditoría y comprendan la dinámica de la ética, empezando por los lineamientos emitidos y las herramientas para la auditoría de la ética; así como los procedimientos que ejecutan las auditorías internas a lo interno de sus instituciones, cuando realizan este tipo de estudios.

Para ello se requiere que los órganos de control comprendan el rol de las comisiones institucionales de ética y el ciclo normal de madurez de la materia ética en las instituciones públicas, el cual, también posee su propio nivel de madurez, revisar los lineamientos y herramientas utilizadas actualmente para hacer la auditorías de ética pública para ajustarlas a la visión ética y al nivel de madurez del sistema ético institucional y emitir recomendaciones en materia ética tomando en consideración que la ética se integra día a día y no se solventa con la aprobación de lineamientos.

Finalmente, se debe señalar que una de las grandes debilidades radica en que las instituciones, con tal de "cumplir" con lo solicitado copian instrumentos de otras instituciones como: código de ética, código de conducta, política institucional de valores, etc., sin el proceso de elaboración participativa e integración que demandan, lo cual convierte a estos instrumentos en mecanismos totalmente inefectivos al no haber sido interiorizados por los funcionarios.

Los valores se viven, de tal manera, que aquellos valores y buenas prácticas impuestas mediante órdenes, y sin un proceso de participación e involucramiento de los funcionarios, simplemente no serán valores que cambien la conducta del funcionariado.

2. Transparentar y participar a la ciudadanía en el seguimiento de las recomendaciones emitidas por las auditorías internas

Las auditorías internas emiten recomendaciones dirigidas a los jefes y titulares subordinados de la administración activa tendientes a corregir debilidades

de control de las instituciones, las cuales pueden convertirse en riesgos de actos de corrupción de tal manera, por lo que transparentarlas le otorgaría un elemento de prevención.

Además, bajo una filosofía de participación ciudadana, se debe incluir a la ciudadanía en el seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones de parte de la administración activa, toda vez, que la ciudadanía que recibe los servicios públicos es muchas veces la mayor interesada en que se cumplan dichas recomendaciones, y, por lo tanto, al tener un contacto directo con la administración pueden contribuir a darle seguimiento.

Transparencia Internacional (2019) reveló que el 84 % de los costarricenses creen que las personas comunes pueden marcar una diferencia determinante en la lucha contra la corrupción, de tal manera, que es necesario incluir a la ciudadanía en la labor de control. Transparentar las recomendaciones emitidas por la AI en sus informes incluso publicitar los informes de auditoría completos facilita que cualquier ciudadano interesado le exija a la administración activa el cumplimiento de dichas recomendaciones.

Se debe señalar que en el segundo plan de Gobierno Abierto que Costa Rica presentó ante Open Government Partnership (OGP), lo cual fue considerado por dicho organismo internacional como una iniciativa estrella, que debe ser retomada.

De tal manera que, excluyendo aquellos informes vinculados con responsabilidad administrativa, penal o civil, así como otras materias que por disposición legal deben ser confidenciales, se recomienda transparentar e involucrar a la ciudadanía en el seguimiento de las recomendaciones emitidas por la AI hacia la administración activa como una forma de prevenir la comisión de actos de corrupción.

3. La auditoría interna debe diseñar mecanismos para la atención de denuncias y seguimiento los productos derivados de ellas

Dentro de las funciones ordinarias que debe realizar toda auditoría interna, precisamente esta la atención de denuncias sobre el mal uso de los fondos públicos

institucionales, sin embargo, no todas las auditorías cuentan con procedimientos especializados en esta materia.

Aspecto que confirmó el señor González Castro del IAICR: *“es importante que la auditoría tenga un procedimiento para la atención de las denuncias, porque a veces no tenemos ni el canal ni el procedimiento, y bueno, tenemos que tener las dos cosas, porque el procedimiento es muy importante para ver la admisibilidad de la denuncia, si la denuncia es algo que corresponde a un mal manejo de fondos públicos, o si es un tema de la administración y poder trasladarlo a la administración /.../ no todas las administraciones lo tienen y eso viene en demérito de quien pueda denunciar”*

Los procedimientos de auditoría para atender denuncias son distintos a los procedimientos ordinarios aplicados para realizar un estudio que dé como resultado la elaboración de un informe de auditoría o una advertencia. Ello demanda la elaboración de procedimientos especializados que tomen en consideración el marco legal aplicable y los posibles resultados que se originen en dicha investigación.

La NIA 240 Responsabilidad del auditor frente al fraude señala que el auditor es responsable de la obtención de una seguridad razonable de que los estados financieros considerados en su conjunto están libres de incorrecciones materiales debidas a fraude o error; asimismo, debe aplicar su “escepticismo profesional” al estudiar estos casos a fin de descartar los participantes y las debilidades en que ha incurrido la administración que permiten la comisión de dicha actividad fraudulenta.

Los objetivos que debe perseguir el auditor en este tipo de estudios son:

- Identificar y valorar los riesgos de incorrección material en los estados financieros debida a fraude
- Obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada con respecto a los riesgos valorados de incorrección material debida a fraude, mediante el diseño y la implementación de respuestas apropiadas

- Responder adecuadamente al fraude o a los indicios de fraude identificados durante la realización de la auditoría.

La NIA 220 Control de Calidad del Trabajo de Auditoría define escepticismo profesional como una actitud que incluye una mentalidad inquisitiva, una especial atención a las circunstancias que puedan ser indicativas de posibles incorrecciones debidas a errores o fraudes, y una valoración crítica de la evidencia de auditoría.

Asimismo, la atención de una denuncia puede dar como resultado un informe preliminar que debe ser remitido a la administración activa para que, en el ejercicio de su potestad disciplinaria, instaure los procedimientos administrativos correspondientes a fin de verificar la verdad real de los hechos y aplicar las sanciones correspondientes, o bien, puede ser un informe para otros órganos de control como lo sería el Ministerio Público o similares, por lo cual, la labor de la AI no puede quedarse en su simple remisión sino que debe darle seguimiento, a fin de conocer el resultado final de su labor.

Ello le permite garantizarse que su investigación fue fructífera, y en caso contrario detectar los errores en caso de que se deban a debilidades en el proceso de investigación incurridos a fin de mejorar los procedimientos instaurados para la atención de denuncias.

Por tanto, las auditorías internas deben diseñar e implementar procedimientos para atender y darle seguimiento a los productos elaborados a partir de la atención de dichas denuncias.

Las auditorías internas deben diseñar procedimientos para darle una adecuada atención y seguimiento a las denuncias que reciben.

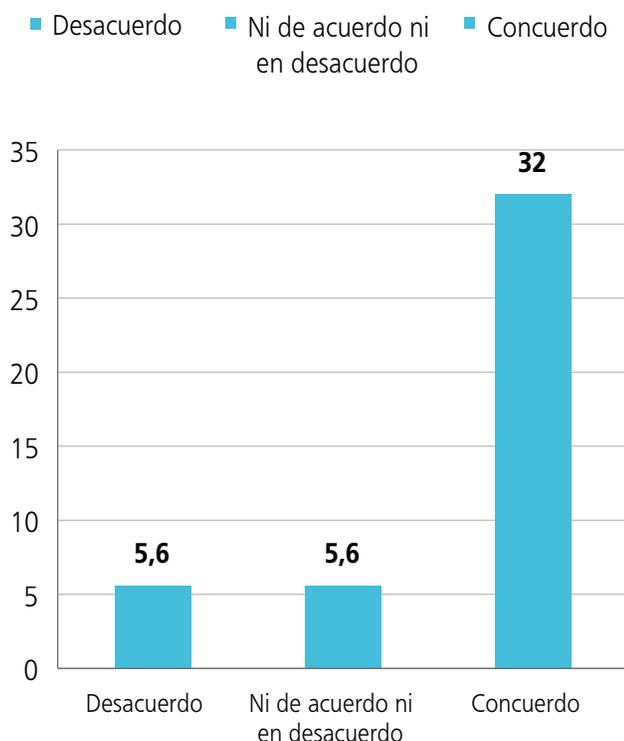


Figura 5. Apoyo de los funcionarios públicos encuestados a la necesidad darles atención y seguimiento a las denuncias atendidas por la AI.

Para ello el auditor interno debe liderar a su equipo en la elaboración de procedimientos de auditoría sobre el manejo de atención de denuncias, diseñar procedimientos para la investigación de denuncias y elaboración de productos finales dirigidos a la propia administración como a otros organismos de control e instaurar procedimientos para darle seguimiento a los productos de auditoría originados en la investigación de una denuncia.

6. Rol de la denuncia en la lucha contra la corrupción

La denuncia es un instrumento por el cual la ciudadanía participa en la fiscalización pública y pone en conocimiento, de las autoridades competentes, actos cometidos en coparticipación de funcionarios públicos y privados, que se estiman irregulares e ilegales en

detrimento de bienes públicos, con el fin de exigir de éstas una actuación oportuna para corregir la situación y ejercer sus potestades sancionatorias.

Entendemos la denuncia como aquella manifestación que por cualquier medio una persona realiza o hace llegar a una autoridad pública –independientemente del interés que ostente-, cuando ha tenido conocimiento de una situación o hecho irregular o ilícito, con el propósito de activar el debido funcionamiento del aparato investigador y represivo administrativo y judicial, de modo que éste verifique lo denunciado, y cuando corresponda exija el debido cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente en lo actuado u omitido, pudiendo incluso llegar a perseguir las responsabilidades que eventualmente correspondan. (Bolaños González, 2003)

La denuncia es un importante instrumento de control público. El numeral 39 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en adelante UNCAC insta a los organismos nacionales y al sector privado a alentar a sus nacionales y demás residentes a denunciar la comisión de todo tipo de delito tipificado en dicha convención; complementariamente, el artículo 13 del citado texto normativo insta la participación ciudadana, de tal manera, que obliga a los Estados a contar con los mecanismos idóneos y fáciles para que se presenten denuncias, incluso de forma anónima, sobre cualquier delito vinculado con corrupción.

La Carta Iberoamericana de la Ética e Integridad en la Función Pública (2018) prioriza los sistemas de denuncias y protección al denunciante, e incluye los aspectos esenciales que debe contemplar:

NOVENA INCORPORAR al marco de integridad un sistema de denuncias y de protección a los denunciantes de corrupción, fraude, despilfarro o conductas contrarias a los códigos éticos y, en su caso, a los testigos. Para las denuncias se habrá de regular el procedimiento de tal manera que se asegure una adecuada ordenación del mismo con pleno respeto a los principios de buena administración. En cuanto al sistema

de protección, éste incluirá el resguardo de la identidad y la protección de represalias a largo plazo. Esta Carta no impone ningún órgano específico para la gestión del sistema de denuncias, pero requiere que exista alguno y que reúna condiciones de independencia para desarrollar su labor. El sistema de denuncias debe diseñarse: 1. Con atención rápida sin que haya intermediarios innecesarios; 2. Con canales directos y especializados; 3. Con medidas para protección de identidad; 4. Con amplitud de canales (on line, call centers, líneas calientes, entrevistas discretas...); 5. Con procedimientos sencillos; 6. Con sanciones a los responsables de represalias; 7. Con castigo a las denuncias de mala fe; 8. Con medios personales y materiales suficientes; 9. Con procedimientos bien establecidos, donde esté claro: cuándo empieza la protección, cuándo se entiende que existe ya denuncia, duración de la protección y clarificación de sus fases, recursos de impugnación, reversión de la carga de la prueba en el ámbito laboral para casos de represalia. De todo ello se dará cuenta a la ciudadanía mediante un adecuado plan de difusión y comunicación. (pág., 07)

El denunciante es la persona física o jurídica, pública o privada, que pone en conocimiento, en forma escrita, verbal o por cualquier otro medio, ante los órganos de investigación de un país un hecho, que percibe como irregular o ilegal, para que se investigue, con el fin de prevenir o determinar la comisión de actos de corrupción, falta de ética y transparencia en la función pública o cualquier situación irregular que afecte los fondos públicos, con el fin de que se instauren los mecanismos sancionatorios respectivos.

El denunciante puede actuar en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber. El derecho a denunciar lo poseen los ciudadanos, quienes, al conocer un acto de corrupción, tienen la potestad de ponerlo en conocimiento de las autoridades y están obligadas a facilitarle el ejercer a dicho derecho.

Por su parte, los funcionarios públicos poseen la obligación de denunciar todo acto presuntamente irregular o ilegal del cual tengan conocimiento. Deber

contenido en el inciso 4) del artículo 8 de la UNCAC, en concordancia con punto 1 de la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción de los países miembros de la OEA en adelante CCICC, cuando tipifica el contenido de las normas de conducta, que incluye el deber, de todo el funcionariado público, de informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción de los que tenga conocimiento.

Las denuncias se pueden interponer de forma escrita mediante un documento formal acompañado de prueba de respaldo, en las oficinas de los organismos de investigación competentes para conocerlo. En forma electrónica, con la implementación del E-Government y las herramientas tecnológicas se ha facilitado la interposición de denuncias. El denunciante puede ingresar los datos en la página y medio digital diseñado por el ente competente, acelerando este proceso y facilitando la interposición de denuncias.

Las redes sociales y medios de comunicación en ocasiones divulgan hechos que deben ser objeto de investigación, lo cual les permite a los organismos investigadores iniciar de oficio las labores correspondientes para verificar la comisión de un hecho ilícito o irregular. De manera excepcional, se puede recibir una denuncia de manera oral, si el ente competente considera que el hecho denunciado amerita ser investigado a profundidad podrá iniciar la investigación de oficio proveniente una denuncia oral.

Para una mejor tramitación de la denuncia es necesario que incluya:

- Hechos denunciados: Descripción de la situación a través de información clara, precisa y circunstanciada, con suficiente nivel de detalle que le permita al investigador comprender qué se está denunciando.
- Pruebas de respaldo: Detalle de las pruebas que sirven para sustentar cada hecho denunciado, ahora bien, si carece de ella, al menos indicar dónde ubicarla.
- Identificación de los presuntos responsables, así como una mención de cuál sería la posible situación irregular denunciada. Ello no limita al

investigador, pues producto del estudio éste considera que se está en presencia de otro tipo de falta o delito puede modificarlo; no obstante, una primera tipificación de la falta facilita la labor de investigación.

- Pretensión del denunciante con la denuncia, y en caso que no la presente de forma anónima, señalar lugar para recibir notificaciones, que pudieren ser solicitudes de ampliación de información o comunicación de los resultados finales de la investigación.

La confidencialidad del denunciante es una de las principales garantías que deben garantizar los Estados para la promoción de la denuncia de actos irregulares o ilícitos. La UNCAC en su artículo 33 plasma la protección, en todos los aspectos, de la persona denunciante como un deber que deben cumplir los Estados. Confidencialidad que debe guardarse en todo momento, desde el transcurso de la investigación hasta la finalización de la misma, mediante las acciones legales que correspondan. Sin embargo, desde hace algunos años la OEA ha estado promoviendo la aprobación de normativa especial para proteger a los denunciantes y testigos de actos de corrupción.

Un adecuado sistema para la recepción de denuncias que sea sencillo, ágil, garantice la confidencialidad del denunciante y cuente con un equipo dedicado a su investigación constituye una herramienta importante para prevenir, detectar y sancionar prácticas irregulares e ilícitas que atentan contra los fondos públicos.

7. Avances necesarios para fortalecer la denuncia en la lucha contra la corrupción

1. Incentivar la denuncia de actos de corrupción mediante garantías adecuadas al denunciante

La denuncia sigue siendo la forma más importante para identificar actos de corrupción, si bien, ello no desmerita la efectividad de las labores de control que realizan tanto la administración, como la auditoría interna y los organismos de control, lo cierto, es que actualmente, la denuncia sigue siendo la forma más efectiva para lograr investigar y transparentar los casos de corrupción más relevantes, por lo tanto, requiere una legislación especial que incentive que quien tenga conocimiento de un acto de corrupción proceda a hacer la denuncia sin temor a recibir represalias.

Tanto para la administración como para la auditoría interna, resulta fundamental poder garantizarle al denunciante que no recibirá represalias, dado que el denunciante es un actor estrella en las investigaciones que realizan la auditoría interna. Al respecto el señor González Castro, Presidente del IAICR dijo: *“todas las instituciones deberían tener un buen sistema de protección al denunciante, porque a veces el denunciante no denuncia, por miedo a represalias, y porque se van a dar cuenta que él fue el que denunció y eso le va a traer consecuencias”*

Para ello se requiere de pasar de un sistema basado en la confidencialidad del denunciante art. 8 de la Ley N° 8422 a un sistema de garantías de protección al denunciante.

El principal problema radica en el “denunciante interno” a quien la mera confidencialidad de su identidad es una garantía insuficiente para tutelar sus derechos e instarlo no solo a denunciar, sino en algunos casos hasta declarar sobre algún hecho de corrupción que tenga conocimiento directo. En razón de lo anterior, se requiere evolucionar de un mecanismo de confidencialidad del denunciante hacia un sistema de garantías de protección al denunciante que le garantice al denunciante interno su estabilidad laboral

e integridad personal, de tal manera, que con ello se incentive la denuncia.

La jerarquía institucional puede emitir lineamientos internos que garanticen la estabilidad laboral, protejan a un subordinado en caso que presente una denuncia contra un superior, garanticen la estabilidad salarial, y demás medidas internas, de tal manera, que el denunciante interno tenga la confianza de interponer una denuncia contra cualquier infractor, incluso si se trata de un superior.

Se debe reforzar la garantía de confidencialidad del denunciante de la Ley General de Control Interno para incentivar la denuncia de actos de corrupción.

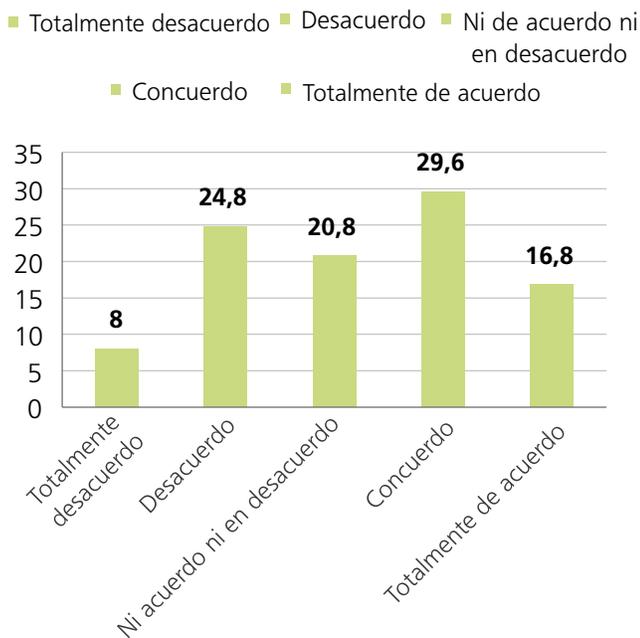


Figura 6. Opinión de los funcionarios encuestados sobre la necesidad de reforzar el sistema de garantía para el denunciante.

Al respecto se debe mencionar que la OEA posee una “Ley Modelo Protección de personas que denuncian actos de corrupción” que incluye medidas tanto para protección a denunciantes como a testigos, que recomienda a todos los países adaptar a su ordenamiento jurídico.

La finalidad de la Ley Modelo consiste en proteger la libertad de expresión para las personas que prestan declaración testimonial en casos de traición a la

confianza pública, contribuyendo así a combatir la corrupción, normativa de la cual carece el país, y que sin duda es una necesidad para incentivar la denuncia de actos de corrupción.

2. Crear un fuero de protección para el denunciante de actos de corrupción

Pese a que la normativa en materia de control interno y lucha contra la corrupción reconocen la importancia del denunciante, y pretenden protegerlo al garantizar la confidencialidad de su identidad, existe una preocupación respecto a la ausencia de mecanismos legales más fuertes para proteger la estabilidad laboral del denunciante interno.

La mayoría de los funcionarios públicos encuestados concuerdan en que la legislación actual carece de mecanismos idóneos para proteger la estabilidad laboral e integridad personal del funcionario público que denuncia un acto de corrupción contra su superior jerárquico o que se lleve a cabo dentro de la institución:

Las instituciones públicas carecen de mecanismos para proteger la estabilidad laboral e integridad personal del funcionario que denuncia un acto de corrupción contra su superior jerárquico o dentro de su institución.

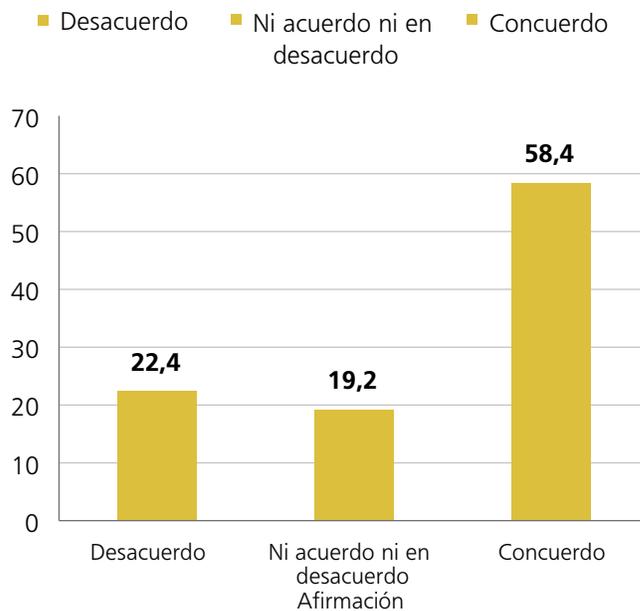


Figura 7. Cantidad de funcionarios que concuerdan con la ausencia de mecanismos de protección al denunciante interno.

Un sistema de protección al denunciante, más allá de la sola confidencialidad de la denuncia, resulta esencial, principalmente para el denunciante interno, dado que dentro de la misma institución es altamente probable que se sepa su identidad, o bien, que se generen sospechas y con ello represalias contra un grupo de funcionarios en particular.

Ante esta realidad se recomienda crear un fuero de protección especial a favor de la persona que denuncie actos de corrupción, que implique que el denunciante no puede ser despedido ni sancionado, sin que medie una causa justificada previa autorización de un ente externo, como podría ser la CGR, la PGR de Ética Pública, el Ministerio de Trabajo, o similar que verifique la objetividad de la sanción tal y como sucede actualmente con las sanciones y despidos de los auditores internos o el fuero de protección para el despido de la trabajadora embarazada se garantice que se mantendrán las mismas condiciones laborales, de lugar no podrá ser transferido de lugar, cambiado su puesto, cambiado el lugar físico de trabajo, etc. no se podrán cambiar las funciones, en el caso de trabajadores interinos se deberá garantizar que tendrán nombramiento permanente, salvo que por razones justificadas no sea necesaria la plaza, pero en ese caso la administración deberá probarlo y nuevamente, contar con el visto bueno de este ente externo que vele por la objetividad del proceso, le garantizará el derecho a sus vacaciones, permisos, descansos, en iguales condiciones que antes de interponer la denuncia.

En caso de que el funcionario reciba agresiones psicológicas, amenazas, o similares, la administración deberá tomar las actuaciones necesarias para trasladar de lugar al funcionario instigador que puede ser el denunciado o cualquier otro funcionario que se preste para ello de tal manera, que se mantenga aparte del denunciante, y a éste se le garantice su continuidad laboral, aplicará las sanciones disciplinarias al funcionario instigador y cualquier otro mecanismos de protección que requiera.

De tal manera, que no solo se garantice su estabilidad laboral y personal, sino que también se le proteja durante la investigación del acto de corrupción y proceso de sanción de la corrupción.

Ahora bien, surge la preocupación de que se dé un abuso de este fuero de protección, sin embargo, similares inquietudes surgieron cuando se aprobó el fuero de protección de la trabajadora embarazada y la experiencia ha sido más favorable. Ahora bien, una forma de minimizar dicho riesgo es con un buen proceso de admisibilidad. De tal manera, que una vez que se recibe la denuncia, se procede a realizar una breve investigación que permita determinar la seriedad de la denuncia y una vez que ha pasado el filtro de admisibilidad, y se procede a investigarla, dado que se considera que existen indicios suficientes que permiten darle credibilidad a la denuncia, se aplicará el fuero de protección al denunciante.

De esta manera, una denuncia infundada será descartada tempranamente, durante la admisibilidad de la denuncia etapa confidencial y el funcionario que la interpuso no gozará del fuero de protección.

Al contrario, cuando se trate de una denuncia válida, el denunciante gozará de dicho fuero de protección durante toda la investigación.

Para lograr este fuero de protección se requiere de aprobar una ley especial que lo incluya, precisamente una ley de protección al denunciante y testigos de actos de corrupción como la que impulsa la OEA para que se adopte en las legislaciones nacionales en la región.

3. Contar con adecuados los canales para la interposición de denuncias, publicitarlos e informar sobre los datos que deben incluir

Para incentivar la interposición de denuncias de actos de corrupción resulta fundamental contar con canales idóneos para recibirlas, canales que sean sencillos de utilizar, de fácil acceso para cualquier denunciante sea un usuario, un funcionario o un tercero, confiables, que garanticen que la denuncia llegue a su destino final y se proteja la identidad del denunciante, tal y como lo demanda la ley.

Sería infructuoso contar con buenos sistemas de protección al denunciante, si se carecen de canales idóneos para interponer la denuncia, tanto ante la propia administración como ante la auditoría interno.

El señor Gonzales Castro del IAICR narró una experiencia que confirma la importancia de contar con adecuados canales de recepción de denuncias: *“tuvimos una experiencia, llamaron para interponer una denuncia, al final decidieron poner la denuncia por correo, y el sobre llegó a la Auditoría, pero cuando el sobre llegó, llegó vacío, en el camino, no sé qué pasó, pero sacaron la denuncia, al final no se pudo atender la denuncia, porque no había denuncia. El sobre llegó con los sellos de correos, y todo, pero llegó vacío, entonces, vea la importancia de un buen canal de denuncias”*.

Se deben diseñar canales para la recepción de denuncias y publicitarlos tanto entre los funcionarios, como ante los usuarios, proveedores y cualquier tercero, para que ante el conocimiento de una situación irregular proceda a interponer su denuncia.

Inclusive se recomienda generar un modelo con los elementos que debe tener una denuncia, y hasta hacer ejemplos, dado que en muchas ocasiones las denuncias son archivadas por que no están claras, faltan elementos, por ejemplo, el nombre o al menos cargo del supuesto funcionario infractor, narración de los hechos, etc., carecen de documentación de respaldo o indicar dónde se encuentra, entre otros.

4. La administración debe diseñar mecanismos para la atención de las denuncias que recibe

La administración activa como componente orgánico del sistema de control interno art. 9 de la Ley N° 8292 y responsable de su implementación y desarrollo: *“Asimismo, será responsabilidad de la administración activa realizar las acciones necesarias para garantizar su efectivo funcionamiento”* art. 10 de la Ley N° 8292 debe velar por contar con adecuados mecanismos para investigar actos de corrupción, lo cual incluye la atención de denuncias que reciba de forma directa y que versen sobre aspectos de su competencia.

Sin embargo, la realidad es que las instituciones carecen de políticas y lineamientos claros y pertinentes para atender denuncias de todo tipo, y máxime de actos de corrupción. Criterio confirmado por los funcionarios públicos consultados.

Las instituciones públicas carecen de políticas y lineamientos claros para atender las denuncias.

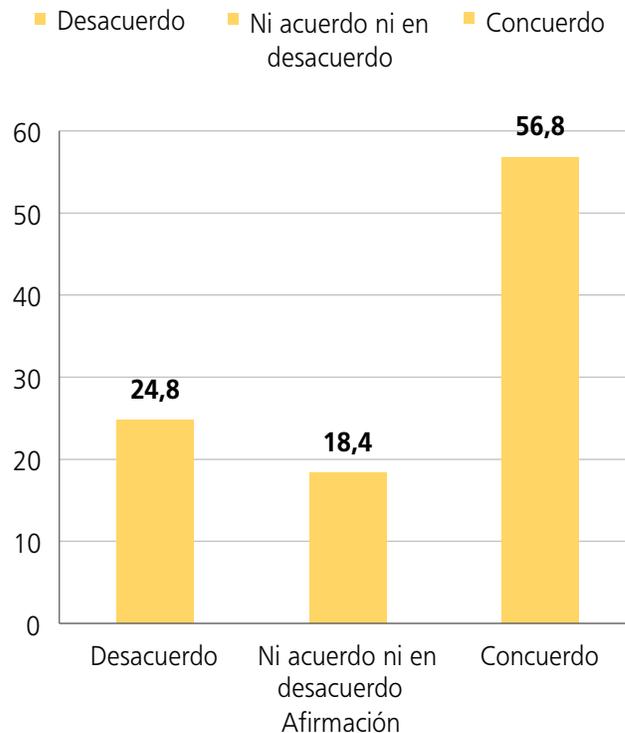


Figura 8. Posición de los funcionarios públicos consultados sobre la ausencia de políticas y lineamientos institucionales para la atención de denuncias.

Las instituciones públicas deben diseñar e implementar mecanismos idóneos para la atención de denuncias, una vez que las han recibido por medio de los canales idóneos. Al respecto el experto González Castro del IAICR señaló: *“todas las instituciones deberían tener un sistema de denuncias, se ha demostrado que muchos de los actos de corrupción o ilícitos, no son detectados por los estudios de auditoría, sino por denuncias que pone un tercero, pero a veces no hay un buen sistema para poner las denuncias, o no tenemos un sistema para atender las denuncias. Entonces, me parece, que todas las instituciones deberían tener un buen canal para atender las denuncias y un buen sistema para atender las denuncias”*.

Ello demanda que la atención de denuncias se asigne a una unidad competente para ello, la cual deberá mantener la confidencialidad y mecanismos propios de protección del denunciante y llevar a cabo todas

las diligencias que sean necesarias para verificar la veracidad de la denuncia. Además, se requiere de un apoyo constante de las unidades jurídicas internas, las cuales deberán guiar a la unidad encargada de atender la denuncia en materia legal.

De tal manera que las instituciones públicas deben contar con canales seguros e idóneos para recibir denuncias y de procedimientos y lineamientos para darles una adecuada atención.

5. Formar a personal especializado en investigar actos de corrupción

Para realizar una lucha efectiva contra la corrupción, es necesario que tanto la administración activa como la auditoría interna de las instituciones públicas cuenten con lineamientos, procedimientos y mecanismos para recibir, atender y darle seguimiento a las denuncias. De igual relevancia es la necesidad de todos los órganos que investiguen denuncias posean funcionarios competentes y especializados en la materia.

Si bien, no existe una "carrera en investigación de actos de corrupción" dado que el abanico fáctico en la cual se cometen actos corrupción es tan amplio, que a la fecha no se ha creado una formación única, sin embargo, existen herramientas de investigación criminal y técnicas de investigación de auditoría junto con instrumentos de inteligencia artificial que se han aplicado de manera exitosa en la investigación de estos casos.

De tal manera que resulta necesario que las instituciones públicas inviertan en capacitar, de manera constante, a los funcionarios designados en la atención de denuncias, lo cual demanda formación en investigación y por supuesto, formación legal, aún y cuando no se trata de abogados.

Compartir experiencias institucionales es una forma adecuada de reforzar estas competencias, por ejemplo, canales de comunicación entre auditorías internas de todas las instituciones del sector público, o bien, casos exitosos entre las mismas instituciones; así como cualquier otra forma para especializar a sus funcionarios en la investigación de este tipo de hechos.

Contar con personal idóneo, técnicamente competente aumenta las posibilidades de que la atención de denuncias e investigaciones de actos de corrupción sea fructífera, y disminuye el control que puedan ejercer los funcionarios corruptos sobre quienes tienen la tarea de investigarlos.

8. Conclusiones

Los temas tratados en las anteriores líneas abarcan múltiples temas vinculados con el Sistema de Control Interno y la atención de denuncias en la cual participan dos actores prioritarios, que son la administración activa y las auditorías internas, que tienen la responsabilidad de dirigir el Sistema, pero que se ejecuta con la participación no solo de todos los funcionarios públicos, sino también de los usuarios, y terceros que se vinculan con la institución.

La corrupción es un fenómeno multicausal y, por lo tanto, debe ser atacado por múltiples frentes, entre los cuales, el SCI juega un papel relevante, y la Auditoría Interna es un actor protagónico, ello demanda respaldar y reforzar el papel de estas figuras dentro de las instituciones, con mecanismos como los acá enlistados.

9. Bibliografía

Arroyo Chacón, J.I (2014) Similitudes y diferencias entre la evidencia de auditoría y la prueba en el procedimiento judicial o administrativo. Revista Nacional de administración, 5 (2), 101-118 Julio-diciembre, 2014 Bolaños González, 2003.

Arroyo Chacón, J.I (2019) Entrevista a profundidad realizada a Javier González Castro sobre el rol de la auditoría en la lucha contra la corrupción. Comunicación personal. Instituto de Auditores Internos de Costa Rica.

Asamblea Legislativa (2002) Ley General de Control Interno Ley N° 8292. Sistema Nacional de Legislación Jurídica. San José: Costa Rica

Asamblea Legislativa. (2004). Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública Ley N° 8422. Sistema Nacional de Legislación Jurídica. San José: Costa Rica

Bolaños González, J. (2003). El régimen jurídico de la denuncia como instrumento en la lucha contra la corrupción. En P. G. República, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (pág. 230 a 239). San José, Costa Rica: PGR.

Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Comissions (COSO. (1992) Informe de Control Interno. Estados Unidos.

Committee of Sponsoring Organizations of Tredway Comissions (COSO. (2004) Marco Integrado de Gestión de Riesgos. Estados Unidos.

Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Comissions (COSO. (2013) Marco de Control Interno Integrado. Estados Unidos.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2018). *Carta Iberoamericana de integridad en la Función Pública*. Antigua, Guatemala. XVIII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

Internacional Auditing and Assurance Standards Board (IAASB). (2009) Norma Internacional de Auditoría NIA 200: Objetivos globales del auditor independiente. New York: Estados Unidos.

International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB). (2009) NIA 240 "Responsabilidades del auditor en la auditoría de los estados financieros con respecto al fraude". New York: Estados Unidos.

International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB). (2009) Norma Internacional de Auditoría NIA 315: Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el conocimiento de las entidades y de sus entornos. New York: Estados Unidos

International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB). (2013) Norma Internacional de Auditoría NIA 220: Control de Calidad del Trabajo de Auditoria. New York: Estados Unidos.

Transparency International. (2019). Índice Global de percepción de la corrupción. Berlín: www.transparency.org.

Naciones Unidas (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. New York. ONU.

Organización de Estados Americanos (1996) Convención Interamericana contra la corrupción. Venezuela. OEA.



Prueba, hecho y verdad

Sumario

1. Introducción.
2. Prueba.
3. Hecho.
4. Verdad.
5. Conclusiones.
6. Referencias

Lic. Alexander Corella Chavarría¹

¹ Licenciado en Derecho, por la Universidad de Costa Rica.



1. Introducción

Con frecuencia sucede que cuando nos referimos a prueba realizamos un ejercicio mental casi reflejo sobre lo que llamamos prueba documental o sobre aquella persona que puede dar fe de hechos acaecidos o de nuestra teoría del caso o sobre aquel profesional que puede ayudarnos a demostrar con su criterio técnico o experto alguna de nuestras hipótesis.

Muchas veces utilizamos los conceptos de prueba y medios de prueba como sinónimos y esto ocasiona confusión acerca de si se trata de una actividad probatoria o si esta actividad tiene algunas etapas no solo procesales sino intelectivas en el derecho o si simplemente se trata de simples reiteraciones.

Y bueno, algunos podrían preguntarse si estos temas son trascendentes o si verdaderamente interesan al Derecho o a nuestra función como operadores del Derecho.

En nuestra formación como juristas, no existe un abordaje relacionado con la prueba que permita cuestionarse si verdaderamente ese concepto o esa noción de prueba son correctos o si, por el contrario, lo que viene a nuestras mentes tiene alcances más amplios.

Cuando hablamos de prueba, frecuentemente nos referimos casi de forma instintiva a este concepto, que parte de una definición de carácter general obtenida durante nuestra formación académica, la cual probablemente se amplíe durante nuestro ejercicio profesional como operadores del Derecho, en algunas ocasiones por medio de nuestros códigos y normas y, en otras tantas, a través de las propias resoluciones judiciales.

Este tema de estudio no se encuentra específicamente en nuestra formación universitaria, lo que genera un vacío técnico cuando nos referimos a la prueba en sentido estricto. Por ello resulta oportuno conocer de forma general algunos términos o acepciones sobre el concepto de prueba que nos permita establecer algunos parámetros que sirvan de punto de partida

para el análisis de la actividad probatoria y así tratar de lograr una definición más clara sobre el término prueba.

Ahora bien, si hurgamos en diferentes fuentes bibliográficas e instrumentos jurídicos, nos daremos cuenta de que no existe una acepción única sobre la prueba y más allá de eso encontramos una serie de definiciones entremezcladas con toda la actividad probatoria que se genera a partir de la definición de prueba.

Lo más adecuado es tener una serie de conceptos básicos sobre la actividad probatoria que ineludiblemente va a tener como elemento básico el concepto de prueba. Para ello es necesario conocer una serie de precisiones sobre la actividad probatoria que brindarán esas herramientas elementales para su comprensión en el campo del derecho.

Sobre este tema, el presente artículo detalla un marco de referencia conceptual sobre la prueba transversal a cualquier rama del derecho que permita ubicar al lector dentro de lo que debemos entender como prueba, con la intención de despertar ese interés en una de las actividades procesales más importantes en la tramitación de un proceso judicial o procedimiento administrativo.

2. La prueba

En primer término debemos indicar, como lo señala Taruffo en Beltrán (2007, p. 27-28), que existen dos grandes concepciones de prueba: una cerrada que se caracteriza básicamente por sostener que no se puede pensar en un concepto de prueba general, sino que debe fragmentarse este concepto a cada rama del Derecho; y una abierta, que entre algunas de sus características indica que la prueba en el sentido estricto es todo aquello que sea útil para la determinación del hecho. En este sentido, es lícito utilizar nociones, conceptos y modelos de análisis provenientes de otros sectores de la experiencia. Se señala finalmente que la definición de prueba y los conceptos relacionados con ella deben entenderse desde una perspectiva epistemológica más que desde una dimensión netamente jurídica.

Lo dicho por el profesor Taruffo, en Beltrán (2007),

permite señalar que prueba no es sinónimo de medios de prueba. Cuando hablamos de prueba, usualmente nos referimos a los medios de prueba, es decir, prueba pericial, prueba documental o prueba testimonial.

En este artículo no se profundiza en la actividad probatoria como tal, pues esto obligaría a realizar un desarrollo de cada uno de estos medios de prueba y de las distintas etapas que ella contiene (admisibilidad, práctica, valoración y razonamiento). Más bien lo que se proporciona es una serie de elementos y consideraciones acerca del concepto de prueba.

La acción de probar constituye el ejercicio mental, racional o argumentativo que deben realizar los operadores del derecho (juez, fiscal, abogado litigante) al contrastar la existencia de un evento (hecho) con determinados elementos que acrediten lo sucedido (medios de prueba) para poder dar por cierto (verdad) dicho suceso.

Para comprender la relevancia de esta acción, no debemos ver el concepto de prueba como una definición aislada. Por el contrario, deben relacionarse siempre dos elementos que van a transcurrir de forma paralela o necesaria, es decir: hechos y verdad.

Hablar de prueba implica necesariamente referirse a un hecho que debe ser probado a través de los medios que proporciona el ordenamiento jurídico, con el fin de dar por cierto un determinado suceso o evento, entendidos estos conceptos como el objetivo de la actividad probatoria.

Pero enfoquémonos en el concepto de prueba. Para ello conviene definir la prueba desde dos puntos de vista: el primero desde la óptica procesalista y otro desde la visión de la filosofía del Derecho, con la intención de no solo dar una acepción formal del concepto, sino también epistémica.

Numerosos son los conceptos existentes para definir prueba, no solo en el ámbito jurídico, sino en muchos otros campos del conocimiento humano, por lo que iniciaremos con dos de las definiciones que el Diccionario de la Real Academia contiene. La primera de ellas define prueba como "...2. f. razón, argumento,

instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo..." y "...12.f.Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley..."

Puede observarse que no se proporciona un concepto preciso y claro. Por el contrario, podría decirse que prueba es una acción, una herramienta, un ejercicio cognitivo, un mecanismo, una actividad.

En el campo del derecho, Accatino (2018) señala que existe una definición general del concepto de prueba que va a estar formado por dos elementos: en primera instancia, por la referencia a un evento observable o perceptible, y como segundo elemento, por la referencia a su uso inferencial, es decir, a la posibilidad de poder ser utilizado como hipótesis de un razonamiento para llegar a una conclusión de un aspecto de interés

A partir de lo que señala Accatino (s.f.), se define prueba como aquel evento posible de ser percibido, observable y factible de ser usado, como parte de una inferencia o argumento de un hecho que interesa jurídicamente.

Una definición de prueba desde la óptica procesalista la ofrece Hugo Alsina, en Olaso (2015): "...la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende..." posteriormente en una definición propia señala que prueba es "...la idea de actividad o método que tiende a la demostración de la verdad..."

Ferrer (2007) señala que el concepto de prueba siempre va a estar ligado a las reglas establecidas para cada ordenamiento jurídico. Agrega que teóricamente se pueden distinguir tres tipos de reglas sobre la prueba: a) reglas sobre la actividad probatoria, es decir, las que establecen el momento en que se inicia y finaliza la fase probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba, las cuales definen los medios probatorios su admisibilidad; y c) reglas sobre el resultado probatorio, donde el órgano decisor establece qué resultado se debe extraer en el proceso de determinado medio de prueba o bien la libertad jurídica para que se valoren los elementos de juicio disponibles.

Hasta este momento, desde la perspectiva formal o

procesal, podríamos señalar que prueba es la acción de determinar o dar por cierto la ocurrencia de un hecho a través de los métodos, sistemas, o técnicas que nos proporciona el derecho interno de cada sistema jurídico.

3. Los hechos

Interesa también determinar sobre a quién o qué le interesa la prueba o cuál es su objetivo, pues bien, debe decirse que la prueba, en el campo del Derecho, tiene como objeto la comprobación de determinado cuadro fáctico (hechos), el cual constituirá el fundamento de una resolución judicial o administrativa. Esto implica que también debe buscarse la definición del segundo elemento que guarda relación directa con la prueba: los hechos.

Vale aclarar que cuando hablamos de hechos no solo debemos pensar en hechos pasados o actuales, sino que también debemos representarnos el acaecimiento de hechos futuros, si bien es cierto me limitaré en este artículo a dar únicamente una definición sobre hechos, el tema va más allá de este concepto, y posiblemente constituya un mundo igual de complejo que el de la prueba.

Para Schauer (2013, p. 41), fuera del derecho podemos ver muchas formas de conocer la existencia de algo en nuestro mundo. Un ejemplo de esto es la investigación que realiza la policía cuando se comete un delito: salen a la calle, formulan preguntas, entrevistan personas, recaban evidencias y luego llegan a una determinada conclusión, y en el campo de la ciencia, algún experimento en un laboratorio, o proporcionando alguna droga a determinadas personas.

En el ámbito jurídico, el concepto de prueba al igual que el concepto de hecho resulta ambiguo y amplio. Algunos autores cuando hablan de hecho se refieren a este como un evento. Bertrand Russel, en González (s.f.), señala:

Cuando hablo de un 'hecho -no me propongo alcanzar una definición exacta, sino una explicación que les permita saber de qué estoy hablando- me refiero a aquello que hace verdadera o falsa a una proposición. Si digo 'Está

lloviendo', lo que digo será verdadero en unas determinadas condiciones atmosféricas y falsas en otras. Las condiciones atmosféricas que hacen que mi enunciado sea verdadero (o falso, según el caso), constituyen lo que yo llamaría un hecho. Si digo 'Sócrates está muerto', mi enunciado será verdadero debido a un cierto suceso fisiológico que hace siglos tuvo lugar en Atenas... (s.f).

A partir de lo anterior, debemos realizar una primera vinculación entre el concepto de prueba y hecho, pues hasta ahora podemos decir que la prueba va a tener como objetivo el establecer la existencia o no (verdad o falsedad) de uno a más hechos de interés para el proceso, donde el hecho jurídicamente es el elemento objeto de prueba dentro de cualquier proceso.

Según lo indica Tarrufo (2005, p. 89), dentro de un proceso, los hechos son los objetos de prueba y esta es el medio o mecanismo mediante el cual se logra establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión final.

Decimos que la prueba nos brinda certeza de la existencia de un determinado hecho relevante para el derecho, pero como lo señala Taruffo (2005), en el proceso solo se comprueban los hechos para satisfacer las exigencias del conocimiento en su estado puro; es decir, no solo se pretende comprobar la existencia del hecho como tal. También interesa demostrar que el hecho encaje como presupuesto de derecho para la aplicación de una norma.

Esto permite determinar una característica importante respecto de los hechos. En el mundo jurídico un primer elemento de importancia es que los hechos deben tener relevancia jurídica, es decir, estar contenidos como presupuestos normativos.

Para Taruffo (2005) "...en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que consideran para decidir la controversia específica, Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho..."

Aunque exista una gran cantidad y clases de hechos, para el derecho, un hecho es lo que la norma indique que es relevante. Lo que le interesa al derecho es la relevancia que tenga un hecho en cualquier contexto para el mundo jurídico, a partir de los supuestos de relevancia que establece la norma.

Y ¿cuándo un hecho es relevante para el derecho? Pues bueno, debemos señalar que será relevante cuanto esté contenido dentro de un supuesto normativo y, en consecuencia, sea necesario su demostración dentro de un proceso judicial.

En resumen, más allá de entender por hecho aquel evento que pueda ser perceptible y sujeto de prueba para corroborar su existencia, debemos tener presente que para el ámbito jurídico debe tener una característica de relevancia jurídica en los términos antes indicados.

4. La verdad

Como se indicó al inicio, uno de los planteamientos propuestos en este artículo fue considerar el concepto de prueba como de importante amplitud, lo implicó referirnos a dos términos que se encontraban estrechamente relacionados: hechos y verdad. En este apartado se presentan algunas reflexiones sobre el concepto de verdad.

Por sí mismo, el concepto de verdad provoca una gran discusión filosófica, jurídica, humana, científica, histórica, así como en cualquier otro campo en donde se pretenda contextualizar o definir.

En línea con lo que hemos venido señalando, la prueba de los hechos nos permitirá establecer una verdad. Esta acción por sí misma implica una gran discusión y dificultad, por lo se considera importante brindar uno o varios conceptos sobre la verdad en el derecho, sin que el objetivo sea indagar en esas grandes discusiones jurídicas y filosóficas. Unos de los primeros planteamientos es determinar si efectivamente se llega a la verdad de los hechos en un proceso ya sea judicial o administrativo.

Varias son las teorías en el mundo jurídico que han planteado un concepto sobre la verdad, dentro de las

cuales se encuentra la coherencia, la cual señala que la verdad nace a partir de la coherencia de las proposiciones entre sí. Para Hospers, en Hidalgo (2018), un ejemplo sobre esta teoría dice que si cinco observadores que no se conocen entre sí testifican (independientemente uno de otro) haber visto a determinada persona el jueves en la tarde, sus informes son mutuamente coherentes en este sentido. Si no se sabe nada sobre la veracidad de los testigos, el testimonio de cada uno tomado aisladamente sería fácilmente descartado, pero si todos dicen lo mismo sin haber conspirado entre sí, el testimonio de cada uno tiende a sustentar el testimonio de los demás y le otorga fuerza.

En el ejemplo anterior citado de Hospers, la verdad se va a definir o determinar a partir de la congruencia de los argumentos de los testigos, si de forma independiente estos coincidieron en sus testimonios, podríamos decir que verdad es la coherencia de las proposiciones dichas por los testigos.

Por otra parte tenemos la teoría de la correspondencia, básicamente lo que plantea es que una premisa será verdadera si corresponde directamente con un hecho o mejor dicho si corresponde con la realidad. Vale señalar que esta teoría es una de las aceptadas en el mundo jurídico para explicar la noción de verdad.

Ahora bien, desde la perspectiva formal o material, se hallan diversos planteamientos respecto de si existe una verdad real o una verdad material. Ferrer Beltran, J (s.f) establece la existencia de una relación entre la verdad de las proposiciones sobre los hechos y la prueba de estos (pág. 2). Además, señala que la existencia de esta relación desde un punto de vista conceptual. Se apoya en la tesis de que la verdad de una proposición es una condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición es probada. En otras palabras, un argumento o enunciado se considerara probado y verdadero si existen suficientes elementos en su favor.

Una tesis contraria sostiene que la relación entre la prueba y verdad no otorga a la verdad ningún papel definitivo de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria, es decir: el fin último de la actividad probatoria es conocimiento de la verdad.

La diferencia entre ambas tesis radica en que en la primera parte de una vinculación entre la verdad y la prueba como resultado. En otras palabras, podría pasar que una proposición esté probada, pero que resulte falsa, mientras que en la segunda tesis se plantea la relación entre la verdad y la prueba como actividad probatoria.

Existe una relación estrecha entre prueba y verdad y en esta relación se encuentran tres tipos de limitaciones sobre la prueba, que finalmente podrían dar al traste con la noción o concepto de la verdad en el proceso judicial o administrativo.

El profesor Ferrer (s.f) señala que estas limitaciones son en primer lugar las que impone el propio proceso judicial, en segundo lugar, la institución de la cosa juzgada y finalmente las impuestas por las reglas de la prueba.

En relación con las que impone el proceso judicial, se menciona que constituyen básicamente la imposición de ciertas reglas específicas en torno a la prueba como actividad probatoria, por ejemplo: el hecho de que la actividad probatoria se deba realizar en un determinado momento, y que una vez concluido, el juzgador resuelva sobre los hechos del caso atendiendo las reglas específicas de cada ordenamiento jurídico. Lo idóneo es que se llegue a pruebas útiles para la determinación de la verdad en cualquier etapa del proceso.

Con respecto a la limitación de la cosa juzgada, esta figura busca poner fin a una discusión jurídica por medio de un proceso judicial. Quienes la plantean como una limitación proponen que algunos o todos los casos judiciales puedan ser planteados indefinidamente

En cuanto a las limitaciones sobre las reglas de la prueba, interesa mencionar la existencia de tres tipos de reglas: sobre la actividad probatoria, sobre los medios de prueba y sobre el resultado probatorio. En los dos primeros tipos no se encuentra impedimento para que pueda darse valor de verdad a los enunciados declarativos de los hechos probados. En el tercer tipo de reglas, las del resultado probatorio, se encuentran las reglas de prueba legal y las reglas de libre apreciación de la prueba.

De esta manera, la verdad dentro de un proceso judicial puede estar afectada por una serie de limitaciones y reglas probatorias. Para Beltran Ferrer, J (s.f. p.12), estas distintas limitaciones procesales y extraprocesales (intereses de las partes) pueden afectar la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados, lo que ocasiona que en algunas veces se declaren como probados enunciados falsos. Agrega que deben distinguirse dos tipos de verdades: material y procesal. La primera ha sido caracterizada como objetiva, real, entre otras y a la segunda también se le ha llamado formal, judicial, entre otras denominaciones.

La verdad material se refiere a aquella que se encuentra fuera del proceso judicial y, en ese sentido, es la verdad que mantiene una correspondencia con el mundo.

Por el contrario, la verdad formal se obtiene del proceso como resultado de la actividad probatoria. Puede no ser coincidente con la material, pero finalmente es la que guarda un interés para mundo jurídico.

De esta manera, las distinciones anteriores representan dos de los grandes planteamientos y tal vez los más comunes cuando se trata de establecer un concepto de verdad y de aplicarlo a nuestra práctica jurídica.

5. Conclusiones

A partir de las consideraciones planteadas sobre los tres conceptos: prueba, hecho y verdad, es posible indicar que todos guardan estrecha relación con el derecho.

Acerca del concepto de prueba, existe diversidad de definiciones y muchas veces se confunden con términos como medio, actividad probatoria o resultado probatorio. Estos podrían guardar relación con el concepto de prueba, pero no son elementos que definen la prueba. Para comprender el concepto de prueba, es necesario considerar la actividad probatoria y una serie de procedimientos que conforman dicha actividad, tales como relevancia, admisibilidad, práctica o evacuación, valoración y razonamiento probatorio.

Los hechos del proceso, por su parte, se definen por los supuestos normativos que establezca el derecho. Si bien es cierto existen los hechos del mundo, solo corresponden a aquellos que la norma establezca, que tengan relevancia en el mundo jurídico y que como tales son sujetos de demostración.

Pese a existir una serie de teorías sobre la verdad, el concepto de verdad ha sido utilizado de forma general por los operadores del derecho, tanto la de verdad del proceso (verdad formal) como la verdad fuera de este (verdad material). El concepto de prueba y su entendimiento constituye uno de los retos más importantes dentro del mundo jurídico, pues es a través de este entendimiento que los operadores del derecho puedan corroborar la veracidad de un enunciado sobre la ocurrencia de determinado hecho.

6. Referencias

Accatino, D. (s.f.). Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho. Material del Curso de Concepto de hechos, prueba y verdad. Maestría en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona.

Beltran Ferrer J. (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid, España: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (s.f.). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y Justificación de la decisión. Recuperado de: https://www.academia.edu/34233381/LA_VALORACION_DE_LA_PRUEBA_VERDAD_DE_LOS_ENUNCIADOS_PROBATORIOS

González L. (s.f.). Ensayos sobre prueba causalidad y acción. Material del Curso de Concepto de hechos prueba y verdad, Maestría en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona. Año 2018.

Hidalgo Cuadra, R. (2018). La cuestión de los hechos. San José, Costa Rica: Isolma.

Olaso Álvarez, J. (2015). La prueba en materia civil. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.

Scahuer, F. (2013). Pensar como un abogado. Madrid, España: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2005). La prueba de los hechos. Madrid, España: Trotta.

Estudio de Colaboradores Internacionales





Alcides Antúnez Sánchez¹

La ecoauditoría en el modelo de la Comunidad europea y el de La América Latina

Sumario

1. La auditoría ambiental en el Derecho Público
2. La ecoauditoría en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea
3. Conclusiones
4. Referencias bibliográficas



Eduardo Díaz Ocampo²

¹ Licenciado en Ciencias Penales y Derecho. Magister en Asesoría Jurídica mención Derecho Ambiental. Profesor Auxiliar en la carrera de Derecho. Imparte Derecho Ambiental e Internacional en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. Bayamo. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu, aantunez1963@gmail.com, alcides.grm@infomed.sld.cu

² Licenciado en Ciencias de la Educación y en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctor en Ciencias Pedagógicas por la Universidad de La Habana. Doctor en jurisprudencia. Magister en Desarrollo curricular. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. Ecuador. Email: ediaz@uteq.edu.ec, edu66diaz@hotmail.com



Resumen

Los avances en la política ambiental y la gestión ambiental en las organizaciones empresariales ha permitido articular estrategias de conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente como paradigma. Estos avances han sido inclusivos al desarrollo normativo desde el texto constitucional hasta las materias civil, administrativa, tributaria para su protección, donde se establecen derechos ambientales y participación ciudadana para alcanzar el desarrollo sostenible. Se ejecuta un análisis de la auditoría ambiental entre los instrumentos de mercado y comercio, vinculados al control público. Por tales razones, el objetivo del artículo es analizar los elementos que conforman la institución jurídica de la auditoría ambiental dentro de la formula estimulación-recompensa, a partir de la lectura de la doctrina y la norma, de la dogmática jurídica con un análisis lógico de cómo surgió, porque surgió y para que surgió, de los cuerpos jurídicos que la reconocen en los modelos de la Comunidad Europea y América Latina, en pos del desarrollo sostenible como paradigma de la Administración Pública en el contexto del pluralismo jurídico De Jure.

Palabras claves: actividad de control; legalidad; responsabilidad; competencia.

Abstrac

The advances in the environmental policy and the environmental step in the business organizations has allowed articulating strategies of conservation and use of the natural resources of the environment like paradigm and. These advances have been inclusive to the normative development from the constitutional text to the civil matters, white-collar worker, you would pay tribute for his protection, where environmental rights and civic participation to attain the sustainable development become established . You execute an analysis of the environmental auditing between the instruments of market and commerce, linked to the public control. For such reasons, the objective of the article is to examine the elements that conform the juridical institution of the environmental auditing within the formula stimulation rewards, as from the reading

of the doctrine and the standard, of the juridical dogmatics with a logic analysis of how it happened, because it happened and in order that it happened that, of the juridical bodies they recognize her in the European Community's and Latin America's models, in pursuit of the sustainable development like paradigm of the Public Administration in the context of the juridical pluralism By Right.

Key words: Activity of control; legality; responsibility; competition

1. Introducción

La Asamblea General de Naciones Unidas convocó la Conferencia sobre el Medio Humano en 1972, reconocida como la Declaración de Estocolmo, hecho que marcó un hito en el desarrollo ambiental. Fue esta cita el inicio fundacional del Derecho Ambiental, al ser el primer documento en un foro internacional, señalado por autores como el maridazgo que existe entre el Derecho Ambiental y el Derecho Internacional. Por el grado de consenso generado y la profundidad de sus conceptos, esta Declaración se reconoce como "Carta Magna" del Derecho Internacional Ambiental. Posteriormente, durante las Conferencias de Río a partir del 1992, donde fueron aprobados la Agenda 21, la Declaración de Río, la Convención sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Por ello, 1992, fue un año importante en materia de medio ambiente, a partir de la Conferencia de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, en Río de Janeiro, la idea del desarrollo sustentable alcanzó una difusión generalizada evidenciando que el desarrollo económico no necesariamente debía contraponerse con la ecología y la conservación, preservación y mejoramiento del ambiente. La historia devela que los cambios que tan vertiginosamente se han presentado a partir de la Revolución industrial, han hecho que el ser humano se preocupe por la situación ambiental, acrecentada en el siglo XXI con el desarrollo tecnológico y los avances científicos.

Los instrumentos de mercado de carácter cooperador, entre los que se encuentra la auditoría ambiental como actividad de control, en la llamada sostenibilidad o sustentabilidad -al margen de cualquier discusión

etimológica- se ha convertido en el centro de las concepciones que sobre el desarrollo se han esgrimido desde el Informe Bruthland. Ello generó que, en materia ambiental industrial, la teoría económica y las experiencias internacionales venían marcando dos grandes tendencias: dejar que el Estado adoptara políticas de regulación directa -de comando y control- o confiar en que los equilibrios de mercado llegaran a soluciones más eficientes y menos costosas para la sociedad y en consecuencia limitar la actuación del Estado a proporcionar incentivos y señales para inducir a equilibrios sociales -instrumentos económicos- No obstante, en la Declaración de Johannesburgo de 2002, se reafirmó este compromiso. Con ello, trascender el control ambiental, del control tradicional realizado a la empresa y la industria, en sus inicios para evaluarles la contabilidad y los sistemas de gestión ambiental, para ahora evaluar las políticas públicas dirigidas a proteger el medio ambiente a través de la auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, a la biodiversidad y la de seguimiento al cambio climático.³

El fin de esta actividad de control es prevenir, perfeccionar la tecnología y dar un carácter más competitivo con influencia mercantil al sujeto de gestión, al conceder la certificación ambiental. Para ello, al no encontrar en la literatura extranjera evidencias que recojan la conceptualización integral de la auditoría como institución jurídica, visibles en la estructuración de los elementos que se proponen desde el punto de vista teórico, legislativo y práctico son definidos en este ensayo. Por consiguiente, el objetivo del artículo es analizar los elementos que conforman la institución jurídica de la auditoría ambiental dentro de la fórmula estimulación-recompensa, a partir de la lectura de la doctrina y la norma, de la dogmática jurídica con un análisis lógico de cómo surgió, porque surgió y para que surgió, de los cuerpos jurídicos que la reconocen, sus lindes con otros saberes en los modelos de la Comunidad Europea y de América Latina, en pos de

su incidencia en alcanzar el desarrollo sostenible como paradigma. Fueron utilizados los métodos: histórico, análisis síntesis, comparación jurídica, y el exegético jurídico.

2. La auditoría ambiental en el Derecho Público

La obra de Paccioli publicada en 1494, en el tratado sobre el método conocido de la "partida doble", evidencia que desde el año 254 a.n.e. se inspeccionaban y comprobaban las cuentas, factor que permitió la evolución paralela de la actividad de la auditoría como resultado de la práctica de la contabilidad como ciencia y a la vez como herramienta de trabajo de los especialistas dedicados a la contabilidad con el desarrollo industrial por los sujetos económicos que practicaban actividades de comercio.⁴

Otros datos confirman que a finales del siglo XIII y principios del XIV ya se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado. Para 1799, existían firmas acreditadas de contadores públicos en países como Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron los primeros países en los que tomó relevancia la Contaduría Pública ligada a la práctica de la Auditoría Estatal.⁵

Otros estudios desde la Ciencia Contable, expresan que la práctica de la Auditoría nace en Gran Bretaña durante la primera mitad del siglo XIX, se extendió a otros países de la cultura empresarial anglosajona, como la forma de hacer fiable la información contable, la transparencia en el mercado de valores ante el desarrollo económico y la expansión de las relaciones económicas al exigirse información precisa y real de sus estados de cuentas, de forma tal que diera confianza y fuera competitiva, vinculada a la actividad del Comercio.⁶

3 Elstein, S. (2012) La auditoría del medio ambiente crece y evoluciona para afrontar los retos de un ambiente cambiante, Revista de Auditoría Gubernamental, INTOSAI, Brasil; Van Leeuwen, S. (2013) El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI. Revista Internacional de Auditoría Gubernamental, No 1, Estados Unidos de América; Lustosa Da Costa, C. (2014) Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía. Revista OLACEFS, No 5. Brasil; Antúnez Sánchez, A. (2015) 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.

4 Tua Pereda, J. (2008) Evolución y situación actual del pensamiento contable. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa. Revista Legis de Contabilidad & Auditoría, No 24. Colombia, pp.4-19; Tua Pereda, J. (2012) Pacioli la partida doble y el renacimiento. Revista de Contabilidad. España, 2012, pp.1-23; Fronti De García, L. (2003) La auditoría ambiental, un nuevo enfoque profesional. Revista contabilidad y auditoría. No 18. Argentina, p.229

5 Gómez García, L. (2011) Auditoría Ambiental, voluntaria u obligatoria. Importancia de implementar la auditoría ambiental en la industria. Revista de Orden Público, Estado y Derecho, No 11. México, pp.27-29

6 Códigos De Comercio de Iberoamérica. Donde se fija la obligatoriedad de la contabilidad mercantil, como requisito obligatorio para el actuar de los pequeños empresarios y comerciantes en el tráfico mercantil.

Siguiendo este estudio, en el siglo XX fueron incluidas normativas jurídicas como voluntad de la Administración Pública, permitió se fortaleciera el trinomio Contabilidad, Auditoría y Derecho, al cobrar nuevas dimensiones como normativa administrativa para proteger los activos contra las posibles transgresiones, tipificándose con la protección del bien jurídico ambiental y otras infracciones, ubicados bajo el término genérico de los delitos ambientales con reflejo en la contabilidad directa o indirecta. Esta institución jurídica, reconocida como una herramienta de gestión en el Derecho Ambiental, se regula en normativas jurídicas especiales para su uniformidad, tiene un nexo causal: la exigencia de la responsabilidad ambiental y la cuantificación de los daños ambientales generados, la implementación de la responsabilidad social empresarial vinculada a la economía y la contabilidad ambiental. Elementos que han permitido que haya evolucionado con el transcurso del tiempo en relación con el país que la aplique y el desarrollo tecnológico industrial.⁷

Se aprecia como su conexión está relacionada a los orígenes del ius ambientalismo como parte de la Agenda Pública Internacional; las Entidades Fiscalizadoras Superiores señalan al año 1969, como su inicio. Con posterioridad las cumbres ambientalistas han debatido los problemas ambientales del planeta y las medidas para su mitigación, han aportado al desarrollo de esta institución jurídica desde la doctrina del Derecho Público. La Declaración de Estocolmo de 1972, señala que el hombre tiene ... *“el derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Así mismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”* ...

En consonancia con la preocupación por la protección ambiental, la que ha alcanzado importancia y magnitud al más alto nivel, lo prueban las Cumbres efectuadas y los tratados firmados en la materia, como la Convención de Ramsar de 1971, la CITES de 1973, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Protección de la Capa de Ozono de 1987, la Convención Marco de NN UU sobre Cambio Climático de 1992, y la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, entre otras. La dificultad se enfrenta con el tema de la mitigación de los gases de

efectos invernadero, no es de consenso entre los Estados para adoptar acuerdos en este sentido, es la falta de voluntad política para cumplir con lo acordado y de adoptar otros más efectivos. Hoy existen acuerdos que abordan la mitigación como la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, y el Protocolo de Kyoto de 1997, así como el recién Acuerdo de París de 2014.⁸

Nada, que las raíces de la crisis ambientalista aparece en los modelos de desarrollo basados en la ganancia a cualquier costo, este reconocimiento está implícito en la necesidad del desarrollo sostenible y su definición a partir de 1984, en el Informe “Nuestro Futuro Común”⁹. Aportes que no se limitan a este período, después de Río de Janeiro hubo la Cumbre de Johannesburgo de 2002, y la Cumbre Río+20 de 2012¹⁰, donde se ha abordado el tema del cambio climático y su mitigación por parte de los principales Estados contaminadores.

Para una adecuada comprensión, se aprecia como textos en materia jurídica revelan que la auditoría ambiental tiene su génesis en los Estados Unidos de América a finales de los años 70', del siglo XX para evaluar la empresa con la finalidad de servir como herramienta de dirección para la gestión ambiental ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estatal y Federal, ante toda una serie de problemas ambientales que acontecían en esta nación.¹¹

El derecho al medio ambiente y del desarrollo sostenible, reconocidos como paradigma de la Administración Pública en el siglo XXI, al ser derechos de naturaleza jurídica especial, y que, como nuevo derecho, responde a nuevos retos. En 1973, la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), organización encargada de la difusión de la problemática

8 Protocolo de Kioto, ONU, 1997; Convención sobre el Cambio Climático, París, 2015.

9 Declaración Rio+20, Brasil, 2012.

10 Parejo Alfonso, L. (2015) El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático, 1ra edición, Editorial Tirand lo Blanch, España.

11 Harrison, L. (1998) Manual de auditoría medio ambiental. Higiene y seguridad, política ambiental desde 1969, cuerpo legislativo sobre la evaluación de impacto ambiental en Leyes federales y estatales, 2da edición, Editorial Mc Graw-Hill, Estados Unidos de América, pp.7-29; Herrerías Arísti, E. (2009) Relación de la Auditoría Ambiental y las normas ISO 14000. La protección y seguridad del medio ambiente laboral, Editorial Porrúa, México, pp.1-9; Méndez Ortiz, L. Tesis de maestría: Normas ISO 14000 como instrumento de gestión ambiental empresarial, Veracruz, (2009).

7 Nogueira López, A. (2010) Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS, Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España.

ambiental a toda la comunidad internacional y de alentar la participación de la sociedad en el cuidado y la protección del medio ambiente, dando respuesta a su principal cometido internacional. Un reto es el de la responsabilidad de los diferentes actores que en esta protección al bien jurídico ambiente intervienen, ratificada luego en la Cumbre de Río en 1992, y en Johannesburgo en 2002, donde el control público al medio ambiente es tema pertinente, de aquí que su principal asidero sea en cada país a través del texto constitucional.¹²

En respuesta a los problemas globales de contaminación, generados con la Revolución Industrial y los avances tecnológicos que trajo consigo en la década de los años 80' del pasado siglo, se extendió la práctica de la auditoría ambiental a la Unión Europea, como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses radicadas en este continente pasada una década. En los países bajos, se señala al año 1984 y a Holanda como el primer país en incorporarse a la práctica de este tipo de control. Sus exigencias legales han estado marcadas dentro de sus derechos internos, como resultado del compromiso respaldado por la Comisión Brundtland en 1987, donde fue formulada la propuesta de *"un desarrollo sustentable que satisficiera las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas"*.

Su íter, se enmarca a partir de ser reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el año 1995, como herramienta de gestión ambiental, aunque otros estudios contables se considere su génesis vinculada a la Contabilidad y a la Auditoría Social para dar respuesta a problemas generados al medio ambiente como la contaminación atmosférica, el vertido, la lumínica, la sonora; a la protección a la biodiversidad, el cambio climático, a los recursos hídricos, al incremento de los

niveles de radiación, la lluvia ácida, el incremento de las concentraciones de ozono generado por la industria, la calidad del aire en las ciudades, el uso y manejo de la tierra, la desertificación, el comercio y el medio ambiente.

En este contexto, Martín-Retortillo Báquer señala que la regulación en el texto constitucional a partir de los fundamentos políticos, sociales y económicos sobre la responsabilidad que tienen los Estados en la protección al medio ambiente, continuaba significando que, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, nada se dice acerca del medio ambiente, eran otros los problemas y eran otras las preocupaciones. Lo medio ambiental tardaría en llegar. Sabemos que hay derechos fundamentales, como el del medio ambiente, que implican un coste elevado. La sociedad que se compromete con el medio ambiente asume que tiene que dedicar cuantiosas sumas y muy importantes partidas dinerarias para funcionar de una forma adecuada y correcta, lo cual hace que los Estados se lo piensen, no tengan todos las mismas disponibilidades ni la misma voluntad.¹³

Prosiguiendo en su construcción, la década de los 90' del pasado siglo, le adicionan nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional, la hacen mucho más compleja, completa y dinámica la gestión ambiental por parte de los sujetos económicos que la implementan; así las cosas, las técnicas, métodos y objetivos de la auditoría como actividad de control de forma simétrica evolucionó para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias de los clientes a partir del siglo XX hasta la actualidad en el mercado de bienes y servicios.¹⁴

También, en este estudio son analizados conceptos dados sobre esta actividad de control por la Entidad Fiscalizadora Superior, la define como: *la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y*

12 En este sentido, para profundizar véase, Jiménez Herrero, L. M. (2000) Desarrollo sostenible. Transición hacia la coevolución global, Editorial Pirámide, Madrid; Loperena Rota, D. (2003) Desarrollo sostenible y globalización, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina. pp. 3-16; Piñar Mañas, J. (2003) El desarrollo sostenible como principio jurídico, Estudios de Derecho Público económico, Madrid, pp.185-204; Santamaría Arinas, R. (2006) Implicaciones del Desarrollo Sostenible para la Ciencia del Derecho Administrativo, Revista Donostia, España, pp. 631-638; Aranguren, J. C. (2006) Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actual localmente, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, No. 226, España, pp.139-211

13 Martín-Retortillo Báquer, S. (2006) Derechos fundamentales y medio ambiente, Universidad Complutense de Madrid, España.

14 Mora Ruiz, M. Tesis doctoral: Responsabilidad compartida en la gestión ambiental, Universidad de Huelva, España (2005)

la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental.¹⁵

Las normas técnicas ambientales ISO 14 001 y 19 011 la definen como ... "proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría"^{16,17}

La Cámara Internacional de Comercio, la reconoce como la ... *"herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medio ambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa medio ambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y proceder ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa..."*¹⁸

Se considera entonces, enmarcar a la auditoría ambiental como una actividad de control, como el instrumento

15 Antúnez Sánchez, A. (2010) La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental. Revista Derecho y Medio Ambiente. No.21, España, p.18.
16 Normas ISO 14001. Procedimiento de la Auditoría Ambiental. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 19011. Fundamentos de la Auditoría Ambiental. Disponible en: <http://www.iso.org>. Norma ISO 19011. Norma en la organización empresarial, se cumple de forma obligatoria por los actores involucrados. Disponible en: <http://www.iso.org>. NC ISO 19011:2003. Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión de la calidad y/o ambiental. NC ISO 14031:2005. Gestión ambiental. Evaluación del desempeño ambiental. Norma ISO 26000:2010. Guía sobre responsabilidad social.

17 En este sentido, para profundizar consúltese Dopazo Frago, P. (2001) El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental, Editorial Exlibris, Madrid, pp.80-297; Herrerías Aristi, E. (2009) Relación de la Auditoría Ambiental y las normas ISO 14000. La protección y seguridad del medio ambiente laboral, Editorial Porrúa, México; Padin, M. (2011) La auditoría ambiental y las normas ISO 14000, Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social, No 5, Argentina; Cutini, A. (2014) El derecho de información del consumidor ecologista. Etiquetas ecológicas y procedimiento EMAS III, Revista de Derecho de la Unión Europea, No. 26, España, pp. 289-312; López Álvarez, L. F. (2014) La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas, Tratado de Derecho Ambiental, Editorial CEF, España, p. 654

18 La empresa deja de ser considerada como la expresión concreta del capitalismo y aparece cada vez más como una unidad estratégica en un mercado internacional competitivo y un agente de utilización de tecnologías nuevas. Confróntese en este sentido Cfr. Belmonte Martin, p.57-78; Kenner Thompson, J. (2010) Conducta empresarial responsable como estrategia, Revista de Ética Empresarial, Estados Unidos de América, pp.1-22.

de gestión ambiental de naturaleza jurídica pública, su campo de acción son la empresa, la industria y el medio ambiente (personas jurídicas y naturales) dentro de la fórmula estimulación-recompensa, su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y un título habilitante, registrados en el Registro de Auditores y Contralores¹⁹; su función es evaluadora y certificadora de las metas ambientales en relación con la política ambiental trazada por la organización empresarial, es una técnica de comprobación de la legalidad con una potestad reglada de la Administración Pública. La auditoría ambiental es un proceso en sí, en su práctica se utilizan procedimientos y metodologías, en ella se evalúa la ejecución gasto contable del patrimonio destinado a la protección ambiental, puede ser ejecutada de forma interna o externa, se evalúa la eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con el vertido, la introducción de tecnologías limpias en la organización empresarial, se aplican normas técnicas, se exige la responsabilidad administrativa contravencional, laboral-funcionarial, social-empresarial, civil y penal a los sujetos auditados. Tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita. Su resultado final certificatorio le aporta valores añadidos que inciden de forma positiva en el comercio y el mercado a la persona jurídica o natural objeto de la auditoría.

Desde la doctrina Hispanoamericana del Derecho Administrativo Ambiental, la institución jurídica analizada desde 1993-2017, concebida como actividad de control, es un instrumento de gestión ambiental, el que comprende una evaluación sistémica, documentada, periódica, y objetiva del comportamiento de una organización empresarial, del sistema de gestión ambiental y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente en la fórmula estimulación-recompensa. Evalúa el cumplimiento de la política ambiental de la organización empresarial, sus objetivos y metas ambientales, y el control del impacto ambiental generado al medio ambiente, que permita un sistema de gestión ambiental integrado. Sus elementos caracterizadores se perciben a partir de que, como instrumento de gestión ambiental, es evaluador de los índices de contaminación generados

19 Se refiere en este sentido a los Registros Públicos que crea la Administración Pública en cada nación, en especial referente a la obligación de registrar la empresa responsable.

al medio ambiente, del cumplimiento de la legalidad, de la externalización e internacionalización de los costes ambientales integrándolos a la responsabilidad ambiental en la organización empresarial.

Como instrumento de tutela ambiental, tiene carácter horizontal para adoptar estrategias de protección ambiental por la Administración Pública. Su adhesión es voluntaria en su generalidad, aunque puede ser obligatoria; proporciona y da publicidad sobre el comportamiento ambiental a la organización empresarial auditada. Es una técnica de protección ambiental. Esta reconocida como un instrumento de mercado de carácter cooperador (etiqueta-certificación ambiental). Permite a la organización objeto de la auditoría, usar un logotipo como organización responsable tras el resultado de la evaluación, ello le permite que se inscriba en un Registro Público habilitado. Se constata, como se le regula en los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica a través de Leyes de Auditoría, de Contraloría, de Gestión Ambiental, de Medio Ambiente y de Responsabilidad Ambiental.²⁰

Lo que nos lleva a coincidir con lo planteado por Leff Zimerman, que el saber ambiental nace de una nueva ética y una nueva epistemología, donde se funden conocimientos, se proyectan valores y se internalizan saberes, que se convierten en cuestionamientos sobre las condiciones ecológicas de la sustentabilidad y las bases sociales de la democracia y la justicia, y que permite la construcción y comunicación de saberes que ponen en tela de juicio las estrategias de poder y los efectos de dominación que se generan a través de las formas de detención, apropiación y transmisión de conocimientos. Pertinentes a nuestro criterio, en esta actividad de control ambiental ejecutada para proteger

el medio ambiente como bien público.²¹ Elementos que permitirán hacer un análisis de cómo se manifiesta esta institución jurídica en la fórmula estimulación-recompensa en el modelo de la Comunidad Europea y de América Latina, uno por ser la nación de su desarrollo y evolución, y como se ha reconocido e introducido en los derechos internos.

3. La ecoauditoría en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

El Derecho Ambiental, es reconocido como el sector del ordenamiento jurídico en constante cambio, desde que fueron aprobados los primeros cuerpos jurídicos en la década de los 70', del pasado siglo. Se ha dicho que, los sistemas gestión y auditoría ambiental tuvieron su origen en la industria química estadounidense, ahora, respecto a cómo llegaron a Europa, se señala que fue por medio de las subsidiarias de éstas empresas que tenían sede en distintos países europeos. El primer Estado en Europa en incorporarse a la práctica de este control y seguimiento ambiental fue el de los Países Bajos en el año 1984²², quien incorporó las auditorías ambientales como herramienta de la gestión ambiental para la supervisión de los impactos ambientales generados por las actividades industriales realizadas; Noruega, en la planta de fertilizantes conocida como Norsk Hydro aplicó la auditoría por problemas de contaminación de aguas subterráneas con cloruro de vinilo (1985) y por incendio en la fábrica (1988); Suecia elabora en 1988, una ley que obliga a 6.000 industrias a efectuar auditoría ambiental. Irlanda creó en 1990, una disposición legislativa para la protección del medio ambiente (Irish Agency for Environmental Protection), con directrices para el desarrollo de auditorías en el país. Y en el Reino Unido, se adopta la auditoría ambiental como un sistema voluntario para conocer y mejorar la situación ambiental y hacerla pública en 1989.²³

20 Martín Mateo, R. (1993) La ecoauditoría. Boletín de Estudios Económicos, No 150. España, pp.494-495; Nogueira López, A. (1997) Tesis doctoral: Régimen jurídico de la auditoría ambiental. Universidad Santiago de Compostela. España; Quintana López, T. (2000) El sistema comunitario de ecoauditoría. Aproximación a su puesta en funcionamiento, El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 3514 y ss; Rodríguez-Campos González, S. (2003) El fomento de la ecoauditoría como estrategia interventora, Editorial Thomson Civitas, Madrid; Bustamante Alsina, J. (2008) La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea, Editorial Abeledo Perrot, Argentina; Fernández de Gatta Sánchez, D. (2008) Las auditorías ambientales, Editorial Tirant lo Blanch, España; Belmonte Martín, I. (2009) La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, No 4. España, p. 48.

21 Leff, E. (1998) El saber ambiental. Editorial Siglo XXI, México, p.108

22 Consúltase Seoanez Calvo, M. (1995) Auditorías ambientales y gestión medio ambiental de la empresa (Ecoauditoría y Ecogestión empresarial), Editorial Mundi-Prensa, Madrid, p. 7; Juste Ruiz, J. (2010) Derecho Ambiental en la Unión Europea, en tratados ambientales comunitarios, Programa de capacitación en Derecho y políticas ambientales, España.

23 Hurtado Palomino, M. y Vargas Bejarano, C. (1999) Metodología para auditoría ambiental de cumplimiento de gasoductos y oleductos, Revista Ingeniería e Investigación, No. 42, España. p. 6.

El control interno en el Reino Unido, está a cargo de la Oficina Nacional de Auditoría cuya máxima autoridad, de carácter vitalicio, es el *"Comptroller and Auditor General"*, nombrado por la Corona a propuesta del Primer Ministro. Tiene a su cargo la certificación de las cuentas de los ministerios como etapa a la intervención del Parlamento. Se trata de un órgano control auxiliar del Parlamento inglés, independiente del Poder Ejecutivo. Su control se ejerce conforme a los principios de economía, eficiencia y eficacia, y con sujeción a las leyes sobre auditoría financiera, sobre auditoría nacional y de rendición de cuentas públicas.

En Francia, se aprecia que las funciones de control externo de la actividad económica se realizan por un organismo de rango superior; dependiente del gobierno. Es la *"Cour de Comptes"*, creado por Napoleón en el año 1807. Le corresponde el control administrativo y jurisdiccional, ejercido sobre los contables, es decir, los funcionarios del Tesoro responsables de efectivizar los pagos. La responsabilidad del agente contable es personal y pecuniaria. Después de la Segunda Guerra Mundial, sus facultades fueron extendidas, teniendo actualmente competencia de controlar respecto al Estado, los establecimientos públicos nacionales, las empresas públicas (después de 1976), y los organismos de seguridad social (después de 1950). Facultativamente sus funciones sobre organismos privados beneficiarios de como financieros de origen público, y organismos autorizados para percibir tasas parafiscales, entre otros.

Se ha señalado que, los sistemas de gestión y auditoría ambiental tuvieron origen en normas internacionales, su punto de partida fue la estandarización británica; luego en la Unión Europea se desarrolló su legislación propia sobre la materia analizada, derivada de la norma técnica internacional de calidad ISO 1001 de 1990, y su versión, ISO 9000 sobre calidad. Nada, el *"Quality System Estandar"* inglés adoptado en 1979, se transforma en un International Standard en 1987, ISO 9000, recibido después en el Comité Europeo de Estandarización y que se vincula estrechamente con el *"British Standard for Environmental Management"*.²⁴

También, hay que destacar en este contexto a la norma técnica de la British Standards Institutions BS 7750, o también denominada *"Responsible Care"* para la industria química, ha sido la precursora en materia de gestión ambiental, y en la que se basó la norma técnica ISO 14 000, que posteriormente entró a regular a nivel internacional la materia en gestión y para la auditoría ambiental. Las empresas como sujetos de gestión que empezaron a aplicar esta normativa no tuvieron tantas dificultades para su implantación. Otra norma destacable en este escenario mercantil es la francesa NF X 30-200 de AFNOR. Otro sistema complementario, es el establecido por la norma ISO 16001:2010, sobre el Sistema de Gestión Energética (SGE), sustituida por la ISO 50001:2011, la misma es una guía y orientación para que las organizaciones ahorren costes en energía y reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero, por medio de una marca de conformidad.

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.²⁵ También, con la implementación de la norma técnica ISO 50001:2011, sobre el Sistema de gestión energética, es la adaptación que ha hecho el Comité Europeo de normalización -EN-, de la norma ISO 50001:2011 antes indicada. Nos dice que, el Derecho Comunitario Ambiental, ha estado marcado por una serie de líneas de tensión que han condicionado su configuración actual y que inciden en el nuevo rumbo que ha emprendido. El difícil equilibrio entre tutela pública y actividad privada, entre protección supraestatal y estatal o subestatal, entre corrección y prevención, entre instrumentos clásicos de tutela e instrumentos de mercado o voluntarios, se ha centrado la formulación de este Derecho.²⁶

24 Martin Mateo, R. (1994) Nuevos instrumentos para la tutela ambiental, Editorial Trivium, España, p.108.

25 La revisión se lleva a cabo por un comité técnico de la ISO denominado ISO/TC 207/SC 1, que 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>.

26 Consultese en este sentido, López Álvarez, L. F. (2014) La normalización,

Es a partir del desarrollo doctrinal del Derecho Administrativo Ambiental en la Unión Europea, tras el resultado de estudios realizados por académicos españoles, Martín Mateo, Nogueira López, De Gatta Sánchez, Lozano Cutanda, y Alvarado Riquelme,²⁷ señalan desde 1993-2014, sobre la institución jurídica analizada.

Martin Mateo, pone de relieve ... *“la significación de las auditorías como instrumento de autorreflexión de la situación de la organización en cuanto al cumplimiento de las disposiciones normativas; como instrumento de comunicación y tranquilización de los accionistas, y como herramienta al servicio de la política empresarial, en conexión con la búsqueda de calidad en las empresas. También, señala que las ecoauditorías participan del complejo de análisis evaluadores a los que las empresas en general se vienen sometiendo voluntariamente para clarificar y ponderar sus actividades al objeto de conocer mejor la situación de la empresa, y mejorar los resultados de su gestión” ...*²⁸

Para Nogueira López, la auditoría ambiental es ... *“un instrumento de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica e objetiva de la*

la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas, Tratado de Derecho Ambiental, Editorial CEF, España, p. 654; Roda Muñoz, A. (2013) Reparto de competencias medioambientales entre la Unión Europea y los estados miembros, Revista de derecho de la UNED, No. 12., España, pp. 689-726

27 Véase para profundizar Martín Mateo, R. (1993) La eco auditoría, Boletín de Estudios Económicos, No 150, España; Nogueira López, A. (2000) Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Editorial Marcial Pons, España; Fernández de Gatta Sánchez, D. (2008) Las auditorías ambientales, Editorial Tirant lo Blanch, España; Alvarado Riquelme, M. (2014) Teoría y práctica de la auditoría, actividad profesional independiente, elabora un informe sobre la razonabilidad de los estados contables, muta al control ambiental en el siglo XX y hacia la naturaleza en el XXI, Editorial Pirámide, España, p. 497; Tarrés Vives, M. (1998) Los sujetos privados en la gestión y auditoría medio ambiental comunitaria. Su desarrollo en la Ley ambiental alemana, Revista de Administración Pública, No 145, España, pp.503-542; Klöpfer, M. (2012) El Derecho Ambiental en Alemania, la protección ambiental y los instrumentos de gestión, Revista de Derecho Ambiental, Universidad Humboldt, Berlín, pp.15-34; Soriano García, J. E. y Brufao Curiel, P. (2013) Claves de Derecho Ambiental III, cuestiones generales del Derecho Ambiental. Editorial Iustel, 1ª edición, España, pp. 221-222.

28 Consúltase para profundizar Cfr Martín Mateo, R. (1993) La ecoauditoría, pp. 494-495; Fernández de Gatta Sánchez, D. y Nevado Moreno, P. (1997) Evaluación de los sistemas de ecogestión: La auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico, RDUyMA, No. 155, España, p.181 y ss.; Rodríguez-Campos González, S. (2003) El fomento de la *ecoauditoría como estrategia interventora*, REDA, No. 119, España, p. 385; Quintana López, T. (2000) El sistema comunitario de *ecoauditoría. Aproximación* a su puesta en funcionamiento, El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI, Tomo III, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 3514 y ss.

eficacia de la organización, o sistema de gestión y procedimientos destinados a la protección del medio ambiente e que tiene por objeto: i) facilitar el control, por parte de la dirección, de las prácticas que puedan tener efectos sobre o medio ambiente; ii) evaluar la adecuación de las políticas medio ambientales de la empresa” ...

Esta autora consultada, considera que este *instrumento de gestión* intenta dar cumplimiento a una serie de premisas de la política ambiental, y la asunción por las empresas de sus responsabilidades en relación con la gestión y la repercusión ambiental de sus actividades. Es un sistema de tipo voluntario. Tiene su implementación un efecto publicitario al concederles ventajas competitivas. Luego de su implementación por las empresas e industrias se convierten en obligatorio su cumplimiento, para optar por ciertas ayudas que ofrece la Administración.²⁹

En el ámbito comunitario de la Unión Europea, la implementación de la auditoría ambiental, se debe más a su implementación como un instrumento de prevención al ambiente, ante el incremento de empresas multinacionales. Con el fin de que estas se adhieran con carácter voluntario, prevalece el impulso público que la iniciativa privada. Lo que tiene una razón ante las limitaciones mostradas por el enfoque exclusivamente normativo para conseguir la protección del medio ambiente. Donde cumplirá un rol complementario, de aquí que las empresas empiecen a introducir criterios ecológicos en su gestión, más allá del cumplimiento de sus obligaciones legales. La autora consultada, considera que su concepto señala ...*“la auditoría ambiental es el instrumento de gestión que ayuda a mejorar el comportamiento ambiental de una empresa y le permite comprobar el grado de cumplimiento de la normativa legal”...*³⁰

En la Unión Europea, se evidencia que hay un ejercicio privado de la función pública en pos de proteger el medio ambiente, controlado por el Estado. Lo ejecutan los Verificadores Ambientales, quienes conceden la

29 Cfr. Nogueira López, A. (2000) Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial

30 Nogueira López, A. (1996) Público e privado no uso das auditorías ambientais. os casos comunitario, estadounidense e os estándares internacionais, Congreso de Economía Crítica, Santiago.

acreditación necesaria para el control eficaz del sistema de auditorías implementado, con independencia a la función del auditor. En fin, es un instrumento de las políticas públicas relacionadas con la tutela del medio ambiente. Es el mecanismo voluntario, que en manos de los sujetos privados la Administración le concede efectos públicos. Les concede a los empresarios que la implementan subvenciones, asistencia técnica por parte de organismos públicos, y cuentan con publicidad desde los medios oficiales para su empresa. El Reglamento Comunitario EMAS, circunscribe sus efectos a las industrias, las que luego de su implementación reciben controles de forma periódica, ha ido en evolución para su perfección, implementándose la versión EMAS III.³¹ Uno de los grandes aciertos del sistema comunitario de ecogestión y ecoauditoría radica en agrupar como dos partes de un todo inescindible la vertiente de gestión y auditoría medioambiental, la ecogestión necesita un control periódico y sistemático que detecte los fallos y proponga soluciones, por su parte, la simple realización de auditorías ambientales no conduce a nada, son un verdadero instrumento de protección ambiental en la medida que se complementan el uno al otro.

Nogueira López, considera desde su postura ... *“el sistema de gestión y auditoría ambiental comunitario (EMAS) es un ejemplo de reorientación del Derecho Ambiental, ya que supone una redefinición del papel de los poderes públicos en la protección del medio y de la dialéctica público-privado en este terreno. El EMAS abre a la intervención pública un instrumento de naturaleza privada, que tiene su origen en Norteamérica, ligado a la gestión interna de las empresas para conocer su rendimiento ambiental y poder evitar situaciones de riesgo para el medio el propio equilibrio financiero de las empresas. El EMAS adopta ese mecanismo de autocontrol desde una perspectiva de fomento selectivo, ofreciendo ciertos beneficios públicos a aquellas empresas que voluntariamente implanten un sistema de gestión ambiental y auditen. Esta posibilidad de obtener un reconocimiento público conduce al sistema*

31 Véase para profundizar, Santamaria Arinas, R.J. (2012) Novedades, incentivos y problemas jurídicos del sistema europeo de gestión y auditoría medioambiental (EMAS III). Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, No. 23, España, pp. 295-299; Fernández De Gatta Sánchez y Nevado Moreno, P.T. (1997) Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico, RDU, No. 155, España; Quintana López, T. (2000) El sistema comunitario de ecoauditoría. Aproximación a su puesta en funcionamiento, Editorial Valencia, España, pp. 3503 y ss.

comunitario a establecer una estructura de control para garantizar los intereses públicos de credibilidad, veracidad e información al público. Lo que en origen era un instrumento privado de gestión ambiental sin relevancia pública se convierte con el EMAS en un instrumento complementario de gestión pública ambiental apoyado en una organización administrativa, un procedimiento de adhesión y unas medidas públicas de apoyo. Se combinan, consecuentemente, mediante esta técnica protección ambiental y gestión empresarial, tutela privada y control público”...³²

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”...³³*

Nada, la aplicación del EMAS representa la excelencia, transparencia, participación y compromiso en la gestión ambiental por los sujetos económicos que la implementan, es una filosofía de trabajo basada en la mejora continua en el comportamiento medio ambiental, y el camino no finaliza con la obtención del registro. La voluntariedad es lo que explica que exista un puente entre esta norma pública y las normas privadas, hay una asunción completa de las normas privadas para convertirse en contenido de las normas públicas, y esta asunción o integración se puede ampliar a otras normas por el procedimiento de reconocimiento de otros Sistemas de Gestión Ambiental. La corresponsabilidad es el principal elemento definitorio del sistema europeo de ecogestión y ecoauditoría. La industria asume que

32 Confróntese para ello Cfr. Nogueira López, A. (2000) Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Editorial Marcial Pons, España; Nogueira López, A. (2010) Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS. Revista Actualidad Jurídica Ambiental, España; Llena Maraculla, F. Tesis doctoral: La contabilidad en la interacción empresa-medio ambiente. Su contribución a la gestión medio ambiental. España (1999).

33 Véase para profundizar, Fernández De Gatta Sánchez, D. (1985) La Política Ambiental Comunitaria: Especial referencia a los Programas Ambientales, Revista de Instituciones Europeas, Nº 3, p.723; Gutiérrez Duarte, M., Rodríguez López, A. y Vallina Galván, J. (2013) Objetivos y principios fundamentales de la política ambiental europea, Revista Internacional del mundo económico y del derecho, Volumen VI, España, pp.37-69.

siendo una de las principales responsables del deterioro ambiental, tiene que ser en la misma medida el motor en la implementación de los mecanismos que prevengan nuevos deterioros, y si estos se produjeron, restauren el medio ambiente a su estado primigenio.

En el EMAS, esa participación se produce en un triple nivel: el público en general puede participar debido a los canales de información que abre este sistema, se da también la participación-colaboración de una serie de agentes privados en la aplicación de esta medida pública a través de los subsistemas de acreditación y verificación. Por último, fomenta la participación de los trabajadores de la empresa a todos los niveles. Se construye, a partir de un sistema de controles en cascada, en el núcleo se encuentra la autorresponsabilidad empresarial. Son los derechos de la denominada «democracia ambiental» en la que los ciudadanos, las Administraciones públicas y los actores industriales tienen un papel importante. De esta manera, las organizaciones, empresas sometidas voluntariamente al proceso regulado en el Reglamento EMAS de ecogestión y ecoauditoría, hacen un importante ejercicio de transparencia sobre su actividad, la incidencia que esta tiene sobre el medio ambiente y las medidas adoptadas a través de su sistema de gestión ambiental para mitigar el impacto ambiental de su actividad.³⁴

Betancor Rodríguez, expresa ... *“la auditoría ambiental será una actividad de control o de fomento en función a sí esta es o no obligatoria, si está o no impuesta por una norma jurídica. Puede darse el caso que sea meramente voluntaria pero el Derecho le asigna ciertos beneficios a aquel que la lleve a cabo, por lo que sería una medida de fomento ambiental”* ..³⁵

En este estudio, Esteve Pardo, considera ... *“Las llamadas ecoauditorías, o auditorías ambientales, son en su origen y en sus rasgos básicos, genuinos expedientes autorreguladores que han experimentado también el proceso evolutivo característico de las*

fórmulas de autorregulación ambiental: gestadas en el ámbito privado, con una proyección reflexiva hacia el propio sector empresarial, han ido ganando relevancia y efectos hacia el exterior, efectos públicos podríamos decir, hasta el punto de que el propio legislador, en este caso el poder normativo de la Unión Europea, acaba por reconducir el desarrollo y operatividad de estas fórmulas, dotando de mayor credibilidad y consistencia a sus efectos, con el objetivo de que puedan ser un eficaz instrumento no sólo de utilidad para las empresas y aumentar el conocimiento de los operadores del mercado, sino al servicio también de las políticas públicas de protección ambiental”...³⁶

Sanz Larruga, reflexiona ... *“la auditoría ambiental en España y en la Unión Europea se trata, por el momento de un sistema voluntario para las empresas y para las industrias, por lo tanto, estima que no se puede encuadrar en un servicio público típico según su criterio, aunque otros sí lo consideren de esta manera desde la doctrina y la práctica del Derecho Administrativo. La Administración Pública, no obstante, exige unos requisitos mínimos a las empresas auditoras para su ejecución a las empresas a industrias privadas. Por lo tanto, considera que sí hay divergencias entre la empresa y la auditoría realizada en razón a los resultados obtenidos, estos conflictos se resuelven por la vía privada. En cuanto a la diferencia entre la norma ISO 14 000 y las normas EMAS, esta última es más exigente para las industrias y en particular por exigirles la publicidad de la política ambiental de las mismas al ser requerida de manera obligatoria. En el continente europeo las EMAS se renuevan en cada momento por su importancia”* ...³⁷

Gómez Orea, valora ... *“la auditoría ambiental verifica el comportamiento ambiental de una empresa o industria, se ha implantado a través de un sistema de gestión ambiental en un centro productivo de acuerdo con las normas de la serie ISO 14 000 y en Europa por el EMAS. Ambas son de carácter voluntario para*

34 Véase Apodaca Espinosa, A.R. (2013) Transparencia empresarial e información ambiental. Libre mercado y protección ambiental intervención y orientación ambiental de las actividades económicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 387-419

35 Confróntese Betancor Rodríguez, A. (2014) Derecho Ambiental, 1ra edición, Editorial Las Rosas, Madrid; Betancor Rodríguez, A. y Larrinaga González, C. (2004) EMAS: análisis, experiencias e implantación, Editorial Ecoiuris, Madrid, p.77.

36 Para profundizar consúltase Esteve Pardo, J. (2005) Derecho del medio ambiente, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.155-156; Cfr. Esteve Pardo, J. (2002) Autorregulación. Génesis y efectos, p.90 y ss.; Nogueira López, A. (1998) Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea, RArAP, No. 12, España, p.93.

37 Profundícese en este sentido Sanz Larruga, F. (2016) Derecho Ambiental para una economía verde, Editorial Aranzadi, España; Cfr. Llena Maraculla, F. Tesis doctoral: La contabilidad en la interacción empresa-medio ambiente. Su contribución a la gestión medio ambiental. España (1999).

las entidades productivas que la implementan, el papel de los privados que las implanten como una forma de mejorar su comportamiento ambiental. Considera que se inserta en el principio, según su criterio en que "lo verde, vende" de tal manera que puede entenderse como una forma de hacer operativo este principio a través de una etiqueta ambiental, la que asegura al consumidor potencial que los centros certificados, efectivamente se hacen esfuerzos continuos en un espiral de mejoras, para mejorar el comportamiento o desempeño ambiental de sus procesos productivos, tanto para las empresas o para las industrias. Respecto a los principios la relaciona más con el que señala, "lo verde, vende", pero también se vincula en torno a los que regula el Derecho Ambiental como son el de prevención, de quien contamina paga, de responsabilidad, de cooperación; es un instrumento de carácter "corrector", toda vez que tiende a corregir los comportamientos de los dos estamentos implicados en la "producción y en el consumo sostenible": donde están implicados los productores y los consumidores, a través de la norma jurídica que lo establezca. Es cierto de que hay dos diferencias básicas entre el EMAS y la ISO 14000, el EMAS es algo más exigente y la auditoría del sistema implantado con el EMAS se hace por el propio centro y luego hay una verificación externa de dicha auditoría por parte de un verificador externo acreditado por la entidad nacional de acreditación (auditor ambiental). En la ISO 14 000, la auditoría es externa y realizada por una entidad acreditada" ...³⁸

La regulación de la auditoría ambiental en el ordenamiento jurídico español, se puede encontrar en la reforma del Código de Comercio de 1973, en el que se reconocía la verificación por experto titulado superior del balance y cuenta de resultados de sociedades en casos concretos. En la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se reconocía la revisión de las cuentas por un accionista censor, sin independencia. Con el ingreso de España en la Comunidad de Estados Europeos en

enero de 1986, se desarrolla un proceso reformista y de adaptación de la legislación a la normativa europea derivada del Tratado de Roma, revisada en el Tratado de Maastrich. Este ajuste legislativo se realiza fundamentalmente sobre las directivas de la Unión Europea en las naciones que la integran. Ello ha sido el elemento que ha contribuido al surgimiento de normas, leyes y decretos sobre contabilidad que configuran un cuerpo legal y doctrinal comparable al de los países del entorno comunitario, incidentes en la implementación de los instrumentos de mercado. En este sentido, es la Ley N.º. 19 de 1988, de Auditoría de Cuentas, creadora del ICAC como organismo autónomo de carácter administrativo, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda para ejercer el control de la auditoría de cuentas en España, creó el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC), donde se inscriben las personas (físicas y jurídicas) habilitadas legalmente para el ejercicio de la auditoría. El nombramiento del auditor corre a cargo de la Junta General, en el Registro Mercantil o por nombramiento judicial.

En este modelo europeo para la ordenación jurídica de la ecoauditoría, se le define ... *"la auditoría ambiental como actividad de control, es un instrumento de gestión ambiental, comprende una evaluación sistémica, documentada, periódica, y objetiva del comportamiento de una organización empresarial, del sistema de gestión ambiental y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente" ...*

También, se aprecia que la tarea de control del Tribunal de Cuentas en la Unión Europea, está condicionada por las características propias del presupuesto comunitario, el cual, además de reducido, financia un conjunto de políticas muy distintas a las que resultan habituales en los presupuestos nacionales. Se trata de un organismo altamente especializado que examina las cuentas relativas a los gastos e ingresos de la unidad, y también los de cualquier otro organismo creado por este. El control que ejerce es externo, a posteriori y permanente, abarcando el control de legalidad bajo la concepción de la eficiencia, eficacia y economía. Los miembros del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea son elegidos entre personas que hayan pertenecido a órganos de control externo en sus respectivos países. Sus miembros son altamente calificados, y no pueden

³⁸ En este sentido, consúltese para profundizar, Gómez Orea, D. Serrano Bernardo, F. y Rosua Campos, J.L. (2011) La gestión y tecnología ambiental como instrumentos para la protección del medio ambiente, El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas. Editorial Dykinson, España, p.24 y ss.; Rodríguez Fernández, P. (1994) Costes económicos de la contaminación, Auditoría medio ambiental en la empresa. Centro de estudios Ramón Areces, España, p.199 y ss.; Santamaria Arinas, R.J (2012) Novedades, incentivos y problemas jurídicos del sistema europeo de gestión y auditoría medio ambiental (EMAS III) Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, No. 23, España, p. 298.

solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno ni de otros organismos.

Por ello, al evaluar el cumplimiento de la política ambiental a la organización objeto de control, se analizan sus objetivos y las metas ambientales, como el control del impacto ambiental generado al medio ambiente, que le permita contar con un sistema de gestión ambiental integrado para su mitigación. Ya aquí se regula, otra nota distintiva, a través de la implementación del sistema de gestión ambiental integrado. Esta filosofía está vinculada, a los principios de marketing y de imagen de la empresa en el mercado y a la necesidad de mejorar voluntariamente el comportamiento ambiental para evitar los efectos jurídicos y económicos de eventuales incumplimientos de la legislación de la Unión Europea.

Sus elementos que la caracterizan como instrumento de gestión ambiental son: es evaluadora de los índices de contaminación generados al ambiente, del cumplimiento de la legalidad, de la externalización e internacionalización de los costes ambientales integrándolos a la responsabilidad ambiental con el sistema de gestión ambiental integrado. Como instrumento de tutela ambiental dentro de la doctrina ambientalista, tiene un carácter horizontal para adoptar estrategias de protección ambiental por parte de la Administración Pública. Su adhesión, es voluntaria en su generalidad, aunque puede ser obligatoria. Le proporciona y da publicidad sobre el comportamiento ambiental a la organización auditada. También, está reconocida como una técnica de protección ambiental entre los instrumentos de comando y control.

Como actividad de control de la gestión económica, en la evaluación se analiza el uso de los instrumentos económicos, considerados estos por la doctrina administrativa en materia ambiental como una alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental, modifican las conductas de producción y de consumo al concebirlas como empresas sostenibles. La ecoauditoría es el instrumento que vehiculiza los efectos externos del sistema de gestión ambiental, es su declaración ambiental. Por este motivo los poderes públicos deben determinar los requisitos técnicos y la capacitación profesional necesaria para elaborar las

auditorías, sus resultados derivan efectos públicos.

Martin Mateo, detalla en este sentido ...*“los tipos de auditorías que pueden existir en función de una serie de parámetros, por su periodización temporal, por el alcance, sectoriales, completas, por las funciones que audita pueden ser de productos, energía, subproductos, embalajes, ambiente interior y procesos; por el medio auditado pueden ser de atmósfera, agua, suelos y riego, por las regulaciones pueden ser industrial, comercial, de transportes, de seguridad de los trabajadores, de incidencia ordinaria sobre la vecindad, de eventuales catástrofes, de almacenamiento de residuos, de destrucción y tratamiento de subproductos, de transporte de sustancias peligrosas, de reutilización y reciclaje”*..³⁹

Sanz Rubiales, señala ... *“en la Unión Europea, y en particular en España, para la organización administrativa del medio ambiente, corresponde a la Consejería de Medio Ambiente la ejecución de las competencias administrativas ambientales. Esta Consejería nace, por Decreto No. 145 de 1999. Su estructura se apoya en los siguientes órganos: Secretaría General y dos Direcciones Generales, una de Calidad Ambiental, con competencias en materia de protección del medio ambiente, prevención y control ambiental e infraestructuras ambientales y otra, del Medio Natural, con competencias en materia de gestión y conservación del medio natural, al amparo del Decreto No 76 de 2003, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente”*..⁴⁰

Este autor consultado, razona ... *“las técnicas jurídico-públicas de protección del medio ambiente se pueden sistematizar de acuerdo con lo que viene siendo la clasificación tradicional de la actividad administrativa por razón de su incidencia en el status de los administrados: técnicas de policía o de limitación de los derechos,*

39 Consúltese en este sentido para profundizar, Cfr. Martin Mateo, R. Nuevos Instrumentos para la tutela ambiental (...) Op. Cit., pp.110-111; Cfr. Martin Mateo, R. (1993) La Ecoauditoría. Boletín de estudios económicos, p. 489.

40 Véase en este sentido, para profundizar Sanz Rubiales, I. (2014) Cambio climático y Unión Europea: presente y futuro del mercado europeo de emisiones, Editorial Tirant Lo Blanch, España; Sanz Rubiales, I. (2000) Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica, Editorial Marcial Pons, España, pp.7-19; Dopazo Fragio, P. (2001) El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental, Editorial Exlibris, Madrid, pp.80-297; Fernández Ramos, S. (2013) El sistema comunitario de etiquetado ecológico, Universidad de Cádiz, España.

técnicas de fomento o estímulo, y técnicas de prestación (actividad prestacional administrativa). La legislación ambiental debe estar informada por los principios del Derecho Ambiental, como el de prevención, de precaución o cautela, de quien contamina, paga y de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los daños al medio ambiente. En las evaluaciones con el uso de las herramientas de gestión, se pondera la calidad ambiental, se implementan técnicas de policía para la protección del medio ambiente natural de los espacios naturales protegidos y por las Zonas Naturales de Interés Especial, y para la protección de la fauna y flora silvestres” ...

La Administración Pública, en su gestión, implementa técnicas de fomento, se caracterizan por el respeto de la libertad de los destinatarios; la Administración estimula la actuación de estos concorde con los intereses generales al proponerles incentivos -normalmente económicos (subvenciones)- que le faciliten esa actuación protectora al medio ambiente. Las técnicas a utilizarse son variadas, pero en el ámbito del medio ambiente se limitan a ayudas económicas, auditorías ambientales y a la implementación de las ecoetiquetas.

En relación a las auditorías ambientales, considera Sanz Rubiales que la misma ... *“es un instrumento de mercado para estimular la gestión industrial ambientalmente limpia” ... En materia de “calidad ambiental”, se incorporó como una técnica ambiental novedosa: las ecoauditorías. Los preceptos legales sobre auditorías ambientales fueron desarrollados por el Reglamento de Auditorías, aprobado por Decreto No. 129 de 1999. Las AMAS (auditorías ambientales) constituyen -junto a la denominada etiqueta ecológica- una avanzada técnica de mercado para la protección del medio ambiente frente a las agresiones industriales; son procesos de evaluación sistemática, externa y periódica de la gestión ambiental de la empresa, encaminados a la realización de un informe escrito, que diagnostique su situación ambiental. Como técnica de fomento o estímulo, tienen carácter voluntario a quien las implementa. Se las vincula a la obtención de ventajas: “la presentación del informe ambiental resultado de la correspondiente Auditoría Ambiental, será requisito imprescindible para la obtención de ayudas (...)”⁴¹*

En el Reglamento EMAS, la auditoría ambiental es concebida como ... *“un instrumento de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del comportamiento de la organización, del sistema de gestión y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente con la finalidad de: facilitar el control operativo de las prácticas que pueden tener un impacto sobre el medio ambiente; evaluar el cumplimiento de la política medio ambiental de tal organización, en especial sus objetivos y metas medio ambientales”...*

En el Quinto Programa Comunitario de Acción Ambiental, se marca una nueva estrategia europea de más amplio alcance para el logro de un desarrollo sostenible en esta región, haciendo hincapié en el uso de las fuerzas del mercado, buscando la colaboración de los operadores económicos para la mejora de la protección ambiental, por medio de la aplicación de fórmulas de incentivo y de apoyo por parte de los poderes públicos; se enfatiza en la corresponsabilidad voluntaria para la protección ambiental por parte de la empresa como sujeto económico, con especial interés en la preservación de los recursos naturales.⁴²

En el Séptimo Programa general de Acción de la Unión Europea en materia de medio ambiente hasta 2020, el cual entró en vigor el 17 de enero de 2014 (DOUE de 28 de diciembre de 2013), mantiene la misma línea al igual que lo hizo el Sexto Programa, incentivando a las empresas se responsabilicen voluntariamente en la protección ambiental.⁴³

También, el Banco Central Europeo ha dictado medidas relacionadas con la gestión ambiental y para la auditoría ambiental en la emisión de billetes, decisión del Banco Central Europeo de 26 de abril de 2012, por la que se modifica la decisión BCE/2011/8, sobre los procedimientos de acreditación medio ambiental y de seguridad e higiene para la producción de billetes

Í. (2006) Política ambiental de Castilla y León, Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006, Editorial Thomson-Aranzadi, Pamplona, pp.565-588; Lozano Cutanda, B. (2006) Derecho Ambiental Administrativo, 7ª edición, Editorial Dykinson, Madrid; AA. VV. (2006) Derecho Ambiental en Castilla y León, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

42 Lozano Cutanda, B. y Alli Turrillas, J.C. (2013) Administración y legislación ambiental, Editorial Dykinson, 7ª edición, España, p. 288

43 Confróntese para profundizar Ortega Álvarez, L. (2013) El control jurídico del medio ambiente a través del ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios, Universidad de Toledo, España.

41 Consúltense para profundizar Caro-Patón Carmona, I., y Sanz Rubiales,

en Euros (BCE/2012/8) (2012/259/UE) y la Decisión de 21 de junio de 2011, sobre los procedimientos de acreditación medio ambiental y de seguridad e higiene para la producción de billetes en euros (BCE/2011/8) (2011/397/UE).⁴⁴

El Reglamento N.º 1836 de 1993, de la Unión Europea, relativo a sistemas de ecogestión y ecoauditoría en el sector industrial, se define al sistema de gestión ambiental como ...*"aquella parte del sistema general de gestión que comprende la estructura organizativa, las responsabilidades, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos para determinar y llevar a cabo la política medioambiental"*, y, a la auditoría ambiental como: ...*"Un instrumento de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la eficacia de la organización, en el sistema de gestión y procedimientos destinados a la protección del medio ambiente"*...

*Sanz Larruga, refiere en relación al desarrollo sostenible por su vínculo con la actividad de control estudiada, tiene su origen en la economía ambiental y prosperó en el ámbito del Derecho Internacional, es un concepto ..."esencialmente controvertido, sugerente, evocador, exitoso, cargado de expectativas, con una imparables vis atractiva y con una gran flexibilidad que le otorgan grandes ventajas, pero a la vez enormes inconvenientes (...) a causa de su desmesura retórica y de su banalización conceptual"...*⁴⁵

Por consiguiente, se justifica que el desarrollo sostenible representa el puente por el que inevitablemente debe cruzar la relación entre economía, sociedad y medio ambiente en la búsqueda de su supervivencia. Por ello, resulta necesario comprender el significado que la empresa desempeña dentro del mismo como sujeto de cambios. Este desarrollo sostenible, aun con origen en

44 Fernández De Gatta Sánchez, D. (2012) *Sistema* jurídico-administrativo de protección del medio ambiente. Revista Ratio Legis, Salamanca, pp. 264-265.

45 Confróntese para profundizar, Parejo Alfonso, L. (1994) La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿hacia un Estado ecológico de Derecho?, Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales, N.º 100-101, España; Jiménez Herrero, L. M. (2000) Desarrollo sostenible. Transición hacia la coevolución global, Editorial Pirámide, Madrid; Aranguren, J. C. (2006) Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, No. 226, España, pp.139-211; Piñar Mañas, J. (2003) El desarrollo sostenible como principio jurídico, Estudios de Derecho Público económico, Madrid, pp.185-204; Loperena Rota, D. (2003) Desarrollo sostenible y globalización, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, España, pp. 45-72.

el denominado *soft law* es *"hoy el macro principio que rige el papel de las Administraciones Públicas"*.⁴⁶

Siguiendo a Pérez Luño, al *considerar* que son tres las funciones asignadas a los poderes públicos en materia de medio ambiente: La función preventiva, donde los poderes públicos deben velar por una utilización racional de los recursos naturales, con el objetivo de proteger la calidad de vida. La función restauradora, los poderes públicos no sólo deben tutelar el medio ambiente, sino que debe extenderse a la reparación de los posibles daños y agresiones. Y la función promocional, los poderes públicos deben contribuir a la mejora del medio ambiente, incorporando políticas activas de mejora y recuperación ambiental.⁴⁷

2.1 Elementos desarrollados en el modelo Europeo

-El antecedente directo del Sistema comunitario de gestión y auditoría ambiental (EMAS), se encuentra en los sistemas de gestión, auditoría y certificación de la calidad iniciados por la International Organization for Standardization -ISO- desde los años 90', por medio de las normas técnicas ISO 9000 y 14001. Estas normas técnicas son esencialmente de procedimiento, no tienen una base científico-técnica, se implementan con la finalidad de ser aplicables a cualquier organización sin tener en cuenta el tipo de actividad económica que desarrolle y la complejidad de la misma.

-Prevalece la función pública de tutela ambiental desde el texto constitucional, en su manifestación de control o policía. La misma abarca una actividad de gestión, desarrollada en el Derecho sustantivo, vinculada a bienes ambientales como: montes, aguas continentales, dominio marítimo-terrestre, etc. Su respaldo positivo como modelo es consolidar el derecho de disfrutar de un medio ambiente sano, y el deber de su conservación. Que permita lograr alcanzar la calidad ambiental en un modelo de tutela de intervención pública.

-Las empresas transnacionales han hecho suya la auditoría ambiental, con el reglamento comunitario de adopción

46 Jordano Fraga, J. (2007) La Administración en el Estado Ambiental de Derecho, Revista de Administración Pública, No. 173, España, pp. 101-141.

47 Véase en este sentido, Pérez Luño, A. E. (1986) Derechos Humanos, Estado de Derecho y constitución. Editorial Tecnos. 2ª edición. Madrid.

voluntaria (EMAS), el impulso público del mecanismo voluntario, y el movimiento de corresponsabilidad empresarial. Para ello, en la Unión Europea publicó su Directiva 1836, del 29 de junio de 1993, sobre la participación voluntaria de las compañías del sector industrial en un “Esquema comunitario de eco-gestión y auditoría”, conocido internacionalmente por su sigla en inglés EMAS “Eco-Management and Audit Scheme”, donde se establece un sistema reforzado de control de la autorregulación empresarial, basado en la independencia y objetividad, e intenta mejorar también la publicidad y la transparencia de los sistemas privados de gestión ambiental, en torno al fomento de actividades potencialmente contaminadoras, para reducir el impacto ambiental, ya sea por subvenciones o incentivos fiscales.

-El EMAS, tiene como característica intrínseca a este instrumento normativo de la Unión Europea, al resultar de aplicación directa a los Estados miembros desde el inicio de su vigencia, sin perjuicio que cada Estado promulgue normas que faciliten su implementación. La Comisión Europea ha arbitrado varios mecanismos destinados a evaluar el éxito y alcance de EMAS, entre los cuales destacan el estudio EVER “*Evaluation of EMAS and Eco-Label for their Revision*”, el servicio EMAS-Help Desk, y los datos procedentes del Eurostat.⁴⁸

-La autorregulación es una de las vías más idóneas para enfrentarse a los grandes desafíos que plantea la tutela ambiental, aunque parezca que deja de actuar, que pierde su rol, esto no es así, si bien se utiliza y se fomentan las fórmulas autorregulatorias, todo hace parte de una estrategia de intervención, no es que la autorregulación se defina y controle así misma, por lo menos no la que representa interés al Derecho, esto es así, porque se hace un control a éstas fórmulas; los organismos públicos condicionan la autorregulación, la regulan de tal forma que les resulte útil a sus intereses.

-En el 2015, en la Unión Europea, cómo tendencia desarrolladora en materia de control para la protección del medio ambiente, se aprueba ...“*La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del*

48 Belmonte Martín, I. (2009) La Ecoauditoría: un instrumento para la defensa del medio ambiente. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, No. 4, España, p. 48.

sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, equidad y transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género”...⁴⁹

-En España, se aprecia como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y la gestión económica del Estado-Tribunal de Cuentas-, aunque de manera paralela está en el ordenamiento jurídico la jurisdicción contable. Lo propio también sucede en Francia, Portugal, Bélgica, Italia y Austria. La Constitución Europea lo intitula del mismo modo para las naciones que integran la Unión.

-La regulación de la auditoría ambiental, dentro del ordenamiento jurídico en el continente europeo, se ha caracterizado por estar en leyes de medio ambiente, leyes de economía sostenible, leyes de auditoría ambiental, su reconstrucción fue con las normas EMAS⁵⁰, al aplicarse el autocontrol con una menor intervención pública en la industria de forma obligatoria. Pero para el empresario privado prevalece la voluntariedad, y en el siglo XXI, se ha complementado la norma técnica la ISO 26 000.

-La nota distintiva en este modelo, es el reglamento EMAS, con el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas y de su autorregulación. Su estrategia, ha sido fomentar mayor conciencia en cuanto a la responsabilidad de los problemas del ambiente, con la adopción de instrumentos voluntarios, para lograr revertir y detener el deterioro ambiental, respaldados por la razón jurídica.

-El EMAS, va más allá de los requerimientos de la norma técnica ambiental ISO 14 000, ya que incluye otras especificaciones para una mejoría constante del desempeño ambiental, la comunicación de metas y logros al público y el mantenimiento de registros ambientales comprensivos, incidentes en alcanzar las metas del desarrollo sostenible.

49 Véase para profundizar, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de diciembre de 2014, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, No 82-2; Sueiras Pascual, M. (2016) El Tribunal de Cuentas de España y la sostenibilidad ambiental: un nuevo marco de actuación fiscalizadora, Revista Española de Control Externo, No. 53, España, pp.135-157; Sanz Larruga, F. (2016) Derecho Ambiental para una economía verde, Editorial Aranzadi, España.

50 Heras, I. (2008) Evolución al reglamento de las EMAS en la Unión Europea y España, reglamento comunitario de eco gestión y eco auditoría, norma voluntaria de la Unión Europea para las formas de gestión, reconoce a las organizaciones que han implantado un SGA, sustentado en el ordenamiento jurídico a través del Reglamento CEE No. 1836 de 1993, difundido como EMAS, Revista Ambienta, Universidad del país Vasco, España, pp.75-79.

-Las normas técnicas ISO 14 000, se adaptan a las nuevas relaciones entre la comunidad empresarial, las autoridades y el público en general en donde se involucren los aspectos ambientales. Estas normas cuentan con potencial suficiente como para mejorar el desempeño ambiental de las organizaciones a nivel mundial. Los comités técnicos de ISO iniciaron la revisión de sus estándares en 1999. Sería conveniente para la estructura de estas normas, añadir nuevos temas como desarrollo sostenible, como resultado de los cambios en la conciencia ecológica de los gobiernos, organizaciones e individuos.

-Se pondera el principio ambiental de responsabilidad compartida, orientada a complementar la función de inspección con otras técnicas e instrumentos al involucrar los agentes económicos, en pos de que asuman un papel activo en la prevención de los riesgos que garanticen un control sistemático con el autocontrol, denominada gestión ambiental compartida.⁵¹ Ello constituye otra característica en la reconstrucción y evolución como actividad de control.

-El sistema comunitario de ecogestión y ecoauditoría, constituye uno de los exponentes más complejos de una nueva técnica de intervención de los poderes públicos consistente en el fomento, la regulación y el control de la autorregulación privada, donde desde el Derecho Administrativo utiliza técnicas para su realización. Modificado por el Reglamento 76, CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría ambientales.⁵²

-Este sistema comunitario de gestión y auditoría ambiental se reconstruye, a partir de un sistema de controles en cascada, en el núcleo de los cuáles se encuentra la autorresponsabilidad empresarial. Con ello, aparentemente el cumplimiento de la legislación está garantizado de inicio y, de no ser así, cualquier

51 Para profundizar, confróntese para ello Mora Ruiz, M. Tesis doctoral: Responsabilidad compartida en la gestión ambiental, Universidad de Huelva, España (2005); Martín Mateo, R. (2000) Lecciones de Derecho del Medio Ambiente, 2da edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, p.49; Martín Mateo, R. (1991) Tratado de Derecho Ambiental, volumen I, Editorial Trivium, Madrid, pp.450-451.

52 Sobre ello, véase para profundizar Delgado Medina, M. (1994) Instrumentos medio ambientales a disposición de la industria: Ecoproductos, ecogestión y ecoauditoría, Economía Industrial, No. 297, España, pp.43-49.

incumplimiento podrá ser detectado por alguno de los sujetos intervinientes en la cadena de control, aunque no se atribuya específicamente a ninguno de ellos esta función. Si este difícil equilibrio funciona de forma adecuada, ningún reparo puede ponerse a la progresiva sustitución de controles públicos por esta concreta fórmula de autorregulación.⁵³

-La existencia de un documento destinado a poner en conocimiento público los resultados de la auditoría ambiental constituye una de las innovaciones más destacables del EMAS respecto de los sistemas privados de gestión ambiental, en las características que se visualizan en este modelo.⁵⁴ Aparece también, la alternativa jurídica económica con el uso e implementación del tributo ambiental⁵⁵, elemento utilizado para obtener un desarrollo limpio en relación con el principio de quien contamina paga, desde el Derecho Ambiental, por su relación con la auditoría ambiental.

-La construcción del servicio público en la Unión Europea, se aplica en fórmulas de concesión relacionadas con la participación de los particulares en cuestiones relacionadas con la protección del bien público ambiente, a través del ejercicio del control por la función inspectiva o de la auditoría.

-Con el modelo de tutela ambiental de carácter público, se establece la cláusula de progreso técnico, con ello los sujetos económicos tienen la obligación permanente de actualizarse en los avances científicos, condicionado

53 Sobre esto, consúltese Fernández De Gatta Sánchez, D. (1997) Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico, RDUyMA, No 155, España; Fernández De Gatta Sánchez, D. (2003) Las auditorías ambientales en Castilla y León, Derecho Ambiental en Castilla y León, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia; Fernández De Gatta Sánchez, D. (2004) Auditorías y Sistemas de Gestión Ambientales en la Unión Europea: Evolución, régimen vigente y perspectivas futuras, Noticias UE, No 228, España.

54 Para profundizar, consúltese Tarrés Vives, M. (1998) Los sujetos privados en la gestión y auditoría medio ambiental comunitaria. Su desarrollo en la Umweltauditgesetz alemana, RAP, No 145, España, pp.503- 542; Canals Ametller, D. (2003) El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación), Editorial Comares, Granada, pp.183-187; Izquierdo Carrasco, M. (2000) La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores, Editorial Marcial Pons, Madrid, p.504 y ss; Fernández De Gatta Sánchez, D. (2009) El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales en Castilla y León, Derecho Ambiental en Castilla y León, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.155-232.

55 Confróntese Lavandeira, X. (2014) Cambio climático y políticas impositivas de control, Revista Universidad de Vigo, España, pp.1-24.

por el principio de seguridad jurídica, aplicables como sujeto de gestión.⁵⁶

-Aparece en este escenario europeo en avance la construcción del principio de cooperación/colaboración entre la Administración Pública y los ciudadanos en la protección del bien público ambiente.⁵⁷ Las entidades privadas de control, sometidas a un proceso previo de acreditación, se presentan como una alternativa al reto que supone la aparición de nuevos riesgos ambientales, la creciente especialización y una exigencia técnica cada vez mayor. Sin embargo, el uso de estas fórmulas hace necesario el refuerzo de algunos principios, como el de confidencialidad en las informaciones remitidas por parte de las empresas a la inspección o la objetividad de sus valoraciones, evitando cualquier tipo de vinculación económica o técnica entre la inspección y el inspeccionado.

-El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea (2013-2020): *Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta*, dispone nueve objetivos prioritarios relativos a proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión Europea; convertir a la Unión Europea en una economía hipocarbónica, que sea eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva; proteger a los ciudadanos de la Unión Europea de las presiones y riesgos medio ambientales para la salud y el bienestar; maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión Europea; mejorar la base de información de la política de medio ambiente; asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente y fijar correctamente los precios; intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas; aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la Unión Europea, y reforzar la eficacia de la Unión Europea a la hora de afrontar los desafíos ambientales a nivel regional y mundial.

-Se fomenta la exigencia de las credenciales verdes en la cadena de suministros de las empresas, donde la implementación de la auditoría ambiental ha favorecido la proactividad de las organizaciones, se reconoce el

56 Véase en este sentido, Cfr. Esteve Pardo, J. (2005) Derecho del Medio Ambiente, pp.58 y ss. Vinculado a la teoría del riesgo con el principio de precaución desde el Derecho Ambiental.

57 Para profundizar, consúltese Desdentado Daroca, E. La crisis de identidad del Derecho Administrativo, p.70.

potencial de mercado y los beneficios generados, así como las ganancias en eficiencia, el ahorro en términos económicos y la importancia en la mejora de las relaciones públicas. A través de la etiqueta ambiental.

-La auditoría ambiental, es un instrumento correctivo federatario dentro de lo que implica la gestión ambiental en la Unión Europea. Este tipo de auditoría sistémica, documenta, compara, periódicamente y objetivamente las actividades en relación con los parámetros generalmente aceptados de la calidad ambiental, con ello hace más competitiva al sujeto de gestión.

-La EFS a nivel regional que traza las directrices en torno a la auditoría es la EUROSAI, en la comunidad europea. En el área formativa, se aprecian los estudios del Derecho Ambiental por las Ciencias Jurídicas y el desarrollo de los estudios en Ciencias Ambientales, cuyo perfil profesional en el modo de actuación está el de Licenciado e Ingeniero Ambiental, como gestores de la Administración Pública en la protección del medio ambiente.

2.2 La doctrina jurídica en América del Sur de la auditoría ambiental

El desarrollo doctrinal del Derecho Ambiental, como resultado de los estudios realizados por De Bessa Antunes⁵⁸, Caferrata, Di Trindade Amado, Bustamante Alsina, Sales de Freitas, entre otros destacados académicos; reseñan que la institución jurídica, como actividad de control es ejecutada por el órgano de control reconocido a partir del texto constitucional -Contraloría General y los Tribunales de Cuentas-, como los de mayor representatividad. También, están los Ministerio del Ambiente que ejecutan la función inspectiva y coadyuvan a la protección del medio ambiente en este contexto geográfico.⁵⁹

En un paneo de la geopolítica en América Latina permite

58 Véase para profundizar De Bessa Antunes, P. (2010) Derecho Ambiental, 12va edición, Editorial Lumen Juris, Brasil, pp.211-253; Caferrata, N. (2003) Introducción al Derecho Ambiental, primeras contribuciones de la auditoría ambiental desde las ciencias contables, ejecutada por la Administración Pública, Editorial PNUMA-SEMARNAT, México, pp.7-11.

59 Sobre ello, véase Delpiazco, C. (1982) Tribunal de Cuentas; Rodríguez Azcué, G. (2002) El control del Tribunal de Cuentas y los auditores gubernamentales, Aspectos administrativos en las Leyes de urgencia y de presupuesto, No 296, Universidad de la República, Uruguay, p.385-418; Sales De Freitas, J. (2013) Auditoría externa ambiental como instrumento en la defensa del medio ambiente, desde las ciencias jurídicas son reconocidos los aportes para la protección ambiental en, Revista de Jure, No 20, Brasil, pp.293-309

conocer como desde la ancestralidad, los pueblos originarios ya ponderaban a la naturaleza, ejemplo de ello es cuando los Incas imponían severas penas a las personas que dañaran a las aves productoras de guano, establecían cuotas de uso de agua a los agricultores. Los Mayas, imponían ciclos de uso y descanso de la tierra, respetaban lo que ésta producía y rogaban perdón por el daño causado. Siguiendo la cronología histórico política de estos procesos en Latinoamérica, la Constitución de México de 1917, tiene el mérito de ser la precursora de promover constitucionalmente el tema ambiental, dirigida a la protección de la propiedad privada en esta nación.⁶⁰

En este contexto, la relación del hombre con la naturaleza en el siglo XXI no es adecuada, el mundo vive una crisis ambiental que se traduce en el deterioro de la calidad del aire, de los suelos y del agua, que afectan directamente a la biodiversidad y por lo tanto a la vida de los habitantes de este planeta. La civilización humana se enfrenta hoy a una crisis global y compleja que tiene al mundo de alguna manera desorientado y alerta, el tema es más profundo de lo que parece, estamos frente a una crisis ecológica y humanitaria. En una mirada histórica a la dimensión social del medio ambiente, se parte de un término que se considera está vinculado con lo ambiental y lo social, y que de alguna manera introduce desde una posición general al tema en cuestión, sería la supracuestión o el supratema: el bienestar humano. La preocupación general de los hombres es por su bienestar. Al margen de su contenido relativo o temporal y de su dudosa dualidad objetivo-subjetiva, el bienestar se limita hoy para algunos grupos poblacionales a la satisfacción de las necesidades más elementales de subsistencia, mientras para otros representa la satisfacción de las necesidades y aspiraciones más elevadas de autorrealización.

La América Latina, como porción más húmeda del planeta, aloja la mayor masa forestal y encierra la mayor diversidad biológica de la tierra. En ella habitan más de 400 grupos étnicos de los pobladores originarios, distribuidos en el vasto continente, con un alto

crecimiento demográfico. La explotación indiscriminada de los recursos naturales sin analizar, ni tener en cuenta sus consecuencias negativas, han causado un alarmante deterioro ecológico al planeta tierra, ejemplo de ello ha sido la deforestación, acontecida por las transnacionales madereras y la extracción de hidrocarburos, por solo reseñar dos ejemplos de agresión a la madre tierra.

El legado de los pueblos originarios, se aprecia como en la nación ecuatoriana está presente en el artículo 1: ... *"El Ecuador es un Estado(...) constitucional de derechos y de justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico(...)"* ... A tenor de que como Estado es firmante del Convenio 169 de la OIT de 1989, de la Declaración de Principios de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, entre otros instrumentos internacionales. Permite ponderar el giro que se ha dado al constitucionalismo en Latinoamérica.

Incidentes, al analizar la evolución y desarrollo del Derecho Ambiental en América Latina⁶¹ por estudiosos como Brañes Ballesteros, Rinaldi y Caferrata, al valorar el proceso histórico para su formación dentro del período comprendido entre la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano y la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, cónclaves donde fueron abordadas cuestiones en materia de conservación ambiental, pendientes a solucionarse por los estadistas, postura a la que integra este autor.

En la región de América Latina, se aprecia como es la OLACEFS la organización internacional sucesora del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, creado en el año 1965, en Santiago de Chile. Su nombre actual, adoptado en 1990, es consecuencia de la ampliación del ámbito en que desarrolla sus actividades de control. El rol fundamental de esta entidad internacional fiscalizadora es hacer realidad en la región los objetivos de la INTOSAI, relacionados

60 Véase para profundizar Rey Santos, O. (2008) El desarrollo del constitucionalismo ambiental en Latinoamérica", PNUMA-ONU, pp.23-38; Cafferatta, N. (2004) Constitucionalismo e Institucionalidad Ambiental en Latinoamérica. La democracia participativa en las decisiones ambientales, Editorial Ine-Semarnat, México, p.23.

61 Brañes Ballesteros, R. (1997) La fundación del Derecho Ambiental Latinoamericano, las medidas administrativas y penales de naturaleza reactiva, para corregir conductas generadas por adversos ambientales, PNUMA-ONU, México, pp.1-198; Rinaldi, G. (2013) Estudios sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y Caribeño, PNUMA-ONU, Argentina, pp.1-59.

con la colaboración y el perfeccionamiento de las Entidades Fiscalizadoras Superiores en torno al control administrativo. Nadie pone en duda, que hoy día la preocupación a nivel global por los problemas ambientales que afectan transversalmente la vida humana actual y a las generaciones futuras, donde el deber de los poderes públicos establecidos desde los textos constitucionales, en especial las Administraciones públicas, para intentar prevenir y corregir los daños ambientales ocasionados por la actuación de toda la sociedad en general y de las organizaciones empresariales. En los ordenamientos jurídicos estudiados se aprecia cómo esta institución jurídica es introducida por los países a partir de la firma de Convenios y Acuerdos internacionales con la INTOSAI, por su maridazgo con el Derecho Internacional.

Desde las ciencias jurídicas,⁶² Botassi, Sales de Freitas, y De Besa Antunes, consideran desde su posición que esta rama del Derecho Ambiental ha entrado a resolver la cuestión de la contaminación al exigir la responsabilidad ambiental, se ha regulado en leyes de crimen ambiental, de responsabilidad ambiental, de protección forestal, de contaminación ambiental y de la auditoría ambiental, relacionadas con el daño ambiental y su cuantificación contable; vinculadas con los incentivos fiscales, la tributación ambiental y la cobertura financiera por la póliza ambiental. Es introducida en los derechos internos, se vincula a los acuerdos ambientales de los bloques comerciales de la UNASUR, MERCOSUR, ALBA, CELAC, y con los Tratados ambientales como la Agenda 21, el Protocolo de Montreal y la Convención sobre la Diversidad Biológica.

De esta manera, se aprecia cómo se incide en que de los veinte países que componen América Latina, la influencia que permea para que renoverán instituciones dentro de los textos constitucionales y por ende, también a cambios en sus constituciones. Entre 1972 y 1999, en 16 de estos países se dieron nuevas constituciones políticas que procuraron incorporar las demandas de la sociedad latinoamericana, lo que ahora se le conoce como "movimientos sociales". Ello dio lugar a que se incorporarán importantes disposiciones

62 Sales De Freitas, J. (2013) Auditoría externa ambiental como instrumento en la defensa del medio ambiente", desde las ciencias jurídicas son reconocidos los aportes para la protección ambiental, Revista de Jure, No 20, Brasil, pp.293-309; Botassi, C. (1997) Derecho Administrativo Ambiental, Editorial Platense, Argentina, p.27.

como "principios", referidas a la protección del medio ambiente y la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, lo que al final vino a crear la etapa de "enverdecimiento" constitucional.

El resultado obtenido en la investigación realizada por Brañes Ballesteros, permitió reconocer un número importante de disposiciones que refrendan la protección ambiental y la promoción de un modelo a seguir para lograr el desarrollo sostenible.⁶³ La protección al medio ambiente como bien público aparece reconocida en las Constituciones de Chile (1980), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), y Bolivia (2009), textos constitucionales publicados entre los años 1972 y 1992, en el período de veinte años que medió entre la conferencia de Estocolmo y la conferencia de Río de Janeiro, como el posterior desarrollo normativo que ha ido en evolución.⁶⁴

También, en el siglo XXI el PNUMA ejecuta el análisis de la "economía verde", para conocer la evolución de la protección ambiental en los países de América Latina dentro de las metas del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza ⁶⁵, permitieron conocer cómo se regula la protección ambiental, esta arrojó: "casi todos los países de América Latina y el Caribe presentan una estructura legal similar: a la cabeza cláusulas constitucionales ambientales, luego una ley general, ley de bases marco u orgánica del ambiente y leyes sectoriales ambientales."⁶⁶

63 PNUMA, el constitucionalismo en América Latina con la práctica democrática y la participación ciudadana, se originó en la Constitución de Colombia de 1991 y en la de Ecuador en 1998, muestran avances al reconocer los derechos ciudadanos, se modifica con la Constitución del 2008 con un Estado Ecuatoriano constitucional de Derecho. En Venezuela en 1999, se da un proceso originario, la Constitución nace a partir de la voluntad popular. Bolivia, en la Constitución de 2009, encamina la creación de un Estado democrático, soberano y de participación popular en 2013; Wolkmer, A. (2010) Pluralismo crítico y nuevo constitucionalismo en América Latina, 3ra edición, Editorial Alfa-Omega, Brasil, 2010, p.36; Quirola Suárez, D. (2009) Sumak Kaway, Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza, el buen vivir, vía para el desarrollo sustentable, Editorial Abya-Yala, Ecuador, pp.7-79.

64 Brañes Ballesteros, R. (2001) Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental en, PNUMA-ONU, 1ra edición, México, pp.9-114.

65 PNUMA, Pobreza, no hay manifestación única y universal de pobreza como de riqueza, la ciencia económica se ha apropiado de este concepto convirtiéndolo en medible a partir de índices de ingresos, determina el acceso al bienestar material, 2013.

66 Cafferatta, N. (2004) Constitucionalismo e institucionalidad ambiental en Latinoamérica, democracia participativa en las decisiones ambientales, Editorial INE-SEMARNAT, México, p.23.

Demuestra este estudio realizado que, la preocupación por la protección del bien jurídico ambiental y el desarrollo sostenible en la región, ha llevado a insertar la temática ambiental a partir de las leyes fundamentales. En el siglo XXI, se ratifica ante las evidencias que confirman lo señalado en los estudios realizados en el término de los años de 1976 hasta el 1992; en el 2013, los países de América Latina muestran un desarrollo de la legislación ambiental, varía acorde a la tradición jurídica de cada país, en general han mantenido en común establecer las líneas generales de la política ambiental nacional, los principios de la misma y de los instrumentos y herramientas para implementarlas por parte de la Administración Pública, profundizándose en este sentido con una legislación propia ambiental.⁶⁷ Ante todos los inconvenientes que afectan al medio ambiente como son la pérdida de la masa de bosques tropicales y páramos; la extinción progresiva de la flora y fauna autóctona; el calentamiento de la atmósfera; la erosión y la deforestación; la creciente contaminación del agua, el aire y el suelo; el tráfico de especies silvestres; la invasión de parques y reservas naturales; y los problemas energéticos; el deterioro de las condiciones ambientales urbanas; y los riesgos, desastres y emergencias naturales y ambientales.

Caferrata, Bellorio Clabot y Rinaldi en sus análisis sobre la situación actual del Derecho Ambiental en América Latina en sus conclusiones coinciden ...*“las Constituciones, las Leyes marco o generales, conforman el núcleo duro y estable de la institucionalidad ambiental de los países de la región objeto muestral, para reconocer si estas resultan ser productivas con la aparición de la economía y contabilidad ambiental en pos del desarrollo sustentable vinculadas a la práctica de la auditoría ambiental...”*

No obstante, estudios en materia legislativa realizados en el 2013, por el PNUMA dirigidos por Caferrata y Rinaldi con el acompañamiento de juristas ambientalistas en América Latina y el Caribe, demuestran que no ha existido una construcción jurídica apropiada de los conceptos de economía y contabilidad ambiental dentro

de los sistemas contables en las formas de gestión, que hubiera permitido a los empresarios transitar a la aplicación de las herramientas de gestión a través del proceso de auditoría ambiental de manera exitosa, cuestión a la que este autor se afilia al ser más integral para evaluar a los sujetos auditados.⁶⁸

De este modo, luego de analizar los ordenamientos jurídicos de los países muestreados a partir del texto constitucional, evidencian que dentro del constitucionalismo en América Latina aparecen reguladas un número sustancial de disposiciones alusivas a la protección ambiental y a la promoción del desarrollo sostenible. Se aprecia la inserción de cuestiones relacionadas con el coste ambiental, la evaluación ambiental estratégica, la evaluación de impacto ambiental, la ordenación territorial, los incentivos económicos y fiscales, las tecnologías limpias y el cambio climático, en conjunto están vinculadas a la práctica de la auditoría ambiental por la OLACEFS. Estas regulaciones tienen como punto de origen las leyes fundamentales desde el pasado siglo analizadas hasta la actualidad, con una dimensión interdisciplinaria.⁶⁹

Caferrata, señala que las novedades del Derecho Ambiental en América Latina, se distinguen por estar reconocidas en los ordenamientos jurídicos internos de México con una Ley Federal de Responsabilidad Ambiental⁷⁰ y una Ley General del Cambio Climático⁷¹, una Ley de Derechos de la Madre Tierra en Bolivia⁷² y una Ley de Tribunales Ambientales en Chile⁷³ y los derechos otorgados a la naturaleza a través del texto constitucional en Ecuador. Hechos jurídicos que demuestran la necesidad de continuar la actualización de las legislaciones a partir de la normativa constitucional, de las leyes marcos ambientales y de la auditoría ambiental dentro del derecho sustantivo, vinculado a las políticas ambientales para lograr conformar la

67 Gudynas, E. (2009) El mandato ecológico, derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución, Editorial Abya-Yala, Ecuador, pp.7-78; Caferrata, N. (2013) 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.

68 PNUMA, Constituciones y Leyes Marco o Generales del ambiente, posiciones jurídicas constatan la interdiscipliniedad con la aplicación de instrumentos de gestión ambiental, 2013.

69 INTOSAI, Desarrollo sostenible, papel de las EFS, grupo de trabajo sobre auditoría y medio ambiente, Viena, 2004.

70 Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, Diario Oficial de la Federación, 7 de junio de 2013, Estados Unidos Mexicanos.

71 Ley General de Cambio Climático, Diario Oficial de la Federación, 6 de junio de 2012, Estados Unidos Mexicanos.

72 Ley No. 071, de Derechos de la Madre Tierra, 21 de diciembre, Bolivia, 2012.

73 Ley No. 20.600, de Tribunales Ambientales, Diario Oficial del 28 de junio de 2012, Chile.

empresa responsable con el ambiente, con las que este autor se incorpora al ser la que permitirá alcanzar el desarrollo sostenible.⁷⁴ Los Estados que integran la región, demuestran la coyuntura de la democracia participativa a partir del nuevo constitucionalismo en América Latina, en los textos constitucionales de Ecuador, Venezuela y Bolivia, los que han tratado la cuestión ambientalista con mayor rigor dentro de su desarrollo normativo.

Por ello, Caferrata, en relación con la institución jurídica estudiada, ha considerado ... *“la auditoría ambiental como la descripción de los procesos y actividades desarrolladas en la empresa, es la verificación del encuadre legal ambiental de los residuos sólidos y semisólidos, los efluentes líquidos y las emisiones gaseosas generadas. Deberá incluir las líneas de producción, caracterizar los procesos de los residuos sólidos y semisólidos, de las emisiones gaseosas y de los efluentes líquidos y las condiciones del medio ambiente laboral. Con esto ofrece criterios con respecto al encuadre legal y la observancia de la normativa ambiental específica de cada caso por parte de la empresa” ...*⁷⁵

Di Trindade Amado, señala ... *“la auditoría ambiental, es un instrumento de evaluación de la gestión ambiental a las personas jurídicas, que desarrollan actividades que generan contaminación ambiental. Les evalúa el grado de implementación y eficiencia en dos planos, y los programas de evaluación de la contaminación ambiental. Es un retrato del sistema de gestión ambiental, para que ejecute medidas correctivas para mejorar la actuación de las empresas, buscando una mejor gestión ambiental. La misma previene conflictos civiles, penales, administrativos, ante el incumplimiento por la empresa de la legislación ambiental. En la misma se aplican las normas técnicas ISO 14 000, para la certificación ambiental (auditoría de gestión para la certificación ambiental). Tiene vínculo con la etiqueta ambiental, en relación con el Derecho al Consumidor.*

74 Alarcón García, G. (2012) ¿Son los tributos ambientales una opción para la financiación de las HHPP? Reflexiones sobre la fiscalidad ambiental autonómica”, los tributos sobre tres bienes naturales: aguas litorales, residuos y atmósfera en, Revista de Desarrollo Sostenible, No 9, España, pp.205-277.

75 Para profundizar véase Caferrata, N. (2012) Pequeño diccionario jurídico ambiental, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, p.47; Morales Lamberti, A. (1999) Derecho Ambiental, instrumentos de política y gestión ambiental, 1ra edición, Editorial Alveroni, Córdova.

En la nación brasilera se reconoce en la Ley No. 1.898 de 1991, y se vincula con la auditoría forestal, regulada en la Ley No. 11.284 de 2006”... ⁷⁶

Bustamante Alsina, discurre ... *“la auditoría del ambiente tiene por objeto apreciar, en un momento dado, el impacto que toda, o parte de la producción o de la existencia de una empresa susceptible, directa o indirectamente, de generar sobre el ambiente. La auditoría del ambiente puede tener un objeto muy variable...”*⁷⁷

No hay dudas que la auditoría ambiental, tiene como finalidad ejecutar el análisis de los riesgos ambientales que pueden generarse en el desempeño de su actividad y evaluar los impactos ambientales en las formas de gestión. Su ejecución obligatoria se vincula con la forma de gestión estatal, complementada con las normas ISO 14000, 19011 y las EMAS. Puede ser solicitada de manera voluntaria por empresarios privados, siendo esta la que mayor predominio posee en otros entornos geográficos. En su ejecución se conjuga el objetivo prioritario de la empresa: obtener beneficios económicos unidos a la protección ambiental para tributar al desarrollo económico compatible con la conservación ambiental y con ello lograr el equilibrio de ambos. La actividad de control ambiental analizada se considera que influye en el desarrollo urbano compatible con las políticas no contaminadoras, vinculadas en su ejecución a otros instrumentos de gestión ambiental, como la evaluación de impacto ambiental, la licencia ambiental y la función inspectiva, con un fin: lograr el equilibrio con empresas responsables con el ambiente con la introducción y generalización de la norma ISO 26000.

En su asidero en los ordenamientos jurídicos de este continente, se aprecia cómo se ha regulado a la auditoría ambiental en sus Derechos sustantivos en leyes ambientales, de auditoría, y de la contraloría. También, han sido regulados cuerpos jurídicos en materia de crímenes ambientales, de participación popular sobre la gestión ambiental, de responsabilidad ambiental, penales ambientales, forestales y de conservación

76 Di Trindade Amado, F. (2011) Direito Ambiental Esquemático, 2da edición, Editorial Método, Brasil.

77 Bustamante Alsina, J. (2008) Derecho Ambiental, fundamentación y normativa, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, pp.98-101.

de áreas naturales y de vida silvestre, de protección de las aguas, y para la prevención y control de la contaminación ambiental, entre las de mayor relevancia a partir del asidero jurídico del texto constitucional.⁷⁸ Como novedad en la región analizada, para el control de la legalidad ambiental por su especialidad, se han constituido en este continente latinoamericano las Fiscalías Ambientales y los Tribunales Ambientales dentro del desarrollo normativo del Derecho Ambiental en materia de justicia ambiental, distinguiéndole de otros modelos.⁷⁹

Ha sido considerada desde la doctrina, que la auditoría ambiental, entre los instrumentos económicos a la par de los de comando y control, son los mecanismos que permiten la participación popular, adoptar estrategias ambientales, y sistemas de gestión ambiental integrados en los sujetos económicos. Como nota característica del continente de América del Sur, los textos constitucionales en los ordenamientos jurídicos, le han otorgado derechos a la naturaleza en las naciones de Ecuador y Bolivia, factor jurídico que se extendió a las cartas magnas de Latinoamérica con el reconocimiento del pluralismo jurídico. De jure, denominado "constitucionalismo verde", al darle un mayor reconocimiento a la protección ambiental desde el texto supremo, ello es otra novedad en el Derecho Ambiental moderno, que reconoce postulados de los pueblos originarios de la región como constructos en desarrollo.⁸⁰

78 Ley No. 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Dirección Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente, Chile, 2011. Ley No. 31, Orgánica del Ambiente, Gaceta Oficial No. 31.004, Congreso Nacional de Venezuela, 2006. Ley Federal No. 6938, Política nacional del medio ambiente, Boletín Oficial, Brasil, 1981. Ley No. 25675, General del ambiente, Boletín Oficial, Brasil, 2002. Ley No. 071, de Derechos de la Madre Tierra, 21 de diciembre, Bolivia, 2012. Ley No. 20.600, de Tribunales Ambientales, Diario Oficial del 28 de junio de 2012, Chile.

79 Burdyslaw, C. (2011) Experiencia de otros Tribunales Ambientales en el mundo, en 41 países tienen resultados en la promoción del desarrollo sostenible, se integra por juristas especializados en Derecho Administrativo o Ambiental y profesionales de las ciencias económicas especializados en materia ambiental, Revista Justicia Ambiental FIMA, Chile, pp.93-120; Dugo, S. (2011) Compendio de sentencias ambientales de América Latina, Revista Abeledo Perrot, Argentina, pp.7-147; PNUMA (2012) Declaración de Johannesburgo, sobre el Simposio mundial de jueces acerca del desarrollo sostenible y la función del Derecho, Sudáfrica.

80 Véase en este sentido, para profundizar Zaffaroni, E. (2011) La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política, Editorial Abya-Yala, Quito; Zaffaroni, E. (2010) Naturaleza como persona. Gaia y Pachamama. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz; Zaffaroni, E. (2011) La Pachamama y el humano, 1ra edición, Editorial Madres de la Plaza de Mayo, Buenos Aires.

Lorenzetti, señala que en la región ...*"un distintivo sui generis del paradigma ambiental es que reconoce como sujeto a la naturaleza, que es un bien colectivo, lo define como es caso o en situación de peligro y está dispuesto a protegerlo limitando los derechos individuales"*.⁸¹

Por ello se justiprecia que, en la globalización y la economía verde, recurrir a las definiciones tomadas en las reuniones realizadas desde Estocolmo hasta Río de Janeiro vinculadas al desarrollo sostenible deberá ser un elemento a tenerse en cuenta por los Estados para el control a los recursos hídricos, a la biodiversidad y al cambio climático, la gestión ambiental, donde la economía verde, la globalización, las reformas energéticas (combustible y electricidad), los planes, los programas y los proyectos de obras representan la acción del hombre en el medio ambiente construido; en su ejecución deberán ser sostenibles, certificables, comprobables, reconocidos con la aplicación de la auditoría ambiental como la evaluación clave.⁸²

Para ello, no hay dudas que el control ambiental en América Latina evoluciona con la ejecución de tres nuevas modalidades de la ecoauditoría, las que trascienden del control tradicional realizado a la empresa y la industria dentro de las formas de gestión, dirigidas a controlar la naturaleza en el primer decenio del siglo XXI, concebidas como auditorías de gestión coordinada a los recursos hídricos, de gestión coordinada a la biodiversidad y de seguimiento al cambio climático. La diferencian del modelo norteamericano y del europeo, siendo ello una nota distintiva.

Esta evaluación ha generado nuevas políticas por la Administración Pública para observar el cumplimiento de los principios del Derecho Ambiental como: prevención, precautorio, responsabilidad, información, quien contamina paga, desarrollo sostenible y el de cooperación, por ser esta la región del planeta reconocida por su riqueza natural y cultural de interés global, la región geográfica más expuesta al deterioro de los ecosistemas ante el uso insostenible de sus

81 Lorenzetti, R. (2008) Teoría del Derecho Ambiental, Editorial Porrúa, México, pp.195 y ss.

82 Auditoría coordinada de gestión, en relación a la Convención Marco sobre cambio climático, OLACEFS-CONTEMA, Brasil, 2011, pp.1-63; Giles Carnero, R. (2012) Cambio climático, energía y Derecho Internacional: perspectivas de futuro, Editorial Aranzadi, España, pp.51-62.

recursos naturales renovables y no renovables, de las prácticas de ocupación y modificación de los suelos que no garantizan su desarrollo sostenible y que su masa boscosa contribuya a mitigar los daños al ambiente con implicaciones globales. Al controlarse la política hídrica, en el marco legal e institucional.⁸³ Estas tres auditorías ambientales ejecutadas a la naturaleza permitieron a la Administración Pública obtener información del comportamiento de las políticas públicas y de la normativa ambiental como paradigmas ambientales, ello permitió trazar estrategias que involucran a todos los actores que intervienen en la protección ambiental, desarrollar nuevas tácticas, recomendaciones, campañas de fomento de la cultura ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible.⁸⁴

2.3 Los elementos desarrollados en el modelo Latinoamericano son:

- El desarrollo dentro del Derecho sustantivo de múltiples cuerpos jurídicos que protegen al medio ambiente, donde los instrumentos de comando y control están presentes, entre ellos la auditoría ambiental, la que es ejecutada por la Contraloría o el Tribunal de Cuentas. Este Tribunal de Cuentas se regula en Brasil, y Uruguay) la Contraloría General de la República (Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela), y Auditoría General de la Nación (Argentina).

-La forma que predomina es la de realización voluntaria, a solicitud del empresario para que aporte los valores añadidos que han sido descritos vinculados a la competencia empresarial. Y en menor medida la obligatoria, en las empresas estatales. Su desarrollo en el continente, se aprecia con la ejecución de la auditoría de gestión coordinada, como el elemento distintivo en esta zona geográfica por la OLACEFS y las naciones que la han ejecutado. No así, se demuestra que exista una cultura adecuada por los empresarios para aplicarlas, incidentes en que su forma de gestión sea competitiva en su nación y fuera de la misma.

-La auditoría ambiental en la región, se reconoce a partir

83 Antúnez Sánchez, A. (2015) La auditoría de gestión ambiental a los recursos hídricos, a la biodiversidad y al seguimiento del cambio climático, Revista del Tribunal de Cuentas, Brasil, pp.1-25.

84 Parejo Alfonso, L. (2013) El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública", el derecho público a comienzos del siglo XXI, Editorial Aranzadi, España, pp. 2979-2994.

de los textos constitucionales, leyes marco ambientales, leyes de auditoría, leyes de gestión ambiental, leyes de Contraloría en los ordenamientos jurídicos. Incidente en que su construcción y desarrollo jurídico no sea uniforme.

-Como nota distintiva en la región, es la creación de las Fiscalías Ambientales y los Tribunales Ambientales por su especialidad, para conocer de los procesos relacionados con conductas contrarias a la protección del medio ambiente en materia de derechos, los derechos otorgados a la naturaleza en las naciones de Ecuador y Bolivia con el reconocimiento *De jure* del pluralismo jurídico.

-El *sumak kawsay* dentro de la Pachamama como novedad jurídica, en su traducción literal desde el *kichwa* significa buena vida o bien vivir. Este concepto proviene y se sintoniza con las culturas indígenas andinas de América del Sur y es acogido por el Ecuador como el Buen Vivir. Plantea una cosmovisión de armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, en la cual el ser humano es parte de una comunidad de personas que, a su vez, es un elemento constituyente de la misma Pachamama, o madre tierra. Representa una alternativa en tanto replantea las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, nos propone un nuevo horizonte de vida y una alternativa frente a la noción monocultural de la actual civilización occidental. Los pueblos indígenas entienden la naturaleza, con una perspectiva holística, como un ente vivo que lo engloba todo, incluidos los seres humanos. La naturaleza es la vida y la vida está en todos los elementos de la naturaleza.

-Con la ejecución de la auditoría ambiental gubernamental en la región, se implementan los 5 principios, como el de eficacia, eficiencia, economía, transparencia y desarrollo sostenible, que la identifican de los otros modelos que existen.

-Los ejes principales adoptados en Río+20, fueron la economía verde en el contexto de la erradicación de la pobreza, y el marco institucional para la sostenibilidad, es decir la gobernanza. No obstante, la ecoetiqueta aún no se pondera de forma armónica en los países que integran la región por parte de los sujetos de gestión,

en pos de que sus empresas sean más competitivas con este valor añadido.

-

Las tres auditorías ambientales ejecutadas a la naturaleza permitieron a la Administración Pública obtener información del comportamiento de las políticas públicas y de la normativa ambiental como paradigmas ambientales, ello permitió trazar estrategias que involucran a todos los actores que intervienen en la protección ambiental, desarrollar nuevas tácticas, recomendaciones, campañas de fomento de la cultura ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible, distinguiéndola de los modelos de los Estados Unidos de América y el de la Comunidad Europea.

-El control ambiental en América Latina evoluciona con la ejecución de tres nuevas modalidades de la ecoauditoría, al trascender del control tradicional realizado a la empresa y la industria dentro de las formas de gestión, en el primer decenio del siglo XXI, concebidas como auditorías de gestión coordinada a los recursos hídricos, de gestión coordinada a la biodiversidad y de seguimiento al cambio climático. Su régimen jurídico utiliza instituciones jurídicas del Derecho Administrativo como la autorización, la concesión administrativa y el dominio público, estas tres auditorías evalúan el principio de juricidad por el equipo auditor que la realiza a través de la gestión ambiental compartida.

-La Conferencia Mundial de los Pueblos por el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra celebrada en el 2010, en Cochabamba, reunió a representantes de los pueblos, grupos indígenas, campesinos, movimientos sociales, científicos, académicos y delegaciones oficiales de aproximadamente 142 países donde se dijo: *"hoy, nuestra madre tierra está herida y el futuro de la humanidad está en peligro"*.

-La Conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible, conocida como la Cumbre de Río + 20, de 2012, se insertó el tema de "Madre Tierra", fue considerada que la región de América Latina es la parte del mundo, al albergar la mayor diversidad de especies y de ecosistemas, cuya pérdida comprometería el futuro del planeta.

-En la región no existe la distinción de los sujetos de gestión (empresa-industria), como ocurre en el modelo de la Comunidad Europea, que permitiera insertar las novedades que el EMAS instituye en la reconstrucción de la ecoauditoría, claro hasta los niveles que esto sea posible en atención al alto coste de la introducción de nuevas tecnologías, al ser esta una región con desbalances en materia económica,

-En el área formativa, se aprecian los estudios del Derecho Ambiental por las Ciencias Jurídicas y el desarrollo de los estudios en Ciencias Ambientales, este último su perfil profesional en el modo de actuación concibe al de Licenciado en Ciencias Ambientales y el Ingeniero Ambiental, como gestores de la Administración Pública en la protección del medio ambiente.

4. Conclusiones

La auditoría ambiental como una actividad de control, es un instrumento de gestión ambiental de naturaleza jurídica pública, su campo de acción son la empresa, la industria y el medio ambiente (personas jurídicas y naturales) dentro de la fórmula estimulación-recompensa, su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y título habilitante, registrados en el Registro de Auditores y Contralores; su función es evaluadora y certificadora de las metas ambientales en relación con la política ambiental trazada por la organización empresarial, es una técnica de comprobación de la legalidad con una potestad reglada de la Administración Pública. Es un proceso, en su práctica se utilizan procedimientos y metodologías, en ella se evalúa la ejecución gasto contable del patrimonio destinado a la protección ambiental, puede ser ejecutada de forma interna o externa, se evalúa la eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con el vertido, la introducción de tecnologías limpias en la organización empresarial, se aplican normas técnicas, se exige la responsabilidad administrativa contravencional, laboral-funcionarial, social-empresarial, civil y penal a los sujetos auditados. Tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita. Su resultado final certificador le aporta valores añadidos que inciden de forma positiva en el comercio y el mercado a la persona jurídica o natural objeto de la auditoría.

En la Unión Europea, prevalece la función pública de tutela ambiental desde el texto constitucional, en su manifestación de control o policía. El EMAS, ha sido el salto evolutivo en el control ambiental con la ecoauditoría, tiene como característica intrínseca ser un instrumento normativo de aplicación directa a los Estados miembros, sin perjuicio que cada Estado promulgue normas que faciliten su implementación de forma obligatoria, aunque también prevalece la forma voluntaria. Se pondera el principio ambiental de responsabilidad compartida, papel activo en la prevención de los riesgos que garanticen un control sistemático con el autocontrol, denominada gestión ambiental compartida. El sistema comunitario de ecogestión y ecoauditoría, constituye uno de los exponentes más complejos de una nueva técnica de

intervención de los poderes públicos consistente en el fomento, la regulación y el control de la autorregulación privada.

En América Latina, en su tracto evolutivo la ecoauditoría se mueve con tres auditorías ambientales ejecutadas a la naturaleza, permitieron a la Administración Pública obtener información del comportamiento de las políticas públicas y de la normativa ambiental como paradigmas ambientales, ello permitió trazar estrategias que involucran a todos los actores que intervienen en la protección ambiental, desarrollar nuevas tácticas, recomendaciones, campañas de fomento de la cultura ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible, distinguiéndola de los modelos de los Estados Unidos de América y el de la Comunidad Europea.

El Derecho Ambiental, dentro del pluralismo jurídico, reconoce al *sumak kawsay* dentro de la Pachamama como novedad jurídica, en su traducción del *kichwa* significa buena vida o bien vivir. Este concepto proviene y se sintoniza con las culturas indígenas andinas de América del Sur. Plantea una cosmovisión de armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, en la cual el ser humano es parte de una comunidad de personas que, a su vez, es un elemento constituyente de la misma de la madre tierra.

En la región latinoamericana, tiene como nota distintiva la creación de las Fiscalías Ambientales y los Tribunales Ambientales por su especialidad, para conocer de los procesos relacionados con conductas contrarias a la protección del medio ambiente en materia de derechos, los derechos otorgados a la naturaleza en las naciones de Ecuador y Bolivia con el reconocimiento *De jure* del pluralismo jurídico.

5. Referencias bibliográficas

AA. VV. (2006) Derecho Ambiental en Castilla y León, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

AA. VV. (2006) Derecho al Medio Ambiente y Administración Local, 2a edición, Editorial Fundación Democracia y Gobierno Local, España.

AA. VV. (2011) Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas, Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 117 y ss.

Audivert Arau, R. (2001) Régimen jurídico de la etiqueta ecológica, Editorial Cedecs, Barcelona, pp.15-133.

Alonso Ureba, A. (1995) Empresa (Derecho Mercantil). Enciclopedia Jurídica Básica, Editorial Civitas, Madrid, p. 2728.

Arteaga Silva, K. (2015) Tesis de maestría: Ecogestión y Ecoauditoría, un instrumento de protección medio ambiental, Universidad Complutense de Madrid.

Aristazabal Ossa, H. (2010) Auditorías ambientales, Contraloría General de Colombia, Bogotá.

Aranguena Pernas, A. (1994) Auditoria medio ambiental en la empresa, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Aranguren, J. C. (2006) Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actual localmente, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, No. 226, España, pp.139-211

Arroyo Jiménez, L. (2004) Libre empresa y títulos habilitantes. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Acosta, A. (2013) El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos, Editorial Icaria, Barcelona.

Ariza Santamaría, R. (2015) El pluralismo jurídico en

América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales, Revista Insurgencia, No 1, Brasilia, p.169.

Antúnez Sánchez, A. (2010) La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental. Revista Derecho y Medio Ambiente. No.21, 2010, p.18.

Antúnez Sánchez, A. (2015) 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.

Antúnez Sánchez, A. y Rodríguez Coquet, R. (2015) Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, Revista Dos Tribunais, Brasil.

Antúnez Sánchez, A. (2015) Nuevas tendencias de la auditoría con enfoque ambiental para proteger la naturaleza, Revista Redesma, Bolivia.

Antúnez Sánchez, A. Tesis doctoral: La auditoría ambiental, ordenación jurídica en el Derecho Ambiental para el sector estatal cubano, Universidad de Oriente (2017)

Alvarado Riquelme, M. (2014) Teoría y práctica de la auditoría, actividad profesional independiente, elabora un informe sobre la razonabilidad de los estados contables, muta al control ambiental en el siglo XX y hacia la naturaleza en el XXI, Editorial Pirámide, España, p. 497

Aguilera Vaques, M. (2000) El desarrollo sostenible y la Constitución española, Editorial Atelier, España.

Barilá, G. (2002) Auditoría ambiental: El camino hacia el logro de una ventaja competitiva, Universidad de Belgrano, Argentina.

Betancor Rodríguez, A. y Larrinaga González, C. (2004) EMAS: análisis, experiencias e implantación, Editorial Ecoiuris, Madrid, p.77.

Betancor Rodríguez, A. (2014) Derecho Ambiental, 1ra edición, Editorial Las Rosas, Madrid

Belmonte Martín, I. (2009) La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, No 4. España, p. 48.

Bustamante Alsina, J. (2008) La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

Bracamontes Aldana, J. (1994) Marco legal de las auditorías ambientales en el mundo. La protección ambiental con la combinación de legislación, regulación y políticas voluntarias a la industria, Editorial UNAM, México.

Brañes Ballesteros, R. (2001) Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental, PNUMA-ONU, 1ra edición, México, pp.9-114.

Caferrata, N. (2013) 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-ONU.

Conesa Fernández, V. (1997) Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa, 1a edición, Editorial Mundi-Prensa, España.

Coopers & Lybrand (1997) Los nuevos conceptos de control interno, Editorial Días de Santos, España.

Cutini, A. (2014) El derecho de información del consumidor ecologista. Etiquetas ecológicas y procedimiento EMAS III, Revista de Derecho de la Unión Europea, No. 26, España, pp. 289-312

Díaz Bastida, A. Tesis de maestría: Propuesta de metodología para la realización de auditorías de gestión basadas en el elemento ecológico, Universidad de Zaragoza, España (1999).

Dopazo Fragio, P. (2001) El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental, Editorial Exlibris, Madrid, pp.80-297

Delgado Medina, M. (1994) Instrumentos medio

ambientales a disposición de la industria: Ecoproductos, ecogestión y ecoauditoría, Revista Economía Industrial, No. 297, España, pp.43-49.

Fix-Zamudio, H. (2010) Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica, Revista Ciencias Jurídicas, UNAM, México.

D'Avignon, A. et. al. (2000) Manual de Auditoría ambiental, Editorial Qualitymark, Rio de Janeiro.

Entrena Cuesta, R. (1981) El principio de libertad de empresa, El modelo económico en la Constitución Española, vol. I. IEE. Madrid, p.107 y ss.

Esteve Pardo, J. (2008) Derecho del medio ambiente, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, España.

Esteve Pardo, J. (2003) De la policía administrativa a la gestión de riesgos, Revista Española de Derecho Administrativo, No. 119, España.

Esteve Pardo, J. (1999) La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible, Revista de Administración Pública, No. 149, España, pp. 37-61.

Esteve Pardo, J. (1999) Técnica, Riesgo y Derecho: Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental, Editorial Ariel, Barcelona.

Esteve Pardo, J. (2002) Autorregulación: Génesis y efectos. Editorial Aranzadi, Pamplona.

Elstein, S. (2012) La auditoría del medio ambiente crece y evoluciona para afrontar los retos de un ambiente cambiante, Revista de Auditoría Gubernamental, INTOSAI, Brasil.

Egusquiza Pereda, C. (2006) Auditoría ambiental, Editorial UNAM, México.

Fernández Ramos, S. (2013) El sistema comunitario de etiquetado ecológico, Universidad de Cádiz, España.

Fernández de Gatta Sánchez, D. (1985) La Política Ambiental Comunitaria: Especial referencia a los

Programas Ambientales, Revista de Instituciones Europeas, Nº 3, p.723

Fernández de Gatta Sánchez, D. y Nevado Moreno, P. (1997) Evaluación de los Sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico, RD Urb No. 155, España.

Fernández de Gatta Sánchez, D. (2003) Las Auditorías Ambientales en Castilla y León, Derecho Ambiental en Castilla y León, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.

Fernández de Gatta Sánchez, D. (2004) Auditorías y Sistemas de Gestión Ambientales en la Unión Europea: Evolución, régimen vigente y perspectivas futuras,

Noticias de la Unión Europea, Nº 228, España.

Fernández de Gatta Sánchez, D. (2008) Las auditorías ambientales, Editorial Tirant lo Blanch, España.

Fernández de Gatta Sánchez, D. (2009) El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales en Castilla y León, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.155-232.

Fernández De Gatta Sánchez, D. (2010) El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales, Documento TOL 1.436.850, España.

Fronti De García, L. (2003) La auditoría ambiental, un nuevo enfoque profesional. Revista contabilidad y auditoría. No 18. Argentina.

Harlem Burtland, G. (1984) Informe Nuestro Futuro Común, ONU.

Herrerías Aristi, E. (2009) Relación de la Auditoría Ambiental y las normas ISO 14000. La protección y seguridad del medio ambiente laboral, Editorial Porrúa, México.

Heras, I. (2008) Evolución al reglamento de las EMAS

en la Unión Europea y España, Revista Ambienta, Universidad del país Vasco, España, pp.75-79.

Garrigues, J. (2002) El etiquetado ecológico. Verde por dentro, verde por fuera. Editorial La Ley, España, pp.17-33.

García Vitoria, I. (2004) Prohibiciones ambientales y libertad de empresa. Editorial Lex Nova, Valladolid.

Gómez García, L. (2011) Auditoría Ambiental, voluntaria u obligatoria. Importancia de implementar la auditoría ambiental en la industria. Revista de Orden Público, Estado y Derecho, No 11, México.

Gómez Orea, D. (1994) Auditoría ambiental: un instrumento de gestión en la empresa, Editorial Agrícola Española, Madrid.

Gómez Orea, D. Serrano Bernardo, F. y Rosua Campos, J.L. (2011) La gestión y tecnología ambiental como instrumentos para la protección del medio ambiente, El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas. Editorial Dykinson, España, p.24 y ss.

González Malaxechevarría, Á. (1997) Auditoría Ambiental. Su evolución histórica y entorno político institucional. Hacia una nueva perspectiva: La auditoría financiero-ambiental, Editorial Ortega, Madrid.

Gutiérrez Duarte, M., Rodríguez López, A. y Vallina Galván, J. (2013) Objetivos y principios fundamentales de la política ambiental europea, Revista Internacional del mundo económico y del derecho, Volumen VI, España, pp.37-69.

Jordano Fraga, J. (1995) La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Editorial José María Bosch, Barcelona.

Martín Mateo, R. (1985) Derecho Público de la Economía, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid.

Martín Mateo, R. (1991) Tratado de Derecho Ambiental, 1a edición, Editorial Trivium, España. pp.450-451

Martín Mateo, R. (1993) La ecoauditoría. Boletín de

Estudios Económicos, No 150. España, pp.494-495

Martin Mateo, R. (1994) Nuevos instrumentos para la tutela ambiental, Editorial Trivium, España, p.108.

Martín Mateo, R. (1995) Manual de Derecho Ambiental, Editorial Trivium, España.

Martín Mateo, R. (1997) Derecho Administrativo Ambiental, 6ta edición, Editorial Trivium, España.

Martin Mateo, R. (2000) Lecciones de Derecho del Medio Ambiente, 2da edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, p.49

Martín-Retortillo Baquer, S. (1998) La libertad económica como libertad de empresa, Derecho Administrativo Económico, Editorial La Ley, Madrid.

Martín-Retortillo Báquer, S. (2006) Derechos fundamentales y medio ambiente, Universidad Complutense de Madrid, España.

Mora Ruiz, M. Tesis doctoral: Responsabilidad compartida en la gestión ambiental, Universidad de Huelva (2005)

Mora Ruiz, M. (2007) La gestión ambiental compartida. Función Pública y Mercado. Editorial Lex Nova, España.

Mora Ruiz, M., (2012) Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general, Revista Derecho y Conocimiento, España.

Murad Robles, P. (2009) La auditoría ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación, Editorial Porrúa, México.

Méndez Ortiz, L. (2009) Tesis de maestría: Normas ISO 14000 como instrumento de gestión ambiental empresarial, Universidad de Veracruz.

Navarrete Ligarte, P. (2007) La empresa y la certificación ambiental. Revista Ambiente Hoy, No 4, Colombia.

Nogueira López, A. Tesis doctoral: Régimen jurídico de la auditoría ambiental. Universidad Santiago de Compostela (1997)

Nogueira López, A. (1998) Evolución de las técnicas

de tutela ambiental en la Unión Europea, Revista Aragonesa de Administración Pública, N° 12, España.

Nogueira López, A. (2010) Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS, Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España.

Nogueira López, A. (2000) Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial, Editorial Marcial Pons, España

Padín, M. (2011) La auditoría ambiental y las normas ISO 14000, Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social, No 5, Argentina.

Parejo Alfonso, L. (1994) La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿hacia un Estado ecológico de Derecho?, Revista Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales, N° 100-101, España.

Parejo Alfonso, L. (2015) El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático, 1ra edición, Editorial Tirand lo Blanch, España.

Parejo Alfonso, L. (2013) El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública, Editorial Aranzadi, España.

Lorenzetti, R. (2011) El paradigma ambiental, Ministerio de la Corte Suprema, Argentina.

Ramadori, D. (2013) Auditoría ambiental. Factor de éxito en la política ambiental, Fundación OIKOS, Argentina, 2013.

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)

Sanz Rubiales, I. (2000) Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica, Editorial Marcial Pons, España, pp.7-19.

Sanz Rubiales, I. (2014) Cambio climático y Unión Europea: presente y futuro del mercado europeo de

emisiones, Editorial Tirant Lo Blanch, España.

Sanz Larruga, F. (2016) Derecho Ambiental para una economía verde, Editorial Aranzadi, España.

Sanz Larruga, F. (2011) 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.

Sales de Freitas, J. (2013) Auditoría externa ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente, Revista De Jure, N° 20, Brasil.

Sales, R. (1999) Auditoría Ambiental, aspectos jurídicos, Editorial Malheiros, Brasil.

Tua Pereda, J. (2008) Evolución y situación actual del pensamiento contable. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa. Revista Legis de Contabilidad & Auditoría, No 24. Colombia.

Tua Pereda, J. (2012) Pacioli la partida doble y el renacimiento. Revista de Contabilidad. España, 2012.

Ortega Álvarez, L. (2012) Concepto de medio ambiente. Tratado de Derecho Ambiental, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

Lavandeira, X. (2014) Cambio climático y políticas impositivas de control, Revista Universidad de Vigo, España, pp.1-24.

Leff, E. (1998) El saber ambiental. Editorial Siglo XXI, México D. F.

Lustosa Da Costa, C. (2014) Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía. Revista OLACEFS, número 5. Brasil.

Lozano Cutanda, B. (2014) Tratado de Derecho Ambiental. Editorial CEF, España.

Lozano Cutanda, B. (2010) Derecho Ambiental Administrativo, 1ª edición, Editora La Ley, Madrid.

Lozano Cutanda, B. (2010a) El futuro de la flor europea: la nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea, Revista Catalana de Dret Ambiental, No. 1, España, pp.1-21.

López Donaire, M. Tesis doctoral: El impacto del derecho medio ambiental en la empresa: hacia una nueva regulación jurídico administrativa, Universidad Castilla- La Mancha (2013).

Lustosa Da Costa, C. E. (2014) Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía, Revista OLACEFS, No 15, Brasil.

Jordano Fraga, J. (1995) La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Editorial José María Bosch, Barcelona.

Jordana de Pozas, L. (1942) Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo, Revista de Estudios Políticos, No. 5, España, pp. 41-54.

Kuhn, T. (2001) La estructura de las revoluciones científicas, Editorial Fondo de Cultura Económica, Madrid, p.13.

Wolisky, J. (2012) Manual de auditoría integral y ambiental, Editorial Buyatti, Argentina.

Verdes Cabarcos, Y. Tesis de maestría: Las etiquetas ambientales. Régimen jurídico del etiquetado ecológico, Universidad de la Coruña, España (2014).

Zaffaroni, E. (2010) Naturaleza como persona. Gaia y Pachamama. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz.

Zaffaroni, E. (2011) La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política, Editorial Abya-Yala, Quito.

Zaffaroni, Eugenio (2011) La Pachamama y el humano, Editorial Madres de la Plaza de Mayo, 1ra edición, Buenos Aires.

Criterios y jurisprudencia



Potestad

Consultiva

I. Potestad Consultiva

1.1 CGR aclara alcances de la confidencialidad de informes y otros productos de la auditoría interna

La confidencialidad de la información en el sector público debe ser considerada una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas legalmente, cuando por su medio se tutelan valores y bienes jurídicamente relevantes. Si en el ejercicio de sus funciones, la auditoría interna accede a información confidencial, le aplica el deber de resguardo del acceso ante terceros no autorizados. Asimismo, el auditor interno no tiene norma legal habilitante que le autorice a declarar sus productos como confidenciales, no obstante, mantiene su acceso irrestricto a la información de la Administración auditada en el pleno ejercicio de sus potestades y competencias. De acuerdo con la exposición directa o indirecta de los datos confidenciales en los hallazgos, conclusiones y recomendaciones comunicados mediante el informe de auditoría, el Jerarca puede considerar mediante acto administrativo debidamente sustentado técnica y jurídicamente, el resguardar del conocimiento general dicho documento.

Oficio N° 00050 (DFOE-IFR-0003) del 6 de enero de 2020. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.

1.2 CGR aclara competencias de control del auditor interno en órganos desconcentrados

La auditoría interna ostenta su competencia funcional sobre las dependencias de la institución y las funciones que estas realizan, por lo tanto, es competente para realizar informes de auditoría, así como para atender denuncias sobre hechos presuntamente irregulares relacionados con el funcionamiento administrativo y operativo de la institución. En los casos de órganos con desconcentración máxima, la auditoría interna del ente que sufrió la desconcentración no puede conocer los asuntos que son competencia exclusiva del órgano desconcentrado, pues éste ejerce la competencia que le ha sido transferida sin sujeción a un poder de mando o una potestad revisora.

Oficio N° 19775 (DFOE-EC-0965) del 16 de diciembre de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.

1.3 Consulta sobre la posibilidad de aceptar donaciones de particulares para realizar los planes reguladores de las municipalidades

Los planes reguladores son los instrumentos previstos para cumplir con la planificación y control del desarrollo urbano. Deben provenir de una política pública del gobierno local, considerando el interés y fin público que deben resguardar. Debido a la especialidad técnica que se requiere para la elaboración de los planes reguladores, es posible financiarlos con fondos donados por particulares, teniendo presente que las donaciones no deben ser condicionadas, no deben comprometer de ninguna forma el fin público y no pueden estar sujetas a contratar o suscribir convenios con una empresa o entidad determinada.

Oficio N° 18413 (DFOE-DL-2069) del 25 de noviembre de 2019. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa y División Jurídica. Contraloría General de la República.

1.4 Servidores públicos deben devolver parte de su cesantía, si se reincorporan a un cargo remunerado en la Administración antes del plazo previsto por ley

La CGR indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 686 del Código de Trabajo, los servidores públicos que reciban el pago por concepto de cesantía no podrán prestar servicios remunerados al Estado durante un tiempo igual al representado por la suma recibida por ese concepto. En caso de que vuelvan a ingresar a la función pública antes de que transcurra dicho plazo, deberán devolver las sumas percibidas en la proporción que falte para completar el período durante el cual debían estar cesantes y por lo que se les indemnizó, de modo que sólo podrá conservar las sumas que representen los salarios que se hubieran devengado durante el tiempo que se permaneció cesante. Para estos efectos, la Administración podrá ejercer todas las acciones o mecanismos que dispone el ordenamiento jurídico para la recuperación o reintegro de los fondos públicos cuando así sea necesario.

**Oficio N° 18917 (DJ-1574) del 03 de diciembre de 2019.
División Jurídica. Contraloría General de la República.**

1.5 Se establece parámetro de autorizaciones para integrar órganos colegiados en el Banco Popular

Se reitera el replanteamiento en torno al número máximo de órganos colegiados que una misma persona puede integrar en virtud de los fines de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, haciendo una ponderación razonable y proporcional que lleva a fijar en dos comités y en cuatro juntas directivas, el número máximo de órganos colegiados a integrar.

**Oficio N° 17-2020 (DJ-0005) del 6 de enero de 2020.
División Jurídica. Contraloría General de la República.**

1.6 En casos de transgresión al ordenamiento de control y fiscalización superiores aplica la prescripción regulada en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGR

A partir de la Ley de Control Interno (Ley N° 8292) se varía el régimen de responsabilidad disciplinaria del servidor público regulado en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la CGR, N°7428. Se amplía el plazo de prescripción a cinco años en aquellos casos en los que el funcionario público incurre en infracciones previstas en la Ley Orgánica o bien en las normas que contempla el ordenamiento de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública, todo ello en el ámbito de lo regulado en los artículos 1, 8, 9, 10 y 11 de dicha Ley. Se deja de lado la interpretación, anterior a la reforma, según la cual la condición de funcionario de la Hacienda Pública era el criterio que determinaba el plazo de prescripción aplicable, en particular el numeral 71 referido. Ya con la reforma de la Ley N° 8292 en el año 2002, se amplía el alcance del artículo 71 de la LOCGR y con ello el plazo de prescripción allí regulado, ya que rige para cualquier servidor público que infrinja el ordenamiento de control y fiscalización superiores, ocupe o no un cargo considerado como de la Hacienda Pública. A diferencia del régimen de prescripción anterior, se encuentra el artículo 414 del Código de Trabajo, el cual responde a las condiciones propias de la materia de trabajo de los servidores públicos y a las faltas que se pueden originar derivadas de las relaciones de la materia laboral; en estos casos operará el plazo de prescripción de la potestad

disciplinaria laboral de un mes contenida en dicho artículo. Finalmente, en cualquiera de los supuestos de prescripción disciplinarios aludidos existe un deber del jerarca o de la autoridad con potestad disciplinaria, para tramitar de manera eficiente el informe de relación de hechos una vez que resulte comunicado del mismo por parte del Auditor Interno.

**Oficio N° 00581-2020 (DJ-0056) del 16 de enero de 2020.
División Jurídica. Contraloría General de la República.**

1.7 Despacho Contralor ratifica criterio de la DJ que deniega aumento en cantidad de juntas directivas

Mediante Oficio n.° 15341-2019 del 16 de octubre de 2019, la DJ denegó una solicitud para superar el límite a la cantidad de juntas directivas u órganos colegiados, cambiando el criterio vigente a la fecha. Ante la disconformidad con lo resuelto, la parte interesada presentó un recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Despacho Contralor (resolución n.° R-DC-23-2020), quien lo rechazó al establecer: 1. Un recuento del criterio que ha sostenido a lo largo del tiempo la CGR en el tema del máximo de juntas directivas u otros órganos colegiados que se han permitido integrar. 2. La denegatoria de la autorización solicitada se fundamentó en el nuevo límite definido por la CGR, según competencia otorgada en el párrafo quinto del artículo 17 de la LCCEIFP. 3. La decisión adoptada por la División Jurídica no restringe la participación de los directores en dichos comités, si se consideran todos los directivos que integran la Junta.

No. R-DC-23-2020 (4557-2020 DC-0091) de las 15:00 horas del 26 de marzo, 2020, Despacho Contralor. Contraloría General de la República.

1.8 No procede el recurso de apelación contra el dictamen previo y favorable del artículo 15 de la LOCGR.

El artículo 15 de la LOCGR establece que el auditor y el subauditor de los entes u órganos de la Hacienda Pública sólo podrán ser suspendidos o destituidos de su cargo por justa causa y por decisión emanada del jerarca respectivo, siempre y cuando se haya seguido el debido proceso y, además, se cuente con un dictamen previo favorable de la CGR. En el caso concreto, la CGR emitió dictamen favorable para aplicar la sanción respectiva

a la auditora interna de una corporación municipal, quien interpuso recurso de apelación al encontrarse en desacuerdo con la forma en que se había atendido su caso. El Despacho Contralor, al resolver el recurso, indicó que en razón que el dictamen favorable del artículo 15 citado es un acto preparatorio, el mismo no impacta o no tiene efectos sobre la esfera jurídica del investigado, sino que el acto que le puede generar algún impacto jurídico es aquel que dicte la Administración cuando resuelva lo procedente de acuerdo a los resultados del procedimiento administrativo que decidió llevar a cabo. En virtud de lo anterior, es que los dictámenes que emita el órgano contralor en atención de dicho numeral carecen de recursos administrativos, siendo que los cuestionamientos que la parte posea respecto el trámite de su procedimiento deberá formularlos ante la propia administración en que labora.

No. R-DC-28-2020 (4834-2020 DC-0096) de las 14:00 horas del 01 de abril, 2020. Despacho Contralor. Contraloría General de la República.

1.9 Alcance de la auditoría interna para fiscalizar fondos girados de un convenio interinstitucional a otro

La auditoría interna ejerce sus funciones y potestades en el ámbito de su competencia institucional, la cual comprende: a) Ente u órgano al que pertenece. b) Entes públicos y privados a los que, con fundamento en una autorización legal, el ente u órgano al que pertenece la auditoría interna les transfiere fondos. c) Fondos y actividades privadas, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la CGR, N° 7428, en el tanto estos se originen en transferencias efectuadas por componentes de su competencia institucional.

No. 04804-2020 (DFOE-EC-0283) del 1 de abril, 2020. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.

1.10 ¿Es procedente que la Auditoría Interna tenga un Código de Ética independiente del Código de Ética de la Empresa?

El código deontológico de los auditores pertenecientes al sector público debe tener en cuenta, tanto las exigencias éticas de los funcionarios públicos en general como las exigencias específicas de los auditores en particular. Es la propia administración a quien le corresponde aprobar

las conductas éticas requeridas para el ejercicio de la función, dirigida tanto a los servidores de la institución como de la misma Auditoría Interna, velando por el cumplimiento a lo estipulado en lo normado sobre la materia y en especial, sobre la actividad independiente, objetiva y asesora de la Auditoría Interna; manteniendo una sana comunicación y coordinación entre ésta y la Administración, considerando la estructura y los aspectos organizacionales de la Institución.

No. 04024 (DFOE-PG-0154) del 19 de marzo, 2020. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.

1.11 Administración debe garantizar independencia funcional y de criterio de las auditorías internas respecto de los comités de auditoría

No existe regulación alguna que establezca de forma obligatoria la instauración y conformación de los Comités de Auditoría en las instituciones públicas, pero se puede considerar una buena práctica de Gobierno Corporativo. Las instituciones públicas que eventualmente instauren un Comité de Auditoría, deberán definir el accionar de dicha instancia de manera que el marco legal y normativo interno que se defina, garantice la independencia funcional y de criterio de la Auditoría Interna; y las funciones que se asignen a dicho comité, de ninguna forma afecten la independencia que el artículo 25 de la Ley General de Control Interno le ha conferido a dicho órgano de control para el ejercicio de sus atribuciones ni contravengan lo establecido en las leyes vigentes.

No. 01586 (DFOE-SOC-0147) del 4 de febrero, 2020. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.

1.12 Normativa de la CGR está por encima de la que emiten las instituciones públicas y auditorías internas tienen independencia para establecer su plan de trabajo anual

La CGR tiene la facultad, por atribución constitucional y legal, de emitir las disposiciones, normas, políticas y directrices en el ámbito de su competencia para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización; además, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos. En ese orden, la oposición de realizar los

cambios correspondientes para que la normativa interna se ajuste a la emitida por la CGR, puede acarrear responsabilidad administrativa conforme a lo señalado en el artículo 39 de la Ley General de Control Interno. Asimismo, se aclara que la elaboración del plan de trabajo anual de la Auditoría Interna es una tarea exclusiva de ésta, por lo que tanto en su elaboración como en la ejecución de sus labores debe estar libre de injerencias del jerarca y de los demás sujetos de su competencia institucional.

No. 4742 (DJ-0442) del 31 de marzo de 2020. División Jurídica. Contraloría General de la República.

1.13 CGR emite opinión sobre “Propuesta de norma reglamentaria en materia de conflicto de intereses en el Poder Ejecutivo”

El Ministerio de la Presidencia solicitó al órgano contralor una opinión respecto de una propuesta de decreto ejecutivo denominado “Reglamento para la regulación de la prevención, identificación y gestión de los conflictos de intereses de los funcionarios públicos del Poder Ejecutivo”. Mediante oficio n° 4852 (DJ-0450-2020) del 02 de abril de 2020, se atendió el requerimiento y se realizó una serie de observaciones y consideraciones para fortalecer la normativa nacional existente en esta materia, tema que el Poder Judicial también se había ocupado de regular a lo interno de ese Poder. En el informe se indicó que la propuesta busca compilar una serie de regulaciones ya existentes, realizar algunas precisiones, llenar determinados vacíos y lo que es más importante, señala la obligación de divulgar los alcances de los conflictos de intereses para posibilitar un ejercicio apropiado de la función pública.

No. 4852 (DJ-0450-2020) del 02 de abril, 2020. División Jurídica. Contraloría General de la República.

Criterios

Contratación Administrativa

II. Criterios Contratación Administrativa

2.1 No se puede modificar unilateralmente un contrato por haber disminuido el objeto contractual

La figura de la modificación unilateral del contrato no procede cuando ocurre una disminución del objeto contractual. En el caso analizado, la empresa adjudicataria eliminó 3 de las 32 líneas adjudicadas, alegando discontinuidad del producto. La CGR recomendó a la Administración considerar la existencia de un presunto incumplimiento contractual.

Oficio N° 18875-2019 (DCA-4549) del 02 de diciembre de 2019. Denegatoria por no requerirse, autorización para modificar la orden de Compra. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.2 Síndicos propietarios o suplentes tienen prohibición para participar como oferentes en procedimientos de contratación administrativa

El rango de síndico suplente o propietario, a pesar de no contar con voto, conlleva tener injerencia o poder de decisión, que eventualmente podría traducirse en una ventaja indebida en detrimento del resto de los participantes y del principio de transparencia. Razón por la cual quien ocupe un cargo de síndico propietario o suplente se encuentra cubierto por el inciso d) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, y por lo tanto cuenta con prohibición para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la propia entidad en la cual sirve.

Resolución N° R-DCA-1242-2019 (18843-2019 DCA-4545) de las 10:38 horas del 02 de diciembre de 2019. Recurso de apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.3 El estrato presupuestario de los Concejos Municipales corresponde al mismo de las Municipalidades a las cuales se encuentran adscrito

Para efectos de contratación administrativa, en tanto el presupuesto de los Concejos se incluye dentro del de las Municipalidades a las cuales se encuentran adscritos, los límites generales y específicos aplicables para los Concejos Municipales, corresponden a los mismos de esas Municipalidades.

Resolución N° R-DCA-1298-2019 (19921-2019 DCA-4767) de las 10:49 horas del 16 de diciembre de 2019. Recurso de apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.4 Materiales donados no forman parte del precio

La donación de materiales a las Administraciones implica que el oferente no debe costearlos, por ende, no podría entenderse que la adquisición en sí misma de esos materiales forme parte del precio a cancelar al adjudicatario. Además, a efectos de determinar la competencia de este órgano contralor para conocer un recurso de apelación, no debe considerarse el costo de la donación, sino el monto que corresponde a la suma ofertada por el adjudicatario una vez restado el costo de los materiales donados.

Resolución N° R-DCA-1311-2019 (20287-2019 DCA-4821) de las 09:01 horas del 19 de diciembre de 2019. Recurso de apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.5 Administración está obligada a realizar modificaciones ordenadas en una resolución de un recurso de objeción

Si este órgano contralor en su resolución del recurso de objeción declara con lugar los aspectos objetados, deberá la Administración acatar las modificaciones que se ordenen en la resolución bajo el entendido que de no hacerse, podría generarse la nulidad del procedimiento.

Resolución N° R-DCA-0039-2020 (00492-2020 DCA-0154) de las 14:22 horas del 15 de enero de 2020. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.6 Impuesto al valor agregado debe cobrarse aún cuando no se indique en el cartel

Cuando no se encuentre claramente regulado los términos de aplicación del impuesto al valor agregado en el pliego cartelario, no se podrá alegar que no será posible su retención en la etapa de ejecución contractual, por cuanto la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas claramente dispone su aplicación y la misma, por el principio de jerarquía de normas, priva por encima del cartel. No obstante, en caso de discrepancias entre una oferta u otra y la aplicación de los criterios de evaluación, las empresas participantes deberán ser evaluadas en un plano de igualdad, considerando como base el valor de su precio de venta sin impuestos respectivos, al amparo del artículo 13 de la Ley No. 9635.

Resolución N° R-DCA-0102-2020 (02952-2020 DCA-0690) de las 11:06 horas del 3 de febrero, 2020. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.7 La subsanación de un requisito debe ser atendida en el plazo otorgado para ello

La subsanación de un requisito no es un aspecto que queda a la libre disposición del oferente en cuanto al momento de atenderla, sino que este debe ser realizado en los plazos y bajo las formalidades que la Administración ha solicitado, todo en aras de verificar el adecuado cumplimiento del objeto contractual licitado.

Resolución N° R-DCA-0166-2020 (02452-2020 DCA-0591) de las 14:26 horas del 19 de febrero, 2020. Recurso de apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República..

2.8 Estar al día con la CCSS es una condición que los oferentes deben mantener

No resulta atendible que un oferente, luego de haber sido prevenido para que subsanara la condición de morosidad con la CCSS, nuevamente tenga que subsanar esta situación, ya que dicha posibilidad requiere necesariamente que el oferente no vuelva a recaer en el mismo vicio. De lo contrario, el subsane sería un cúmulo inacabable de oportunidades para restablecer su condición con la seguridad social.

Resolución N° R-DCA-0181-2020 (2569-2020 DCA-0629) de las 11:28 horas del 21 de febrero, 2020. Recurso de apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.9 Antes de declarar desierto un proceso de compra por limitaciones presupuestarias Administración debe verificar si le aplican normas de ejecución de la Ley de Presupuesto

Previo a la declaratoria de desierto de un proceso de contratación por limitaciones presupuestarias, debe analizarse si a esa Administración le aplican o no las Normas de Ejecución establecidas en la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico 2020. En caso de que no le apliquen, deberá esa entidad analizar y valorar de frente a sus necesidades institucionales, la conveniencia y oportunidad de realizar modificaciones presupuestarias para darle contenido económico a los procesos de contratación; lo anterior de conformidad con las disposiciones presupuestarias emitidas por el Gobierno.

No. R-DCA-0264-2020 de las 12:37 horas del 17 de marzo, 2020. Recurso de apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.10 No se requiere autorización de la CGR para modificar procedimientos de contratación no sujetos a la Ley de Contratación Administrativa

Para la modificación de un procedimiento que no se encuentra sujeto a la Ley de Contratación Administrativa, sino a los principios que informan la materia, no se requiere autorización de la CGR. Para ello, las personas jurídicas deberán garantizar que los procedimientos que efectúen se encuentren permeados de seguridad jurídica y transparencia a lo largo de cada etapa del ciclo de contratación.

No. 04989 (DCA-1208) del 03 de abril del 2020. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

2.11 Administración puede aplicar cláusulas sustentables en procesos de compra

La Administración, dentro de su actuar discrecional, puede definir en sus procesos de contratación un sistema de evaluación en el cual se incluyan criterios sustentables, como por ejemplo las cláusulas sociales asociadas con temas de discapacidad; sin embargo, debe existir un valor agregado con la inclusión del criterio.

No. R-DCA-0341-2020 (3906-2020 DCA-0883) de las 08:33 horas del 14 de abril, 2020. Recurso de objeción. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República.

Jurisprudencia
Relevante

III. Jurisprudencia

3.1 Tribunal Contencioso, estima que corresponde a la CGR atender nombramientos y medidas que afecten independencia de auditorías internas

La Sección III del Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) declaró que los aspectos referentes al proceso de nombramiento en el cargo de Auditor Interno corresponde revisarlos a la CGR, cuando en cumplimiento del artículo 31 de la Ley General de Control Interno, No 8292, emita su aval o veto del respectivo concurso. Consideró, asimismo, que durante la fase de preparación del nombramiento del auditor interno de cualquier institución estatal, la revisión de la legalidad de las actuaciones no corresponde a dicho tribunal, pues para ello la CGR ha definido los requisitos del cargo y las condiciones para las gestiones de nombramientos. En el caso concreto se analizó la admisibilidad de una certificación para demostrar el requisito de experiencia, aspecto directamente vinculado con los criterios de selección y nombramiento del auditor interno de una municipalidad, labor que indica corresponde al órgano contralor -en el momento procesal oportuno-, verificar la legalidad de lo actuado por la municipalidad en ese proceso, no resultando procedente que la Sección III se pronuncie sobre tal reclamo, declarando la inadmisibilidad de la gestión presentada. En similar sentido, puede verse la resolución No 89-2019 -adjunta- sobre temas relacionados con la independencia funcional y de criterio de los auditores internos, donde el TCA estima que por la especialidad de la materia de auditoría interna, son aspectos que corresponde conocerlos a la CGR.

Resolución N° 74-2019-III, de las 16:00 horas del 06 de febrero, 2019. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III.

3.2 Tribunal Contencioso Administrativo confirma potestad sancionatoria de la CGR

Recientemente, el Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) declaró sin lugar la demanda interpuesta por un ex alcalde municipal, en la cual pretendía la nulidad del procedimiento administrativo instaurado en su contra, que culminó con imposición de la prohibición para el ingreso o reingreso en cargos de la Hacienda Pública por el plazo de seis años (numeral 72 LOCGR). En su escrito de demanda el actor alegó: i) la pérdida de competencia del Órgano Decisor al haber dejado transcurrir un plazo superior a los 6 meses para el dictado del acto final y ii) la ilegalidad de la sanción al no haberse obtenido, de previo al inicio del procedimiento administrativo, una sentencia judicial que determinara la ilegalidad de sus actuaciones. Sobre el particular el TCA resolvió que, si bien el expediente estuvo paralizado por varios meses, esto se debió a la interposición de una serie de acciones de inconstitucionalidad que impedían la continuación del procedimiento administrativo. Asimismo, aclaró que al amparo del Derecho de la Constitución y de la propia Ley Orgánica del Órgano Contralor, no resulta imprescindible un pronunciamiento judicial de ilegalidad para que la CGR tramite procedimientos administrativos e imponga las sanciones que correspondan conforme a lo estipulado en el ordenamiento jurídico.

No. 027-2020-VII de las 09:00 horas del 20 de marzo, 2020. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII.

3.3 Para obtener una indemnización debe demostrarse derecho a ser adjudicado

En un caso en el que una empresa pretendió obtener una indemnización del Estado por no haber sido adjudicada en una licitación, la Sala Primera señaló que para reconocer un daño a una oferente debe demostrarse la posibilidad cierta de ser declarada adjudicataria. Asimismo, el alto tribunal recordó que en los términos del artículo 70 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, las ofertas alternativas no son sometidas a evaluación, por lo que no puede concluirse automáticamente que estas hayan superado la elegibilidad técnica.

No. 000474-F-S1-2020 de las 10:35 horas del 21 de febrero, 2020. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

3.4 Médicos tienen prohibida la superposición horaria

El Tribunal de Casación confirmó que los médicos sí tienen prohibición de superponer horarios. Si se les paga para cumplir con un determinado servicio público, no pueden abandonar sus labores y su horario, para prestar servicios simultáneamente en distintos lugares o instituciones. Entre otras cosas, el Tribunal analizó que si se anteponen intereses personales respecto del interés público y se incumple con el horario y servicio para el que fue contratada una persona, se vulnera el deber de probidad.

No. 0000021-F-TC-2020 de las 11:10 horas del 30 de enero de 2020. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.

3.5 Tribunal Contencioso indica algunos elementos a considerar en la fijación de costas

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró parcialmente con lugar la liquidación de costas y condenó al pago de ¢1.500.000.00 a favor de la CGR. En la sentencia se analizaron algunos de los elementos a considerar en la fijación prudencial de las costas del proceso: la contestación de la demanda, la medida cautelar y la audiencia sobre la incompetencia, así como la participación en la audiencia preliminar. Como otros elementos señaló la naturaleza del proceso, la relevancia o trascendencia de las pretensiones, el hecho de que el asunto no fuera a juicio y la duración total del proceso.

No. 220-2020 de las 15:00 horas del 2 de abril, 2020. Tribunal Contencioso Administrativo.

