

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
 N° 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
 LIL, S.A., 2014.
 224 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes *databank*:

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

*Se agradece a la Proferora M.L. Carmen Carazo Coronado;
por su valiosa colaboración con los Abstracts y Keywords.*

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio	Presidente
M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez	Coordinador de Enlace y Prosecretario
M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada	Secretario
Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón	Vocal V

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Decano
Dr. Minor E. Salas	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dr. Jan- Michael Simon	Instituto Max-Planck	Alemania
Dra. Marcela I. Basterra	Universidad de Buenos Aires	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Universidad de Buenos Aires	Argentina
Dr. Pedro Rubens David	Universidad de Buenos Aires	Argentina
Dr. César Barros Leal	Universidad Federal de Seará	Brasil
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Universidad de Chile	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Universidad del Externado de Colombia	Colombia
Dr. Orlando Solano Bárcenas	Universidad Nacional de Colombia	Colombia
Dr. Josefina García García-Cervigón	Universidad Nacional de Educación a Distancia	España
Dra. María Paz Pous de la Flor	Universidad Nacional de Educación a Distancia	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	Universidad Carlos III de Madrid	España
Dr. Juan Pérez Galvez	Universidad de Almería	España
Dr. Jaime Rodríguez- Arana	Universidad de la Coruña	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Universidad de Nantes	Francia
Dr. Gabor Hamza	Universidad Eötvös Loránd de Budapest	Hungría
Dr. Jorge adame Goddard	Universidad Nacional Autónoma de México	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	Universidad Nacional Autónoma de México	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	Universidad Nacional Autónoma de México	México
Dr. Jorge Witker Velázquez	Universidad Nacional Autónoma de México	México
Dr. Pedro López Elías	Universidad Panamericana DF	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Universidad Centroamericana	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Universidad Latina	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Universidad del Zulia	Venezuela
Dr. Allan Randolf Brewer Carias	Universidad Central de Venezuela	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez
(Desde 1974 al presente)

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 135, 2014, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial
Universitaria). Colegio de Abogados.

Impreso por: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

135

51 AÑOS 1963-2014

SAN JOSE, COSTA RICA

2014

SETIEMBRE - DICIEMBRE

(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2014

Presidente:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Vicepresidenta:

Licda. Rocío Leiva Trejos

Secretario:

M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada

Prosecretario:

M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez

Tesorero:

M.Sc. Antonio Darcia Carranza

Vocal I:

Dra. Vilma Mayela Alpízar Matamoros

Voca II:

M.Sc. Edgar Castrillo Brenes

Vocal III:

Licda. Shirley González Quirós

Vocal IV:

Lic. John Jorge Tapia Salazar

Vocal V:

Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón

Fisca I:

Licda. Vilma Beatriz Mesén Madrigal

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Henning Jensen Pennington

Director Consejo Universitario:

Dr. Jorge Murillo Medrano

Vicerrector de Docencia:

Dr. Bernal Herrera Montero

Vicerrectora de Investigación:

Dra. Alice Pérez Sánchez

Vicerrector de Acción Social:

Dr. Roberto Salom Echeverría

Vicerrector de Administración:

Dr. Carlos Araya Leandro

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Ruth De la Asunción Romero

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Cecilia Díaz Oreiro

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Antecedentes de la Revista de Ciencias Jurídicas

En marzo de 1956, la Universidad de Costa Rica, publica su No. 1 de la **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**; la No. 2 es de diciembre de 1957 y la No. 3 de diciembre de 1958. En setiembre de 1959, desaparece la publicación con el nombre de Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, y aparece la **Revista de Ciencias Sociales** con el No. 4, como continuadora de la anterior. La No. 5 con este último nombre se publica en setiembre de 1960, manteniéndose la numeración sucesiva hasta el presente. Por lo que respecta a la **Revista de Ciencias Jurídicas** No. 1, se publica en mayo de 1963, indicando en la Presentación, el Decano de la Facultad de Derecho de ese entonces, el abogado Rogelio Sotela, que: “con anterioridad se había publicado la llamada **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**, de la cual tres números se dieron a la publicidad; y posteriormente, con el nombre de Revista de Ciencias Sociales aparecieron otros dos números” (p. 6).

*En este año del 2014 se cumplen
51 años de esta revista*



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA



VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN

VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN
11 de diciembre de 2014 VI-8462-2014

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director Revista Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho

Estimado señor:

En la más reciente evaluación de las revistas científicas del país, realizada en la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica, la revista que usted dirige pasó satisfactoriamente la evaluación para formar parte del Catálogo de *Latindex*. Esto significa un reconocimiento a los esfuerzos realizados por usted y el respectivo Consejo Editorial en la mejora de su revista, tanto en los aspectos formales como en su contenido. Adicionalmente, implica un aval a la calidad de esta publicación.

Esperamos que estos esfuerzos se mantengan para que nuestras revistas alcancen cada vez mayor prestigio y visibilidad internacional. Aprovecho la ocasión para felicitarles por el esfuerzo realizado y recordarles que en adelante deberá enviar los fascículos una vez publicados.

Toda la información respectiva a la evaluación se encuentra al reverso de este oficio.

Atentamente,



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA



Alice L. Pérez, Ph. D.
Vicerrectora

ALP/jpc/jra
Cc: archivo
EXCELENCIA RELEVANCIA PERTINENCIA
Teléfono: (506) 2511 - 1330
Fax: (506) 2224 - 9367
Apartado: 11501-2060 - San José, Costa Rica
Correo-e: vi@vinv.ucr.ac.cr
Portal de la Investigación: www.vinv.ucr.ac.cr

IN MEMORIAM

DR. RAMÓN MARTÍN MATEO

(Valladolid, 31 de agosto de 1928 - Alicante, 22 de mayo del 2014)

Este insigne Maestro del Derecho Público ha fallecido el 22 de mayo del 2014, a los 86 años de edad.

Tuve el honor de ser su alumno y de estudiar sus valiosas obras jurídicas.

Por ello, redacto esta nota necrológica con profundo agradecimiento a su notable ejemplo magisterial como docente, investigador y como ser humano.

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de la Alicante.

Cultivó el Derecho Municipal, Administrativo y Ambiental.

Rector de la Universidad del País Vasco (1976-1979).

Rector de la Universidad de Alicante (1986-1994).

Tiene bajo su autoría el primer manual universitario de derecho ambiental, campo en el cual se le reconoce como el padre académico. Fue autor de 42 libros, 311 artículos doctrinales y dirigió 33 tesis doctorales.

Fue profesor honorario de la Universidad del Rocío, en Bogotá (Colombia); y, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima (Perú).

Doctor Honoris Causa por los siguientes centros académicos:

- Universidad de Mendoza (Argentina).
- Universidad del País Vasco.
- León, España.
- Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.
- Universidad de Murcia.

Experto de las Naciones Unidas en diferentes proyectos durante los años setenta.

Fue vocal electivo del Consejo de Estado (1990-2003) y vocal del Consejo Estatal del Agua (1991).

Recibió la Orden del Mérito Civil, *Premio Jeimu I del Medio Ambiente en el año 2000* y *Premio Nacional de Medio Ambiente*, entre otros reconocimientos.

2005: la editorial Península publica sus *Memorias de un ingeniero social buenhumorado*.

2007: la editorial Civitas publica su obra *La gallina de los buevos de cemento*, en la que critica a la Comunidad Valenciana por su política urbanística.

2013: la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo le rindió un sentido homenaje, en el Paraninfo de la Universidad de Alicante.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

PRESENTACIÓN

Se publican artículos en los temas de:

Derecho Administrativo, Derecho Electoral, Derecho Ambiental, Derecho Médico, Derecho Municipal.

Se imprimen las reseñas de obras jurídicas relevantes.

Se publica un documento importante sobre *la Justicia Fiscal para reducir la desigualdad en Latinoamérica y el Caribe*. Dada la difícil situación fiscal del país, la publicación de este valioso estudio tiene por finalidad contribuir con el debate en torno a este tema.

En el año del 2014, se cumplen 51 años de esta revista, cuyo primer número data de 1963.

Por esta razón, los números 133, 134 y 135 de esta revista, corresponden a esta importante celebración.

Son 51 años en los cuales, esta revista se ha publicado sin interrupción.

Tanto la Universidad de Costa Rica como el Colegio de abogados y abogadas, siempre le han dado el apoyo necesario y oportuno.

El director-editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

(Desde 1974 al presente)

INDICE

<i>In Memoriam</i>	10
<i>Presentación</i>	13
<i>Artículos:</i>	
La administración pública como organizadora y gestora de la igualdad <i>Dra. María Isabel Garrido Gómez</i>	15
La reforma constitucional en materia político-electoral en México 2014 <i>Dr. Luis Antonio Corona Nakamura</i>	47
La implementación del tratado internacional de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura En Costa Rica: Recomendaciones legales y de política <i>Prof. Jorge Cabrera Medaglia</i>	57
Apuntes sobre la mala praxis médica <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	107
Administración Pública Municipal (Costa Rica) <i>Dr. Ernesto Jinesta Lobo</i>	123
<i>Documento:</i>	
Justicia fiscal para reducir la desigualdad en Latinoamérica y el Caribe. <i>OXFAM</i>	175
<i>Reseñas Bibliográficas</i>	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	219

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ORGANIZADORA Y GESTORA DE LA IGUALDAD

Dra. María Isabel Garrido Gómez¹
Profesora Universidad Complutense de Madrid, España

(Recibido 23/01/13 • Aceptado 11/11/13)

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alcalá (España). Directora de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo de España y Codirectora del Master Universitario de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la citada Universidad. Es autora de numerosas publicaciones científicas, entre las cuales destacan los libros *La política social de la familia en la Unión Europea* (2000); *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado* (2002); *La teoría y filosofía del Derecho de Rudolf von Stammler* (2003); *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho* (2007); *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho* (coautora, 2007, 2.^a ed. 2010); *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley* (2009); *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global* (2010) y *La democracia en la esfera jurídica* (2013). Dirección postal: Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá - Calle Libreros 27 - 28801 Alcalá de Henares (Madrid), España. Correo electrónico: misabel.garrido@uah.es

Resumen: En este trabajo se da cuenta de que la acción de la Administración pública se ha transformado durante los últimos tiempos y de que, en gran medida, se ha convertido en una instancia gestora regulándose en parte por un Derecho pseudoprivado. Por tanto, lo que se pone en evidencia es una gobernanza producida en forma de red con organismos privados y la sociedad civil. En tal sentido, las normas del Derecho administrativo actúan interrelacionadas con las reglas empresariales, demandas de funcionamiento e intereses sindicales en defensa de los trabajadores, junto a las reglas informales de los partidos políticos.

En todo caso, esto se puede apreciar en que muchas normas que hoy regulan la Administración se dirigen a la expansión de la organización económica capitalista y a la desaparición de las fronteras, refiriéndose a los flujos financieros o al mercado de bienes y servicios. Por eso es tan importante tener en cuenta las pautas indicadas y que la igualdad a la que se tienda sea real y efectiva.

Palabras Clave: Administración pública - organización - gestión - igualdad.

Abstract: This paper reveals that the action of the Public Administration has changed over recent years and that, largely, it has now become a managing body partly regulated by a pseudo-private Law. Consequently, this evidences a governance form arising as a network together with private organizations and the civil society. In this regard, Administrative Law regulations function in interaction with business rules, trade unions demands on the defense of workers' functions and interests, together with the informal rules of the political parties.

In any case, this can be seen in the fact that many of the rules that today regulate the Administration are aimed at expanding the capitalist economic organization and the disappearance of frontiers, about financial flows or the market of goods and services. This is why it is so important to consider the established guidelines and to ensure that the search for equality is both real and effective.

Keywords: Public Administration - organization - management - equality.

Índice

- I. Introducción sobre una tendencia
- II. Análisis de la Administración y su regulación jurídica vigente
- III. La incidencia de la desregulación en el Derecho administrativo
- IV. La consecución del interés general y la nueva legislatividad de la organización
- V. Recomendaciones y propuestas para hacer más real y efectiva la igualdad en el contexto vigente
 - VI.1. En relación con los ámbitos implicados
 - VI.2. En relación con la superación de la regla aristotélica
 - VI.3. En relación con la prohibición de las discriminaciones negativas
 - VI.4. En relación con la admisión y potenciación de las discriminaciones positivas
 - VI.5. En relación con la forma de resolver la tensión entre la igualdad de hecho y de Derecho conforme al derecho a la igualdad
- VI. Reflexión final

Bibliografía

I. Introducción sobre una tendencia

En el panorama actual es muy importante tener en cuenta que el Derecho como instrumento del Estado social y su empleo con fines de integración y de actuación de políticas sociales ha impuesto la racionalidad material sobre la formal, pero hoy día semejante afirmación ha cobrado un cambio significativo. Dicho proceso aspira a proteger posiciones mediante normas y realiza esas aspiraciones modificando algunas estructuras de poder y controlando el proceso socioeconómico. No obstante, no podemos hablar de un Estado de Derecho material que reúna un mínimo de condiciones formales para que haya un mínimo de seguridad jurídica, aun cuando esta descansa además en razones materiales y racionales. De modo que el contenido regulativo de las normas debe buscarse en su adecuación a la ejecución que llevan aparejada y a los efectos que con ella se quieren alcanzar². De ahí que en lo que se ha de hacer hincapié sea en la validez que ha pasado de estar apoyada solo en el cumplimiento de ciertos requisitos formales, como ocurría en el Estado legislativo unitario, a ajustarse a un complejo entramado por la crisis de la autoridad que elabora las leyes y las fuentes del Derecho³.

Ahora bien, el ejercicio de las competencias que tienen atribuidos los poderes públicos continúa teniéndose que adaptar al ordenamiento de las competencias estatales, apoyada en la delimitación preventiva de tales competencias y, eventualmente, de las directrices señaladas en la Constitución. A la vez que, con referencia a la esfera jurídica, se ha de respetar la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a

* Este artículo ha sido realizado dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007), y del Proyecto del Plan Nacional I+D+i “Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos” (DER 2012-31771), ambos del Ministerio de Economía y Competitividad.

² GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 24, 71-72 y 103 y ss.

³ Cfr. el trabajo de LA TORRE, Massimo, *Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm*, European University Institute, Florencia, 1995; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 45.

los derechos de los demás; y con arreglo a las exigencias extrajurídicas, se han de conducir racionalmente según las necesidades político-legislativas emergentes de la vida social advertidas en la opinión pública y los postulados del orden constituido⁴.

Así las cosas, la transformación de las funciones estatales tiene un gran impacto en el Derecho administrativo, pasando de ser prestacional a hacerse especialmente relevantes la regulación, la inspección, la autorización o la sanción. En este sentido, hay que matizar que no hablamos de un Estado policial de corte decimonónico, la regulación no impone meros límites externos que se presentan con mínimos y novedades de tipo organizativo haciendo referencia a los sujetos a los que se encomiendan. En síntesis, la organización y el tipo de control de su observancia se refieren a una nueva Administración pública de origen anglosajón.

Por otra parte, se ha potenciado la simplificación normativa procedimental y hay un aumento de los instrumentos de regulación y control puestos a disposición de los poderes públicos, hablamos de la recepción del Derecho reflexivo. Y las nuevas potestades de regulación y vigilancia que han sido reconocidas a la Administración se caracterizan por poseer un alto grado de discrecionalidad. Otra cuestión que no hay que olvidar es un efecto paradójico de la pretensión de regular y controlar de forma más intensa la actuación de los particulares, siendo esto representado por la ampliación de la autorregulación y el autocontrol⁵.

Las Administraciones independientes han proliferado en España y en Europa con la finalidad de sustraer de la lucha política partidista sectores de la actividad administrativa que son muy sensibles y complejos. Las Administraciones independientes se conciben como mecanismos de corrección de las supuestas deficiencias de la democracia, implicando un

⁴ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 77 y ss.; HAWKINS, Keith, "The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, Keith (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 11 y ss.

⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 116-128.

cuarto poder. Desde este punto de vista, la transformación de la cláusula del Estado de Derecho hace referencia al margen de libertad del que gozan el Gobierno y la Administración ante el juez y el legislador⁶. Por lo indicado, vemos que hay una crisis del modelo de Derecho Administrativo clásico.

II. Análisis de la Administración y su regulación jurídica vigente

De lo que llevamos visto hasta ahora se podría concluir que la regulación actual de la Administración establece una relación de requisitos condicionantes⁷. En este sentido, muchas veces se ha optado por reducir el campo de aplicación del Derecho administrativo a las esferas en las que resulta totalmente imprescindible a causa de que el Derecho privado no es aplicable para conseguir los fines del interés general. Tal cosa hace que perdamos en garantías, y esa pérdida puede ser causa de ineficiencias dado que el no tener un control adecuado de la actividad administrativa abre un cauce para el empleo incorrecto de los fondos públicos, el descontrol del gasto o la corrupción⁸. Prosiguiendo con el análisis de esta realidad, el hecho de que surja una huida hacia el Derecho privado gracias al propio legislador es una cuestión que nos debe hacer tomar conciencia de la realidad y examinar los campos que han quedado desfasados, proponiendo nuevas soluciones y buscando un nuevo equilibrio que se ajuste mejor a las necesidades de nuestra coyuntura con nuevas técnicas y nuevos instrumentos⁹.

⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V, “Globalización económica, Administración pública y Derecho administrativo: presupuesto de una relación”, *Revista de Administración Pública*, 164, 2004, pp. 7-39; MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 184 y ss.

⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 116 y ss.

⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva, *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 105-106 y 130-131.

⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 240 y ss. Sobre el tema, ver también HEAD, Michael, *Administrative Law. Context and Critique*, The Federation Press, Sydney, 2008, pp. 50 y ss.

El camino de la pseudoprivatización que se ha iniciado por la Administración supone que, mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado, haya una supuesta creencia de que el Derecho administrativo no es útil. En relación con lo expuesto, se sustenta que tal Derecho no sirve para llevar a cabo la actividad propia de la Administración, solamente aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Teniendo en cuenta estas consideraciones, se ha optado por la reducción del ámbito que compete al Derecho examinado. Únicamente le competiría la regulación de aquellas áreas que son imprescindibles, porque el Derecho privado se muestra como un medio alternativo para la consecución de fines de interés general.

Mas, ante la realidad escenificada, se percibe que la Administración es una organización de carácter instrumental. Por esta razón, es muy importante que las sociedades tengan un modelo administrativo que sirva de forma efectiva a los intereses públicos, y que el ordenamiento jurídico regulador establezca las vías y los pasos pertinentes para hacer que ello se logre. En consecuencia, se vendría a afirmar en un primer plano que la eficacia es uno de los principios básicos de la actuación administrativa.

Empleando tales presupuestos, la Administración debe regirse por normas que prevean las vías de mayor calidad, eficacia y eficiencia dentro de sus posibilidades y del respeto al resto del ordenamiento jurídico, especialmente a los principios constitucionales. Los principios aludidos se catalogan, aparte de en el principio de legalidad, en el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de objetividad, el principio de igualdad ante la ley, la libertad de concurrencia, el control del gasto público, la publicidad y transparencia, el acceso a la función pública conforme a los criterios de mérito y capacidad, la participación de los interesados en la adopción de las decisiones administrativas, y el respeto, promoción y protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Sin embargo, aun aceptando que no haya una reserva general de Derecho administrativo, hay reservas parciales y límites y principios que, sea cual sea la legislación que regule la actividad administrativa, se deben garantizar en todo caso¹⁰.

¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva, *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., nota n. 8, pp. 108 y 117.

También se constata la existencia de una modificación en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y a los actos políticos o de gobierno y de su control por los tribunales. En resumen, se observa un Derecho administrativo “menos nacional, más garante y menos prestador, más democrático en unos aspectos y menos en otros, sometidos a un régimen jurídico que le concede mayores espacios de libertad”¹¹. Desde el punto de vista apuntado, el reto es alcanzar el desenvolvimiento de un entramado jurídico y político-institucional que pueda hacer frente a los obstáculos de la nueva sociedad global. De modo que es preciso crear nuevas estructuras políticas y administrativas que dispongan de un alcance planetario para regular los mercados globales y hacer que las normas se cumplan por los agentes económicos¹².

Las fuerzas económicas han potenciado vías y formado organizaciones que escapan, al menos en su gran mayoría, del Estado, sin que quepa duda de que la idea de la unificación del Derecho en la era de la globalización parte de que hay una nueva relación en las fronteras entre lo público y lo privado. Las Administraciones públicas recurren progresivamente al Derecho privado cuando proceden a la venta de sus activos y emplean la contratación para cumplir con las misiones que tienen encomendadas, prestando servicios de forma indirecta mediante las concesiones a empresas que son privadas, extrapolando a las empresas públicas fórmulas utilizadas en el Derecho privado o recurriendo a la constitución de fundaciones¹³. Esta asunción de contenidos tiene como consecuencia que se haya llegado a hablar de un Derecho común de las

¹¹ Cfr., en general, el libro de ALLI ARANGUREN, Juan Carlos, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; y MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 184 y ss., y 207.

¹² BRADLEY, Anthony Wilfred y EWIN, Keith David, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, Essex, 2007, pp. 419 y ss.; MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 210 y 211.

¹³ ZAPATERO, Virgilio, *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 376 y 377. Ver, además, FURGER, Franco, “Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance”, en APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William y GESSNER, Volkmar (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 202 y ss.

regiones -caso de la Unión Europa- con referencia al Derecho interno de los Estados miembros dictado para cumplir con una obligación establecida por las normas del Derecho regional¹⁴.

Al mismo tiempo, cada vez más, aparecen normas sustitutorias de las nacidas del Estado liberal y el Derecho decimonónico. Tales normas se caracterizan por ser procedimentales y por servir para reforzar los criterios sociales de control, así su imperatividad es baja, pero no su coercibilidad. No obstante, todo no queda aquí, sino que la lectura de la complejidad anunciada inicialmente se traduce en que el Derecho se reprivatice. Por lo que retrocede el Derecho público, adquiriendo también la idea de la Constitución unos perfiles nuevos al adoptar la forma de “una carta de identidad política y cultural” y actuar como un centro de convergencia de valores en cuyo campo solo tendrían absolutividad, desde un punto de vista sustantivo, los derechos de la ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico, por medio de la adopción de mecanismos neutralizadores de soluciones que siguen una línea homogeneizadora, y de medidas capaces de bloquear la libertad e instaurar una unidad social indiferenciada¹⁵.

III. La incidencia de la desregulación en el Derecho administrativo

Dentro de este discurso se ha de emplear una visión que entienda que hablamos de la igualdad formal como el objetivo que es prioritario en un Estado social y democrático de Derecho, pero, dadas las transformaciones, la pregunta que conviene hacernos es ¿qué instrumentos son los que deben concurrir para que ese dictado se convierta en realidad? En este sentido, los instrumentos clásicos son: el origen democrático de la ley, aseguradora de la imparcialidad; la generalidad, que se expresa en un Derecho constituido por normas generales dirigidas al hombre y al

¹⁴ SOUSASANTOS, Boaventura de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995; ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio, “La globalización y las transformaciones del Derecho”, en ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2002, p. 316.

¹⁵ Ver la obra de FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2004.

ciudadano en abstracto; y la abstracción, en la medida que los contenidos de las normas describen supuestos de hecho con consecuencias jurídicas que conciernen a todos los supuestos y situaciones concebibles¹⁶.

Las ideas a las que nos referimos cuando hablamos de la desregulación jurídica es a que las normas concretas no pueden acoger materialmente la totalidad de los casos que surgen en la vida real, por muy detallados que sean; y a que los intentos de exhaustividad reguladora algunas veces distorsionan el contenido de las figuras jurídicas y del orden jurídico general. El concepto de desregulación tiene un alcance limitado: la flexibilización del poder absoluto de la ley, pero sin llegar a una privatización de los criterios normativos propios del *ius publicum* que sean condición sine qua non del orden jurídico¹⁷.

El juego de fuerzas se produce dentro de una superposición de los niveles de juridicidad, la multiplicación de las instancias legislativas y la proliferación de normas. Ahora el sistema jurídico es abierto y flexible. Sus normas se entrelazan con otras que proceden de distintas instancias; el pluralismo jurídico global se distingue por un elemento estructural referente a la variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en distintas esferas del mundo. Y, a su vez, destaca un elemento relacional entre ámbitos de naturaleza distinta en lo referente a la estructura y al proceso¹⁸. En este orden de ideas, conviene no perder de vista que conviven tres tipos de niveles: el Derecho local, el Derecho estatal y el Derecho global. El último se manifiesta como una legalidad supraestatal, muy informal, que se basa en las prácticas de los agentes económicos dominantes y tiende a constituir su propia oficialidad creando diferentes formas de inmunidad. La acción se expresa de forma general y, en la parte social, esas escalas no actúan aisladamente¹⁹.

¹⁶ MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 94; SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 145 y 146.

¹⁷ GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel, *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 201.

¹⁸ JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, "Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho", en JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 19.

¹⁹ JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, "Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho", cit., nota n. 18, p. 25.

La desregulación es, pues, una de las principales manifestaciones de la globalización jurídica, la cual se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras que se limitan a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que actúan dentro del mercado²⁰. De esta forma, hablamos de la retracción de normas de Derecho público que se destinan a la protección social, laboral, etc., en beneficio de normas de Derecho privado y de la autorregulación de grandes empresas²¹.

Desde el punto de vista indicado, muchas veces no se cumplen ciertas normas mínimas que deberían ser exigibles en el ámbito organizativo si la Administración pública ha de cumplir con su funcionalidad. A estos efectos, Montoro Chiner sugiere que para comprobarlo cuando se redacte una norma se responda al siguiente cuestionario:

- Si el proyecto conlleva problemas de ejecución que sean detectables en esta fase, y puedan repercutir en la marcha de las diversas Administraciones.
- Si se ha tenido en cuenta la capacidad administrativa actual para atender la ejecución del proyecto.
- Si hay conflictos previsibles sobre su ejecución desde el punto de vista de los objetivos de la norma.
- Si se ha previsto que las tareas de supervisión que la norma impondrá a la Administración puedan ser efectivamente asumidas.
- Si se han previsto las dificultades que surjan de su cumplimiento.
- Si se han agotado todas las posibilidades de descentralización o de delegación.
- Si la redacción del proyecto es clara y se ha considerado su futura automatización.

²⁰ MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 240 y 252.

²¹ MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Notas sobre globalización y cultura democrática”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008, p. 593.

- Por último, si mientras la norma entra en vigor, se ha previsto la posibilidad de preparar suficientemente a quienes han de proveer su cumplimiento.

Por lo que se refiere a los procedimientos, señala Montoro que “en la fase de preparación debe revisarse si, abierta o veladamente, la norma va a contener aspectos procedimentales y, sea de una forma o de otra, afrontar ex ante las dificultades que se plantearán [...]. En general, han de evitarse los dobles trámites procedimentales que obligadamente representan intervención de varios órganos administrativos; en especial, si los trámites no tienen otro objeto que el de la mera información. La aptitud del procedimiento para ser informatizado debe contar como factor de descarga, en beneficio y bajo el punto de vista de quien ejecutará la norma”. Las cuestiones que sugiere que ha de plantearse el redactor son:

- Si el proyecto contiene partes en las que se introducen preceptos sobre procedimientos.
- Si la regulación sobre procedimientos que se ha introducido en el texto es renunciante en todo o en parte.
- Si se ha procurado evitar en lo posible la fragmentación del procedimiento.
- Si también en lo posible se ha procurado unificar el procedimiento, en aquello que sea admisible, para todas las Administraciones públicas²².

²² MONTORO CHINER, M. José, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 83 y ss. Sobre todo lo dicho ver también, ZAPATERO, Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel y ARCOS, Federico, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2010, pp. 156 y 157.

IV. La consecución del interés general y la nueva legislatividad de la organización

El *interés* es la noción que sirve para denotar la adaptación o inadaptación efectiva de los diversos componentes de una relación jurídica, y de ella a los diversos supuestos de la realidad. Corrigiendo la generalidad de las fórmulas de la estructura sin reemplazarlas, las dota de un contenido concretizante y nos da a conocer a cuál de las partes se la puede, o debe, dar la razón. Pero, en la actualidad, el Estado tiene que desarrollar su vida dentro de unos parámetros cada vez más complejos y a él le corresponde asegurar la mejor regulación posible en el ámbito social por medio del Derecho y de las políticas públicas, siendo sus funciones más acuciantes las de hacer que mejore el funcionamiento del mercado, la promoción de la igualdad y la protección de los trabajadores vulnerables²³.

La versión que hemos estado analizando del modelo de protección del interés general por parte de la Administración y del Derecho administrativo conduce a que lo primero que se deba tener en cuenta sea el control de los hechos determinantes, pues toda acción discrecional de la Administración se apoya en una realidad fáctica que actúa como supuesto de hecho de la norma que ha de aplicarse²⁴. Las resoluciones de la Administración se diferencian tradicionalmente por estar sometidas al principio de legalidad y por ser discrecionales, consecuentemente, la cuestión es saber encontrar un plano intermedio en el que se respeten los dos principios²⁵.

²³ ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, M. José, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 282.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 31-49. En el mismo sentido, ver también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

²⁵ BARRY, Norman (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*. Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar, Cheltenham, 1998; LATORRE SEGURA, Ángel, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 167 y 168.

Con la vigencia de los Estados constitucionales de Derecho, el tradicional principio de legalidad que regía la libertad del ciudadano y la acción de la Administración ha cambiado también. En cualquier caso, la labor encomendada no es la misma que antaño, advirtiéndose que la Administración pública suele ser la gran realizadora de la política social. Sin embargo, desde hace tiempo, las cada vez más abundantes necesidades y la desproporción de los recursos han inducido a ciertos replanteamientos, barajando principios de solidaridad e igualdad, evaluados según el grado de desarrollo de la libertad que posibiliten, promoviendo la participación y la vinculación de los sujetos y de los grupos como sujetos de servicios primarios y como sujetos activos y transaccionales en los aspectos sociales que les afectan.

En este marco y con la consideración de los enunciados anteriores, se supera la labor meramente garantizadora y se asumen tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. Esa labor gestora requiere aparatos organizativos que efectúen las tareas según su propia lógica, determinada, como nos ilustra Zagrebelsky, por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento e intereses sindicales de los empleados, por no hablar de las reglas informales que vienen dadas por los partidos políticos. A esto es a lo que se llama *legislatividad de la organización*²⁶, la cual, en razón de la dificultad que supone regular previamente la actuación administrativa, ha de permitir programaciones concertadas, negociadas y flexibles.

La regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la Administración es materialmente imposible por la falta de conocimiento especializado. Cuanto mayor sea la pretensión reguladora, mayores serán los espacios de autorregulación²⁷. En este caso, nos topamos también con regulaciones paralelas a los Derechos estatales, a título ilustrativo, las que provienen de la sociedad civil cuyo principal ejemplo es la *lex mercatoria*²⁸.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 2011, pp. 34 y 35.

²⁷ ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 26-29; MacLAUCHLAN, Wade, "Public Service Law and the New Public Management", en TAGGART, Michael (ed.), *The Province of Administrative Law*, Hart, Oxford, 1997, pp. 118 y ss.

²⁸ ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, cit., nota n. 27, pp. 129 y ss.

Para superar las consecuencias negativas que se derivan de esa situación, hemos de tener en cuenta que la progresión se explica en cuanto que en el Estado liberal de Derecho el hombre se consideraba como sujeto activo y pasivo de la ley, como creador de los dictados legislativos por la soberanía popular sometedores de los individuos y los poderes públicos. La estimación del individuo como sujeto pasivo de la actividad legislativa dejó en evidencia el sometimiento a su aplicación, que todos han de acoplarse igualmente al ordenamiento jurídico y poseen un derecho igual a obtener la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce, eliminando discriminaciones arbitrarias²⁹. El siguiente paso se produjo cuando la igualdad ante la ley llevó a modificaciones significativas en la aplicación de la misma, es decir, en la comprensión de que tal aplicación ha de hacerse conforme a la ley³⁰. Y, con el transcurrir del tiempo, se tomó conciencia de que el modelo liberal solo era válido para alcanzar la igualdad real en una sociedad homogénea, haciéndose cada vez más relevante la necesidad de igualar y diferenciar por medio de la ley. Desde esta perspectiva, la igualdad se presenta como criterio de distribución de los contenidos de libertad y se proyecta en sus titulares³².

A ello hay que sumar la necesidad de considerar la posible presencia de diferentes clases de desigualdad y de diferentes criterios de distribución, en atención al contexto sobre el que se dirige el examen de la igualdad por la complejidad de su idea³³, lo que favorece la justificación de la diversidad a la hora de tomar las medidas pertinentes sin dejar de tener en cuenta la aceptación de la medida y de sus criterios por los

²⁹ ARA PINILLA, Ignacio, *Notas para un estudio de la justicia y la igualdad: un análisis del tema desde las perspectivas de la axiología jurídica y del Derecho constitucional*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1982, pp. 104-107; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 19-20.

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, p. 21.

³¹ SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., nota n. 16, p. 26.

³² ASÍS ROIG, Rafael, *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 71.

³³ WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2004, pp. 32 y 33.

afectados. De lo expuesto se deduce que “siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica y mantener la capacidad de elección o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Es más, a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a las circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sea aceptada por los sujetos implicados”³⁴.

En definitiva, el tratamiento legal diferenciador podrá derivarse de la comparación o la interpretación de diversos órdenes normativos para obtener de esa comparación la aparición de una desigualdad censurable constitucionalmente, y de una situación de hecho que no es imputable a la norma de modo directo, aun cuando sí lo es en relación con la actuación de la interpretación y aplicación normativas³⁵.

Desde el punto de vista de la aplicación del Derecho por la Administración, como advierte Rubio Llorente, en la mayoría de los supuestos la igualdad no se resuelve en crear normas que previamente no existían, sino en aplicar las ya existentes³⁶. El requerimiento que se deriva de la interdicción de la arbitrariedad es la racionalidad y la razonabilidad de la decisión administrativa, la única diferencia entre la aplicación judicial de la ley y la administrativa radica en los sujetos que la llevan a cabo, en uno es el juez y en el otro es la Administración. Por esta razón, una decisión no arbitraria sería la que se apoya en razones que dan la posibilidad de derivar de ella una máxima de valor universal, como es el imperativo kantiano, o la legislación que la Administración adoptaría si fuera él el legislador³⁷.

³⁴ Sobre lo referente a los criterios señalados, ver ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL ALCALÁ, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho* Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 162 y ss.

³⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, pp. 41 y ss.

³⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000, p. 50.

³⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, cit., nota n. 36, p. 51.

Un elemento limitador es el del control ejercido a través de los principios generales del Derecho, comprendidos como condensación de los valores superiores de los ordenamientos jurídicos. El mandato de los principios recae en imponer un genérico deber negativo que prohíbe actuar en contra del valor que consagran porque no pueden crear obligaciones ni otorgar derechos subjetivos típicos o activos. En tal sentido, las Administraciones públicas no pueden ejercer acción alguna si, antes, la ley vigente no ha delimitado los supuestos de hecho en los que puede ejercer como poder público que es, en razón de que la configuración del régimen de atribución de potestades con arreglo al principio de legalidad precisa que se determinen a priori los supuestos fácticos en los que la Administración posee competencia. Mas no nos podemos quedar en este nivel porque concurren otras razones de índole práctica, dentro de esa explicación se sitúa la imposibilidad material de satisfacer todas las pretensiones que se legitiman en que la comunidad considera valioso que el Estado garantice la realización de un fin³⁸.

El hecho de que las leyes hayan de aplicarse sin tener en cuenta quién es el destinatario plantea problemas que se captan en los conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, debiendo tener toda discriminación una fundamentación objetiva y razonable³⁹. Así, ejemplificativa resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional español 144/1988, de 12 de julio, f.j. 3, que establece que cuando haya razones que autoricen a pensar que la divergencia interpretativa constituye la cobertura formal de una decisión cuyo sentido es diverso de otras anteriores o, incluso, posteriores, la causa recae en que “se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso, su identidad, que no debieron serlo”⁴⁰. Otras sentencias que giran en torno a esta tesis son la 268/2005, de 24 de octubre, y la 33/2007, de 12 de febrero.

La consecución de la igualdad sustancial justifica un trato que no es igual, siempre que haya una desigualdad social con la meta de reducirla o eliminarla, obteniendo una sociedad más justa, evitando formas de

³⁸ BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, prólogo de E. García de Enterría, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 84-88.

³⁹ OLLERO TASSARA, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 17.

⁴⁰ Ver las consideraciones hechas por RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, cit., nota n. 37, pp. 57 y 58.

neutralización, interiorización o anulación de las diferencias para que los grupos minoritarios no permanezcan marginados⁴¹.

Asumimos que la determinación de los criterios de relevancia para establecer la igualdad y la diferenciación es esencialmente axiológica, porque implica la formulación de juicios de valor por actos de voluntad jurídicos a los que sirven de vehículo y de expresión las normas. En consecuencia, una diferenciación es arbitraria si no es posible encontrar una razón suficiente para justificarla, siendo la cualificación de la razón suficiente un problema de valoración. Se puede admitir que el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico. A la par que la igualdad como criterio de distribución de derechos tiene dos vertientes, la igualdad como diferenciación *negativa*, que da un trato igual a las circunstancias o situaciones diferentes que se estiman deben tenerse como irrelevantes para el disfrute o el ejercicio de ciertos derechos o para la aplicación de las normas; y la igualdad como diferenciación positiva, que conlleva un trato distinto de circunstancias y situaciones tenidas como relevantes⁴².

V. Recomendaciones y propuestas para hacer más real y efectiva la igualdad en el contexto vigente

Por lo indicado, debe haber un cambio en la acción de la Administración pública para conseguir el interés general a la hora de elaborar políticas públicas y programas.

⁴¹ FARIÑAS DULCE, M. José, *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 22 y 23; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 287 y ss. Sobre esta cuestión, ver el libro AÑÓN ROIG, M. José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D. F., 2001.

⁴² ASÍS ROIG, Rafael de, "La igualdad en el discurso de los derechos", cit., nota n. 34, p. 157; RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad como diferenciación", en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Edit., Madrid, 1994, pp. 286-290.

VI. En relación con los ámbitos implicados

La revisión de la igualdad implica un puente entre el Derecho, la moral y la política en las tareas de los operadores jurídicos. De tal interrelación se deben deducir los ámbitos dentro de los que se ha de enjuiciar el tema objeto de análisis. Estos son el lógico-lingüístico, en el que se busca atribuir un significado a la noción de igualdad ante la ley, contestando a la pregunta de igualdad ¿en qué sentido? Además interesa el nivel filosófico-político, que da respuesta a las cuestiones de por qué igualdad y qué igualdad, referido a la justificación del valor que representa en relación a su protección y a la elección de los distintos tipos. Y, en tercer lugar, destaca el plano jurídico que contesta a cómo y para qué lograr la igualdad, fijación que se remite, como destinatarios, a los órganos representativos de los poderes públicos y a los particulares⁴³.

VII. En relación con la superación de la regla aristotélica

El principio aristotélico se explica en función de dos prescripciones, una exige que no se apliquen excepciones a la regla general si es que no hay fundamentos relevantes para ello; y la otra precisa que el Derecho establezca las categorías relevantes para establecer esas excepciones. Suscribe el filósofo que la desigualdad es injusta y la igualdad justa, habiendo un término medio de lo desigual, este es el de lo igual, y dos formas de igualdad correspondientes con la justicia⁴⁴. Pero la tradición de identificar lo igual con lo justo y lo desigual con lo injusto

⁴³ CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D. F., 2001, pp. 125-129. La filosofía de la Ilustración y la política de la Revolución francesa fueron la base del auge del legalismo del siglo XIX, estando fundamentada la actividad que desenvuelve la igualdad en el deber ético de hacer abstracción de ciertas desigualdades de hecho que imperan entre los hombres, y exigiéndose la fundamentación racional de los juicios de valor. Sobre este aspecto, ver: PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, cit., nota 3, p. 85.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edic. bilingüe y trad. de M. Araújo y J. Marías, introducción y notas de J. Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, Libro V, 1-5. "La virtud"; BENN, Stanley I. y PETERS, Richard S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R. J. Vernengo, Eudeba, Buenos Aires, 1984, pp. 126 y 127; LEYDEN, Wolfgang von, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Palgrave Macmillan, Londres, 1985, pp. 20 y ss.

es susceptible de crítica al engendrar una circularidad que difiere por remisiones recíprocas la conceptualización de ambas categorías; al tiempo que afloran falsas identificaciones entre los planos del ser y del deber ser, desprendiéndose de la simbiosis justicia/igualdad que la igualdad está justificada en cada caso⁴⁵.

Por tanto, el concepto de igualdad no puede comprenderse absolutamente y debe ser entendido en su dimensión histórica. Esa relatividad ha de derivar de la materia que se trata, aparte de que es un concepto de naturaleza relacional, siendo el auténtico problema para reivindicar un tratamiento jurídico la especificación de cuándo dos situaciones reales son equiparables, o cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, no olvidando el juicio de valor sobre la elección de los criterios concretos que se han de considerar y el de la evaluación de los hechos en base a estos criterios.

En realidad, la igualdad jurídica es indispensable para adquirir la real en un sentido negativo, dado que la concurrencia de discriminaciones legales limita los logros planteados; simultáneamente que, en un sentido positivo, se permite acudir a los tribunales para contrarrestar la discriminación. Sin embargo, la igualdad formal no es suficiente y se requiere la aplicación efectiva de normas que guarden las esferas vulnerables, de modo que el principio de igualdad social sea un principio de compensación de las desigualdades que se realiza por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas, o con la limitación o la disminución de la riqueza y del poder de las personas más favorecidas.

V.III. En relación con la prohibición de las discriminaciones negativas

Con las discriminaciones que se prohíben se intenta impedir la existencia de víctimas que han sido tratadas de forma desfavorable continuada y sistemáticamente. Las discriminaciones prohibidas presuponen cierta sistematicidad, producto de una regla jurídica que

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 77 y ss. Ver también los trabajos de AMESON, Richard J., DWORKIN, Ronald, NAGEL, Thomas, SEN, Amartya y WILLIAMS, Bernard, en CARTER, Ian (dir.), *L'idea di eguaglianza*, trad. de E. Dornetti, Feltrinelli, Milán, 2001.

trata de forma diferente lo que hace la regla que se pudiera estimar estándar, o social, es decir, que hablamos de un problema jurídico, pero estamos ante un fenómeno social en la mayoría de las ocasiones sin que interese en exclusividad el punto de partida porque el resultado es básico. Por otra parte, las razones pueden ser de naturaleza biológica, a título ilustrativo, el nacimiento, la raza, el sexo, o la condición o circunstancia personal. Aunque es posible que prime la elección humana en la religión, la opinión y algún tipo de condición o circunstancia social, en este último grupo, además, se encuentran afectados derechos y libertades. Tales causas tienen un punto de unión que se debe a su relatividad interpretativa y ofrecen posibilidades muy amplias, al igual que ocurre con las formas de operar en la práctica por estar firmemente fundadas en la sociedad⁴⁶.

La propuesta de las dos vías más plausibles a la hora de comprender la relación entre la igualdad y la no discriminación son:

- a) Entender la discriminación como desigualdad arbitraria de trato. Aquí lo que debe primar es la idea de igualdad y la prohibición de desigualdades arbitrarias. El principal mandato es que “los individuos deben ser tratados igual por encima de cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por eso, en este plano la discriminación se desplaza a la cuestión genérica de la desigualdad e implica abordar los criterios empleados para fijar diferencias de tratamiento, los fines que se persiguen con la diferencia y la relación entre los fines y los medios. El listado de causas no da a conocer una prohibición distinta cualitativamente, sino la desigualdad que no es razonable. Dada su frecuencia y peculiar peligro, se debe cuidar expresamente la interdicción de algunos riesgos en el sentido de que constituyen causas *razonables* de diferenciación.⁴⁷

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, pp. 162 y ss. Sobre esta cuestión, ver las diferentes opciones que se aportan en COHEN, Marshall, NAGEL, Thomas y SCANLON, Thomas (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 1977; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 2006, pp. 799-832.

⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, p. 235.

b) Distinguir entre el principio de igualdad de trato, genéricamente entendido, que prohíbe llevar a cabo diferencias arbitrarias de tratamiento, y el principio específico referente a la prohibición de discriminación, que protege a algunos grupos que suelen estar marginados sistemáticamente⁴⁸. La igualdad como no discriminación explica la idea fijada en el artículo 14 al dictar que todos somos iguales ante la ley, sin discriminación [...], causa por la que ni legislativamente ni tampoco a la hora de la aplicación por la Administración de la legislación es admisible la diferencia de trato.

V.IV. En relación con la admisión y potenciación de las discriminaciones positivas

Primordialmente en la cuestión de la justificación de la discriminación, es importante ver si la igualdad es sacrificable en aras de otro bien constitucionalmente protegido, para ello hemos de tener en cuenta, más que la igualdad, el efecto discriminatorio que la diferenciación puede producir⁴⁹. El juego de que todos somos iguales ante la ley no

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, pp. 235 y 236. El Derecho antidiscriminatorio originado en los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial tiene como destinatarios a las personas de color, con el objetivo de superar sus continuos levantamientos, extendiéndose posteriormente a otros factores como la edad, la orientación sexual, la discapacidad, el estatus marital y la riqueza, a lo que hay que agregar otras formas desarrolladas por el Tribunal Supremo y la Administración. El judicial se ha fijado en la construcción de instrumentos y mecanismos de control constitucional de las leyes interpretando la XIV Enmienda. Igualmente, están dentro de este grupo los conceptos de *disparate treatment* y *disparate impact*, correspondiéndose en el Derecho europeo con la discriminación directa e intencional y con la discriminación indirecta respectivamente. Sin embargo, el Derecho antidiscriminatorio es identificable con la *affirmative action policy*, centrándose, sobre todo, en la igualdad de oportunidades y en la esfera laboral (BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 33 y ss.).

⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., n. 29, p. 74; ROMER, John E., *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2006, pp. 108 y ss.; STRAUSS, David A., "The Illusory Discrimination between Equality of

establece cuándo una circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa. Las igualdades formal y la material pueden convivir pacíficamente, sin embargo, pueden también entrar en confrontación, siendo esta clase de antinomias del tipo parcial/parcial representativa de que los ámbitos de validez de las normas coinciden parcialmente⁵⁰.

Con estos parámetros, legislativamente no basta cualquier justificación del legislador, se ha de probar la necesidad de la norma para el uso de tal fin imperativamente legítimo. La acción positiva se ha de dirigir a combatir la subordinación estructural de ciertos grupos, siendo una de sus manifestaciones la discriminación. Si se quiere que el Derecho antidiscriminatorio sea un instrumento de justicia grupal, es preciso que haya una revisión a fondo que parta de su definición. Consiguientemente, podemos hablar del empleo de dos líneas: una se centraría en llevar a cabo un desplazamiento del concepto jurídico de discriminación fundado en la diferencia de trato al de subordinación fundado en la diferencia de estatus. La otra línea exigiría una ampliación del concepto jurídico de acción positiva y que no se viera reducido a la igualdad de oportunidades⁵¹.

V.V. En relación con la forma de resolver la tensión entre la igualdad de hecho y de Derecho conforme al derecho a la igualdad

En el tratamiento de la tensión entre la igualdad de Derecho y de hecho, el objetivo es hallar un método de inclusión e integración en el que se fijen las reglas de juego que han de cumplirse, debiéndonos plantear como interrogantes clave ¿de qué manera hemos de valorar

Opportunity and Equality of Result”, en DEVINS, Neal y DOUGLAS, Davidson M. (eds.), *Redefining Equality*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 51 y ss.

⁵⁰ MONTILLA MARTOS, José Antonio, “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en VV. AA. *Estudios de Derecho público. (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico)*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 437-463; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp.183 y 184.

⁵¹ BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles, “Problemas de Derecho antidiscriminatorio Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 9, 2003, pp. 22 y ss.

la diferencia y la identidad?, ¿cómo han de conjugarse con la igualdad?, ¿cuál es el camino para obtener un respeto mutuo e igual entre todos los grupos?, y ¿en qué lugar hemos de situar el punto de cohesión dentro de un contexto socio-político?⁵²

Desde esta posición, se ha de suscribir que el derecho a la igualdad no es autónomo, no existe por sí mismo, estando su contenido establecido en función de relaciones jurídicas concretas. Así, no es conceptuable como un derecho formal; es una norma que sirve de parámetro para ratificar que el reconocimiento de que todos somos iguales ante la ley se ha vulnerado, pudiendo ser el infractor el que goza de una situación de hecho favorable o el que goza de otra desfavorable. Su condición se la ha otorgado las Constituciones, a la par que se otorga una naturaleza reaccional reforzada frente a otros derechos. También cabe remarcar la improbabilidad de que no se infrinja simultáneamente otro derecho⁵³. Quien desee beneficiarse de aquel podrá apelar al derecho a no ser tratado desigualmente, no a no ser tratado igualmente, por lo que el derecho a la igualdad no hace nacer nuevos derechos fuera de los que se restablezcan cuando hayan sido violados⁵⁴.

Si la conflictividad aparece porque el logro de la eficacia en el establecimiento de la igualdad en la redacción legal es sumamente ambiguo, los criterios que se han de seguir son de dos clases: la conexión entre el Derecho como técnica de control social junto a las conductas que llevan a cabo los sujetos, y el nivel de incidencia de las normas en las conductas de los sujetos. En el primer punto, la correspondencia es un aspecto de la relación semántica entre un contenido de proposiciones y un estado de cosas. En el segundo, la relación implica que existe un sistema normativo, no pudiendo definirse la eficacia en el nivel

⁵² FARIÑAS DULCE, M. José, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 39-40; MALGESINI, Graciela y GIMÉNEZ, Carlos, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, La cueva del oso, Madrid, 1997, pp. 36 y 300.

⁵³ PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, prólogo de M. R. Alarcón Caracuel, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 92.

⁵⁴ PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, cit., nota n. 53, p. 114.

de correspondencia entre acciones y prescripciones integrando las condiciones precisas de la existencia del sistema⁵⁵.

VI. Reflexión final

Desde este punto de vista, la actuación de la Administración es inteligible con un significado innovador y adaptado a las nuevas situaciones⁵⁶. Al hilo de estas tesis, el tratamiento de la diferencia se ha de hacer por el reconocimiento de derechos, o por disposiciones en el marco de acciones afirmativas transformadoras de las causas que originan las desventajas en base a una situación de desventaja, opresión y carencia de oportunidades vitales; siendo las más relevantes las que apuntan a las aportaciones de la ciudadanía social⁵⁷. Todo lo dicho se encuadra dentro de los Estados sociales de Derecho en la acción de una política social general que remite a los mecanismos institucionalizados por los poderes públicos, o directrices preferenciales que enmarcan histórico-estructuralmente la responsabilidad del Estado en el bienestar de los ciudadanos.

Desglosados los aspectos precedentes, se obtienen las ideas de que el interés jurídico se desenvuelve en base a una vinculación a conceptos jurídicos en apoyo de los derechos subjetivos y de las obligaciones. Las razones para entenderlo jurídicamente relevante son una conjunción de factores éticos, culturales, sociales, políticos, económicos, espaciales o temporales, cuya valoración se caracteriza por su mutabilidad⁵⁸. Desde

⁵⁵ NAVARRO, P. Eugenio y REDONDO, Cristina, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, D. F., 2000, pp. 22 y ss.

⁵⁶ PERONA, Ángeles J., "Notas sobre igualdad y diferencia", en MATE RUPÉREZ, Manuel-Reyes (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia*. (Una reflexión filosófica), Fundación Argenteria-Visor, Madrid, 1995, pp. 35 y ss.; RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*, cit., n. 36, pp. 164 y 165.

⁵⁷ AÑÓN ROIG, M. José, "La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos", en LUCAS, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 253; HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2001, pp. 108 y ss.

⁵⁸ GUASP, Jaime, *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 272 y ss.; OMAGHI, Lorenzo, *Il concetto di interesse*, Giuffrè, Milán, 1986, pp. 30 y ss.; y, más recientemente, AÑÓN ROIG, M. José y GARCÍA AÑÓN, José (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 130 y 131.

esta posición, las demandas de derechos que poseen una naturaleza social o política son reformulables en muchas ocasiones en términos de violación individualizada y concreta de un derecho personal y con una víctima determinada. No obstante, se advierte que, aun en el supuesto de que el caso no tenga naturaleza colectiva, sí lo habrán de tener sus efectos, por lo que también en estos casos se ha de comprender que la actuación judicial tiene el sentido de garantizar de alguna manera cierta forma participativa en la esfera política⁵⁹.

Con los referentes citados, la conclusión a la que se llega es que debe haber un trabajo conjunto y complementario en el que la acción de los poderes no sea aislada sino que esté en permanente combinación. Estas estrategias legislativas complementarias tienen como punto de partida un enfoque procedimental. En consecuencia, como dice Abramovich que “no se reclama una prestación ni se impugna directamente una política o medida que afecta a derechos, sino que se pretende garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de administración”⁶⁰.

⁵⁹ ABRAMOVICH, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, *Estudios socio-jurídicos*, 9, abril de 2007, pp. 10-13.

⁶⁰ ABRAMOVICH, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, cit., nota n. 58, p. 28; GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel, *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 103 y ss.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, *Estudios socio-jurídicos*, 9, 2007.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004.
- AÑÓN ROIG, M. José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D. F., 2001.
- “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en LUCAS, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- AÑÓN ROIG, M. José y GARCÍA AÑÓN, José (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ARA PINILLA, Ignacio, *Notas para un estudio de la justicia y la igualdad: un análisis del tema desde las perspectivas de la axiología jurídica y del Derecho constitucional*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1982.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edic. bilingüe y trad. de M. Araújo y J. Marías, introducción y notas de J. Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, M. José, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- ARNESON, Richard J., DWORKIN, Ronald, NAGEL, Thomas, SEN, Amartya y WILLIAMS, Bernard, en CARTER, Ian (dir.), *L'idea di eguaglianza*, trad. de E. Dornetti, Feltrinelli, Milán, 2001.
- ASÍS ROIG, Rafael de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL ALCALÁ, J. Alberto del (eds.), Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2000.
- *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

- ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.
- BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Problemas de Derecho antidiscriminatorio Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 9, 2003.
- BARRY, Norman (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*, Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar, Cheltenham, 1998.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, prólogo de E. García de Enterría, Tecnos, Madrid, 1997.
- BENN, Stanley I. y PETERS, Richard S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R. J. Vernengo, Eudeba, Buenos Aires, 1984.
- BRADLEY, Anthony Wilfred y EWIN, Keith David, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, Essex, 2007.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D. F., 2001.
- COHEN, Marshall, NAGEL, Thomas y SCANLON, Thomas (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 1977.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio, “La globalización y las transformaciones del Derecho”, en ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, Homenaje a Luis García San Miguel, vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2002.

- FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2004.
- FARIÑAS DULCE, M. José, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2004.
- *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*, Dykinson, Madrid, 2006.
- FURGER, Franco, "Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance", en APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William y GESSNER, Volkmar (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), Civitas, Madrid, 1995.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel, *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2002.
- *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Globalización económica, Administración pública y Derecho administrativo: presupuesto de una relación", *Revista de Administración Pública*, 164, 2004.
- GUASP, Jaime, *Derecho*, Madrid, 1971.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2001.
- HAWKINS, Keith, "The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, Keith, (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1995.
- HEAD, Michael, *Administrative Law. Context and Critique*, The Federation Press, Sydney, 2008.

MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ: la administración pública como organizadora
y gestora de la igualdad

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, “Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho”, en JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007.

LA TORRE, Massimo, *Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm*, European University Institute, Florencia, 1995.

LATORRE SEGURA, Ángel, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006.

LEYDEN, Wolfgang von, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Palgrave Macmillan, Londres, 1985.

MacLAUCHLAN, Wade, “Public Service Law and the New Public Management”, en TAGGART, Michael (ed.), *The Province of Administrative Law*, Hart, Oxford, 1997.

MALGESINI, Graciela y GIMÉNEZ, Carlos, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, La cueva del oso, Madrid, 1997.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, 28, 2005.

- “Notas sobre globalización y cultura democrática”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.

MONTILLA MARTOS, José Antonio, “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en VV AA., *Estudios de Derecho público*. (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico), vol. 1, Tecnos, Madrid, 1997.

MONTORO CHINER, M. José, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.

- NAVARRO, P. Eugenio y REDONDO, *Cristina*, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, D. F., 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 2006.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- ORNAGHI, Lorenzo, *Il concetto di interesse*, Giuffrè, Milán, 1986.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PERÉZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2009.
- PERONA, Ángeles J., “Notas sobre igualdad y diferencia”, en MATE RUPÉREZ, Manuel-Reyes (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia*. (Una reflexión filosófica), Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1995.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.
- PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, prólogo de M. R. Alarcón Caracuel, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROEMER, John E., *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2006.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad como diferenciación”, en VVAA, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Edit., Madrid, 1994.

MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ: la administración pública como organizadora
y gestora de la igualdad

“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”,
en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*,
Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000.

SANTOS SOUSA, Boaventura de, *Toward a New Common Sense: Law,
Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge,
Londres, 1995.

STRAUSS, David A., “The Illusory Discrimination between Equality of
Opportunity and Equality of Result”, en DEVINS, Neal y DOUGLAS,
Davidson M. (eds.), *Redefining Equality*. Oxford University Press,
Nueva York, 1998.

SUAY RINCÓN, José Juan, *El principio de igualdad en la justicia
constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local,
Madrid, 1985.

WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo
y la igualdad*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica,
México, D. F., 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia, trad.
de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 2011.

ZAPATERO, Virgilio, *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor
(Navarra), 2009.

ZAPATERO, Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel y ARCOS RAMÍREZ,
Federico, *El Derecho como proceso normativo, Lecciones de
Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares
(Madrid), 2010.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL EN MÉXICO 2014

Dr. Luis Antonio Corona Nakamura *
Abogado mexicano

(Recibido 04/02/13 • Aceptado 11/11/13)

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes.
Director del Instituto Prisciliano Sánchez y Magistrado del Tribunal Electoral
del Poder Judicial del Estado de Jalisco. México.
e-mail: l.corona@triejal.gob.mx

Resumen: En el ensayo se presenta un repaso de los antecedentes y puntos fundamentales de la reforma constitucional en la materia político-electoral, publicada en el “Diario Oficial” de la Federación el pasado 10 de febrero de 2014, cuyo impacto directo recae sobre las instituciones electorales y las diversas figuras jurídicas vinculadas a la democracia.

Palabras Clave: Reforma constitucional, materia político-electoral, democracia, Instituto Nacional Electoral y México.

Abstract: This essay presents a review of the background and main issues of the constitutional reform on the political-electoral matter, as published in the “Official Gazette” of the Federation on last February 10, 2014, the impact of which directly concerns the electoral institutions and the diverse juridical figures link to democracy.

Keywords: Constitutional reform, political-electoral matter, democracy, National Electoral Institute, and Mexico.

Índice:

I. Introducción

II. Ejes temáticos de la reforma

1. Creación del Instituto Nacional Electoral
2. Aumento del umbral para que los partidos políticos conserven su registro como tales
3. Reelección consecutiva legislativa (federal y local) y de municipios
4. Bases constitucionales y legales en materia electoral, para las entidades federativas

III. Conclusiones

Bibliografía y otras fuentes de consulta

I. Introducción

El sistema electoral mexicano, en franco movimiento, se enfrenta a una nueva realidad, afronta nuevas perspectivas motivadas con las más recientes reformas constitucionales en materia político-electoral, cuyos ejes temáticos, repercuten en el entorno de las instituciones electorales y en diversas figuras jurídicas vinculadas con la democracia.

Se trata de reformas producto de un debate político y social que durante el último año se ha venido materializando sobre el escenario discursivo de diversos actores del quehacer democrático en México, que han analizado esta innovación que implicará que la normativa electoral secundaria, tanto federal, como de las entidades federativas deban adecuarse en congruencia a la Carta Magna.

A continuación, haremos un recuento de los puntos torales de la reforma en comento, con la finalidad de visualizar sus alcances.

II. Ejes temáticos de la reforma

Sobre el antecedente de una vasta exposición de motivos, el Decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia político-electoral, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de febrero de 2014¹, de cuyo contenido, se desprenden diversos rubros esenciales, como analizamos enseguida.

1. Creación del Instituto Nacional Electoral

De la porción argumentativa de la exposición de motivos de esta reforma, se advierte que se planteó la necesidad de modificar el sistema institucional electoral en México “para reforzar la actuación de los órganos electorales locales”², con la creación del Instituto Nacional Electoral

¹ El citado decreto de la reforma, fue consultado en internet en el sitio http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014, fecha de consulta: 10 de febrero de 2014.

² Véase la parte expositiva de motivos correspondiente a “Reforma Electoral” de la Gaceta Parlamentaria, Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 5 de diciembre de 2013, Número 3921-II, disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131205-II.pdf>, fecha de consulta: 11 de febrero de 2014 p. 124.

(INE), para la organización y vigilancia de las elecciones federales, -lo que trajo la tan sonada eliminación del Instituto Federal Electoral (IFE)- lo que conllevó a que fueran modificados en lo conducente, los artículos 35, 41, 55, 99, 105, 110, 111 y 116, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en los que se citaba anteriormente al IFE, para instituir al nuevo INE bajo una nueva redistribución de competencias, implicando una mayor intervención del instituto nacional, inclusive en los procesos electorales locales.

De la conformación del INE, regulada por la fracción V, apartado A, del artículo 41 constitucional, se destaca que su Consejo General, se integrará por un consejero Presidente y diez consejeros electorales (electos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, durarán en su cargo nueve años y no podrán ser reelectos), los consejeros del Poder Legislativo, representantes de los partidos políticos y un Secretario Ejecutivo, siendo la legislación electoral secundaria, la que determinará las reglas para la organización y funcionamiento de los restantes órganos, las relaciones de mando entre éstos, así como la relación con los organismos públicos locales.

Con la reforma que se analiza, el catálogo de atribuciones que se le confieren al INE, se encuentran establecidas por la fracción V, apartado B, del citado precepto constitucional, el cual las enuncia en dos listados: a) Para los procesos electorales federales y locales; y b) Solo para los procesos electorales federales; el primero es novedad, en cuanto a que le atribuye competencia para intervenir en los procesos locales en materia de capacitación electoral, geografía electoral, registro electoral, organización electoral, en reglas, lineamientos, criterios y formatos en materia de resultados preliminares, encuestas o sondeos de opinión; observación electoral; materiales electorales, fiscalización de los ingresos y egresos de los partidos políticos y candidatos. Aún más, el INE, podrá asumir, mediante convenio con las autoridades locales que así lo soliciten, la organización de procesos electorales locales; asimismo, si algún partido político le solicita organizar las elecciones de sus dirigentes, podrá hacerlo, siempre con cargo a las prerrogativas del solicitante.

Además, corresponde al INE designar y remover a los integrantes del Órgano Superior de Dirección de los organismos locales electorales.

2. Aumento del umbral para que los partidos políticos conserven su registro como tales

Respecto a este tema, anteriormente, la legislación electoral³ disponía que los partidos políticos nacionales que no obtuvieran por lo menos el 2% de la votación en alguna de las elecciones ordinarias para diputados, senadores y Presidente de la República, le sería cancelado su registro, pero con la reciente reforma a los artículos 41 y 116, base IV, inciso f), constitucionales, se eleva ese umbral para quedar en 3% del total de la votación válida emitida, y esto, tanto a nivel federal, como estatal. Uno de los motivos del cuerpo legislativo⁴ fue que con ello se impedirá la obtención o la conservación del registro de partidos que carecen de representatividad.

3. Reelección consecutiva legislativa (federal y local) y de municipales

El tema de la reelección ha tenido varias modificaciones en la Norma Constitucional conforme a coyunturas históricas, así, el principio de “no reelección” inmediata “fue elevado a rango constitucional ya desde 1878⁵”, y ahora la reforma político-electoral de 2014, ha venido a romper con ese paradigma.

En efecto, con la reciente reforma a los artículos 59, 115 y 116, fracción II, constitucionales, se regula la reelección inmediata, para el caso de los senadores, diputados federales, diputados locales y los miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal –que duran en el cargo seis y tres años, respectivamente- por dos períodos a los primeros, y por cuatro a los segundos, lo cual implica que todos, los electos para dichos cargos podrán durar un máximo de doce años, previo cumplimiento de los requisitos legales y resultar favorecidos por el voto ciudadano.

³ Véase el artículo 32, párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), disponible en la página de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cofipe/COFIPE_orig_14ene08.doc, consultada el 12 de febrero de 2014.

⁵ Op. *Cit.* nota 2, p. 143.

⁶ Javier Patiño Camarena, *El nuevo derecho electoral mexicano 2006*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, pp. 151-152.

En cambio, para los municipales, la duración en cita se reduce a un máximo de seis, al estipular la norma constitucional que solamente se permitirá la reelección por un período adicional, siempre y cuando el período del mandato no sea superior a tres años.

Una salvedad a la reelección, es que la postulación del candidato a reelegirse, solo podrá ser realizada por el mismo partido político o cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que lo hubiere postulado para el primer período, a menos que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad del mandato.

En cuanto a los candidatos independientes, quedó un vacío legal, porque no se determina de manera categórica en esta reforma si los mismos podrán o no ser reelectos.

Cabe señalar, que en los artículos transitorios décimo primero, décimo tercero y décimo cuarto, se regulan los tiempos para aplicar la reforma en materia de reelección inmediata: para el caso de senadores y diputados federales, será a partir del proceso electoral de 2018, sin que sea aplicable, para los diputados locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y los municipales, cuando hayan protestado el cargo respectivo que se encuentre en funciones a la entrada en vigor del decreto.

4. Bases constitucionales y legales en materia electoral, para las entidades federativas

Evidentemente que el artículo 116, base IV, de nuestra Carta Magna, constituye el nexo normativo más directo entre las reformas constitucionales electorales y su impacto es obligado en las legislaciones de las Entidades Federativas, que habrán de regirse sobre sus presupuestos.

a) Fecha para la celebración de elecciones locales

Con la modificación al artículo 116, fracción IV, inciso a), constitucional, ahora la jornada electoral de las elecciones locales se realizarán el primer domingo de junio del año que corresponda, salvo en los Estados cuyas jornadas electorales se celebren en el año de los comicios federales y no coincidan en la misma fecha de la jornada federal, por lo que no estarán obligados a este punto de la reforma.

b) Principios rectores de la función electoral

En cuanto a los principios rectores de la función electoral, anteriormente en los artículos 41, base V, y 116, base IV, inciso b), constitucionales, solo mencionaban a la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad; ahora a los citados principios se agrega el principio de “máxima publicidad”, en razón de que todos los organismos electorales están obligados a proporcionar la información de carácter público que generen, garantizar al ciudadano en la mayor medida posible, la transparencia en la información.

c) Autoridades administrativas electorales locales

Otro aspecto total –y vinculado con la creación del INE y sus competencias- de la reforma, es el que se desprende de la adición a la fracción IV, del artículo 116, constitucional, en esencia el inciso c), consistente en dejar la organización de elecciones locales, a cargo de organismos públicos locales integrados por consejeros electorales (siete en cada Estado) designados por el Consejo General del INE bajo un procedimiento específico y quienes durarán en el cargo 7 años sin posibilidad de reelegirse. Conforme al artículo noveno transitorio, el INE realizará los procedimientos para nombrar a los nuevos consejeros locales antes del siguiente proceso electoral posterior a la entrada en vigor del decreto y, mientras tanto, los consejeros que actualmente ejercen, continuarán en su encargo hasta en tanto se realicen las designaciones.

d) Autoridades jurisdiccionales electorales locales

En el mismo tenor que en el punto de reforma citado en el inciso que antecede, se reformó la fracción IV, del artículo 116, constitucional, particularmente en el inciso c), puntos 5º y 7º, para disponer que las autoridades electorales jurisdiccionales en las entidades federativas, se integrarán por un número impar de magistrados, quienes serán electos por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores, previa convocatoria pública, en los términos que determine la ley electoral. Asimismo, las impugnaciones en contra de los actos que, conforme a la base V, del artículo 41 constitucional, realice el INE con motivo de los procesos electorales locales, serán resueltas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, conforme lo determine la legislación electoral.

En el artículo décimo transitorio, se dispuso que los actuales magistrados electorales de las entidades federativas, que se encuentren en funciones a la entrada en vigor de las diversas normas (Ley General de Partidos Políticos Nacionales y Locales, Ley General de Procedimientos Electorales y Ley General en Materia de Delitos Electorales) que a más tardar el 30 de abril de 2014 deberá aprobar el Congreso de la Unión, continuarán en su encargo hasta en tanto se realicen los nuevos nombramientos, que el Senado llevará a cabo antes de que inicie el siguiente proceso electoral local, posterior a la entrada en vigor del Decreto con la reforma en comento.

e) Candidaturas independientes

En este tema, se destaca que el artículo 116, base IV, inciso k, constitucional, dispone que las constituciones y leyes electorales locales, deberán regular el régimen aplicable a la postulación, registro, derechos y obligaciones de los candidatos independientes, garantizando su derecho al financiamiento público y al acceso a la radio y la televisión en los términos establecidos por la propia Carta Magna y leyes correspondientes.

III. Conclusiones

El repaso de los puntos esenciales de la reforma político-electoral de 2014 en nuestro país, tales como la creación del Instituto Nacional Electoral y su intervención más amplia en los procesos electorales de las entidades federativas, la reelección inmediata en los diversos cargos de elección popular (a excepción de la presidencial), incluir a las candidaturas independientes en las reglas para postulación, registro, financiamiento público y al acceso a la radio y la televisión durante las campañas electorales, y las nuevas bases constitucionales y legales en materia electoral para las entidades federativas en el sentido de homologar la fecha de la celebración de comicios federal y locales, modificar por completo el procedimiento para la designación de las autoridades electorales administrativas y jurisdiccionales locales, nos obliga a dimensionar la profundidad de esta reforma, y a reflexionar sobre sus implicaciones para el futuro inmediato del sistema electoral mexicano, en mucho dependerá de la normativa electoral secundaria que deba expedirse –a corto plazo- y su aplicación práctica, para cumplimentar los alcances y extremos de esta reforma, que podamos determinar si habrá significado un avance o un retroceso para la democracia nacional.

Bibliografía y otras fuentes de consulta

- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (Diciembre 2013). Gaceta Parlamentaria, año XVII, número 3921-II. Recuperado de internet.
- H. Congreso de la Unión. (Febrero 2014). Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia político-electoral. México: Diario Oficial de la Federación.
- Patiño Camarena, J. (2006). *El nuevo derecho electoral mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.triejal.gob.mx/juridico/CONSTITUCION-MEXICO.pdf>, consultada el 12 de febrero de 2014.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), disponible en la página de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión disponible en internet: Http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cofipe/COFIPE_orig_14ene08.doc, consultada el 12 de febrero de 2014.

**LA IMPLEMENTACION DEL TRATADO
INTERNACIONAL DE RECURSOS FITOGENETICOS
PARA LA ALIMENTACION Y LA AGRICULTURA
EN COSTA RICA:
RECOMENDACIONES LEGALES Y DE POLITICA**

Profesor Jorge Cabrera Medaglia¹

(Recibido 30/01/13 • Aceptado 11/11/13)

¹ Profesor de Derecho Ambiental y Agrario, Universidad de Costa Rica. Investigador Principal de Derecho de la Biodiversidad del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible en Montreal. Asesor Legal del INBio. Consultor internacional en Derecho Ambiental.-
jorgecmedaglia@hotmail.com / Tel: 8326-0907

Resumen: Este artículo analiza el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO y sus implicaciones legales. Aborda la legislación nacional relevante y presenta conclusiones y recomendaciones para su adecuada implementación en el país.

Palabras Clave: acceso a recursos genéticos, recursos fitogenéticos, Sistema Multilateral de Acceso, Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos; Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Abstract: This article provides an analysis of the Multilateral System for Access and Benefit Sharing of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food, Agriculture, and its legal implications. It also approaches the relevant national laws and presents some conclusions and recommendations for the proper implementation of this treaty in the country.

Keywords: Access to genetic resources, plant genetic resources, Multilateral System of Access, International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Convention on Biological Diversity.

Índice

- I Introducción.
 - II Marco legal e institucional para aplicar las principales disposiciones del Tratado Internacional.
 - III En particular el marco legal e institucional para implementar el sistema multilateral de acceso: perspectivas y retos.
 - IV Conclusiones y recomendaciones.
- Bibliografía.

Acrónimos

ABS:	ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS Y DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS
ADPIC:	ACUERDO SOBRE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO DE LA OMC
ANTM:	ACUERDO NORMALIZADO DE TRANSFERENCIA DE MATERIALES
CAT:	COMITÉ ASESOR TÉCNICO DEL SML Y DEL ANTM
CBD:	CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA
CIAA:	CENTROS INTERNACIONALES DE INVESTIGACIÓN AGRÍCOLA
CONAGEBIO:	COMISIÓN NACIONAL PARA LA GESTIÓN DE LA BIODIVERSIDAD
CT:	CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A LOS RECURSOS GENÉTICOS
COP:	CONFERENCIA DE LAS PARTES DEL CBD
CRGAA:	COMISIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA DE LA FAO
DA:	DERECHOS DEL AGRICULTOR
DPI:	DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
INTA:	INSTITUTO NACIONAL DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA AGROPECUARIA
LB:	LEY DE BIODIVERSIDAD
MAG:	MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA
MINAE:	MINISTERIO DE AMBIENTE Y ENERGÍA
OFINASE:	OFICINA NACIONAL DE SEMILLAS

OT:	OFICINA TECNICA DE LA CONAGEBIO
PIC:	CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO
PN:	PROTOCOLO DE NAGOYA
RG:	RECURSOS GENETICOS
RFAA:	RECURSOS FITOGENETICOS PARA LA ALIMENTACION Y LA AGRICULTURA
SML:	SISTEMA MULTILATERAL DE ACCESO DEL TRATADO INTERNATIONAL DE LA FAO
T I:	TRATADO INTERNACIONAL

I. Introducción

El presente artículo analiza el marco legal e institucional más relevante para la aplicación de las principales disposiciones del Tratado Internacional (TI) sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Puntualmente el ordenamiento jurídico relacionado con el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios (SML) del TI; la situación nacional; los principales retos para su efectiva implementación y las correspondientes recomendaciones y conclusiones dirigidas a los tomadores de decisiones. En particular para el caso del Sistema Multilateral de acceso se abordan los siguientes temas –: a) identificación de los posibles recursos genéticos cubiertos por el SML del TI para el caso de Costa Rica, determinando en cuáles supuestos recursos genéticos ex situ e in situ podrían reputarse bajo el control, administración del Estado y en dominio público. Lo anterior tomando en cuenta fundamentalmente tres grandes escenarios: 1. Recursos del Estado central y sus órganos desconcentrados (Poder Ejecutivo). 2. Recursos conservados por los entes públicos no estatales y empresas públicas.³ Recursos mantenidos por las Universidades Estatales; b) existencia de un espacio legal existente para la implementación del SML, partiendo de la premisa de la aplicación directa del Tratado Internacional según el esquema del derecho internacional existente en el país (artículo 7 de la Constitución Política y jurisprudencia correspondiente de la Sala Constitucional; c) identificación de la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General y judicial de la Sala Constitucional y otros tribunales de relevancia para presentar las conclusiones de los puntos a y b anteriores; d) determinación de la situación legal relacionada con el acceso a los recursos genéticos en condiciones in situ cubiertos por el Sistema Multilateral de Acceso y los retos planteados desde la perspectiva de la normativa nacional; e) la hipótesis de la inclusión voluntaria por otras personas físicas y jurídicas de recursos genéticos en el Sistema, los desafíos legales potencialmente asociados y las posibles medidas para promover tal incorporación (incluyendo incentivos); g) algunas recomendaciones legales para mejorar la transparencia, la coordinación entre las autoridades ambientales y las del sector agrícola y la operativización del SML.

II. Marco legal e institucional para aplicar las principales disposiciones del Tratado Internacional

De previo al análisis del marco legal e institucional se requiere repasar brevemente algunas de las disposiciones más importantes del TI las cuales deben ser adecuadamente implementadas por medio de la respectiva normativa.

A. Principales contenidos e implicaciones del Tratado Internacional².

El Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos fue adoptado por la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en 1983. El principal objetivo de este instrumento, jurídicamente no vinculante consistía en "... asegurar que los recursos fitogenéticos de interés económico o social, particularmente para la agricultura, sean explorados, preservados, evaluados y hechos disponibles para el mejoramiento y propósitos científicos". El Compromiso Internacional declaraba de libre acceso y Patrimonio Común de la Humanidad a los recursos genéticos vegetales. Sin embargo, este instrumento consideraba dentro de la misma categoría a las líneas de élite y las variedades mejoradas, estas últimas objeto de protección mediante derechos de propiedad intelectual. En razón del potencial conflicto con algunas legislaciones de DPI- fundamentalmente de países desarrollados- un total de ocho naciones registraron sus reservas al Compromiso.

² Véase sobre el Tratado en general: Gerald Moore and Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Gland, Switzerland, 2005; Mohamed Ali Mekour, *A global instrument on agrobiodiversity: the international treaty on plant genetic resources for food and agriculture*, Environmental Law and Policy, FAO, 2002, Cooper, David, *The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, RECIEL, London, 11(1), 2002 y la Revista Recursos Naturales y Ambiente, *El Sistema Multilateral de acceso y distribución de beneficios del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*, No 53, abril del 2008, CATIE, Turrialba

En cuanto a los países en desarrollo, algunos comenzaron a cuestionar el paradigma del libre acceso y la ausencia de distribución de beneficios derivados del uso de sus recursos fitogenéticos. Ello condujo a la aprobación de clarificaciones del alcance del Compromiso. La Resolución 4-89 (denominada “la Interpretación Acordada”), estableció que los derechos de obtención vegetal establecidos por la UPOV no eran incompatibles con el Compromiso y, además, dispuso que los Estados deberían imponer únicamente las restricciones mínimas para el libre intercambio de materiales con el fin de cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales. Esta Resolución reconoció la enorme contribución de los agricultores de todas las regiones a la conservación y al desarrollo de los recursos genéticos.

La “Interpretación Acordada” aclaró que el término “libre acceso” no significa libre de costo y que los beneficios bajo el Compromiso son parte de un sistema recíproco. El mismo año, y como contraparte al reconocimiento de los derechos de obtención vegetal, se adopta la Resolución 5-89 (sobre “Derechos de los Agricultores”). Se afirma que “...en la historia de la humanidad innumerables generaciones de agricultores han conservado, mejorado y hecho disponibles los recursos fitogenéticos, sin que se haya reconocido la contribución de esos agricultores. Se arriba al concepto de los derechos del agricultor definiéndolos como los “derechos que surgen de la contribución pasada, presente y futura de generaciones de agricultores en la conservación, mejoramiento y disponibilidad de los recursos genéticos vegetales”. Tales derechos eran atribuidos a la comunidad internacional (Trustee) para las generaciones presentes y futuras de agricultores con el fin de asegurar beneficios. No obstante, en la práctica, no hubo un reconocimiento a los agricultores por sus labores de conservación y mejoramiento.

Pese a los nuevos enfoques, el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad continuaba vigente. Por lo anterior, en 1991 la Resolución 3-91 de la Conferencia de la FAO reconoció que los RFAA se encuentran sujetos a los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos. La Resolución estipuló que las condiciones de acceso a los recursos requerían ulterior clarificación, que las líneas mejoradas y el material de mejoramiento de los agricultores estarían disponibles a discreción de sus creadores durante el tiempo de desarrollo y, por último, que los derechos de los agricultores se implementarían por medio de un Fondo Internacional, el cual en la práctica no funcionó.

Por su parte, la Resolución Número 3 del Acta de Nairobi que adoptó el CBD en 1992, establecía la necesidad de resolver, en el marco de la FAO, el acceso a las colecciones ex situ no cubiertas por el Convenio y la cuestión de los derechos de los agricultores. La Resolución 7-93 de la Conferencia de la FAO solicitó al Director General proveer un Foro de Negociaciones entre los gobiernos para adaptar el Compromiso a la Convención sobre la Diversidad Biológica³, para considerar los temas del acceso en términos mutuamente convenidos a los recursos fitogenéticos, que incluyen el caso de las colecciones ex situ y la manera de concretar los derechos de los agricultores.

La Comisión de Recursos Genéticos asumió la tarea de revisar el Compromiso y servir de foro para las negociaciones que concluyeron con el Tratado sobre los Recursos Fitogenéticos para la para Alimentación y la Agricultura⁴. Debe indicarse que la Comisión ha venido realizando diversos trabajos y preparando diversos documentos técnicos en materia de recursos genéticos con un enfoque sectorial⁵: animales, forestales, acuáticos, microbianos, etc incluyendo temas de ABS. Igualmente, en el 2011 ésta decidió la creación de un Grupo de Trabajo sobre ABS cuya reunión tuvo lugar en Noruega en setiembre del 2012⁶. A pesar de que el análisis de las labores de la Comisión escapa a los objetivos de este Trabajo, es importante de considerar las mismas especialmente en el contexto de las previsiones del artículo 4 Protocolo de Nagoya que se explicarán posteriormente.

³ La Decisión II-7 de la Segunda Conferencia de las Partes en 1995 ya había reconocido las características diferenciales de los Recursos Genéticos Agrícolas. Otras resoluciones posteriores reiteran tal reconocimiento.

⁴ El Tratado entró en vigencia el día 29 de julio del 2004 al recibir la ratificación número 50.

⁵ La Comisión preparó diferentes estudios técnicos sobre el acceso y uso de recursos genéticos en distintos sectores (animal, acuático, forestal, etc) los cuales fueron suministrados como documentos informativos al GTABS del CBD. Estos se encuentran disponibles en www.fao.org/nr/cgrfa/es/. Véase además el Background Document No. 59 *Access and Benefit Sharing for Genetic Resources for Food and Agriculture: current use and Exchange practices, commonalities, differences and user community needs*. Report from a Multi-stakeholder Expert Dialogue, Julio del 2011 disponible en el sitio web referido. La última reunión de la Comisión- abril del 2013- decidió crear un grupo de expertos sobre ABS en materia de agrobiodiversidad.

⁶ Ver Informe Final del Grupo, documento CGRFA/WG-ABS-1/12/report disponible en el sitio indicado.

Respecto al TI⁷ este tiene como ámbito todos los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (artículo 3). Se contemplan disposiciones importantes en materia de conservación y uso sostenible (artículos 5 y 6) entre otros aspectos y se establece claramente que cada Parte del mismo debe garantizar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos nacionales con sus obligaciones bajo el TI (artículo 4).⁸

En particular, es de interés dos aspectos del TI tratándose del tema de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios el SML y el ANTM. Sobre ellos se realiza una breve explicación que servirá de fundamento a los análisis que se realizan más adelante en este artículo.

⁷ Cfr. el texto y las Decisiones de la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Reunión del Órgano Gubernativo en <<http://www.planttreaty.org>>. En la segunda Reunión, el Órgano Gubernativo decidió sobre temas como el reglamento financiero del Órgano, la estrategia de financiamiento y su implementación; la relación del Órgano Rector con el Global Crop Diversity Trust; la implementación del sistema multilateral de acceso (mayormente mediante muestras enviadas por Centros Internacionales); la aceptación del Director de la FAO del carácter de Tercera Parte Beneficiaria; el uso sostenible de los recursos filogenéticos, la utilización del Acuerdo de Transferencia de Materiales por parte de los Centros Internacionales para cultivos no incluidos en el Anexo I y colectados antes de la vigencia del Tratado, la realización del derecho del agricultor; la relación con otras organizaciones internacionales y el tema del presupuesto. La Tercera Reunión, entre otros aspectos, consideró los primeros proyectos financiados por el Fondo constituido para distribuir beneficios (con aportes voluntarios de algunos países) y una resolución sobre los derechos del agricultor, entre otros de interés para este documento. La Cuarta reunión aprobó además los términos de referencia para el funcionamiento del Comité de Cumplimiento y creó un Grupo de Trabajo en materia de Uso Sostenible, entre otros. A la fecha de escribir este ensayo las decisiones de la Quinta Reunión no estaban disponibles. Cfr. además sobre la evolución del Tratado, Halewood, Michael y Nadozie, Kent, Living Priority to the Commons; the International Treaty on Plant Genetic for Food and Agricultura (ITPGRFA), en Tansey, Geoff y Rajotte, Tasmin (eds.), *The Future Control of Food; Earthscan, United Kingdom, 2008*.

⁸ A la fecha no se conoce de un país que haya emitido regulaciones específicas para normar el funcionamiento del TI aunque se mencionan borradores en Perú. Algunos países como Costa de Marfil, Madagascar y Bután, como parte de la legislación de ABS que implementaría el PN, están considerando desarrollar también disposiciones relativas al funcionamiento y operación del TI.

1. El Sistema Multilateral de Acceso

Respecto al acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, se crea un Sistema Multilateral para las especies cubiertas (unos 35 cultivos y 29 especies forrajeras contenidas en el Anexo D)⁹, “...eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos” (artículo 10).

El Sistema Multilateral deberá incluir todos los recursos del Anexo I que se encuentren bajo la **Administración y el Control de las Partes Contratantes y son del dominio público** (art. 11). El acceso se realizará en las condiciones facilitadas indicadas en el artículo 12¹⁰ y con arreglo a un modelo de Acuerdo de Transferencia de Material que deberá contener las disposiciones del artículo 12.3 a,d y g, las relativas a la distribución de beneficios que figuran en el artículo 13.2d ii), otras pertinentes del TI y la disposición en virtud de la cual el receptor de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura deberá exigir que las condiciones del Acuerdo se apliquen a transferencias posteriores de RFAA (artículo 12.4).

La distribución de los beneficios en el Sistema Multilateral incluye el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferencia¹¹, el fomento de la capacidad y la distribución de beneficios monetarios y de otro

⁹ No obstante, debe indicarse que el Órgano Gubernativo en su Segunda Reunión determinó que los materiales no contemplados en el Anexo I mantenidos por los Centros Internacionales de Investigación Agrícola (CGIAR) y otras entidades consideradas en el artículo 15.5 del Tratado, se deben distribuir siguiendo el Acuerdo de Transferencia de Materiales utilizado para los recursos genéticos incluidos en el Sistema Multilateral. Esta interpretación amplía ostensiblemente el ámbito de aplicación del Sistema o al menos sujetaría a las mismas reglas de acceso a los materiales no Anexo I de estos Centros. Cfr. Secretariat of the CGIAR System Wide Genetic Resources Programa (SGRP), *The Scope of access and benefit sharing under the International Treaty* Roma, May, 2008. Este tópico se explora más adelante.

¹⁰ El artículo 12 inciso 3 (a-h) establece cuáles son las condiciones bajo las cuales debe darse el acceso.

¹¹ Con respecto a la transferencia de tecnología existe una iniciativa de la Secretaria del TI para crear y operativizar una plataforma de transferencia de tecnología que devendría en otra forma concreta de distribuir beneficios. Cfr www.planttreaty.org

tipo derivados de la comercialización (artículo 13). En este sentido, cuando el producto incorpore material al que ha tenido acceso al amparo del Sistema Multilateral deberá pagar una parte “equitativa” de los beneficios al Fondo creado, excepto en los casos en los cuales el producto esté a disposición de otras personas sin restricciones, para investigación y mejoramiento ulteriores, en cuyo caso deberá alentarse al receptor a que efectúe dicho pago (de manera voluntaria).

La cuantía, forma y modalidad de pago de acuerdo con la práctica comercial han sido definidas por el Órgano Rector del Tratado (según lo establece el artículo 13) y se encuentran establecidas en el ANTM (Anexos 1 y 2 según el usuario decida acogerse a uno de los dos esquemas de pago previstos).

Los beneficios derivados de la utilización de RFAA comprendidos en el SML debe ir fundamentalmente, de manera directa o indirecta, a los agricultores de todos los países, especialmente los países en desarrollo y los países con economías en transición, que conservan y utilizan de manera sostenible los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (artículo 13.3).

El artículo 12.3.d establece que los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole, que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura o sus partes o componentes genéticos en la forma recibida del sistema multilateral (art. 12.3.d). Esta disposición se repite en el texto del ANTM .

La Comisión de Recursos Genéticos, actuando como Órgano Interino del TI, avanzó en la redacción del Acuerdo Normalizado de Transferencia de Materiales, por medio de un Grupo de Contacto establecido para tal efecto. Dicho Acuerdo contiene los términos estándares, que regirán la transferencia de recursos genéticos que se realicen mediante el Sistema Multilateral de Acceso y fue finalmente aprobado en la primera reunión del Órgano Gubernativo realizada en Madrid, en el 2006¹². No es el propósito explicar los términos y condiciones del acuerdo¹³, sin embargo, resulta importante enfatizar que las transferencias se rigen

¹² Sobre el ANTM véase Lim Eng Sung, *El proceso de elaboración del acuerdo normalizado de transferencia de material*, en Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.

¹³ Cfr Lim Eng Sung, *op cit* y Manzella, Daniele, *The design and mechanics of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing*, en Halewood et al, *op cit*, 2013

por los términos estipulados en el texto del ANTM, las cuales no es posible negociar ni modificar. Entre los aspectos regulados en el ANTM se encuentran disposiciones sobre: las partes del acuerdo; definiciones; objeto; disposiciones generales; derechos y obligaciones del proveedor; derechos y obligaciones del receptor; ley aplicable; solución de controversias (incluyendo el derecho de la Tercera Parte Beneficiaria, la FAO, de iniciar cualquier procedimiento); cuestiones adicionales; firma y aceptación y Anexos (lista de materiales transferidos; tasas y modalidades de pago).

Con el propósito de mejorar la implementación del Sistema Multilateral de Acceso, el Organismo Rector del TI (equivalente a la conferencia de las Partes del CBD) estableció un Grupo o Comité ad hoc de Asesoría Técnica sobre el SML y el AETM (CAT) que ha brindado importantes opiniones y conclusiones sobre el funcionamiento del sistema. Algunas son de particular interés entre ellas:

Cuadro 1. Principales aspectos abordados y respondidos por el CAT de interés para la implementación del PN.

- Creación de espacio legal para implementar el TI en el contexto de ABS incluyendo una recomendación de la cláusula (excepción) a ser redactada en las normas de ABS. La redacción concreta indica que “De conformidad con las obligaciones establecidas por el TI, el acceso y la transferencia de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura cubiertos por el Tratado y la distribución de beneficios derivados de su utilización, debería estar únicamente sujeta a las condiciones del Tratado, según sea aplicable”.
- Identificación de los RFAA bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el Dominio Público
- Implicaciones prácticas de personas físicas o jurídicas que incluyen materiales en el SML
- El caso de recursos genéticos in situ incluidos en el SML
- Usos de RFAA para fines que no sean de alimentación y agricultura

Debe indicarse que estas interpretaciones son jurídicamente no vinculantes. No obstante, pueden servir de insumo para la toma de decisiones por parte de las autoridades nacionales.

A la fecha aunque no se han generado beneficios comerciales del funcionamiento del SML si se han realizado contribuciones voluntarias de ciertos países (Noruega, España y otros) que han ingresado al Fondo de Distribución de Beneficios creado al amparo del TI. De esta forma se han financiado dos rondas o ciclos de proyectos- con beneficiarios de países en desarrollo- para la conservación y el uso sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura seleccionados sobre una base competitiva. La Estrategia de Financiamiento del Fondo pretende- en un horizonte temporal de cinco años- recaudar 116 millones de dólares¹⁴.

En general, el componente de ABS del TI se refiere al Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios y comprendería lo siguiente:

- Los recursos genéticos del Anexo I (en condiciones ex situ e in situ- tema que se abordará posteriormente) bajo la **administración y el control** de las Partes Contratantes y en **dominio público**¹⁵. Este primer elemento requiere de algunas precisiones de importancia. Primero es claro que no todos los recursos genéticos de cultivos y forrajes del Anexo I se encuentran en el Sistema Multilateral. Este cubre únicamente a los recursos genéticos que estén en poder de las Partes Contratantes (bajo su administración y control), es decir se trataría fundamentalmente de los bancos de germoplasma de entidades adscritas al gobierno, tales como instituciones públicas de investigación o ministerios de agricultura y similares. Ello excluye, por ejemplo, colecciones privadas, recursos en bancos comunitarios, colecciones de entidades que no sean

¹⁴ www.planttreaty.com. La próxima ronda se abriría a finales del 2013.

¹⁵ Sobre estos conceptos se recomienda el estudio de Correa, Carlos, *Recursos Fitogenéticos bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el Dominio Público. Cuán rica es la canasta del Sistema Multilateral de Acceso del Tratado Internacional*; Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.

estrictamente consideradas bajo el control del gobierno, tales como municipalidades, eventualmente Universidades Públicas (según su régimen constitucional y legal) y otros. Puntualmente podrían surgir algunas dudas relacionadas con el caso de entidades paraestatales, entes públicos no estatales o empresas públicas lo cual solo puede dilucidarse según cada caso concreto de acuerdo a la legislación y jurisprudencia nacionales¹⁶. Esta determinación es actualmente objeto de análisis en diversos países y resulta crítica para entender los recursos comprendidos en el Sistema¹⁷. Debe enfatizarse que estos recursos se hayan automáticamente incluidos en el SML sin que las Partes tengan discreción (una vez determinado el cumplimiento de los anteriores requisitos) para seleccionar cuáles materiales se transferirán siguiendo las reglas del SML y mediante el ANTM. Sin embargo, para mejorar la aplicación práctica de del mismo el OR ha solicitado a las Partes que notifiquen cuáles de sus colecciones (y las respectivas accesiones) se encuentran en dichas circunstancias. A la fecha se han recibido aproximadamente 35 notificaciones de países, tratándose en todos los casos de recursos genéticos en condiciones ex situ^{18 19}.

El CAT²⁰ respecto al concepto de bajo la administración y control ha indicado que se trata del poder de disposición de los materiales más

¹⁶ El Proyecto de Bioersity Internacional denominado “ Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para implementar el TT” financiado por Holanda, pretende, entre otros aspectos realizar esta determinación inicial de los recursos cubiertos por el SML. Este Proyecto incluye 8 países y tuvo como antecedente una iniciativa similar que incluyo Kenya, Perú, Marruecos y Filipinas cfr López Noriega, op cit, 2012.

¹⁷ Cfr por ejemplo el estudio de Halewood, Michael et al (eds) *A road map for implementing the Multilateral System of Access and Benefit-Sharing in India*, Biodiversity International, India, 2013.

¹⁸ Para ver la lista véase www.planttreaty.org

¹⁹ Existen quienes argumentan que la interpretación de dominio público podría igualmente referirse al concepto de propiedad estatal sobre los recursos más que al hecho de que se encuentren libres de propiedad intelectual.

²⁰ Cfr el Reporte de la Primera Reunión del GAE IT/AC-SMTA-MLS 1/10/Report de enero del 2010.

que la propiedad de los mismos. Se ha indicado que la administración se refiere a la capacidad de la parte de determinar como el material se maneja y el control a la potestad jurídica de disponer de ella. Por ejemplo, no estaría el control de una Parte materiales que estuvieren en un Banco de Germoplasma estatal por contratos de investigación que no permitan su transferencia o si fue depositado por un tercero para su conservación únicamente (Black Box). Tampoco lo estarían cubiertos los materiales que se encuentren en manos de terceras partes, por diferentes motivos, aunque la propiedad de estos sea de una entidad estatal.

Finalmente, aunque el término dominio público puede tener diversas acepciones en derecho, una tesis mayoritaria indica que se trataría de recursos genéticos que no estén sujetos a propiedad intelectual y por ende pueden ser transferidos libremente²¹. Aceptándose la conclusión respecto al alcance de dominio público se trataría de aquellos recursos que no tienen derechos de propiedad intelectual por no haberse solicitado nunca; haber renunciado a los mismos; o por la anulación, cancelación o extinción del derecho.

Estas tres características deben concurrir simultáneamente para ser considerados bajo el SML.

- Los recursos deben ser utilizados para la alimentación y la agricultura y no para otros propósitos diferentes. En este sentido usos farmacéuticos, industriales, químicos, etc no estarían comprendidos dentro del SML y en principio su acceso y uso estarían regidos por la legislación nacional en esta materia- si existiere- diseñada de conformidad con las reglas y principios del CBD/PN. En el caso costarricense debe aplicarse entonces la LB y las normas de acceso correspondientes como se explicará posteriormente.
- Debido a que por las cualificaciones anteriores se reduce sustancialmente la “canasta o pool” de recursos del SML, el TI prevé que terceros (personas físicas y jurídicas) pueden voluntariamente incluir recursos genéticos del Anexo I y establece que las Partes deben alentar o proveer incentivos- sin precisar cuáles-²² para

²¹ Cfr Correa, *op cit*.

²² Cfr ejemplos de incentivos en Halewood, *op cit (a)*, 2013 y en el Borrador de Manual para la Implementación del SML citado anteriormente.

tal efecto (artículo 11.3). En el caso de inclusiones voluntarias se reportan en el web del TI cinco de estas (febrero del 2013), entre ellos el Parque de la Papa del Cuzco (específicamente tratándose de recursos in situ) y un Centro de Investigación de la Universidad de Costa Rica (debido a que recibió apoyo financiero del Fondo de Distribución de Beneficios y uno de los requisitos contractuales radica en poner a disposición del SML los materiales del Anexo I). La forma como la inclusión se realiza no está completamente determinada. En principio bastaría la notificación al Secretariado del TI o una declaración similar (existe un modelo disponible en línea en la página del mismo para realizar dicha notificación) indicando tal decisión. En este supuesto, sería legalmente viable considerar que estos terceros podrían firmar directamente los ANTM. Alternativamente se ha sugerido que podrían depositar sus recursos en colecciones (nacionales o de centros internacionales) que estén previamente incluidos en el SML.²³

- El TI también menciona la posibilidad de que las Partes Contratantes puedan invitar a otros terceros para que incluyan los RFAA del Anexo I en el SML. Si bien el alcance de esta disposición (artículo 11.2) no es del todo clara parece se refiere a centros o terceros de Partes no Contratantes cuyos recursos se consideran de importancia para ser integrados en el SML (sujeto a que la legislación nacional del país lo permita y en ese caso a la decisión del tercero de responder positivamente a tal invitación).²⁴
- Específicamente el artículo 11.5 establece que el SML también comprende los recursos enumerados del Anexo I mantenidos en las colecciones ex situ de los Centros Internacionales de Investigación Agrícola (CIAA) y otras instituciones o centros de investigación, según lo dispone el artículo 15.5. En el 2006 11 centros de CGIAR firmaron acuerdos con el OR poniendo las colecciones de RFAA bajo el SML.²⁵ No obstante, en el caso de los CIAA y de otros Centros

²³ Cfr Halewood et al, *op cit*,(a)2013 y el Reporte del CAT IT/AC-SMTA.MLS 2/10 Report.

²⁴ See Correa Carlos, *op cit*

²⁵ El CATIE también firmó un acuerdo con el Órgano Gubernativo en esa misma fecha.

Internacionales estos se encuentran también referidos en el artículo 15 (Bajo el Título de “ Componentes de Apoyo” del TI) donde se establece que los RFAA distintos a los enumerados en el Anexo I, recolectados antes de la entrada en vigor del TI, se pondrán a disposición de conformidad con las disposiciones del ANTM utilizado actualmente en cumplimiento del Acuerdo entre los CIAA y la FAO. El OR modificará este Acuerdo de Transferencia de Materiales a más tardar en su segunda reunión, en consulta con los CIAA y de conformidad con ciertas condiciones establecidas en el artículo 15 b. No obstante, en la Segunda Reunión del OR se determinó que para estos casos se utilizara el mismo ANTM que regula las transferencias de materiales del Anexo I. Si bien es cierto en sentido estricto ello no implicaría su inclusión bajo el SML, en la práctica, la principal consecuencia radica en sujetar estas transferencias exactamente a las mismas reglas que para los recursos del Anexo 1.²⁶ Tal es el caso de muchos materiales No Anexo I de los CIAA y de otros Centros como el CATIE. El punto es importante pues en ciertos casos (por ejemplo Perú), las exclusiones del ámbito de la legislación de acceso se refieren únicamente a las especies alimenticias y forrajes del Anexo I (artículo 5 del reglamento peruano de ABS del 2009). El transitorio quinto del reglamento citado indica expresamente que los recursos originarios del Perú que se encuentren en centros ex situ y no incluidos en el Anexo quedarán sujetos a las disposiciones del reglamento.²⁷ Esto puede crear alguna incertidumbre respecto al alcance de la exclusión de las reglas de acceso y los cultivos no Anexo I especialmente en los casos de países con CIAA u otros centros que han firmado acuerdos con el OR bajo el artículo 15.5 (tal es el caso de Costa Rica y Perú. Colombia tiene la

²⁶ El OR sin embargo, en su Cuarta Reunión acordó que en el caso de transferencias de materiales No Anexo I, la Tercera Parte Beneficia establecida en el ANTM no debería ejercitar las atribuciones y mecanismos en casos de posibles incumplimientos, debilitando el sistema establecido de seguimiento, monitoreo y posterior inicio de acciones legales en casos de violación a los términos del ANTM.

²⁷ Cfr Lapeña, Isabel et al, *Incentivos y desincentivos para la participación del Perú en el Sistema Multilateral del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*; (Bioersity, Rome, 2010). En sentido similar, el Reglamento Nacional de ABS del Ecuador del 2011, artículo 2.3.

sede del Centro Internacional de Agricultura Tropical o CIAT pero no ha ratificado el TI).

- El caso de recursos genéticos in situ. El punto acá es mucho más complejo por varias razones. Primero, no es claro el alcance del artículo 12.3. h aunque el mismo ha sido objeto de opiniones por parte del CAT (en general se ha sugerido que los recursos genéticos in situ que se encuentren bajo la administración y control de las Partes y en dominio público quedarían igualmente comprendidos en el SML y que no es requisito contar con legislación específica sobre acceso a recursos en condiciones in situ, dado que esta hipótesis puede ser cubierta por la normativa nacional sobre recolecta de recursos biológicos para investigación u otra similar). En todo caso, la referencia a la legislación nacional o en su ausencia a los estándares que establezca el OR (los cuales no han sido dictados) no resulta del todo precisa. En principio, la misma debería ser compatible con el esquema del SML (por ello el inciso inicia con la frase “ sin perjuicio”) pero es factible que tales disposiciones no sean sencillas de aplicar jurídicamente dado que se trataría de un acceso a recursos genéticos, usualmente excluido de las normativa que gobierna la recolecta de recursos biológicos. En algunos países se ha sugerido que los recursos genéticos in situ de especies del Anexo I, por ejemplo, de un parque nacional, no estarían cubiertos por el SML, tal es el caso de Brasil²⁸. Una segunda interpretación es que estos recursos del Anexo I (y parientes silvestres) en el tanto se encuentren bajo el control y administración de las Partes (típicamente el caso de terrenos del Estado o áreas protegidas públicas) están automáticamente en el SML.²⁹ Se excluirían claro los casos en que se trate de tierras en manos de privados o comunidades, etc. Adicionalmente a la clarificación del punto es importante, si la decisión es positiva, considerar la necesaria coordinación con las autoridades ambientales usualmente a cargo de las áreas protegidas en tanto terrenos estatales para facilitar la implementación del TI. De lo contrario el “miedo a lo desconocido” (y las consiguientes

²⁸ Véase Santilli, Juliana, comunicación personal y Santilli, Juliana, *Agrobiodiversity and the Law: regulating genetic resources, food security and cultural diversity*; Earthscan, USA y Canadá; 2012.

²⁹ Halewood et al op cit. (a) 2013

responsabilidades legales) podría dificultar las actuaciones de los funcionarios encargados de otorgar los permisos de recolecta en estos sitios.³⁰ Finalmente, en principio, una vez que se hayan cumplido los requisitos para la recolecta previstos en la legislación nacional, la entidad competente debería firmar el respectivo ANTM.³¹

- Únicamente quedaría a discreción de la Parte- una vez determinado que se trata de recursos genéticos del Anexo I y bajo su control y la administración y en dominio público o bien en los otros supuestos antes explicados de materiales incluidos en el SML- considerar lo siguiente:
- Si existiere material disponible en las cantidades solicitadas. En principio una solicitud de grandes cantidades o la cual no es posible satisfacer podría ser válidamente rechazada.
- El costo que pueda cobrarse por la transferencia, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 12.3.b (esta tarifa no debe superar los costos mínimos correspondientes).
- Si la solicitud proviene de un país que no es parte contratante del TI. Las autoridades no están obligadas a brindar acceso a solicitantes de países que no sean Partes Contratantes, pero tampoco están impedidos para otorgarlo, sujeto a lo que pueda disponer la normativa nacional correspondiente.
- Qué tipo de información no confidencial puede acompañar a la entrega del material, tales como datos de pasaporte y otros no confidenciales de interés.
- Finalmente, el CAT³² ha además indicado que un proveedor no está obligado a determinar la veracidad del posible uso para alimentación y agricultura, pero si existe conocimiento de que el acceso no será para fines de alimentación y agricultura, esta podría constituir una causa justificada para no firmar el ANTM.

³⁰ See Halewood at al *op cit (a)*. 2013

³¹ Halewood et al, **ibid**.

³² Véase el Reporte IT/AC-SMTA-MLS 4/12.

2. La ratificación del Tratado: el proceso de discusión y aprobación legislativa

Costa Rica firmó el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación el 10 de Junio de 2002. Con posterioridad a la firma del Tratado, y ya en el año 2003, las autoridades del Ministerio de Agricultura, entidad que ha sido la principal promotora de la firma y ratificación del mismo y cuyos funcionarios participaron en la negociación de éste, inició los trámites correspondientes para introducir el Tratado en la agenda (orden del día) de la Asamblea Legislativa de cara a su posible ratificación. El Ministerio de Agricultura constituyó una comisión, para que se pronunciara sobre las razones técnicas que justifican la incorporación de Costa Rica a este Tratado, la cual se conformó por funcionarios de la Dirección de Protección Fitosanitaria del Estado del Ministerio de Agricultura, de la Oficina Nacional de Semillas (ONS) y el presidente de la Comisión Nacional de Recursos Filogenéticos (CONAREFI)³³. Esta comisión realizó una consulta pública mediante un taller sobre la materia, que se realizó el 25 de marzo de 2003 en el Auditorio de la Facultad de Agronomía. Dicha Comisión señaló los siguientes elementos técnicos, entre otros, que fundamentan la incorporación a este Tratado:³⁴

- a. El Tratado establece que los países y agricultores tienen derecho a ser retribuidos en su justa medida por la contribución de sus recursos genéticos nativos de acuerdo con la legislación interna, de manera semejante a como sucede con otros recursos naturales.
- b. El Tratado reconoce los derechos ancestrales de los agricultores al uso, intercambio y venta de la semilla de sus fincas.
- c. El Tratado no permite patentar germoplasma de los cultivos en su condición natural, lo cual evita la biopiratería.
- d. El Tratado salvaguarda la investigación agrícola pública y privada, y el control de los agricultores sobre sus recursos genéticos.

³³ Creado por Decreto 18861-MAG de 9 de diciembre de 1988, adscrita a la Oficina Nacional de Semillas.

³⁴ Informe de la Comisión, citado en el Dictamen sobre el Tratado de la Comisión de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa, expediente No. 15361, 2003.

- e. El Tratado solo permite proteger como propiedad intelectual el germoplasma que haya sido realmente modificado.
- f. La agricultura de nuestro país depende fundamentalmente de cultivos mayores de origen foráneo (café, banano, caña de azúcar, palma aceitera, naranja, forrajes, etc.) y requiere de una introducción sostenida de nuevo germoplasma para mejorar su productividad.
- g. Nuestros recursos fitogenéticos propios (aguacate, papaya, guayaba, cas, zapote, pejíbaye, raicilla, forestales, etc.), no son nuestros en forma exclusiva, sino que se encuentran distribuidos también en países vecinos. Si deseamos desarrollarlos en cultivos eficientes requerimos introducir germoplasma adicional proveniente de esos países.
- h. Sin lugar a duda sería de gran interés para el país aprovechar una serie considerable de recursos genéticos que existen en los países tropicales en general (especialmente el Sudeste Asiático) para lograr, en un plazo razonable, nuevas opciones comerciales ya que la diversificación de cultivos es una de las mejores oportunidades que tiene la agricultura del país para aprovechar el panorama que se abre en el mercado internacional con los tratados de libre comercio.
- i. A Costa Rica le conviene tener fácil acceso a nuevos cultivos y por lo tanto le beneficia que el intercambio de recursos fitogenéticos sea tan expedito como sea posible.
- j. Existe una serie de cultivos de amplia distribución mundial (arroz, frijol, maíz, papa, trigo, etc.) cuyo germoplasma es, por decirlo así, de dominio universal. De manera que llegar a ser parte de este Tratado consolida jurídicamente esta situación de acceso facilitado a estos cultivos y la ampliación de dicha lista en el futuro, en la medida que las naciones lo consideren conveniente.

En conclusión, el presente Tratado es fundamental para el desarrollo de la agricultura y para garantizar la seguridad alimentaria mundial a las generaciones presentes y futuras, siendo conveniente a los intereses de Costa Rica que la Asamblea Legislativa apruebe este Tratado”

El Voto de la Sala Constitucional dispuso que:

“ IV- En cuanto al fondo del Proyecto consultado, tampoco se observa disconformidad con la Constitución; se trata de un instrumento internacional que desarrolla importantes contenidos de derechos fundamentales relativos a la libertad de comercio, agricultura e industria y al de propiedad intelectual reconocidos en los artículos 46 y 47 de la Constitución Política; reconoce los derechos de los agricultores a la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y agricultura, a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de esos recursos y, además, a participar en la adopción de decisiones, a nivel nacional, sobre asuntos relativos a la conservación y utilización sostenible de esos recursos, para la conservación, uso, intercambio y venta de materiales de siembra o propagación conservados en las fincas, con arreglo a la legislación nacional. (...) Se evacua la consulta en el sentido de que, respecto del proyecto de Aprobación del Tratado Internacional sobre los Recursos filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura ”, que se tramita en el expediente legislativo número 15.361, no se advierten vicios de inconstitucionalidad en el procedimiento ni en cuanto al fondo.”

Luego de la consulta de constitucionalidad, el proyecto se aprobó en segundo debate por unanimidad a través de la Ley 8539, y se publicó en La Gaceta del 26 de agosto del 2006, adquiriendo el estatus de Tratado Internacional ratificado y por ende valor superior a las leyes ordinarias, de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución Política.

III. EN PARTICULAR EL MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL PARA IMPLEMENTAR EL SISTEMA MULTILATERAL DE ACCESO: PERSPECTIVAS Y RETOS.

Este acápite de la investigación busca contestar las interrogantes formuladas en la introducción con respecto al Sistema Multilateral de Acceso.

a) Espacio legal para implementar el TI.

Una primera inquietud se refiere a la determinación de la existencia de “espacio legal” para poder llevar a la práctica el SML del TI. Al respecto debe indicarse que en el caso costarricense de conformidad con la legislación nacional y la jurisprudencia de la Sala Constitucional

los Tratados Internacionales son directamente aplicables³⁵, incluyendo los ambientales, razón por la cual no se requiere de legislación interna que los regule para que deban ser adecuadamente implementados. Adicionalmente, el sistema constitucional establece que estos instrumentos tienen valor superior a la Ley ordinaria una vez ratificados (artículo 7 de la Carta Fundamental). En este orden de ideas, el TI deviene directamente aplicable sin necesidad de emitir legislación secundaria, tal y como se ha realizado en países como Brasil. No obstante, es oportuno aclarar algunos aspectos de procedimiento que faciliten la aplicación del sistema y brinden seguridad jurídica a los diferentes operadores jurídicos y usuarios del mismo.

Igualmente, en apego a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, estándar universal aceptado por los órganos de solución de controversias internacionales aún en el supuesto de países que no la han ratificado, en caso de conflicto o contradicción flagrante entre dos instrumentos internacionales, prevalece aquél cuya vigencia sea posterior, bajo el principio de que la ley posterior deroga a la anterior en aquello que se le oponga (art. 30 de la Convención). Esta contradicción normativa potencial es, sin embargo, poco usual en el derecho internacional, debido a que se tiende a interpretar los tratados de manera complementaria. Por tanto, de conformidad con el derecho internacional un Estado se encuentra obligado a cumplir con todos los tratados de los cuales sea parte, en el tanto las disposiciones de estos no sean contradictorias (principio de acumulación de las obligaciones internacionales). En general las siguientes conclusiones se basan en el principio de integración contenido en la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo (Principio 4).

Tomando en consideración lo anterior es posible afirmar que el TI es directamente aplicable, sin requerir ninguna modificación expresa a la LB en atención a su carácter especial, posterior y su rango superior a la legislación ordinaria.

³⁵ Véase los Votos No.719-90 y 6240-93 según los cuales los instrumentos internacionales son de acatamiento obligatorio y gozan de plena ejecutoriedad en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo y por ende deben ser respetadas, en tanto el rango normativo de éstos es superior.

b) Recursos fitogenéticos automáticamente incluidos.

De conformidad con lo anteriormente explicado, las colecciones incluidas son aquellas bajo el control y la administración de la Parte Contratante y en dominio público. Aunque estas colecciones están automáticamente incluidas, para poder hacer funcional el SML se requiere que los países, después del respectivo ejercicio de análisis jurídico, procedan a notificar cuáles de sus recursos fitogenéticos se encuentran incorporados en el SML. Esta definición lo será únicamente para efectos de constatar tal circunstancia legal y para comunicarla a terceros, que de esta manera podrán conocer los recursos integrados al Sistema por cada uno de los Estados.

- **RFAA del INTA.**

El Instituto Nacional de Innovación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria (INTA).

La Ley No 8149 del 2001 crea el Instituto Nacional de Innovación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria (INTA), **como un órgano de desconcentración máxima especializado en investigación adscrito al Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG). Se le otorga personalidad jurídica instrumental, únicamente para que cumpla su objetivo y administre su patrimonio (art 1).** Su objetivo será contribuir al mejoramiento de la sostenibilidad del sector agropecuario, por medio de la generación, innovación, validación, investigación y difusión de tecnología, en beneficio de la sociedad costarricense (art 2). El INTA puede vender servicios de investigación agropecuaria siempre y cuando no menoscabe la atención de las demandas de investigaciones de interés social. **El Instituto deberá inscribir en el registro de propiedad industrial o en el registro de obtenciones vegetales, si existe, toda nueva opción tecnológica que resulte de su iniciativa o investigaciones** (art 19). En el cumplimiento de sus funciones deberá ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos No 7779 del 30 de abril de 1999(art 20). La Ley se reglamenta por medio del decreto No. 31857 del 24 de julio del 2004.

El manejo de las colecciones de recursos genéticos agrícolas (artículo 49 del reglamento) y la investigación en este campo son desarrolladas por la citada entidad, quien juega un papel de primer orden en materia de innovación agropecuaria, incluyendo aquella relevante para los RFAA.

Como ente responsable del manejo de las colecciones adscrito al MAG³⁶ con personería jurídica instrumental, este constituye el caso típico de RFAA incluidos en el SML, debido a su control por parte del Estado (Poder Ejecutivo). Lo anterior siempre y cuando se trate de accesiones que efectivamente sean administradas y se encuentran bajo control del INTA (y se encuentren en el dominio público).

En caso de aceptarse esta conclusión, correspondería al INTA comunicarla al Punto Focal Nacional para que este proceda con la respectiva notificación al Secretariado del TI siguiendo el formato contemplado en la página web del mismo. No resulta necesario presentar un listado completo de las accesiones disponibles o de la información relacionada, pero al menos debe reportarse la lista de especies del Anexo I y el número de accesiones y posteriormente incluir cualquier dato adicional de naturaleza no confidencial o eventualmente la referencia a la página web donde se pueda localizar información de las mismas.

No estarían comprendidas las colecciones cuya administración corresponda a otras entidades, como la Universidad de Costa Rica, sin perjuicio de revisar lo que dispongan los respectivos convenios de cooperación establecidos para tal efecto entre ambas instituciones.

- **Universidades Públicas**

En el caso de las Universidades Públicas se trata de las siguientes:

- Universidad de Costa Rica, Ley No. 362 de 1940 y sus reformas
- Instituto Tecnológico Nacional, Ley No. 4777 de 1971 y sus reformas
- Universidad Nacional Ley No 5182 de 1973 y sus reformas
- Universidad Estatal a Distancia Ley No. 6044 de 1978
- Universidad Técnica Nacional, Ley No, 8638 del 2008

En el caso de las Universidades Públicas el análisis se realiza desde la perspectiva constitucional sin entrar en el detalle de la legislación de

³⁶ Que sin duda forma parte del Poder Ejecutivo. Ver además Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo decreto No 34852-MP-PLAN, LGAP y decreto No. 37298-MAG relacionado con las potestades del rector del sector (Ministro) sobre los integrantes del mismo.

creación o los estatutos orgánicos de cada una de ellas, debido a que resulta suficiente la revisión de la norma constitucional y la respectiva jurisprudencia que ha sido desarrollada alrededor de la misma.

El artículo 84 de la Constitución Política dispone que la Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones así como para darse su organización y gobiernos propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica (artículo 84). Igualmente, establece que la libertad de cátedra es principio fundamental de la enseñanza universitaria (artículo 87).

Para el caso costarricense las universidades públicas gozan de un autonomía constitucional máxima, inclusive mayor que otros entes descentralizados, en razón de los cometidos y fines para los cuales han sido creadas las casas de estudios.

La jurisprudencia constitucional ha respaldado esta afirmación en reiteradas ocasiones al indicar:

“Esa autonomía es especial, completa y por eso distinta de la del resto de los entes descentralizados en nuestro ordenamiento jurídico. Las Universidades están fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía, que cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin que legalmente se les ha encomendado. Las Universidades pueden autodeterminarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructura su propio gobierno. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden autoestructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito....”
(Voto 1313-93).

El Voto 8867-02 dispone en sentido similar lo siguiente “ *Las universidades públicas costarricenses gozan de un estatus autonómico privilegiado en el sector público descentralizado, toda vez que dicha independencia se extiende a los ámbitos administrativos, político, financiero y organizativo. En realidad*

el artículo 84 constitucional crea una reserva normativa a favor de las universidades en el sentido de que su poder reglamentario es el único competente para normar la organización del servicio universitario, disposiciones que integran de esta manera un subsistema jurídico particular. Lo anterior no cabe interpretarse en el sentido de que la universidad se encuentra desvinculada del ordenamiento estatal”.

En sentido similar pueden consultarse los votos No. 418-91, 336-92, 4823-93; 200-94, 3655-97 entre muchas otros.

Por ende, las colecciones de las Universidades no pueden ser consideradas bajo la administración y el control del Estado y por ende su inclusión en el SML solo puede ser voluntaria³⁷.

Los entes municipales gozarían de una situación similar (ver artículos 168 y 169 de la Constitución Política).

- **Corporación Arrocería Nacional**

Una tercera gran categoría de entidades lo constituyen los entes públicos no estatales y las empresas públicas, como se explica a continuación.

Sobre la Corporación Arrocería Nacional, creada por la Ley No. 8285, indica el artículo 1 (Finalidad, Objetivo y Naturaleza): “ Esta Ley transforma la Oficina del Arroz en la Corporación Arrocería Nacional, cuyo objetivo principal es establecer un régimen de relaciones entre productores y agroindustriales de arroz, que garantice la participación racional y equitativa de ambos sectores en esta actividad económica y, además, fomente los niveles de competitividad y el desarrollo de la actividad arrocería. Dicha Corporación tendrá bajo su responsabilidad la protección y promoción de la actividad arrocería nacional, en forma integral: producción agrícola, proceso agroindustrial, comercio local, exportaciones e importaciones. *(La Sala Constitucional mediante*

³⁷ En el caso de la Universidad de Costa Rica accesiones de la colección de papa de uno de los centros de investigación han sido incluidas en el SML debido a un proyecto financiado por el Fondo de Distribución de Beneficios del Tratado que requiere que los resultados sean puestos en el Sistema, estableciéndose en este caso una obligación contractual.

resolución N° 16567 del 5 de noviembre de 2008, declaró inconstitucional por omisión este artículo, por excluir la representación de los consumidores dentro de la organización interna de la Corporación, en contravención a lo dispuesto en los artículos 9 y 46 de la Constitución Política.)

La Corporación Arrocera Nacional será un ente de derecho público no estatal con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo acrónimo será CONARROZ (artículo 2) y se declara de interés público lo relativo a la investigación, el mejoramiento genético, la transferencia tecnológica, la producción, el beneficiado y el mercadeo del arroz en Costa Rica (artículo 3).

Con respecto a los órganos para la toma de decisiones se indica en el artículo 5 que serán los siguientes:

- a) Asamblea General o Asamblea: órgano máximo de decisión, compuesto por delegados de los productores, los agroindustriales y los ministros de Agricultura y Ganadería, y de Economía, Industria y Comercio, o los respectivos viceministros.
- b) Junta Directiva: órgano ejecutivo de las decisiones de la Asamblea General, compuesto por delegados de los productores, los agroindustriales y los ministros de Agricultura y Ganadería, y el de Economía, Industria y Comercio, o los respectivos viceministros. *(La Sala Constitucional mediante resolución N° 16567 del 5 de noviembre de 2008, declaró inconstitucional por omisión el inciso anterior; "...pues conforme a los artículos 9 y 46 de la Constitución Política debe dársele una representación razonable y proporcional al consumidor".)*

La Asamblea General será el órgano superior de Dirección de la Corporación. Estará compuesta por delegados, de la siguiente manera (artículo 13):

- a) Trece representantes de los agroindustriales, designados por la Asamblea de Agroindustriales.
- b) Dieciséis representantes de los productores, designados por la Asamblea Nacional de Productores.
- c) Los ministros de Agricultura y Ganadería, y de Economía, Industria y Comercio, o sus respectivos viceministros.

Los dieciséis representantes de los productores y los trece representantes de los agroindustriales, serán escogidos por un período de dos años y podrán ser reelegidos. (La Sala Constitucional mediante resolución N° 16567 del 5 de noviembre de 2008, declaró inconstitucional por omisión este artículo, por excluir la representación de los consumidores dentro de la organización interna de la Corporación, en contravención a lo dispuesto en los artículos 9 y 46 de la Constitución Política.)

Se encuentra reglamentada por el decreto No. 32968-MAG del 18 de abril del 2006.

Respecto a este tipo de entes públicos no estatales (referido a la Corporación Hortícola pero aplicable a cualquier de ellos) ha indicado la Procuraduría General de la República que (Dictamen C-056-2008):

“ El artículo 1 de la ley N° 7628 dispone expresamente la creación de la Corporación Hortícola Nacional, como una corporación de interés público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

En razón de esa naturaleza jurídica otorgada por el legislador, consideramos importante recurrir al concepto de “corporación” (analizado ya por éste órgano asesor en ocasiones anteriores) el cual -según se ha definido- **refiere a una organización compuesta por personas que, como miembros de ella, la gobiernan.**

Las corporaciones entrañan esencialmente una estructura representativa de intereses sectoriales, integrada por ciudadanos de una u otra forma vinculados, que actúan como miembros. Son en definitiva, entes de base asociativa, integrados por miembros que se reúnen para la gestión y defensa de sus intereses y la promoción u ordenación común del sector al que pertenecen.

En nuestro medio, el jurista Eduardo Ortiz definió la “corporación” como *“un ente cuya dirección suprema está en una comunidad o asamblea general de personas, unidas por la pertenencia a una profesión común o por la participación de un interés común (aunque no sea profesional)”*.

Jinesta Lobo por su parte, al referirse a la corporación como forma de organización, señala:

“(...) En estos entes públicos menores la dirección suprema está confiada a una comunidad o asamblea general de personas vinculadas por un interés común que puede ser el ejercicio de una profesión, el desarrollo de una actividad industrial o comercial o de cualquier otra índole.

Estos entes menores se caracterizan por lo siguiente: a) tienen un origen privado, aunque hayan sido creados por una ley; b) tiene un carácter corporativo, al representar y conjugar los intereses de una o varias categorías afines; c) manejan fondos provenientes de aportes o contribuciones particulares, aunque los pueden tener también públicos, d) persiguen fines de grupos o de categorías no nacionales y e) **su gobierno está en una asamblea o comunidad que representa a los miembros del grupo o la categoría.**

Son entes públicos por cuanto ejercen una serie de potestades de imperio tales como normativas (dictado de reglamentos), de policía, disciplinarias (imposición de sanciones a los agremiados) y el control que ejerce sobre los mismos el ente público mayor (Estado) (...)

En relación con estos entes corporativos, y para una mejor comprensión del tema, el autor Jinesta Lobo realiza la siguiente clasificación:

“(...)En nuestro ordenamiento jurídico, podemos identificar claramente tres grandes tipos de entes descentralizados corporativamente que son los siguientes:

- a) **Corporaciones profesionales** que comprende a los 25 colegios profesionales creados por ley y existentes, gobernados por las Asambleas y financiados, en buena parte, por las cuotas ordinarias y extraordinarias de los agremiados.
- b) **Corporaciones productivas e industriales**, tales como LAICA — Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar—, la Junta del Tabaco, el ICAFE —Instituto Costarricense del Café—, la Oficina del Arroz, la Junta de la Cabuya, la Corporación Hortícola Nacional y la Corporación Ganadera. Todos estos entes tienen por fin armonizar los intereses entre productores e industriales del respectivo producto, **la mayoría es gobernado por una Asamblea donde tienen representación esos sectores — productivo e industrial— y se financian con las cuotas o fondos**

que deben aportar los miembros de cada uno de éstos.

- c) *Otras: existe un tercer grupo residual de entes descentralizados corporativamente que no se pueden reconducir a una categoría general y en el que podemos ubicar diversas corporaciones públicas que atienden distintos intereses de una categoría. Ejemplo de estos son el Banco Popular y de Desarrollo Comunal —BPDC—, la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas —CONAI—, el Consejo Nacional de Cooperativas —CONACOO—, el Instituto Costarricense Contra el Cáncer —ICCC—, la Academia Nacional de Ciencias y el Editorial Costa Rica (...)*” (El original no está subrayado)”

Por su parte, en relación con las organizaciones corporativas, éste órgano asesor en el dictamen N° C-328-82 del 30 de noviembre de 1982, explicó de forma general, lo siguiente:

“(...) Las Corporaciones constituyen entes públicos no estatales, integrados por grupos de personas con intereses comunes; su substrato es personal, lo que importa sobretudo porque es el grupo el que concurre a formar la voluntad interna del ente. A diferencia de las Asociaciones privadas, la pertenencia a la corporación depende de una cualidad objetiva y es de carácter compulsiva. En efecto, para ser miembro de una Corporación se requiere ser titular de un interés común que defiende la Corporación, o bien, poseer un oficio o profesión en un campo específico del quehacer humano.(...). (Ver en similar sentido el dictamen N° C-062-2002 del 26 de febrero del 2002)

En relación con el carácter público de esta figura jurídica, la Procuraduría ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse indicando que la “... razón por la cual los llamados «entes públicos no estatales» adquieren particular relevancia para el Derecho Público reside en que, técnicamente, ejercen función administrativa. En ese sentido, sus cometidos y organización son semejantes a los de los entes públicos. En otras palabras, el ente público no estatal tiene naturaleza pública en virtud de las competencias que le han sido confiadas por el ordenamiento. El ente, a pesar de que su origen puede ser privado, sus fondos privados y responder a fines de grupo o categoría, es considerado público porque es titular de potestades administrativas; sean éstas de policía disciplinarias, normativas, etc. En ejercicio de esas potestades, el ente público no estatal emite actos administrativos. Es, en

esa medida, que se considera Administración Pública (...)" (Dictamen N° C-127-1997 del 11 de julio de 1997). Ver en similar sentido la opinión jurídica N° OJ-015-96 de 17 de abril de 1996 y dictamen N° C-282-2000 del 13 de noviembre del 2000).

En síntesis en su calidad de ente público no estatal y debido a la conformación de su Asamblea (máximo órgano decisor), a juicio del autor, esta institución no puede considerarse bajo la administración y el control de las Partes Contratantes a efectos de su inclusión automática de las colecciones en el Tratado.

- **Corporación Hortícola Nacional**

Creada por Ley No. 7628 de 1996 la corporación es de interés público denominada Corporación Hortícola Nacional, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Estará domiciliada en la ciudad de Cartago y podrá abrir sucursales en cualquier lugar del país y fuera de él, según convenga a sus intereses (artículo 1). Su objetivo fundamental será establecer un régimen equitativo en las relaciones de producción, industrialización, mercadeo y asistencia técnica y financiera entre productores, semilleristas, comercializadores e industrializadores de productos hortícolas (artículo 2). En su actuación ordinaria, la Corporación se registrará por el derecho privado. En el tanto administre fondos de la hacienda pública, estará sujeta a las regulaciones de derecho público que rigen la materia (artículo 3)

Podrán ser miembros de la Corporación Hortícola Nacional, los productores hortícolas y sus asociaciones (artículo 6). La Asamblea General, que estará integrada por los miembros de la Corporación, **es la autoridad suprema de dirección y administración interna** (artículo 7).

Según el artículo 9 los órganos de la Corporación son los siguientes:

- a) La Asamblea General.
- b) La Junta Directiva.
- c) El Director Ejecutivo.
- d) La Auditoría Interna.

La Junta Directiva estará compuesta por siete miembros electos por la Asamblea, entre sus integrantes. La elección se verificará cada dos años (artículo 11). Corresponderá al Presidente de la Junta Directiva la representación judicial y extrajudicial de la Corporación, con facultades

de apoderado generalísimo sin limitación de suma (artículo 14).

Por argumentos similares a los esbozados anteriormente los RFAA del Anexo I del TI que posea esta entidad no se consideran dentro del SML de manera automática.

- **La Corporación Bananera Nacional (Corbana)**

Creada originalmente por Ley No. 4895 se establece la CORPORACION BANANERA NACIONAL SOCIEDAD ANONIMA (Así reformado por su transitorio VIII, adicionado por la ley N° 7147 de 30 de abril de 1990).

Se indica respecto a su creación duración y fines (artículo 1):

“Transfórmase la Asociación Bananera Nacional, Sociedad Anónima, en una corporación que conservará la figura de una sociedad de capital mixto con participación del Estado y del Sistema Bancario Nacional, y que en adelante se denominará Corporación Bananera Nacional, cuyas siglas serán CORBANA. La Corporación tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, estará domiciliada en la ciudad de San José y podrá establecer agencias y sucursales dentro y fuera del territorio nacional. (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 7147 de 30 de abril de 1990)”

La Corporación tendrá como objetivo fundamental el desarrollo bananero nacional, mediante el fortalecimiento de la participación de empresas costarricenses en la producción y, especialmente, en la comercialización del banano (artículo 2, así reformado por el artículo 1° de la ley N° 7147 de 30 de abril de 1990).

De conformidad con el artículo 3, la Corporación, cuyo cometido de desarrollo se ubica en el ámbito productivo y comercial, **se constituye como un ente público no estatal, con las características de una sociedad anónima.** Se registrará por las disposiciones de esta ley y, supletoriamente, por las contempladas sobre la materia en el Código de Comercio y en el Derecho Común. Las utilidades que pudiera generar la Corporación deberán reinvertirse en sus propios proyectos de desarrollo. El patrimonio y la administración financiera de la Corporación se registrarán exclusivamente por las disposiciones de esta ley, con la salvedad que ella contempla (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 7147 de 30 de abril de 1990).

El artículo 5 establece las regulaciones sobre el capital social y los

accionistas, indicando que el capital social será el que fije la escritura constitutiva, cuya confección e inscripción quedará a cargo del Banco Central, por medio de la Auditoría General de Bancos, no podrá ser inicialmente inferior a un millón de colones, susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios que la integran o por los de nuevos que se admitan. Dicho capital estará representado por tres series de acciones nominativas, con un valor nominal de mil colones (₡ 1000,00) cada una, como sigue:

- 1) La serie “A” especiales, que solo podrá ser suscrita por el Gobierno de la República, tendrá carácter inalienable y por ningún motivo podrá variar en su naturaleza o en los derechos que la presente Ley le confiere; esta serie de acciones representará, inicialmente, por lo menos el treinta y tres y un tercio por ciento, del capital social de la empresa. Será pagada en efectivo por el Estado. Estarán representadas en las asambleas por el ministro de Hacienda o por quien él designe, por escrito.
- 2) La serie “B” especiales, que deberá ser suscrita y pagada en efectivo por las instituciones de crédito nacionalizadas del Sistema Bancario Nacional en la proporción de un tercio del capital de la Corporación Bananera Nacional. La Sociedad queda facultada para readquirir estas acciones para mantenerlas en cartera o venderlas al sector privado, especialmente a las sociedades cooperativas bananeras.
- 3) La serie “C” comunes, que será suscrita por particulares y deberá pagarse en efectivo el veinticinco por ciento (25%) de cada acción y el setenta y cinco por ciento (75%) restante dentro del término de un año, sujeto a que cada persona física o jurídica no podrá controlar más de un cinco por ciento (5%) del total de las acciones en poder de la empresa privada. Cualquier traspaso de acciones por el cual un accionista llegue a tener más del porcentaje indicado, será absolutamente nulo. (Así reformado por el artículo 14° de la ley N° 8823 del 5 de mayo de 2010)

Respecto a la naturaleza jurídica de Corbana ha indicado la Procuraduría (Dictamen C-149-98):

“A) NATURALEZA JURIDICA DE LA CORPORACION BANANERA NACIONAL:

La Corporación Bananera Nacional (CORBANA), fue creada mediante Ley No. 4895 de 16 de noviembre de 1971, reformada y adicionada por Ley No. 7147 de 30 de abril de 1990, con el objeto fundamental de desarrollar el sector bananero nacional, mediante el fortalecimiento de la participación de empresas costarricenses en la producción y, especialmente, en la comercialización del banano (Artículo 2º).

Ahora bien, en lo que aquí interesa, la misma ley se encarga de definir expresamente la naturaleza jurídica de dicha Corporación, conceptualizándola como un “ente público no estatal”, constituido como sociedad anónima de capital mixto, con participación del Estado y el Sistema Bancario Nacional:

“Artículo 1.-

Transfórmase la Asociación Bananera Nacional, Sociedad Anónima, en una corporación que conservará la figura de una sociedad de capital mixto con participación del Estado y del Sistema Bancario Nacional, y que en adelante se denominará Corporación Bananera Nacional, cuyas siglas serán CORBANA. La Corporación tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, estará domiciliada en la ciudad de San José y podrá establecer agencias y sucursales dentro y fuera del territorio nacional” (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 7147 de 30 de abril de 1990. Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

“Artículo 3.-

La Corporación, cuyo cometido de desarrollo se ubica en el ámbito productivo y comercial, se constituye como un ente público no estatal, con las características de una sociedad anónima. Se registrará por las disposiciones de esta ley y, supletoriamente, por las contempladas sobre la materia en el Código de Comercio y en el Derecho Común.

Las utilidades que pudiera generar la Corporación deberán reinvertirse en sus propios proyectos de desarrollo.

El patrimonio y la administración financiera de la Corporación se regirán exclusivamente por las disposiciones de esta ley, con la salvedad que ella contempla” (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 7147 de 30 de abril de 1990. Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

De las normas transcritas se desprende expresamente la naturaleza jurídica de CORBANA como ente público no estatal, constituido como sociedad anónima. Refiriéndose precisamente al caso de CORBANA, este Despacho ha indicado:

“Por principio, un ente del sector público constituido como sociedad anónima es una empresa pública. Máxime si las actividades que despliega la entidad son de carácter empresarial. CORBANA, en virtud de la definición legal, podría ser analizada como una empresa pública organizada bajo las reglas del Derecho común. En efecto, si se parte del criterio material: actividad industrial y comercial de carácter colectivo y social, destinada al intercambio mercantil pero sometida a los (sic) limitaciones del mercado y del poder público (M, DURUPTY: Les entreprises publiques, PUF, 1986, p. 210), tendríamos que CORBANA realiza actividades de carácter financiero, similares a las que puede desempeñar una empresa financiera privada en el cuadro de sus actividades de esta naturaleza a cambio de una contraprestación pecuniaria, pero sujeta a limitaciones derivadas del servicio público. Y efectivamente, desde el punto de vista financiero y contable, CORBANA es considerada empresa pública. Situación que permitiría cuestionar su naturaleza jurídica; por ende, si constituye Administración Pública. Sin embargo, el análisis de otras atribuciones que le han sido legalmente confiadas (función de regulación pública del sector bananero), podría conducir a considerar que la entidad es un servicio administrativo, afirmación que estaría avalada por el examen de los principales medios de financiamiento con que cuenta la empresa: sea una contribución obligatoria que no puede sino ser de naturaleza tributaria. En ese sentido, cabría afirmar que la actividad de este ente es mixta, comprensiva de actuaciones administrativas y de actos de carácter comercial, cualidad que es normal en muchas empresas públicas.

Independientemente de lo antes expuesto, dadas algunas afirmaciones contenidas en los documentos remitidos, procede recordar que la organización de una entidad bajo las reglas del Derecho común, no determina que dicha entidad sea de naturaleza privada y que su organización interna se rija por el ordenamiento jurídico privado.

Existen criterios materiales que determinan el carácter público o privado de la persona jurídica y que prevalecen sobre el criterio orgánico. Así, para resolver si una empresa es pública debe determinarse

si el capital mayoritario es público o bien, si el poder público ejerce un control predominante sobre los actos y políticas de la sociedad, que le permita imponer sus decisiones.

Así como el fin público asignado por los poderes públicos a la empresa. Fin público que es el que determina la aplicación del Derecho Público en ciertos campos y la vigencia del Derecho común en las relaciones contractuales con los clientes. La sujeción al régimen de Derecho Privado no es elemento esencial para negar naturaleza pública a una empresa, máxime si esa sujeción es de carácter subsidiario, como es el caso de CORBANA. (...)

En consecuencia, aun cuando CORBANA sea organizada como sociedad anónima, constituye una empresa pública y como tal ente público.” (Procuraduría General de la República, Dictamen C-246-95, de 29 de noviembre de 1995. Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

Queda claro, entonces, que aun bajo la circunstancia de que CORBANA haya sido organizada bajo las reglas del derecho común, en razón de su creación legal, por los fines y atribuciones conferidas y, particularmente, por la participación del Estado en su economía y administración, la misma constituye una empresa pública y como tal integrante de dicho sector. En el mismo sentido se han pronunciado nuestros Tribunales de Justicia: “... mediante Ley Nº 6993 de 30 de julio de 1984, se agregó un nuevo párrafo al artículo 14 de la Ley de Pensiones de Hacienda, que señaló lo siguiente: «igualmente podrán acogerse a los beneficios de esta ley, los empleados y funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de la Dirección General de Servicio Civil y de la Imprenta Nacional». Como en autos ha quedado evidenciado que el actor laboró para el Ministerio de Agricultura, por tres años y un mes, el gestionante estuvo protegido por lo dispuesto por esta ley, que incluía a estos servidores dentro del Régimen de Hacienda y si logra completar los restantes siete años de servicio con el tiempo prestado para Asbana y Corbana, consideran los suscritos, que el actor sí se hace merecedor al beneficio que solicita, puesto que ambas sociedades deben ser consideradas dentro del Sector Público, en razón del origen legal de su creación, porque están sujetas a la fiscalización del ente Contralor y porque tanto en su economía como en su administración participa el Estado. Lo anterior, debe resolverse de esa forma, toda vez, que mediante ley número 4895 del dieciséis de

noviembre de mil novecientos setenta y uno, denominada Sociedad Anónima, Ley de la Asociación Bananera Nacional, en su artículo 1 se dispone la creación del ente con participación del Estado y del Sistema Bancario Nacional en una tercera parte y en lo restante, de los particulares, por lo que consideran los suscritos, que ...” (Tribunal Superior de Trabajo, Sección Segunda, No. 633 de las 11:50 hrs del 16 de junio de 1994. Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

De la misma forma la ha conceptualizado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

“I.- Esta Sala ha resuelto que el artículo 3º, inciso 2º, de la Ley General de la Administración Pública dispone, que la actividad de los entes constituidos como empresas industriales mercantiles comunes, se rige por el Derecho privado, pero tal circunstancia es ajena a la cuestión de competencia, porque en todo caso, debe siempre privar la jurisdicción contencioso administrativa para decidir los procesos en que exista interés directo del Estado (artículo 86, inciso 3º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Las sociedades nacionalizadas o que se formen con capital del Estado, conservan su carácter público, por más que la actividad de ellas esté sometida al Derecho privado, pues si bien, jurídicamente, el patrimonio pertenece a la empresa, no se puede ignorar que en el tanto éste se desmejore, se afecta el capital, representado por las acciones, y que, por consiguiente, en esa misma medida se perjudica el patrimonio del Estado. Cabe agregar ahora que, por esas mismas razones, el Estado tiene interés directo en el correcto funcionamiento de esas empresas (entre otras, resoluciones de esta Sala número 60 y 61 de las 15 horas y de las 15,30 horas del 6 de junio de 1980, y 98 de 14,30 horas del 30 de julio de 1985).

II.- De acuerdo a la certificación aportada en autos, el total de acciones que conforman el capital social de la empresa actora «Proyecto Agroindustrial de Sixaola S.A.» pertenece a la «Asociación Bananera Nacional» (CORBANA). La Ley de Creación de ASBANA, N° 4895 de 16 de noviembre de 1971, reformada y adicionada por ley N° 7147 de 30 de abril de 1990, en sus artículos 3 y 5, establece que dicha asociación es un ente público no estatal, con características de una

sociedad anónima, y que dos terceras partes de su capital social pertenece al Estado y a los bancos del Sistema Bancario Nacional.

- III.- (...) Conforme a lo expuesto, es evidente el interés directo que tiene el Estado, carácter que no le quita el hecho de que sea a través de la empresa «Proyecto Agroindustrial Sixaola S.A.», razón por la cual el conocimiento de este asunto corresponde al Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 114-92, de las 15 hrs del 19 de agosto de 1992. Lo resaltado en negrita y sublineado no es del original).

Vemos, pues, que tanto la jurisprudencia administrativa como la judicial, de modo coincidente y categórico han establecido que la Corporación Bananera Nacional constituye una empresa pública y como tal perteneciente a dicho sector. Por ello, a pesar de que como empresa mercantil su actividad se rige por el derecho privado (artículo 3º, inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública), su organización, salvo norma en contrario, se rige por el derecho público (artículo 3º inciso 1º de la citada Ley General) y, por ende, le resulta aplicable la normativa y principios jurídicos que rigen dicho sector.”

En el caso de Corbana sus accionistas principales están constituidos por el Banco Central y los Bancos del Sistema Bancario Nacional y se trata de una empresa pública, por lo cual si su naturaleza permite que las colecciones se conceptualicen como incluidas automáticamente en el SML es menos claro.

c) Recursos genéticos en condiciones *in situ*

Un tema más complejo es la regulación del acceso en condiciones *ex situ* indicado en el artículo 12.3.h. El significado y alcance de esta disposición no ha sido objeto de una decisión específica por parte del OR (aunque ha sido objeto de análisis y opinión por parte del CAT según se mencionó anteriormente).

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica es importante que el país clarifique lo siguiente:

- a) Los recursos genéticos en condiciones *in situ* bajo administración y control de la Parte contratante y en dominio público se encuentran

automáticamente incluidos en el SML (aunque en principio la notificación de cuáles son estas áreas puede ser un paso posterior). Para el caso costarricense ello incluiría los parientes silvestres que se encuentren en áreas silvestres protegidas propiedad del Estado y en general en terrenos considerados Patrimonio Natural del Estado según la Ley Forestal (artículos 13 al 15 de la misma y Voto de la Sala Constitucional No. 16975-2008). Eventualmente también quedarían comprendidos otros terrenos estatales siempre que las respectivas instituciones que los detentan formaran parte del Poder Ejecutivo, en cuyo caso los RFAA del Anexo I, se deberían considerar bajo la administración y el control de la Parte Contratante, a menos que existan razones legales o contractuales que otorguen derechos a terceros sobre los mismos.

- b) Ante la ausencia de estándares emitidos por el OR, clarificar (por ejemplo, mediante una directriz o acción semejante) cuál es la normativa que regirá tales recolectas y transferencias (por ejemplo aquella relativa a la recolección de recursos biológicos u otras³⁸) y en caso de no poder utilizar alguna previamente existente, proceder a considerar la emisión de reglas específicas o medidas administrativas si procede. Aplicar la legislación nacional de ABS conllevaría la exigencia de requisitos que no son compatibles con lo dispuesto en el artículo 12 del TI (recuérdese además que este inciso comienza con la frase “ sin perjuicio de”), a pesar de que, según comunicaciones personales realizadas al autor, esta sería la interpretación predominante en la CONAGEBIO. En el caso costarricense, una dificultad adicional se relaciona con el hecho de que las normas que regula la colecta de recursos biológicos (Ley de Conservación de la Vida Silvestre y su reglamento y el Manual de Procedimientos para la Investigación en Recursos Naturales y Culturales del SINAC (decreto No.32553-MINAE del 2005) expresamente excluyen su aplicación cuando se trate de colectas que impliquen acceso a recursos genéticos.

³⁸ Algunos han sugerido que se trataría de reglas similares a las encontradas en el Código de Conducta de la FAO sobre Recolección de Germoplasma. Fundamentalmente se buscaría con ellos asegurar la sostenibilidad ambiental de las acciones de colecta.

- c) Informar e involucrar a las autoridades ambientales (en este caso el Sistema Nacional de Áreas de Conservación primordialmente) que normalmente estarán a cargo de áreas protegidas estatales u otras áreas que estarían consideradas bajo la administración y control de las Partes, con el fin de facilitar la implementación del sistema seleccionado. Falta de conocimiento e información pueden en la práctica- dificultar la aplicación de las disposiciones del TI (dependiendo de la interpretación final que sobre el alcance del artículo 12.3.h tengan las autoridades nacionales).

d) Inclusión voluntaria de cultivos del Anexo I por parte de personas físicas y jurídicas.

El TI permite a las personas físicas y jurídicas incluir voluntariamente en el SML RFAA del Anexo 1 (artículo 11.3). El lenguaje utilizado por el TI se refiere a la posesión de RFAA y no a la propiedad y en definitiva, la inclusión dentro del SML no modifica el régimen jurídico respecto a la titularidad. No obstante, es importante indicar que en algunos países como el nuestro (y además la Comunidad Andina, Etiopía, etc), los recursos genéticos (y bioquímicos) son propiedad estatal, por lo cual podrían surgir algunas dudas con relación a la legitimación de personas físicas y jurídicas detentadores de RFAA para incorporarlos al SML sin el consentimiento de las autoridades nacionales. Aunque en principio, dado que la fuente jurídica que permite (e incluso requiere a las Parte a alentar tal inclusión) es el propio TI y a que no existe ninguna implicación sobre la propiedad de los RFAA, este proceder por parte de personas físicas y jurídicas debería considerarse congruente con el ordenamiento jurídico del país. Pese a ello, es conveniente considerar jurídicamente este aspecto.

Respecto a los posibles incentivos para la inclusión de estos recursos por terceras partes pueden explorarse varias opciones, tales como:

- Incorporación en los criterios de financiamiento de investigaciones de esta condición, al menos para valorar las respectivas propuestas.
- Integración en los esquemas de Pago por Servicios Ambientales, considerando que la Ley Forestal expresamente considera como uno de ellos la protección de la biodiversidad para el uso sostenible, científico y farmacéutico, en la investigación, mejoramiento genético,

protección de ecosistemas y formas de vida (artículo 3 inciso k).

- Los reconocimientos ambientales e incentivos monetarios previstos en la LB (artículos 98 y siguientes en particular el 100) y su reglamento (artículo 85 especialmente incisos f, g, h, k y l).
- Concientización respecto a la importancia del SML de cara a la interdependencia, seguridad alimentaria y ante escenarios de cambio climático.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En síntesis se plantean las siguientes conclusiones y recomendaciones respecto a la implementación del TI y en particular el SML:

Crear espacio legal para implementar el TI en la normativa de ABS.

Las legislación de acceso que desarrollan el artículo 15 del CBD en ciertos casos preceden a la vigencia del TI (2004) y a la ratificación nacional del mismo. Tal es el caso de países como India, Filipinas y otros, incluyendo el nuestro. En algunos supuestos, la ausencia de normas excepcionando la aplicación de disposiciones generales de ABS ha creado dificultades para poder aplicar el TI (y su enfoque multilateral y facilitado). La literatura presenta como ejemplos, la India y Kenia³⁹. En ambos países la falta de una excepción expresa o de regulaciones para la implementación del TI han traído consigo incertidumbre y posiciones diversas respecto a la necesidad de modificar la normativa vigente para dar “ espacio legal” al funcionamiento del SML.

Un primer aspecto que es importante clarificar en las legislaciones nacionales radica en la manera como el derecho internacional es recibido directamente en el orden interno por cada país y en algunas regiones por el derecho comunitario si este existiere.⁴⁰ Esta conclusión podría conllevar que no sea estrictamente necesario modificar las normas de ABS para introducir una excepción o desarrollar alguna reglamentación específica para implementar el TI.⁴¹ En el caso costarricense tal incorporación automática permite la implementación directa de las disposiciones del

³⁹ Cfr sobre estos casos Halewood et al *opcit*, (a)2013.

TI, sin necesidad de establecer una excepción al mismo. No obstante, para mayor certeza legal y con el fin de evitar conflictos futuros, es conveniente integrar en las reformas a la normativa de acceso una disposición que claramente reconozca tal conclusión. No es necesario que tal disposición se redacte como una excepción a la legislación, sino que debe enfocarse en reconocer la obligación de aplicar las reglas del TI para los casos previstos por este instrumento internacional.

La redacción concreta de esta cláusula debe pasar por un claro entendimiento de los alcances del SML tal y como se explicaron y de aquellos aspectos que aún no resulta completamente claros.

Identificación de los responsables de firmar los ANTM y mejora en la coordinación, colaboración y flujo de información con las autoridades responsables de ABS.

Un aspecto crítico para la implementación del TI resulta en la determinación de los recursos comprendidos y de las instituciones que tendrá la potestad legal de firmar los respectivos ANTM. Este Informe ha tratado de identificar cuáles serían estos (fundamentalmente los pertenecientes al INTA). Esta identificación de los centros, colecciones, ministerios u otros que al final del día serán los que realicen la transferencia de los RFAA y de la información conexa no confidencial permitirá conocer con certeza los actores involucrados en la operación del SML y la firma del ANTM⁴². Este aspecto trasciende la mera existencia de Puntos Focales del TI. Dado que en la mayoría de las experiencias conocidas de implementación del SML, no existe un procedimiento o autoridad nacional única que reciba las solicitudes (con la excepción de Canadá y algún otro), estas se dirigen directamente al Centro/Institución encargado de tomar decisiones sobre las colecciones y firmas acuerdos legales en

⁴⁰ Sobre la relación entre la normativa comunitaria andina y el TI cfr Ruiz, Manuel, *Una lectura crítica de la Decisión 391 de la Comunidad Andina y su puesta en práctica en relación con el Tratado Internacional*, en Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.

⁴¹ De hecho, varios países han indicado que no es necesario modificar o introducir normas jurídicas para implementar las disposiciones del TI, tal es el caso de España y Alemania, entre otros. López Noriega et al en Halewood et al *op cit* (a) 2013.

general. Una vez que se proceda a confirmar, si fuera del caso dicha determinación, y a notificar, por ejemplo, por conducto del Punto Focal, a la Secretaría del TI, es necesario avanzar aún más en el establecimiento de mecanismos de colaboración e intercambio de información entre los responsables de firmar los ANTM, las autoridades de ABS y el Punto Focal del TI (y eventualmente con la autoridad nacional competente). Una mejor coordinación redundaría en la creación de un clima de confianza entre quienes- al final- están autorizando la transferencia y uso de recursos genéticos del país. Debe indicarse que los mecanismos creados para el reporte del cumplimiento de las obligaciones del ANTM (que han sido facilitados mediante recursos informáticos), resultan en la producción de datos que son mantenidos confidenciales para terceros.⁴³ Adicionalmente, conocer mejor la manera como en la práctica se aplica el SML permitiría a las autoridades de ABS adquirir mayor seguridad de que las transferencias de RFAA se realizan en el marco de lo autorizado por el TI.

No se considera necesario crear un sistema centralizado de acceso donde una autoridad sea quien recibe, tramita y eventualmente aprueba las solicitudes, dado que, ello implicaría adicionar un paso más al proceso y crearía incertidumbre respecto a la firma del ANTM en los casos en que la administración y control físico de los recursos no esté en manos de la propia autoridad nacional competente para otorgar la respectiva autorización. Este sistema podría además desembocar en un doble acto: un permiso y la firma del ANTM dependiendo de la forma como se estructure. En derecho comparado la forma de abordar el tema parece haber sido mediante la descentralización de las firmas en los diferentes entes que tienen recursos genéticos bajo su administración y control. Quien debe firmar dependerá de la reglamentación interna del INTA u

⁴³ Este acto no requiere a juicio del autor una reglamentación particular, pero si debe ser comunicado por las autoridades de las instituciones (INTA) a los directores de las instituciones/colecciones. Una resolución puede ser explorada de manera que se cuente con certeza respecto a las colecciones incluidas y con una instrucción o circular que además podría ser colgada en la de la institución o del Ministerio de Agricultura o de ambos.

⁴⁴ Esta información sirve a varios propósitos entre ellos para que la Tercera Parte Beneficiaria pueda iniciar acciones legales si es procedente.

otro órgano que en el futuro se determinará.

Acceso in situ

Respecto al tema del acceso in situ y ante la falta de claridad en esta materia, sería conveniente, en caso de no aceptarse la interpretación aquí formulada, requerir en su momento- mediante los canales apropiados- que el OR del TI se pronuncie de manera que se eviten ambigüedades. Mientras tanto, este es un aspecto que puede ser decidido según corresponda posteriormente, una vez que se haya dilucidado lo relativo al los RFAA del Anexo I en condiciones ex situ.

Finalmente, podría pensarse en una alternativa consistente en la reforma a la reglamentación de recolecta e investigación para autorizar el uso de esta normativa (basada en la necesidad de implementar la obligación internacional del TI). En cualquier caso, debe sopesarse la opción de generar por parte del SINAC- como ente administrador del Patrimonio Natural del Estado- una directriz u otro acto formal donde se establezcan claramente cuál será el procedimiento a seguir y publicar la misma en las respectivas páginas web de forma que se otorgue seguridad jurídica a los interesados.

En caso de que se requiera la firma del SMTA es necesario desarrollar un sistema de capacitación e información a los posibles.

Inclusiones voluntarias por personas físicas y jurídicas

Aunque respecto a las inclusiones voluntarias éstas no requieren de un trámite particular, se sugiere incluir una norma o disposición (podría ser en el proceso de modificación de los reglamentos de acceso o en la Ley de Semillas revisada) que faculte a la Autoridad Nacional Competente a requerir la información (ser notificado no autorizar) de quienes realicen éstas con el propósito de obtener información sobre las mismas y eventualmente ejercer cualquier control que permita el ordenamiento jurídico en casos de inclusiones erróneas.

Sanciones por acceso ilegal y el ANTM

Asimismo, desde la perspectiva del derecho nacional (no únicamente contractual), la violación de los términos del Acuerdo Normalizado por un usuario, podría a la vez constituirse en una transgresión a la

legislación de ABS, especialmente en los casos en que la aplicación del SML se permite mediante el establecimiento de una excepción. En estos casos, y como parte de las actividades de mejora en la comunicación anteriormente sugerida, sería recomendable establecer procedimientos de comunicación. Lo anterior sin perjuicio de reconocer que las partes de la relación contractual son el proveedor y el usuario (y la FAO como Tercera Parte Beneficiaria).

Desarrollo de actividades conjuntas de desarrollo de capacidades/ talleres y actividades de creación de conciencia

Un aspecto crucial para lograr una interpretación sinérgica, estaría constituido por la realización conjunta por parte de los Puntos Focales y autoridades nacionales ambientales y agropecuarias de talleres, seminarios y otras acciones de capacitación. Adicionalmente, la participación conjunta en reuniones preparatorias nacionales para las COP u reuniones similares de los Convenios permitiría mejorar la información sobre el funcionamiento de los mismos y la creación de posiciones nacionales coherentes en los diferentes ámbitos.⁴⁴

Designación de la autoridad nacional de implementación

En particular, se requiere definir de manera prioritaria la autoridad nacional de implementación. Esta no será quien cumpla con todas las obligaciones del Acuerdo, pero si deberá promover su incorporación en el quehacer de otras institucionales relevantes y en el sector privado. Lo anterior incluye generar procesos participativos para definir posiciones nacionales adecuadas de cara a las reuniones del Órgano Rector del Tratado. La autoridad competente, en coordinación con instancias debería tomar un liderazgo en la difusión del Tratado y el apoyo en su implementación. Aunque el propio texto del TI no prevé una autoridad nacional competente en cuanto tal y a diferencia de otros instrumentos esta no debería concebirse como una entidad

⁴⁴ Por ejemplo en Ruanda se ha propuesto la constitución de un Comité Interministerial de Coordinación para los temas de ABS (tanto bajo el CBD y el PN como del TI), integrado por diversos actores del sector agrícola, ambiental, ciencia y tecnología, áreas protegidas, entre otros. Cfr Halewood et al *op cit* (a) 2013.

a cargo de otorgar permisos, es importante que se precisen algunas funciones básicas, tales como facilitar el funcionamiento del sistema, la coherencia y coordinación entre las autoridades y otros aspectos. Este desarrollo positivo de las disposiciones del tratado puede facilitar y catalizar la implementación del mismo. En caso de que esta solución sea la acordada esta entidad debería tener como posibles funciones: apoyar y fomentar la implementación del TI; recibir notificaciones de inclusiones voluntarias; enviar las notificaciones de incorporación de otras colecciones en el SML; coordinar con las autoridades de ambiente (si esta no fuera del autoridad competente seleccionada) en el ejercicio de sus competencias, incluyendo la realización de seminarios y actividades comunes; apoyar el cumplimiento de la legislación de acceso y en los casos de incumplimientos de la misma por usuario del SML, entre otras.

BIBLIOGRAFIA

- Background Document No. 59 *Access and Benefit Sharing for Genetic Resources for Food and Agriculture: current use and Exchange practices, commonalities, differences and user community needs*. Report from a Multi-stakeholder Expert Dialogue, Julio del 2011
- Correa, Carlos, *Recursos Fitogenéticos bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el Dominio Público. Cuán rica es la canasta del Sistema Multilateral de Acceso del Tratado Internacional*; Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.
- Cooper, David, *The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, RECIEL, London, 11(1), 2002 y
- Halewood, Michael et al (eds) *A road map for implementing the Multilateral System of Access and Benefit-Sharing in India*, Biodiversity International, India, 2013.
- Halewood, Michael y Nadozie, Kent, Living Priority to the Commons; the International Treaty on Plant Genetic for Food and Agricultura (ITPGRFA), en Tansey, Geoff y Rajotte, Tasmin (eds.), *The Future Control of Food*; Earthscan, United Kingdom, 2008.
- Lim Eng Sung, *El proceso de elaboración del acuerdo normalizado de transferencia de material*, en Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.
- Revista Recursos Naturales y Ambiente, *El Sistema Multilateral de acceso y distribución de beneficios del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*, No 53, abril del 2008, CATIE, Turrialba.
- Secretariat of the CGIAR System Wide Genetic Resources Programa (SGRP), *The Scope of access and benefit sharing under the International Treaty* Roma, May, 2008.
- Manzella, Daniele, The design and mechanics of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing, en Halewood et al, *op cit*, 2013

JORGE CABRERA MEDAGLIA: La implementación del tratado internacional de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura en Costa Rica: recomendaciones legales y de política

Moore, Gerald y Tymowski, Witold *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Gland, Switzerland, 2005.

Mohamed Ali Mekour, *A global instrument on agrobiodiversity: the international treaty on plant genetic resources for food and agriculture*, Environmental Law and Policy, FAO, 2002,

Reporte de la Primera Reunión del GAE IT/AC-SMTA-MLS 1/10/Reporte de enero del 2010.

Isabel et al, *Incentivos y desincentivos para la participación del Perú en el Sistema Multilateral del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*; (Bioversity, Rome, 2010).

Santilli, Juliana, *Agrobiodiversity and the Law: regulating genetic resources, food security and cultural diversity*; Earthscan, USA y Canadá; 2012.

Ruiz, Manuel, *Una lectura crítica de la Decisión 391 de la Comunidad Andina y su puesta en práctica en relación con el Tratado Internacional*, en Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.

APUNTES SOBRE LA MALA PRAXIS MEDICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)
Coordinador del Doctorado en Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 21/04/13 • Aceptado 11/11/13)

^(*) jorgerp10@gmail.com; jorgerp9@yahoo.com

Tels.: 506- 22501160; 506- 22594844

Apartado postal: 1264 Y Griega 1011, San José, Costa Rica

Resumen: El tema de la mala praxis médica ha cobrado mayor presencia en las sociedades modernas.

Se trata del fortalecimiento de los criterios de responsabilidad ante los daños en general que se le causen a terceras personas en el ejercicio de las profesiones en general; y, en especial en el campo de la medicina.

Palabras Clave: Responsabilidad médica, derechos del paciente, mala praxis, iatrogenia, delito.

Abstract: The issue of medical malpractice has gained a stronger presence in modern societies.

This article approaches the strengthening of criteria of liability for the general damages caused to third parties in the exercise of the professional practice; and, especially in the field of the medicine.

Keywords: Medical liability, rights of patients, malpractice, iatrogenesis, felony.

Índice

Introducción

- 1.- Concepto
 - 2.- Responsabilidad médica:
 - a) tipología
 - b) elementos que pueden incidir para imputar la responsabilidad médica
 - 3.- Lex artis médica
 - 4.- Acto médico
 - 5.- Derechos del paciente
 - 6.- Medicina pública y medicina privada
 - 7.- Vías para canalizar la presentación de las denuncias
 - 8.- Algunos factores que explican la presentación de las denuncias
 - 9.- Algunas causas de la mala praxis
 - 10.- Algunas causas de justificación o de atenuación de la mala praxis
 - 11.- Consejos varios para evitar la mala praxis
 - a) A nivel subjetivo
 - b) A nivel objetivo
 - 12.- Breve nota sobre la iatrogenia
 - 13.- Tipos de delitos
 - 14.- Conductas que implican delitos
- Conclusión
- Bibliografía

Introducción

El tema de la mala praxis médica ha cobrado mayor presencia en las sociedades modernas.

Se trata del fortalecimiento de los criterios de responsabilidad ante los daños en general que se le causen a terceras personas en el ejercicio de las profesiones en general; y, en especial en el campo de la medicina.

Tanto los pacientes o consumidores de los servicios profesionales de la medicina, como los médicos, pueden estar inmersos en gestiones administrativas; o, judiciales, de carácter penal y civil.

Ambos lados el de la oferta y el de la demanda (oferentes y demandantes), se han hecho con los servicios profesionales de juristas que defiendan sus puntos de vista y sus intereses. Con este hecho social, existe un grupo especializado de juristas en este terreno del Derecho de la Medicina y en concreto de la mala praxis.

Hago la observación de que en Costa Rica una obra importante en este campo de la mala praxis es la del abogado el Dr. Carlos Tiffer Sotomayor: *Responsabilidad penal por la mala praxis. Estudio sistemático de casos*, publicada en el año 2008.

1.-Concepto

De las diversas y variadas definiciones de mala praxis que se conocen, opto por la siguiente: la mala praxis se da cuando ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia, negligencia o por no cumplimiento de las normas jurídicas respectivas o por falta a los deberes profesionales (Tiffer, 2001, pág. 44; Quirós, 2005, pág. 13).

2.- Responsabilidad médica

a) Tipología:

Esta responsabilidad puede ser:

- Objetiva, de acuerdo a sus efectos; o,
- Subjetiva, en función de la comprobación del dolo o mala fe.

Asimismo, puede ser:

- Contractual, si deriva de un convenio entre las partes (paciente y médico)
 - Extracontractual, si no se deriva de un acuerdo entre partes.
- También:

- La responsabilidad civil, se da en la situación en la cual existe daño por culpa o por dolo, dando lugar a una indemnización pecuniaria.
- La responsabilidad penal, ocurre cuando el derecho penal o criminal tipifica la conducta respectiva como delito (Araya; y, Martínez, 2001, págs. 94 a 104; 132 a 143; Quirós, 2005, capítulo II, sección I, tipos de responsabilidad).

b) Elementos que pueden incidir para imputar la responsabilidad médica:

- Tipicidad, que equivale a que el derecho penal la tipifique
- Antijuridicidad, cuando se violan normas jurídicas
- Culpabilidad, en el evento de que la conducta se realiza con culpa (no, con dolo)

La culpa, sucede por negligencia, descuido, desatención, impericia o imprudencia.

Se ha añadido la falta contra el deber de cuidado que se debe tener en las labores profesionales para evitar daños a terceros (Tiffer, 2001, págs.. 44 a 48; Quirós, 2005, págs.. 149 a 153) .

3.-Lex artis médica:

Se refiere a las reglas que regulan a los médicos, como por ejemplo:

- Código de moral médica
- Ley del Colegio de médicos y cirujanos (Araya, 2010, pág. 197).

4.- Acto médico:

Está circunscrito a la actuación que concreta la relación médico-paciente, comprendiendo:

- la promoción de la salud,
- prevención de la enfermedad,

- su diagnóstico, tratamiento y rehabilitación,
- cuidados de la salud de modo permanente hasta la defunción del respectivo paciente (Araya, 2010, pág. 222).

5.-Derechos del paciente

De conformidad con el desarrollo de la ideología de los derechos humanos, también se enuncian los derechos del paciente, del siguiente modo:

- Que se le proporcione la información correcta sobre el estado de su salud,
- Que se le de buena atención médica
- Que se le permita o no, aceptar el tratamiento médico respectivo, con base en la información correspondiente que tiene ser certeza, veraz
- Que se le de a su información médica el tratamiento de confidencialidad (Araya; y, Martínez, 2001, págs. 15- a 23).

Constitución Política

El artículo constitucional 46, párrafo quinto manda:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

En su calidad de pacientes, consumidores del servicio público de la salud, tienen esta cobertura de la Carta Magna.

Ley No. 8239 del 2 de abril del 2002: se establecen los derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud y privados (La Gaceta No. 75 del 19 de abril del 2002).

Artículo 2.- Derechos:

Las personas usuarias de los servicios de salud tienen derecho a lo siguiente:

- a) Recibir información clara, concisa y oportuna, sobre sus derechos y deberes, así como sobre la forma correcta de ejercitarlos.*
- b) Ser informadas del nombre, los apellidos, el grado profesional y el puesto que desempeña el personal de salud que les brinda atención.*

- c) *Recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico.*
- d) *Recibir, sin distinción alguna, un trato digno con respeto, consideración y amabilidad.*
- e) *Recibir atención médica con la eficiencia y diligencia debidas.*
- f) *Ser atendidas sin dilatación en situaciones de emergencia.*
- g) *Ser atendidas puntualmente de acuerdo con la cita recibida, salvo situaciones justificadas de caso fortuito o fuerza mayor.*
- h) *Negarse a que examinen o les administren tratamiento, salvo en situaciones excepcionales o de emergencia, previstas en otras leyes, en que prevalezcan la salud pública, en el bien común y el derecho de terceros.*
- i) *Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, con base en lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, de que este rechazaría la intervención en tal situación.*
- j) *Aceptar o rechazar la proposición para participar en estudios de investigación clínica.*
- k) *Tener acceso a su expediente clínico y a que se le brinde una copia.*
- l) *Recibir atención en un ambiente limpio, seguro y cómodo.*
- m) *Hacer que se respete el carácter confidencial de su historia clínica y de toda la información relativa a su enfermedad salvo cuando, por ley especial, deba darse noticia a las autoridades sanitarias. En casos de docencia, las personas usuarias de los servicios de salud deberán otorgar su consentimiento para que su padecimiento sea analizado.*
- n) *Disponer, en el momento que lo consideren conveniente, la donación de sus órganos.*
- ñ) *Presentar reclámos, ante las instancias correspondientes de los servicios de salud, cuando se hayan lesionado sus derechos.*
- o) *Hacer uso de sus efectos personales durante el internamiento, con sujeción a las reglas del establecimiento y siempre que con ello no se afecten los derechos de otros pacientes.*
- p) *Recibir una cuenta con el detalle y la explicación de todos los gastos en que se ha incurrido en su tratamiento, en el caso de pacientes no asegurados cuando acudan a consulta en los servicios públicos.*

Artículo 3.- Otros derechos en centros de salud privados:

Las personas usuarias de los servicios de salud en centros de atención privados tendrán, además, derecho a lo siguiente:

- a) Recibir una cuenta con el detalle y la explicación de los los gastos en que se ha incurrido en su tratamiento.*
- b) Indicar los nombres de las personas que tendrán prioridad para visitarlas, si su estado les permite recibir visitas.*

Artículo 4.- Deberes

Las personas usuarias de los servicios de salud tiene los siguientes deberes:

- a) Proporcionar la información más completa posible en relación con su estado de salud, enfermedades anteriores, hospitalizaciones, medicamentos y otras condiciones relacionadas con su salud.*
- b) Cumplir las instrucciones e indicaciones que les brinde, en forma adecuada, el personal de salud.*
- c) Responsabilizarse por sus acciones u omisiones, cuando no sigan las instrucciones de su proveedor del cuidado médico.*
- d) Respetar los derechos del personal y de los demás usuarios de los servicios de salud.*
- e) Contribuir de manera oportuna, cuando cuenten con los recursos, al financiamiento de los servicios de salud públicos de la República.*
- f) Cualesquiera otras obligaciones que se establezcan en otras disposiciones legales.*

Su **Reglamento** es el decreto ejecutivo No. 32612-Salud, publicado en La Gaceta No. 177 del 14 de setiembre del 2005.

Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, No. 7472 de 1995 y sus reformas, artículo 32 manda:

Son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor.

Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.*
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.*

- c) *El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.*
- d) *La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.*
- e) *La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.*
- f) *Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.*
- g) *Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.*

Lo importante en el terreno de la eficacia del derecho, es que su efectivamente aplicación en la realidad corresponda con lo que el papel físico o digital enuncia (Romero-Pérez, 2003, in toto).

6.- Medicina pública y medicina privada

En Costa Rica, existen ambos regímenes.

La medicina pública está a cargo de una institución estatal llamada Caja Costarricense de Seguro Social.

La Constitución Política

Artículo 73, mada:

Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán exclusiva cuenta de los

patronos y se regirán por disposiciones especiales.

La teoría dice que el financiamiento de esta institución corre a cargo de las cuotas del Estado, patronos y trabajadores.

En la práctica, el Estado incumple su obligación de contribuir con la seguridad social, al igual que un sector del grupo de los patronos. Son los trabajadores a quienes automáticamente se le deducen las cuotas respectivas que van más allá del 10 % de sus salarios. Esto explica la crisis financiera de esta institución, a lo cual se le agrega la administración desastrosa de su cúpula, el mal manejo de las contrataciones de derecho público que hace y el boicot que algunos sectores de su interior, le hacen a esta institución descentralizada. Todo lo anterior ocurre de modo impune y sin imputabilidad alguna.

El personal (empleados y funcionarios de esta institución) está regido por el derecho administrativo laboral. Se trata de agentes estatales.

Por su parte, la medicina privada co-existe con la medicina pública, fortaleciéndose cada vez más debido al boicot de todo tipo que se le hace a la medicina pública, encarnada en la Caja Costarricense de Seguro Social.

Dada la brevedad de esta ponencia no entro a detallar cuáles son los mecanismos que se usa en ese boicot ni quiénes lo hacen. Una parte de este boicot, viene siendo publicado por los medios de comunicación social del país.

7.- Vías para canalizar la presentación de las denuncias:

Se pueden utilizar estas vías:

- Administrativa
- Penal
- Civil
- Contencioso administrativa, en cuanto que la institución estatal, con rango constitucional, que proporciona los servicios de salud, se denomina Caja Costarricense de seguro Social (CCSS) y su personal administrativo, de apoyo, técnico y profesional en todos los campos pertinentes, se les llama (desde la perspectiva del derecho administrativo), como agentes públicos. Aquí se ubica la medicina de carácter público.

Estas denuncias responden al tema de la inseguridad ciudadana,

particularizada en el terreno de los servicios públicos, como es el de la salud, dando lugar a la inseguridad ciudadana en el terreno de la salud pública.

8.- Algunos factores que explican la presentación de las denuncias

- Violación de los derechos de los pacientes
- Posibilidad de cobrar daños y perjuicios
- En lo que corresponde a la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), el paciente se siente con derecho a presentar las denuncias pertinentes, ya que tiene conciencia de que está pagando o cotizando de modo obligatorio a esta institución descentralizada.
- A veces sucede que el paciente y/o sus familia, son testigos de críticas que médicos se hacen entre sí respecto de su trabajo profesional
- Los medios de comunicación social, contribuyen a un clima que favorece la denuncia de pacientes y sus familiares.

9.- Algunas causas de la mala praxis

- Cuando se establece una mala relación entre el paciente y el médico, provocada por imprudencia, ignorancia, impericia, negligencia, etc.
Imprudencia: falta de precaución
Negligencia: descuido, omisión

Impericia: falta de conocimiento o de práctica, torpeza, inexperiencia
(Araya; y, Martínez, 2001, págs. 213 a 228; Quirós, 2005, pág. 56).

Debe tomarse en cuenta que al no existir daño o lesión, no cabe indicar mal praxis (Quirós, 2005, pág. 236).

10.- Algunas causas de justificación o de atenuación de la mala praxis:

- Consentimiento del titular del derecho (del lado del paciente)
- Estado de necesidad
- El caso fortuito y el de fuerza mayor
- El caso de *iatrogenia* (del lado del médico) (Tiffer, 2001, págs.. 49-50).

11.- Varios consejos para evitar la mala praxis

a) A nivel subjetivo:

- Concebir al paciente como un sujeto de derechos, y no como un objeto de intervención.
- Actuar con honestidad y sinceridad y respetar al paciente.
- Respetar a los colegas evitando comentarios no éticos sobre actuaciones o tratamientos.
- Evitar incluir, en el expediente médico, apreciaciones personales subjetivas en relación con la gestión profesional de otros médicos.
- Evitar las prescripciones a la ligera, por teléfono o en actos sociales, debido al alto riesgo que conllevan.

b) A nivel objetivo:

- Comunicarse permanente con el enfermo y sus familiares.
- Conocer las limitaciones profesionales y reconocer las especializaciones de otros médicos.
- Anotar en el expediente médico, con letra clara y legible, las indicaciones médicas, tratamiento, estados, especificando fecha y hora, la firma; y, número de inscripción en el Colegio de Médicos de Costa Rica, la cual es obligatoria en este país para los efectos de actuar profesionalmente.
- Revisar las actuaciones de subalternos y dejar constancia de cualquier irregularidad por medio de notas firmadas, con fecha y hora.
- Eliminar el carácter corporativo, es decir, sentar las responsabilidades individuales de cada médico.
- Constatar que el expediente corresponde al paciente.
- Dejar constancia, por nota en el expediente del paciente o personal, acerca de comunicaciones u oficios a la autoridad jerárquica sobre deficiencias, faltas, u omisiones en personal, medicamentos o equipos (Tiffer, 2001, págs.. 54-55).

12.- Breve Nota sobre la iatrogenia.

Esta palabra está compuesta por iatros: médico y génesis: crear, producir.

De acuerdo a este concepto, existe error médico legalmente excusable. Se trata de un error sin culpa. El médico produce el daño

debido a la fatalidad o al riesgo propio del ejercicio de la medicina.

Algunas causas de la iatrogenia, debidas al:

- *paciente, por descuido, impaciencia*
- *medio ambiente hospitalario, por descuido está contaminado por sectores,*
- *médico, por actos que genera a pesar de cumplir con el deber de cuidado.*
- *Cuando se irrespeta el ordenamiento jurídico interno y la reglamentación vigente, en perjuicio del paciente*
 - *se desconoce los límites de actuación por parte del médico*
 - *se sobrepasa el riesgo permitido*
 - *se da una desactualización y desinformación por parte del médico*
 - *se da la falta del deber de cuidado por parte del médico*
 - *se da un medio ambiente laboral deficiente*
 - *la formación universitaria o académica del médico es deficiente* (Araya, 2010, págs.. 234 a 236; Araya; y, Martínez, 2001, págs. 15 a 23).

13.- Tipos de delitos:

Los delitos que se pueden dar son:

- Lesiones
- Homicidio
- Aborto
- Falsedad ideológica.

Se debe indicar que en el ordenamiento jurídico costarricense no existe la mala praxis tipificada. Se aplica lo relativo a la responsabilidad administrativa, civil y penal (Araya, 2010, título tercero).

14.- Conductas que implican delitos:

En los anteriores tipos delictivos se puede dar:

- Infracción del deber de cuidado
- Extralimitación del riesgo permitido
- Imputación objetiva del resultado (efecto) (Tiffer, 2001, págs. 46-47).

Conclusión

- a- No existe en el ordenamiento jurídico costarricense la figura sancionable de la mala praxis
- b- La tendencia de la política criminal en Costa Rica, se orienta por una mayor penalización (Tiffer, 2001, pág. 55)
- c- Esa mayor penalización, en el caso de la mala praxis no se incluye específicamente, debido a que el régimen que se usa para sancionar esta figura se enmarca dentro de la tesis general de la responsabilidad administrativa, civil y la penal .
- d- Debido a la presión de los medios de comunicación colectiva, se han dado a la publicidad casos minoritarios, de personas que no siendo médicos especialistas, han realizado cirugías plásticas en daño de modelos que desean realzar su figura para cotizarse y situarse mejor en el mercado
- e- Bien expresa Tiffer (2001, pág. 55) que la labor médica es altamente riesgosa y que por ello la mejor arma para la defensa de la actividad del médico es que haya realizado un acto médico de gran calidad profesional, que haya conseguido una buena relación con el paciente y registrado una historia clínica clara y completa que sirva como documento probatorio, si así se necesita
- f- La responsabilidad profesional además de administrativa y disciplinaria, puede ser civil y penal. La responsabilidad civil se orienta al resarcimiento económico del daño. La responsabilidad penal, busca una sanción a la persona que ha delinquido; en el supuesto de la mala praxis, puede ser: multa, inhabilitación para el ejercicio de la profesión y prisión (Araya, 2010, páginas 294 y 306).
- g- Un ejemplo del tratamiento de estos aspectos por los medios de comunicación colectiva es el siguiente:

Caja Costarricense de Seguro Social, CCSS, condenada por el Tribunal Penal Unipersonal de Pococí, a pagar 110 millones de colones por “castrar” a mujer . A ella le extirparon su único ovario en cirugía por dolor abdominal. La operación fue en agosto del 2002 , cuando la paciente tenía 17 años de edad. Al médico no se le acusó por la presunta mala praxis, debido a que cuando se presentó la demanda, el delito estaba prescrito (Carlos Arguedas, La Nación, viernes 14 de marzo del 2014, pág. 14 A).

Bibliografía:

- Araya, Alfredo; Luis Martínez (2001) *La responsabilidad médica en la legislación costarricense, sus implicaciones en el ámbito civil y penal*. San José. Universidad de Costa Rica, tesis de Licenciatura en Derecho.
- Araya, Susana (2010) *La culpa penal de los profesionales en medicina por mal praxis*. San José. Universidad de Costa Rica, tesis de Licenciatura en Derecho.
- Castillo, Francisco (2008) *Derecho penal general* (San José: Editora Jurídica Continental, T. I; T. II, 2010)
- Cordero, Alvaro (1996) *Mal praxis en ciencias médicas* (San José: Imprenta LIL S A)
- Fallas, Eduardo (1999) *Responsabilidad civil médica, caso de mala praxis* (San José. Universidad de Costa Rica, tesis de Licenciatura en Derecho).
- García, Juan (2010) *Responsabilidad civil de los médicos*. Revista Derecho y cambio social, No. 21, 2010. Lima, Perú. www.derechoycambiosocial.com
(2012) *Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos*. Revista Derecho y cambio social No. 27, Lima, Perú.
- Gavilanes, Carol (2011) *Responsabilidad penal en casos de mala praxis médica*. Ecuador. Universidad San Francisco de Quito, tesis de graduación en Derecho. Gil, Enrique (2012) *La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia)
- Llobet, Javier (2001) *Delitos en contra de la vida y la integridad corporal* (San José: Editora Jurídica Continental)
- Martínez, Marco (2011) *La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica*. Centro de estudios de derecho penal, Universidad de Talca, revista Política criminal, No. 12.
- Montero, Jessica (2014) *Protéjase de la mala praxis*. Semanario El financiero, 27 de abril del 2014

- Morales, Eduardo (1994) *La responsabilidad penal y civil del médico*
(San José: Investigaciones Jurídicas S A)
(1991) *La responsabilidad del médico*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de
Costa Rica- Colegio de Abogados, No. 68)
- Perea, Bernardo et al (2013) *El médico ante los tribunales: análisis de
las sentencias judiciales relacionadas con la responsabilidad
profesional médica en España, Revista española de medicina
legal*. Setiembre. Pujol, Amadeo et al (2013)
*Criterios médico legales en la valoración de la
responsabilidad profesional médica.*
Revista española de medicina legal. Setiembre.
- Quirós, María (2005) *La responsabilidad penal por mal praxis médica*
San José. Universidad de Costa Rica, tesis de Licenciatura
en Derecho.
- Romero-Pérez, Jorge Enrique (2010) *Derecho administrativo general*
(San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia)
(2003) *Derechos del consumidor*
(San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de
Abogadas y de Abogados de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas
No. 100)
- Salazar, Luis; Roxana Quintana (1993-1994) *La mala praxis:
responsabilidad penal del profesional en medicina*
(Heredia, Revista Medicina legal de Costa Rica, www.
scielo.sa.cr)
- Solano, Priscila *El registro médico como prueba en los juicios de mal
praxis*
(San José. Revista latinoamericana de derecho médico
y medicina legal, de la Asociación de derecho médico
de Costa Rica, Diciembre 2000-junio 2001.
www.binasss.sa.cr)
- Tiffer, Carlos (2001) *Mala praxis y sus consecuencias penales*
(San José: Revista de Ciencias Penales, No. 19)
(2008) *Responsabilidad penal por la mala praxis.
Estudio sistemático de casos*
(San José: Editorial Jurídica Continental).
- Vargas, Karen (2004) *Responsabilidad civil de la Caja Costarricense de
seguro Social en la prestación de los servicios médicos.*
(San José. Revista de ciencias administrativas y
financieras de la seguridad social, setiembre).

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL (COSTA RICA)

Dr. Ernesto Jinesta Lobo¹

(Recibido 14/02/13 • Aceptado 11/11/13)

¹ Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD) - Costa Rica-, Profesor y miembro de las Comisiones Redactora y Académica del Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DAI), Universidades de la Coruña, España, Nacional del Litoral (Argentina), Nacional del Nordeste (Argentina), de Montevideo (Uruguay), Veracruzana (México), de Guanajuato (México), Santo Tomás de Tunja (Colombia), de Piura (Perú), Monteávila (Venezuela), Hispanoamericana (Nicaragua), Escuela Libre de Derecho (Costa Rica), Director y profesor programa de doctorado en Derecho Administrativo UELD, Presidente de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA), el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), Vicepresidente, por Costa Rica, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, miembro de honor Asociaciones Mexicana, Dominicana y Nicaragüense de Derecho Administrativo.
www.ernestojinesta.com - Tel: 2295-3700

Resumen: Estudio del Derecho Municipal o del régimen jurídico de las Municipalidades en Costa Rica, con abordaje de sus antecedentes, el gobierno y la administración municipal, su autonomía política e interacción con la Administración Central.

Se analiza la problemática de la transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades para fortalecer la descentralización territorial, democratizar y acercar la gestión pública local a los ciudadanos para que tengan una mayor participación en el manejo de la cosa pública.

Palabras Clave: Derecho Municipal. Derecho Municipal de Costa Rica. Administración Pública Municipal. Régimen jurídico de las Municipalidades. Gobierno y Administración Municipal. Autonomía municipal. Interacción entre Administración Pública Central y Descentralizada Territorial. Transferencia de competencias de la Administración central a la descentralizada territorial. Retos y desafíos en la transferencia de competencias. Estado de desarrollo de la transferencia de competencias.

Abstract: This paper examines the Municipal Law or the municipal legal system in Costa Rica, with a focus on its history, municipal government and administration, its political autonomy and its interaction with the Central Government. It analyzes the issues of the transfer of powers from the Central Government to Municipalities in order to strengthen territorial decentralization, to encourage democratization, and to let the local government get closer to the citizens so that they can have a greater involvement in the management of public affairs.

Keywords: Municipal law, Municipal law of Costa Rica, Municipal public administration, Legal system of municipalities, Municipal government and administration Municipal autonomy, Interaction between the Central public administrations and Decentralized territorial Administration, Power transfer from the Public central administration to the Decentralized territorial administration, Challenges in power transfer, Status of the power transfer process.

Índice

Introducción.

- 1.- Antecedentes.
- 2.- Regulación constitucional.
- 3.- Regulación legal.
 - A.- Código Municipal de 1998.
 - B.- Leyes sectoriales.
 - C.- Regulación reglamentaria.
- 4.- Gobierno y Administración Municipal.
 - A.- Gobierno.
 - B.- Administración.
- 5.- Problemática interacción entre la Administración Pública Central y la Administración Pública Municipal: tutela administrativa versus autonomía política o de gobierno municipal.
- 6.- Desafíos y dilemas en la transferencia de competencias de la Administración Pública Central a la descentralizada Municipal.
 - A.- Relevancia de la reforma parcial al artículo 170 de la Constitución en 2001.
 - B.- Fortalecimiento del régimen y de la autonomía municipal.
 - C.- Verdadero sentido jurídico del concepto “traslado de competencias”: Incremento de la descentralización territorial.
 - D.- Naturaleza jurídica del proceso de transferencia de competencias diseñado por el constituyente derivado.
 - E.- Principios rectores del proceso de transferencia de competencias.
 - a) Principio de provisión o de disponibilidad presupuestaria.
 - b) Principio de progresión o graduación.
 - c) Principios de diferenciación y proporcionalidad.
 - F.- Sujetos del proceso de transferencia de competencias.
 - a) Sujeto activo o transferidor:
¿Administración Pública Central o Administración Pública

Descentralizada?

b) Sujeto pasivo o transferido: ¿Municipalidades, ligas, federaciones y confederaciones de municipios?

G.- Objeto del proceso de transferencia.

H.- Extensión, alcances y límites del proceso de transferencia de competencias.

I.- El desarrollo legislativo del proceso de transferencia de competencias según la Constitución.

7.- Desarrollo legislativo parcial del proceso de transferencia de competencias.

A.- Proceso lento e inconcluso.

B.- La Ley General de Transferencia de Competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades, No. 8801 de 28 de abril de 2010.

C.- Ausencia de las siete leyes especiales

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

En el ordenamiento jurídico-administrativo costarricense, las Municipalidades tienen un papel relevante en la gestión y administración de los intereses y servicios locales. En el caso del Estado costarricense, como Estado unitario, existe una organización territorial simple, puesto que, se divide en siete provincias, siendo que cada provincia se subdivide en cantones y éstos, a su vez, en distritos (artículo 168, párrafo 1°, de la Constitución).

En Costa Rica, existe una relación directa entre cantón y municipio, puesto que, para cada cantón existe, necesaria y automáticamente, una Municipalidad. Actualmente, existen en el territorio nacional ochenta y un cantones y, por consiguiente, ochenta y un municipalidades. El ámbito competencial de carácter territorial de las Municipalidades, por consiguiente, es el respectivo cantón. Los cantones, según la Constitución solo pueden ser creados mediante una ley reforzada, aprobada por dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa (artículo 168, párrafo in fine, de la Constitución).

No siempre se han utilizado los mejores criterios para definir, territorialmente, un cantón, de otra parte en la organización municipal costarricense encontramos una asimetría municipal, puesto que, hay cantones completamente disimiles y, por consiguiente, gobiernos y administraciones municipales diferentes. En efecto, contamos con municipios pequeños, medianos y grandes. Las diferencias son determinadas por los índices de desarrollo urbanístico y poblacional, económico y social, lo que dificulta establecer un régimen jurídico unitario para todas las municipalidades.

Tradicionalmente, en Costa Rica, las municipalidades se han encargado de competencias y servicios públicos residuales o secundarios, no asumidos por la Administración Central o la descentralizada por servicios o institucional, lo que obedece a una fuerte mentalidad centralista producto de enfrentamientos entre localidades durante el siglo antepasado que llevaron a la necesidad de afirmar un Estado nacional y unitario.

La Constitución de 7 de noviembre de 1949, optó por un régimen de descentralización territorial o municipal fuerte e intenso, sin embargo,

después de sesenta y cinco años de vigencia de ese texto fundamental, aún no se observa un proceso de descentralización territorial robusto.

Progresivamente, por el desarrollo humano, social, económico y cultural del pueblo costarricense, las municipalidades han ido asumiendo un papel más relevante en la gestión pública, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1949, lo que ha demandado profundos cambios constitucionales y legales. Así, en el año 2001 se reformó parcialmente el artículo 170 constitucional en procura de un régimen municipal más intenso y de una descentralización territorial más intensa, sin embargo, como veremos, la aspiración del poder constituyente derivado expresada en la referida enmienda no ha cristalizado como se esperaba.

En esta contribución abordaremos, grosso modo, los antecedentes, las competencias, potestades y la organización municipal en Costa Rica, sin soslayar los principales retos y desafíos que enfrentan los municipios en nuestro país.

1.- Antecedentes

La administración pública local ha ido, progresivamente, asumiendo un papel protagónico en el Derecho Público costarricense, aunque no el óptimo. Después de un rol relevante durante el movimiento independista, asumen otro, absolutamente, desteñido ante un Estado fuertemente centralizado, por razones histórico-políticas.

Tanto en el Pacto Social Fundamental Interino o “Pacto de Concordia” de 1° de diciembre de 1821, primera constitución, como en el Primer y Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica (respectivamente, de 17 de marzo y de 16 de mayo de 1823), al gobierno local se le denominaba “Ayuntamiento”.

Es en la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica de 20 de abril de 1830, la primera constitución en que se hace referencia a la “*Municipalidad*”, concretamente, en el “Capítulo 12” relativo al “*Gobierno Interior de los Pueblos*”, siendo que el artículo 111 indicaba que en cada pueblo “*por pequeño que sea habrá una Municipalidad electa popularmente*”. Norma que fue reiterada en el artículo 176 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica de 9 de abril de 1844 (Título VIII, Sección Única). No obstante, desde la Ley de

Bases y Garantías de 8 de marzo de 1841 como en la citada Constitución Política de 1844, las municipalidades estarán sujetas al Jefe Político del Departamento – que luego se convertirían en las provincias- cargo que era de nombramiento del Poder Ejecutivo.

La Constitución Política de 10 de febrero de 1847, tiene como figura preponderante al “*Gobernador Político departamental*” o de cada Departamento, siendo que admite “*Cuerpos municipales compuestos, en las cabeceras de departamento*” y en las “*poblaciones menores*” (artículos 157-167), con lo que se vuelve a reafirmar la idea de la fuerte centralización.

La Constitución Política de la República “reformada” de 30 de noviembre de 1848, por primera vez, introduce un “*Título X*” denominado el “*Régimen Municipal*”, concretamente, en su artículo 101 preceptuaba que “*Habrá en la capital de cada Provincia y en las cabeceras de cantón, cuerpos municipales, cuya organización, funciones y responsabilidad serán puntualizadas en las ordenanzas de estas corporaciones (...)*”. Es, entonces, en la Constitución de 1848, la primera vez, que se establece una relación inmanente entre cantón y gobierno municipal y la necesidad de someter el régimen municipal a “*ordenanzas municipales*”.

La Constitución Política de 27 de diciembre de 1859, tenía el “*Título Décimo*” dedicado al “*Régimen Municipal*”. En esta constitución, por primera vez, se divide el territorio nacional en provincias, cantones y distritos. En esta Constitución de 1859, se hace referencia, nuevamente, en el artículo 134, a la necesidad de someter el régimen municipal a las respectivas “*Ordenanzas municipales*”. Su regulación pone de manifiesto la tendencia profundamente centralista y sofocadora del régimen local, al indicar lo siguiente:

“Art. 135. Habrá en la capital de cada Provincia una Municipalidad á la cual corresponde la administración, cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la Provincia, la formación y conservación del registro cívico y del censo de la población y exclusivamente la administración é inversión de los fondos municipales, todo conforme al respectivo Reglamento orgánico.”

Art. 136. Habrá en cada Provincia un Gobernador; agente del Poder Ejecutivo y de nombramiento de este, con las calidades y atribuciones que le señale la ley.”

En la Constitución Política de 15 de abril de 1869, nuevamente, se dedica el “*Título Duodécimo*” al “*Régimen Municipal*”, sin embargo se limita las municipalidades a la “*Capital de cada provincia (...) á quien corresponde la administración, cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la Provincia (...)*” (artículo 144), sin embargo persiste el centralismo al consagrar la figura del “*Gobernador*” de provincia nombrado por el Poder Ejecutivo, como agente de éste órgano central y con las atribuciones que le estableciera la ley.

La Constitución de 7 de diciembre de 1871 reproduce, idénticamente, en el “*Título XI*”, las disposiciones de la Constitución de 1869 sobre el “*Régimen Municipal*”, con lo que se vuelve a reiterar el esquema fuertemente centralizado que inicia con la administración del Presidente Braulio Carrillo Colina.

Durante el período de 1867 a 1970, la Administración Municipal tuvo como régimen jurídico las denominadas “*Ordenanzas Municipales*” No. 20 de 24 de julio de 1867, que les daban una serie de competencias auxiliares, desteñidas y residuales con una fuerte intervención y control del gobierno central a través del Gobernador de Provincia que era un órgano designado por el Poder Ejecutivo. Cabe advertir que las “*Ordenanzas Municipales*” de 1867 fueron expresamente derogadas con el vigente y actual Código Municipal de 1998.

El panorama cambio, por lo menos a nivel constitucional, con la Constitución de 7 de noviembre 1949, que les concede un competencia general definida a través de un concepto jurídico indeterminado “*administración de los intereses y servicios locales*” (artículo 169) y les confiere autonomía política y de gobierno (artículo 170). Sin embargo, estas normas constitucionales serán desarrolladas por el legislador ordinario hasta 1970 con el primer Código Municipal, Ley No. 4574 de 5 de mayo 1970. Nótese tuvieron que pasar veinte años para que los artículos 169 y 170 de la Constitución fueran desarrollados legislativamente. Durante ese lapso, prácticamente, los municipios siguieron manteniendo su rol desteñado y mínimo en el concierto de la organización administrativa costarricense. Tal parece que el mandato

constitucional emitido en 1949 y contenido en los ordinales 169 y 170 de la Constitución de dotar a los ayuntamientos de una competencia general y de autonomía, quedaron, durante un cuarto de siglo, como letra muerta y, lamentablemente, se entendió como una norma programática, sin eficacia directa e inmediata.

En 1970 con el primer Código Municipal (Ley No. 4574 de 5 de mayo de 1970), que, por cierto, se adelanta a cualquier codificación en materia de Derecho Administrativo en el ordenamiento jurídico costarricense, las municipalidades recobran un papel relevante en la administración de los intereses y servicios públicos locales, aunque no el verdaderamente querido por el movimiento municipalista costarricense que desde la década de los años cincuenta del siglo pasado, a través de diversos congresos, apostó por una descentralización territorial fuerte y consolidada.

En 1998 se dicta el segundo Código Municipal, Ley No. 7794 de 30 de abril de 1998, con la pretensión de fortalecer la autonomía municipal y de separar de manera más precisa el gobierno y la administración local de la nacional. Sin embargo, el balance general sobre las regulaciones contenidas en este segundo Código Municipal han sido muy conservadoras en la consolidación del régimen municipal. Básicamente, lo que se hecha de menos es la atribución de competencias exclusivas y excluyentes de los municipios, con lo que, en la mayoría de los casos, se produce una concurrencia o trasposición de competencias y potestades con la Administración central o estrictamente estatal y algunas instituciones autónomas que forman parte de la Administración descentralizada por servicios o funcionalmente (v. gr. Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Caja Costarricense de Seguro Social, etc.).

Todavía, actualmente, después de más de cincuenta años de vigencia de la Constitución de 1949 que dispuso dotarlas de autonomía administrativa y política o de gobierno, asignándole la administración de los intereses y servicios locales y el gobierno local, son muy pocas las competencias y potestades que les hayan sido atribuidas, expresamente, a los municipios.

En el año 2001 se produce un hito de gran relevancia en el fortalecimiento de la descentralización territorial, a través de una

reforma parcial al artículo 170 de la Constitución, mediante la Ley No 8106 de 3 de junio de 2001. Por virtud de esa enmienda constitucional, impulsada por el movimiento municipalista costarricense, se dispone que del presupuesto ordinario de la República se le asignará a todas las municipalidades un 10% de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente con la finalidad de ejercer una serie de competencias en manos de la Administración Pública central, básicamente, ministerios y órganos del Poder Ejecutivo, a través de una transferencia progresiva regulada a través de una ley general y siete leyes especiales las que debían dictarse, según la norma transitoria de la reforma constitucional, de forma gradual y periódica en un plazo no superior de ocho años.

Esta reforma constitucional tiene el fin evidente de fortalecer, al máximo, la descentralización territorial a través de un proceso gradual de transferencia de competencias de la Administración Central, concretamente, del Poder Ejecutivo, a las corporaciones locales, para que ejerzan, de manera exclusiva y excluyente, ciertas competencias y potestades.

Nuevamente, se produce un desfase entre las directivas constitucionales y su desarrollo legislativo, tal y como ocurrió entre 1949 y 1970 para la implementación parcial de los artículos 169 y 170 de la Constitución, en su versión primigenia. En efecto, la enmienda parcial a la Constitución, como indicamos, data de 3 de junio de 2001, siendo que, únicamente, se ha emitido la Ley General de Transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades, No. 8801 de 28 de abril de 2010 y su reglamento. Como se ve, no se cumplió con el plazo constitucional de los ocho años para la consolidación efectiva del proceso de transferencia gradual, por el contrario se encuentra absolutamente excedido, dado que, solo se ha dictado la ley general y, prácticamente, fue emitida después de transcurridos los ocho años. De otra parte, la sola emisión de la Ley General de Transferencia de Competencias, deja la implementación del mandato constitucional inoperante, por cuanto, solo las leyes especiales que indiquen, expresamente, las competencias y el porcentaje del presupuesto transferido darán inicio efectivo al proceso.

De otra parte, el descrédito de la administración municipal por, salvo excepciones, su escasos logros, la crónica ineficacia e ineficiencia en su gestión, la politización en los puestos de elección popular

(Regidores del Concejo y Alcalde), la ausencia de una adecuada carrera municipal en el sector administrativo –pese a su consagración formal en el Código de 1998- ha provocado que el proceso sea percibido, por la opinión pública y algunos medios de comunicación colectiva, con desconfianza y pesimismo. Asimismo, los órganos de la administración central encargados de la planificación (Ministerio de Planificación) han enfrentado múltiples problemas técnicos para identificar las competencias y recursos presupuestarios transferibles.

En definitiva, pese a que en la Constitución Política de 1949 que nos regenta se estableció el propósito manifiesto de fortalecer la descentralización territorial para democratizar y acercar la gestión y manejo de la cosa pública a los ciudadanos y lograr mayores niveles de participación ciudadana, mediante la atribución de una competencia general (administración de los intereses y servicios locales de cada cantón, artículo 169 constitucional) y dotando a los entes de base territorial de autonomía política y de gobierno (artículo 170 constitucional), la tarea constitucional se encuentra absolutamente pendiente o inconclusa y en espera de su plena y adecuada implementación. La voluntad política para actuar y dar efectividad a la concepción constitucional sobre la descentralización territorial ha sido raquítica, episódica y poco constante, lo que demuestra, ante un Estado con una extensión territorial pequeña como Costa Rica (51.100 kilómetros cuadrados de territorio continental), como sigue, firmemente, enraizada la mentalidad centralista y uniformadora que surgió, ante los localismos exacerbados que generaron enfrentamientos armados, durante los primeros cuarenta años del siglo antepasado, como repuesta para consolidar un Estado nacional².

² Nos referimos a la “Guerra de la Liga” de octubre de 1835, que se produjo durante la administración de Braulio Carrillo Colina un estadista que abogó por el carácter unitario y centralizado del Estado costarricense. Uno de los detonantes de la conflagración fue la derogación de la “Ley de la ambulancia” de 1834, impulsada por el fuerte localismo, y que establecía la rotación de la capital y del gobierno entre Cartago, San José, Alajuela y Heredia. Fundamentalmente, Cartago, Heredia y Alajuela reaccionaron frente a tal derogación y desconocieron al gobierno de Carrillo, la constitución y las leyes, pese a las diversas gestiones para evitar los enfrentamientos, los mismos se produjeron con el triunfo de la visión centralista de Braulio Carrillo quien, posteriormente, en 1836, manifestaría que el sistema municipal era “embarazoso y perjudicial al orden público”. V. VILLALOBOS RODRÍGUEZ (J.H.), CHACON DE UMAÑA (L.A.) y SAÉNZ CARBONELL (J.F.), Braulio Carrillo el Estadista, San José, Imprenta Nacional, 2000, pp. 35-77.

2.- Regulación constitucional

La Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, dedica el Título XII al “Régimen Municipal” con lo que pone de manifiesto la importancia de los municipios en la organización constitucional costarricense. A continuación transcribimos las normas referidas al tema, algunas de las cuales, como se indicó, no han sido plenamente desarrolladas legislativamente.

“Artículo 169.- La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley.”

Artículo 170.- Las corporaciones municipales son autónomas. En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente.

La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados.

Transitorio.—La asignación presupuestaria establecida en el artículo 170 será progresiva, a razón de un uno coma cinco por ciento (1,5%) por año, hasta completar el diez por ciento (10%) total.

Periódicamente, en cada asignación de los recursos establecidos en el artículo 170, la Asamblea Legislativa deberá aprobar una ley que indique las competencias por trasladar a las corporaciones municipales. Hasta que la Asamblea Legislativa apruebe cada una de las leyes, no se les asignarán a las municipalidades los recursos correspondientes a ese período, de conformidad con lo indicado en ese mismo numeral. (Así reformado por el artículo único de la ley No. 8106 de 3 de junio del 2001)”

ARTÍCULO 171.- Los regidores Municipales serán elegidos por cuatro años y desempeñarán sus cargos obligatoriamente.

La ley determinará el número de Regidores y la forma en que actuarán. Sin embargo, las Municipalidades de los cantones centrales de provincias estarán integradas por no menos de cinco Regidores propietarios e igual número de suplentes.

Las Municipalidades se instalarán el primero de mayo del año correspondiente.

Transitorio.- Los Regidores Municipales que resulten electos en las elecciones de febrero de mil novecientos sesenta y dos, ejercerán sus cargos desde el primero de julio de mil novecientos sesenta y dos hasta el treinta de abril de mil novecientos sesenta y seis. (Así reformado mediante el inciso 2 de la Ley No. 2741 del 12 de mayo de 1961).

ARTÍCULO 172.- Cada distrito estará representado ante la municipalidad por un síndico propietario y un suplente con voz pero sin voto. Para la administración de los intereses y servicios en los distritos del cantón, en casos calificados las municipalidades podrán crear concejos municipales de distrito, como órganos adscritos a la respectiva municipalidad con autonomía funcional propia, que se integrarán siguiendo los mismos procedimientos de elección popular utilizados para conformar las municipalidades. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, fijará las condiciones especiales en que pueden ser creados y regulará su estructura, funcionamiento y financiación. (Así reformado por el artículo 1 de la Ley No. 8105 de 31 de mayo del 2001).

ARTÍCULO 173.- Los acuerdos Municipales podrán ser:

- 1) Objetados por el funcionario que indique la ley, en forma de veto razonado;*
- 2) Recurridos por cualquier interesado.*

En ambos casos si la Municipalidad no revoca o reforma el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente.

ARTÍCULO 174.- La ley indicará en qué casos necesitarán las Municipalidades autorización legislativa para contratar empréstitos, dar en garantía sus bienes o rentas, o enajenar bienes muebles o inmuebles.

ARTÍCULO 175.- Las Municipalidades dictarán sus presupuestos ordinarios o extraordinarios, los cuales necesitarán para entrar en vigencia, la aprobación de la Contraloría General que fiscalizará su ejecución.”

3.- Regulación Legal

A.- Código Municipal de 1998

El Código Municipal de 1998 recoge de manera sistemática la regulación del régimen municipal, se encuentra conformado por IX Títulos aglutinan las materias fundamentales.

El Título I versa sobre las Disposiciones Generales, el Título II sobre las “Relaciones Intermunicipales” donde se prevén los conciertos o convenios intermunicipales y las federaciones y confederaciones.

El Título III se dedicó a la “Organización Municipal”, el que, a su vez, se compone de VIII capítulos que versan, respectivamente, sobre el “Gobierno Municipal” que reside en el Concejo Municipal órgano colegiado integrado por los Regidores; el “Alcalde Municipal” órgano unipersonal que tiene la competencia de ejecutar los acuerdos del Concejo Municipal, siendo que tanto el Concejo Municipal y el Alcalde son de designación popular; los “Regidores Municipales”, la “Presidencia del Concejo”, las “Sesiones del Concejo y acuerdos”, el “Auditor y Contador”, el “Secretario del Concejo” y los “Consejos de Distrito y Síndicos” que son los órganos colegiados a nivel distrital encargados de vigilar la gestión municipal y servir de canal de comunicación con el resto de los órganos municipales, integrado por síndicos y presidido por un “Intendente Distrital” que tiene en el ámbito distrital las mismas competencias que el Alcalde a nivel cantonal.

El Título IV se ocupa de regular la “Hacienda Municipal”, con V capítulos sobre “Disposiciones generales”, “Los ingresos municipales”, el “Crédito municipal”, el “Presupuesto Municipal” y la “Tesorería y Contaduría”.

El Título V versa sobre “El personal municipal”, con XIII capítulos, dedicados a las “Disposiciones generales”, “Del ingreso a la carrera administrativa municipal”, el “Manual descriptivo de puestos general, de los sueldos y salarios”, de la “Selección del personal”, de los “Incentivos y beneficios”, de la “Evaluación y calificación del servicio”, de la “Capacitación municipal”, de los “Permisos”, de los “Derechos de los servidores municipales”, de los “Deberes de los servidores municipales”, “De las prohibiciones”, de las “Sanciones” y del “Procedimiento de sanciones”.

El Título VI regula lo concerniente a los “Recursos contra los actos Municipales”, conformado por II capítulos, el primero sobre los “Recursos contra los acuerdos del Concejo” y el segundo “Recursos contra los demás actos municipales”.

El Título VII aborda el tema de “Los Comités cantonales de Deportes”, el Título VIII sobre los “Concejos municipales de distrito” (declarados inconstitucionales por el Voto de la Sala Constitucional No. 5445-1999, adicionado por los Votos Nos. 6218-1999, 9811- 1999, 7728-2000 y 8861-2000) y el IX sobre las “Disposiciones finales y transitorias”.

B.- Leyes sectoriales

Existen diversas leyes sectoriales que les confieren competencias a las Municipalidades, tales como la Ley de Planificación Urbana en tal materia (v. gr. planes reguladores y sus reglamentos –zonificación, vialidad, construcción, etc.-) y, en general, del urbanismo (permisos, certificados de uso conforme de suelo, etc.), la Ley General de Caminos Públicos que le atribuye la administración de la red vial cantonal a las municipalidades, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre que le asigna a los entes locales la administración de la misma a través de la elaboración de planes reguladores de desarrollo costero, el otorgamiento de permisos y concesiones.

De otra parte, existen leyes sobre ciertas materias específicas, tales como la Ley sobre el Control de las partidas específicas con cargo al presupuesto nacional, No. 7755 de

16 de febrero de 1998, de las que pueden ser beneficiarias las municipalidades; la Ley sobre Arrendamiento de Locales Municipales, No. 2428 de 14 de septiembre de 1959 y sus reformas, para el otorgamiento

de permisos y concesiones sobre esos bienes del dominio público municipal. Las diversas leyes que establecen impuestos municipales, dado que, a tenor del artículo 121, inciso 13), de la Constitución de 1949, los municipios pueden proponer a la Asamblea Legislativa la creación de impuestos y ese órgano debe autorizarlos mediante una ley (v. gr. leyes sobre el impuesto de patentes, recolección de basura, etc.).

C.- Regulación reglamentaria

En el nivel reglamentario, existe una pluralidad de instrumentos normativos emitidos por cada una de las municipalidades, para regular diversas materias que son competencia de esos entes públicos (v. gr. reglamentos sobre cementerios de dominio público municipal, de recolección y tratamiento de desechos sólidos, etc.)

En todo caso, es menester señalar que las Municipalidades en tanto entes públicos con autonomía administrativa y de gobierno, pueden dictar ciertos reglamentos para ejecutar leyes nacionales en su ámbito de competencia territorial (v. gr. reglamentos en materia urbanística de zonificación, de vialidad, de fraccionamiento y urbanización, de construcciones, etc. –artículo 21 de la Ley de Planificación Urbana-). Potestad que le ha sido reconocida, para el ámbito de competencia respectiva, en el ordenamiento jurídico costarricense a los entes descentralizados funcionalmente o por servicios y territorialmente.

De otra parte, el Código Municipal de 1998 en sus artículos 4, inciso a), y 13, inciso c), autoriza a los municipios para dictar reglamentos autónomos de organización y servicio, sea los denominados reglamentos independientes de una ley en materias que son reserva de reglamento (v. gr. reglamentos sobre la organización municipal o sus diversos órganos y la relación estatutaria entre el municipio y sus funcionarios en materia de licencias, permisos, capacitación, etc.). Asimismo pueden dictar reglamentos para organizar la prestación de los servicios públicos municipales (artículo 13, inciso d, del Código Municipal). Conforme al artículo 13, inciso k), del Código Municipal el Concejo Municipal –órgano colegiado de gobierno- puede dictar los reglamentos que regulen las consultas populares (plebiscitos, referéndum y cabildos abiertos), conforme a las directrices impartidas por el Tribunal Supremo de Elecciones.

4.- Gobierno y Administración Municipal

A.- Gobierno

El gobierno municipal a tenor del artículo 169 constitucional está en el Concejo Municipal que es calificado por ese numeral como un “cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular”. Esto convierte al Concejo Municipal en el superior jerárquico supremo o jerarca de la organización municipal.

El artículo 13 del Código Municipal de 1998, establece las atribuciones de este órgano colegiado de gobierno que son las siguientes:

“a) Fijar la política y las prioridades de desarrollo del municipio, conforme al programa de gobierno inscrito por el alcalde municipal para el período por el cual fue elegido y mediante la participación de los vecinos.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 17 de la ley General de transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades, N° 8801 del 28 de abril de 2010)

b) Acordar los presupuestos y aprobar las contribuciones, tasas y precios que cobre por los servicios municipales, así como proponer los proyectos de tributos municipales a la Asamblea Legislativa.

c) Dictar los reglamentos de la Corporación, conforme a esta ley.

d) Organizar, mediante reglamento, la prestación de los servicios municipales.

e) Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes y autorizar los egresos de la municipalidad, excepto los gastos fijos y la adquisición de bienes y servicios que estén bajo la competencia del alcalde municipal, según el reglamento que se emita, el cual deberá cumplir con los principios de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494, de 2 de mayo de 1995 y su reglamento.

- f) *Nombrar y remover a la persona auditora, contadora, según el caso, así como a quien ocupe la secretaría del concejo.*

(Así reformado el inciso anterior por aparte c) del artículo único de la Ley N° 8679 del 12 de noviembre de 2008).

- g) *Nombrar directamente, por mayoría simple y con un criterio de equidad entre géneros, a las personas miembros de las juntas administrativas de los centros oficiales de enseñanza y de las juntas de educación, quienes solo podrán ser removidos por justa causa. Además, nombrar, por igual mayoría, a las personas representantes de las municipalidades ante cualquier órgano o ente que los requiera.*

(Así reformado el inciso anterior por aparte c) del artículo único de la Ley N° 8679 del 12 de noviembre de 2008).

- h) *Nombrar directamente y por mayoría absoluta a los miembros de la Comisión Municipal de Accesibilidad (Comad), quienes podrán ser removidos por el concejo, por justa causa. La Comad será la encargada de velar por que en el cantón se cumpla la Ley No. 7600, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 2 de mayo de 1996; para cumplir su cometido trabajará en coordinación con el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial (Cnree) y funcionará al amparo de este Código y del reglamento que deberá dictarle el concejo municipal, ante el cual la Comad deberá rendir cuentas.*

(Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010)

- i) *Resolver los recursos que deba conocer de acuerdo con este código.*

(Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso h) al inciso i) actual) j) Proponer a la Asamblea Legislativa los proyectos de ley necesarios para

el desarrollo municipal, a fin de que los acoja, presente y tramite. Asimismo, evacuar las consultas legislativas sobre proyectos en trámite.

(Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso i) al inciso j) actual)

- k) *Acordar la celebración de plebiscitos, referendos y cabildos de conformidad con el reglamento que se elaborará con el asesoramiento del Tribunal Supremo de Elecciones, observando, en cuanto a la forma e implementación de estas consultas populares, lo preceptuado por la legislación electoral vigente. (Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso j) al inciso k) actual)*

En la celebración de los plebiscitos, referendos y cabildos que realicen las municipalidades, deberán estar presentes los delegados que designe el Tribunal Supremo de Elecciones, quienes darán fe de que se cumplieron los requisitos formales exigidos en el código y el reglamento supraindicado. Los delegados del Tribunal supervisarán el desarrollo correcto de los procesos citados.

- l) *Aprobar el Plan de Desarrollo Municipal y el Plan Anual Operativo que elabore la persona titular de la alcaldía, con base en su programa de gobierno e incorporando en él la diversidad de necesidades e intereses de la población para promover la igualdad y la equidad de género. Estos planes constituyen la base del proceso presupuestario de las municipalidades.*

(Así reformado el inciso anterior por aparte c) del artículo único de la Ley N° 8679 del 12 de noviembre de 2008).

(Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso

k) al inciso l) actual)

m) Conocer los informes de auditoría o contaduría, según el caso, y resolver lo que corresponda.

(Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso l) al inciso m) actual)

n) Crear las comisiones especiales y las comisiones permanentes asignarles funciones. (Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso m) al inciso n) actual)

ñ) Conferir distinciones honoríficas de acuerdo con el reglamento que se emitirá para el efecto. (Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso n) al inciso ñ) actual)

o) Comunicar, al Tribunal Supremo de Elecciones, las faltas que justifiquen la remoción automática del cargo de regidor o alcalde municipal.

(Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso ñ) al inciso o) actual)

p) Dictar las medidas de ordenamiento urbano. (Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso o) al inciso p) actual)

q) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta.

(Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso p) al inciso q) actual)

- r) *Autorizar las membresías ante entidades nacionales y extranjeras, públicas o privadas, que estime pertinentes para beneficio del cantón. (Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso q) al inciso r) actual)*
- s) *Las demás atribuciones que la ley señale expresamente. (Corrida la numeración del inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8822 del 29 de abril de 2010, que lo traspaso del antiguo inciso r) al inciso s) actual)”*

Existen regidores propietarios y suplentes, de otra parte la cantidad de regidores de un Concejo Municipal, depende del porcentaje del total de la población nacional que tenga el respectivo cantón. Se prevé un mínimo de 5 regidores para los cantones que tienen menos del 1% de la población nacional hasta aquellos conformados por 13 para los que tienen un 8% o más de la población (artículo 21 del Código Municipal).

B.- Administración

La administración municipal está en manos del “funcionario ejecutivo” (artículo 169 de la Constitución) que se conoce como Alcalde. Las competencias de este órgano unipersonal que también es de elección popular, son las que establece el artículo 17 del Código Municipal de 1998 en el siguiente sentido:

- a) *Ejercer las funciones inherentes a la condición de administrador general y jefe de las dependencias municipales, vigilando la organización, el funcionamiento, la coordinación y el fiel cumplimiento de los acuerdos municipales, las leyes y los reglamentos en general.*
- b) *Delegar las funciones encomendadas por esta ley, con base en los artículos 89 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.*
- c) *Asistir, con voz pero sin voto, a todas las sesiones del Concejo Municipal, asambleas, reuniones y demás actos que la municipalidad realice.*

- d) *Sancionar y promulgar las resoluciones y los acuerdos aprobados por el Concejo Municipal y ejercer el veto, conforme a este código.*
- e) *Antes de entrar en posesión de su cargo, presentar, al concejo municipal, un programa de gobierno basado en un diagnóstico de la realidad del cantón. Este debe incorporar la perspectiva de género, el enfoque de derechos humanos y el principio de no discriminación por motivos de sexo o por cualquier otra condición. Este programa de gobierno deberá ser difundido a las diferentes organizaciones y a las personas vecinas del cantón.*

(Así reformado el inciso anterior, por el aparte d) del artículo único de la Ley N° 8679 de 12 de noviembre de 2008)

- f) *Rendir al Concejo Municipal, semestralmente, un informe de los egresos que autorice, según lo dispuesto en el inciso f) de este artículo.*
- g) *Rendir cuentas a los vecinos del cantón, mediante un informe de labores ante el Concejo Municipal, para ser discutido y aprobado en la primera quincena de marzo de cada año. Dicho informe debe incluir los resultados de la aplicación de las políticas para la igualdad y la equidad de género.*

(Así ampliado el inciso anterior, por el aparte d) del artículo único de la Ley N° 8679 del 12 de noviembre del 2008)

- b) *Autorizar los egresos de la municipalidad, conforme al inciso e) del artículo 13 de este código.*
- i) *Presentar los proyectos de presupuesto, ordinario y extraordinario, de la municipalidad, en forma coherente con el Plan de desarrollo municipal, ante el Concejo Municipal para su discusión y aprobación.*

- j) Proponer al Concejo la creación de plazas y servicios indispensables para el buen funcionamiento del gobierno municipal.*
- k) Nombrar, promover, remover al personal de la municipalidad, así como concederle licencias e imponerle sanciones; todo de acuerdo con este código y los reglamentos respectivos. Las mismas atribuciones tendrá sobre el personal de confianza a su cargo.*
- l) Vigilar el desarrollo correcto de la política adoptada por la municipalidad, el logro de los fines propuestos en su programa de gobierno y la correcta ejecución de los presupuestos municipales;*
- m) Convocar al Concejo a sesiones extraordinarias o cuando se lo solicite, con veinticuatro horas de anticipación, por lo menos la tercera parte de los regidores propietarios.*
- n) Ostentar la representación legal de la municipalidad, con las facultades que le otorguen la presente ley y el Concejo Municipal.*
- ñ) Cumplir las demás atribuciones y obligaciones que le correspondan, conforme a este código, los reglamentos municipales y demás disposiciones legales pertinentes.*
- o) Fiscalizar y garantizar que la municipalidad cumpla con una política de igualdad y equidad entre los géneros acorde con la legislación existente adoptada por el Estado, mediante el impulso de políticas, planes y acciones a favor de la equidad e igualdad entre los géneros.*

(Así adicionado el inciso anterior, por el aparte d) del artículo único de la Ley N° 8679 del 12 de noviembre del 2008)

- p) Impulsar una estrategia municipal para la gestión del desarrollo que promueva la igualdad y equidad de género tanto en el quehacer municipal como en el ámbito local, con la previsión de los recursos necesarios.*

(Así adicionado el inciso anterior, por el aparte d) del artículo único de la Ley N° 8679 del 12 de noviembre del 2008”).

Desde el año 2009 existen dos figuras adicionales que son el Vicealcalde Primero y Segundo. El Vicealcalde Primero tiene las funciones administrativas y operativas que le asigne el Alcalde y sustituye de pleno derecho a éste durante sus ausencias temporales y definitivas. El Vicealcalde Segundo, suple las ausencias del Vicealcalde Primero (artículo 14 del Código Municipal).

5.- Problemática interacción entre la Administración Pública Central y la Administración Pública Municipal: tutela administrativa versus autonomía política o de gobierno municipal³

La autonomía política o de gobierno es la potestad de un ente público menor de fijarse sus propios fines, objetivos y metas, consecuentemente surge un conflicto entre este grado de autonomía y algunas de las potestades propias y típicas de la tutela administrativa en manos del ente director o ente público mayor (Estado). Conforme ascendemos en los grados de autonomía descendemos en la intensidad de la tutela administrativa.

Con lo anterior no queremos decir que los entes públicos menores que gozan de autonomía política o de gobierno –v. gr. las Municipalidades-, estén totalmente exentos de cualquier forma de tutela, puesto que, algunos órganos del ente público mayor (v.gr. la Asamblea Legislativa y la Controlaría General de la República) siempre ejercen ciertos controles tutelares constitucionales sobre los mismos (autorizaciones y aprobaciones).

³ V. JINESTA LOBO (Ernesto), Tratado de Derecho Administrativo – Parte General-, San José, Editorial Jurídica Continental y Iusconsultec S.A., 2ª. Edición, 2009, pp. 123-131; JINESTA LOBO (Ernesto), Tutela y descentralización administrativas. En Retos de la organización administrativa contemporánea –X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo El Salvador 2011-, San Salvador, Sección Publicaciones Corte Suprema de Justicia, 2011, pp. 347-378 y JINESTA LOBO (Ernesto), La Dirección Intersubjetiva. En Justicia, libertad y derechos humanos –Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante-, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Colegio de Abogados, Sala Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo II, 2003, pp. 959-1023.

No obstante, al poder fijarse sus propios fines, objetivos y metas, las potestades más típicas o emblemáticas (planificación, programación, dirección y coordinación) del ente público mayor en la tutela administrativa se ven seriamente debilitadas. Incluso, en la doctrina nacional se ha indicado que la tutela administrativa establecida en los ordinales 26, inciso b), 27, párrafo 1°, 98, 99 y 100 de la Ley General de la Administración Pública es parcialmente inconstitucional en lo referente a las Municipalidades (artículo 170 de la Constitución Política) y otras entidades que gozan de una autonomía superior como las universidades (artículo 84 *ibidem*), dado que, esos entes públicos menores gozan de autonomía política o de gobierno, esto es, tienen potestad de auto-dirigirse políticamente o de autogobernarse, por lo que no puede venir el ente público mayor o Estado a fijarles, mediante las potestades de planificación y dirección inherentes a la tutela administrativa, los fines u objetivos por alcanzar.

Sobre el particular, el Alcalde de la Municipalidad de San José, planteó, en su momento, una acción de inconstitucionalidad contra, entre otros, los numerales indicados de la Ley General de la Administración pública, 9 y 10 de la Ley de Planificación Nacional. Esa acción fue resuelta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el Voto No. 5445-99 de las 14:30 hrs. de 14 de julio de 1999. Ese órgano jurisdiccional entendió –indirectamente por cuanto no lo indica de forma manifiesta y expresa- que frente a la autonomía política o de gobierno que ostentan las municipalidades no existe una relación de tutela administrativa o de dirección intersubjetiva en un sentido pleno o total, puesto que, ese grado de autonomía excluye o resulta incompatible con cualquier relación de dirección –por más tenue que sea- entre el ente público mayor –Estado o Administración Central- y los entes públicos menores descentralizados territorialmente.

En cuanto a la autonomía política y la planificación o programación –como manifestación concreta del haz de potestades que tiene el ente tutor o director sobre el ente tutelado o dirigido-, puesto que, se impugnó en la referida acción de inconstitucionalidad, entre otros, el artículo 1° de la Ley de Planificación Nacional No. 5525 del 26 de abril de 1994-, la Sala Constitucional en el citado Voto No. 5445-99 consideró que el sistema nacional de planificación debe incluir a las municipalidades.

“XV- (...) en tanto forman parte del Estado costarricense, pues, según se dijo antes, los gobiernos locales tiene plena autonomía en lo que corresponde a sus cometidos (estrictamente referido a “lo local”), pero –como se indicó también-, no puede crearse un antagonismo entre los intereses y servicios locales con los nacionales, puesto que ambos están llamados a coexistir. De modo que, al estar las municipalidades integradas al Estado, su accionar puede ser encauzado en los lineamientos generales del país en un gran Plan Nacional de Desarrollo que abarque los aspectos económicos, productivos y de organización más importantes para la Nación –como lo ha dicho en forma reiterada la jurisprudencia constitucional en la materia de planificación urbana-; y en el caso en estudio, nótese que la norma trata de objetivos generales, “aumentar la productividad nacional”, “mejorar los servicios sociales que presta el Estado”, “propiciar la participación ciudadana” y no de planes concretos y específicos como argumenta la promovente. Sí debe hacerse la advertencia, de que a juicio de la Sala, únicamente es constitucional la Planificación Nacional de Desarrollo que haya sido aprobada mediante ley, de manera que solamente pueden ser vinculantes para los gobiernos locales, aquellas directrices que se originen en una ley, no las originadas directamente de la Presidencia de la República, de Ministerios u organismos estatales, y en este caso, tampoco la antes llamada Oficina de Planificación Nacional y Política Económica.”

Es así como la Sala Constitucional admitió la inclusión de las municipalidades en un “gran Plan Nacional de Desarrollo”, esto es, en una planificación global y no parcial, sectorial o local. Consecuentemente, parece que la Sala Constitucional acepta, indirectamente, la planificación local elaborada por la Administración Central –Estado a través del Poder Ejecutivo- cuando esa programación incluye competencias, cometidos y fines de carácter nacional o supra-local, puesto que, si son exclusiva y claramente de naturaleza local, la Administración Central no podría regularlos. La planificación, como hemos visto, consiste en una programación a corto, mediano y largo plazo de la actuación administrativa para orientarla al logro de determinados fines, objetivos y metas. Si tales metas, fines y objetivos le corresponde programarlos a la Municipalidad, por tratarse de servicios e intereses estricta y exclusivamente locales, es claro que debe excluirse la planificación de la Administración Central. Nótese que el propio Código Municipal del 98 le otorga el Concejo Municipal y al alcalde potestades de planificación. En realidad, el voto de la Sala Constitucional plantea serios problemas prácticos, puesto

que, según hemos podido constatar, a la luz de la Ley de Planificación Nacional y su Reglamento, tanto el Plan Nacional de Desarrollo como los planes regionales, sectoriales y locales no son promulgados por ley. Consecuentemente, la planificación legal a que hace referencia el voto No. 5445-99 es irreal e inexistente.

En lo concerniente a la impugnación de los artículos 26, inciso b), 27 párrafo 1°, 98, 99 y 100 de la Ley General de la Administración Pública y más concretamente a la articulación de la autonomía política de las corporaciones municipales y las potestades de dirección –directrices- y de sustitución –entendidas como manifestaciones concretas de la tutela administrativa-, la Sala Constitucional consideró lo siguiente:

“XIX.- (...) La Sala estima que esas disposiciones no son aplicables al régimen municipal, ya que las normas hacen referencia únicamente a las instituciones descentralizadas llamadas autónomas como en el caso del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA), Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU), entre otras, en las que necesariamente debe darse esa relación de dirección, y no por mandato legal, sino constitucional... Por los mismos motivos, los artículos 98, 99 y 100 de la Ley General de la Administración Pública no pueden entenderse de aplicación a los entes municipales, en tanto no son entes subordinados al Poder Ejecutivo, y desde esta perspectiva, ninguna de esas normas resultan inconstitucionales.”

En punto a la relación existente entre autonomía política de las municipalidades y la coordinación –entendida como una de las potestades concretas del ente director sobre el dirigido en la tutela administrativa- que debe existir entre los gobiernos locales, los entes descentralizados funcionalmente y la Administración Central, la Sala Constitucional indicó en el Voto No. 5445-99 lo siguiente:

“X.- (...) No puede, entonces, crearse un conflicto por antagonismo o protagonismo entre la materia que integra el fin general de “los intereses y servicios locales” de los intereses y servicios públicos “nacionales” o “estatales”, intrínsecamente distintos unos de otros, pero que en realidad están llamados a coexistir; y ello es así, porque ambos tipos de interés pueden estar, eventualmente, entremezclados y más bien, es frecuente que, dependiendo de la capacidad económica y organizativa de los gobiernos locales, sus limitaciones propias conduzcan a ampliar el círculo de los que aparecen como nacionales

o estatales, lo que hace ver que la distinción no debe ser inmutable, sino gradual o variable... queda claro que habrá cometidos que por su naturaleza son exclusivamente municipales, a la par de otros que pueden ser reputados nacionales o estatales; por ello es esencial definir la forma de coparticipación de atribuciones que resulta inevitable, puesto que la capacidad pública de las municipalidades es local, y la del Estado y los demás entes, nacional; de donde resulta que el territorio municipal es simultáneamente estatal e institucional, en la medida en que lo exijan las circunstancias. Es decir, las municipalidades pueden compartir sus competencias con la Administración Pública en general, relación que debe desenvolverse en los términos como está definida en la ley (artículo 5 del Código Municipal anterior; artículo 7 del nuevo Código), que establece la obligación de “coordinación” entre las municipalidades y las instituciones públicas que concurran en el desempeño de sus competencias, para evitar duplicaciones de esfuerzos y contradicciones, sobre todo, porque sólo la coordinación voluntaria es compatible con la autonomía municipal por ser su expresión. En otros términos, la municipalidad está llamada a entrar en relaciones de cooperación con otros entes públicos, y viceversa, dado el carácter concurrente o coincidente –en muchos casos-, de intereses en torno a un asunto concreto. En la doctrina, la coordinación es definida a partir de la existencia de varios centros independientes de acción, cada uno con cometidos y poderes de decisión propios, y eventualmente discrepantes; pese a ello, debe existir una comunidad de fines por materia, pero por concurrencia, en cuanto sea común el objeto receptor de los resultados finales de la actividad y de los actos de cada uno. De manera que la coordinación es la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes. Como no hay una relación de jerarquía de las instituciones descentralizadas, ni del Estado mismo en relación con las municipalidades, no es posible la imposición de éstas determinadas conductas, con lo cual surge el imprescindible “concierto” interinstitucional, en sentido estricto, en cuanto los centros autónomos e independientes de acción se ponen de acuerdo sobre ese esquema preventivo y global, en el que cada uno cumple un papel con vista en una misión confiada a los otros. Así, las relaciones de las municipalidades con los otros entes públicos, sólo pueden llevarse a cabo en un plano de igualdad, que den como resultado formas pactadas de coordinación, con exclusión de cualquier forma imperativa en detrimento de su autonomía, que permita sujetar a los entes corporativos a un esquema de coordinación sin su voluntad

o contra ella; pero que sí admite la necesaria subordinación de estos entes al Estado y en interés de éste (a través de la “tutela administrativa” del Estado, y específicamente, en la función de control de la legalidad que a éste compete, con potestades de vigilancia general sobre todo el sector) (...) Esta obligación de coordinación entre las instituciones del Estado y las municipalidades está implícita en la propia Constitución Política...debe existir una debida y obligada coordinación entre el Estado y los entes corporativos locales...sin que ello implique una invasión a la autonomía municipal. Igualmente, estima la Sala que en materia de planificación urbana se debe dar esa misma relación de coordinación, aún cuando se ha definido –por disposición constitucional- que la planificación urbana es competencia de los gobiernos locales, la misma debería ordenarse de conformidad con las directrices y lineamientos generales del Plan Nacional de Urbanismo elaborado por el Poder Ejecutivo (a propuesta de la Dirección de Urbanismo del INVU y el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica) e integrado en el Plan Nacional de Desarrollo a que alude la Ley de Planificación Nacional, en el entendido de que ese Plan debe ser aprobado por una ley ordinaria (...)”.

De igual forma, en el citado Voto No. 17113-06, el Tribunal Constitucional se refirió al tema de la coordinación que debe de existir entre las municipalidades y las demás instituciones estatales, de la siguiente manera:

“(...) XV- La obligación de coordinación entre las instituciones estatales y las Municipalidades, cuando de la administración de los intereses y servicios locales se trate.- Conforme ya se dijo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 170 constitucional las municipalidades (entes corporativos locales) gozan de autonomía administrativa, de conducción política y financiera en la administración de los intereses y servicios locales (artículo 169 de la Constitución Política). En consonancia con dicha autonomía, cuando las instituciones descentralizadas y el Poder Ejecutivo, lleven a cabo las funciones que le han sido encomendadas y se deban relacionar con el cantón, tienen la obligación de coordinar con los gobiernos locales...No puede, entonces, crearse un conflicto por antagonismo o protagonismo entre la materia que integra “los intereses y servicios locales” de “los intereses y servicios públicos nacionales o estatales”, intrínsecamente distintos unos de otros, pero que en realidad están llamados a coexistir; y ello es así, porque ambos tipos de interés pueden estar, eventualmente, entremezclados y más bien, es frecuente que, dependiendo de la capacidad económica y organizativa

de los gobiernos locales, sus limitaciones propias conduzcan a ampliar el círculo de los que aparecen como nacionales o estatales, lo que hace ver que la distinción no debe ser inmutable, sino gradual o variable. Definida la competencia material de la municipalidad en una circunscripción territorial determinada, queda claro que habrá cometidos que por su naturaleza son exclusivamente municipales, a la par de otros que pueden ser reputados nacionales o estatales; por ello es esencial definir la forma de cooperación de atribuciones que resulta inevitable, puesto que la capacidad pública de las municipalidades es local, y la del Estado y la mayoría de los demás órganos, nacional; de donde resulta que el territorio municipal es simultáneamente nacional (Unidad de Estado) y local. Es decir, las municipalidades pueden compartir sus competencias con la Administración Pública en general, relación que debe desenvolverse en los términos como está definida en la ley (artículo 7 del Código Municipal), que establece la obligación de “coordinación” entre las municipalidades y las instituciones públicas que concurren en el desempeño de sus competencias, para evitar duplicaciones de esfuerzos y contradicciones. En otros términos, la municipalidad está llamada a entrar en relaciones de cooperación con otros entes públicos, y viceversa, los entes públicos están obligados a coordinar con las municipalidades, dado el carácter concurrente o coincidente -en muchos casos-, de intereses en torno a un asunto concreto. En la doctrina, la coordinación es definida a partir de la existencia de varios centros independientes de acción, cada uno con cometidos y poderes de decisión propios, y eventualmente discrepantes; pese a ello, debe existir una comunidad de fines por materia, pero por concurrencia, en cuanto sea común el objeto receptor de los resultados finales de la actividad y de los actos de cada uno. De manera que la coordinación es la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes. Como no hay una relación de jerarquía de las instituciones descentralizadas, ni del Estado mismo en relación con las municipalidades, no es posible la imposición a éstas de determinadas conductas, con lo cual surge el imprescindible “concierto” interinstitucional, en sentido estricto, en cuanto los centros autónomos de acción se ponen de acuerdo sobre ese esquema preventivo y global, en el que cada uno cumple un papel con vista en una misión confiada a los otros. Así, las relaciones

de las municipalidades con los otros entes públicos, sólo pueden llevarse a cabo en un plano de igualdad, que den como resultado formas pactadas de coordinación, con exclusión de cualquier forma imperativa en detrimento de su autonomía, que permita sujetar a los entes corporativos a un esquema de coordinación sin su voluntad o contra ella; pero que sí admite la necesaria coordinación de estos entes al Estado y en interés de éste (a través de la “tutela administrativa” del Estado, y específicamente, en la función de control la legalidad que a éste compete, con potestades de vigilancia general sobre todo el sector). La relación de cooperación implica entonces que, para que el Poder Ejecutivo o los otros entes públicos lleven a cabo proyectos de su iniciativa en una determinada localidad, están obligados a coordinar con la municipalidad respectiva (...)”. (Véase en similar sentido los Votos Nos. 2594-05 del 9 de marzo de 2005; 13462-06 del 8 de septiembre de 2006; 11470-06 del 8 de agosto de 2006; 12260-07 del 24 de agosto de 2007 y 15206-07 del 19 de octubre de 2007).

Como se ve, la Sala Constitucional admite una coordinación concertada, voluntaria o pactada de las entidades territoriales (municipalidades) con el resto de los entes públicos en aquellos ámbitos o sectores de la gestión administrativa donde ejercitan competencias nacionales o supra-locales concurrentes, compartidas o paralelas –no en lo que es incuestionablemente de carácter local-, todo con el propósito de evitar la duplicidad de esfuerzos y las omisiones.

6.- Desafíos y dilemas en la transferencia de competencias de la Administración Pública Central a la descentralizada Municipal⁴.

A.- Relevancia de la reforma parcial al artículo 170 de la Constitución en 2001

La reforma parcial del artículo 170 del texto constitucional, por la Ley No. 8106 del 3 de junio del 2001, representa el reto político y administrativo más trascendente del devenir institucional de nuestro país en los últimos sesenta y cinco años de vigencia de la Constitución Política

⁴ V. JINESTA LOBO (Ernesto), Desafíos y dilemas jurídicos de la transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades. Revista Ivstitia, año 16, Nos. 185-186, maya-junio, 2002, pp. 16-23

del 7 de noviembre de 1949, puesto que, representa una verdadera y profunda reforma del Estado. Probablemente, todavía, en las instancias políticas no se ha cobrado conciencia del enorme impacto de esta reforma en la configuración general y futura de las administraciones públicas, del Estado y de la sociedad costarricense. Como consecuencia de la reforma, las entidades territoriales o locales se proyectan como poderosos centros de conformación del desarrollo socioeconómico en el siglo XXI, claro está, si saben asumir adecuada y responsablemente, los deberes y obligaciones que les han sido asignados por el constituyente derivado del 2001. Si los municipios, y sobre todo, sus órganos de gobierno –Concejos y Alcaldes- no saben aprovechar esta oportunidad histórica para dinamizar el régimen municipal imprimiéndole una papel protagónico y activo en la consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho y, por consecuencia, no abordan con planificación las nuevas obligaciones y responsabilidades, el Estado costarricense correrá serio peligro y hasta, eventualmente, podría sufrir una crisis o colapso de incalculables consecuencias. Afortunadamente, la transferencia de competencias y servicios públicos ha sido diseñada por el constituyente derivado como un proceso paulatino y progresivo cuyo éxito dependerá, en muy buena parte, de la consistencia, coherencia y rigor técnico de las leyes que lo implementarán, sin perder de perspectiva, desde luego, la ejecución misma del proceso que debe estar muy bien concebida y administrada por los sujetos que intervienen en el proceso de transferencia. Son múltiples los retos humanos, jurídicos, financieros o presupuestarios y materiales que le plantea la reforma a la clase política y burocrática de nuestro país, los cuales deben ser superados de forma airosa en aras de una mayor cuota de democratización y participación directa de los ciudadanos en la gestión pública y, desde luego, de la supervivencia, continuidad u consolidación del Estado costarricense surgido después de la fundación de la Segunda República. A continuación, nos ocuparemos de la sistematización del proceso de transferencia de competencias y de los principales retos o desafíos de carácter jurídico inherentes al mismo, sin un ánimo exhaustivo.

B.- Fortalecimiento del régimen y de la autonomía municipal

En nuestro país hemos experimentado un fortalecimiento paulatino y lento de la descentralización territorial, puesto que, aunque el constituyente de 1949 optó, claramente, por la autonomía

de las corporaciones municipales es hasta veinte años después que se promulgó el primer código municipal (Ley No. 4574 del 4 de mayo de 1970 –actualmente derogada-) jalonado por los diversos congresos municipales que se verificaron antes de esa fecha. El Código Municipal del 70, realmente, no desarrolló de forma adecuada la autonomía de las municipalidades, como tampoco lo ha hecho el Código vigente (Ley No. 7794 del 30 de abril de 1998) que, únicamente, introdujo algunas modificaciones de carácter cosmético y otras que tratan de consolidar una mayor democracia participativa, tales como la elección directa de los alcaldes y los mecanismos de participación popular como el referéndum, el plebiscito y el cabildo abierto. Evidentemente, a tal circunstancia obedece que los ayuntamientos, tradicionalmente, hayan ejercitado competencias y prestado servicios públicos marginales o residuales desde la mitad del siglo antepasado, así como su desteñido papel en la vida política y administrativa del país. Es con la reforma parcial al artículo 170 de la Constitución Política, mediante la Ley No. 8106 del 3 de junio del 2001, cuando se da el primer paso firme y relevante para la consolidación efectiva de la descentralización territorial, hito histórico que acontece más de cincuenta años después de la entrada en vigencia de nuestra Carta Magna. La cuestión a plantearse es la siguiente ¿Por qué razón tuvimos que esperarnos más de cincuenta años para fortalecer el régimen municipal que el constituyente del 49 decidió resucitar?

C.- Verdadero sentido jurídico del concepto “traslado de competencias”: Incremento de la descentralización territorial.

El constituyente derivado del 2001, en el numeral 170 del código político, hace referencia, por lo menos en dos ocasiones, al concepto de “traslado de competencias” (párrafos segundos del artículo y del transitorio). Desde esa perspectiva, ese concepto poco técnico y vago, debe ser delimitado y perfilado desde el punto de vista jurídico.

En realidad, el constituyente se está refiriendo a una descentralización de las competencias actualmente ejercidas por la Administración Pública Central, esto es, el Estado. La descentralización, desde un punto de vista dogmático, se define como “(...) la transferencia intersubjetiva y definitiva de la titularidad y ejercicio de competencias específicas y exclusivas”⁵.

5 JINESTA LOBO (Ernesto), Tratado de Derecho Administrativo -Parte General-, San José, Editorial Jurídica Continental y Iusconsultec S.A, Tomo I, 2ª. edición, 2009, p. 42.

Consecuentemente, el quid en la interpretación del numeral 170 de la Constitución, según su nueva redacción, consiste en determinar, si lo descrito en su contenido se conforma con la definición ofrecida. Evidentemente, estamos ante una transferencia intersubjetiva, puesto que, al abordar el tema de los sujetos veremos cómo se trata de una transferencia de competencias del ente público mayor o Estado a los entes públicos menores descentralizados territorialmente, denominados municipalidades, siendo que ambos polos subjetivos se encuentran debidamente personificados. La transferencia de competencias a que se refiere el constituyente derivado es definitiva, no es provisional o temporal, sin que esa característica se vea atenuada por el carácter progresivo o gradual del proceso diseñado –a tenor del transitorio la asignación presupuestaria será progresiva y deberá ser, indefectiblemente, precedida por una ley que especifique las competencias a trasladarse, en concreto se trata de siete leyes especiales-. El precepto constitucional se refiere a la transferencia de la titularidad y del ejercicio de las competencias, siendo que los órganos del Estado –v. gr. Ministerios del Poder Ejecutivo- no deben conservar la titularidad de la competencia que es transferida por la respectiva ley especial de modo que no puede darse, bajo ningún concepto, una reversión o recuperación de la competencia, esto es, una vez “localizada” o “municipalizada” la competencia, por vía de ley especial, solamente podrá ser nacionalizada mediante otra ley. Ni siquiera un ejercicio ineficaz o deficiente puede justificar que la competencia vuelva en cabeza del Estado y sus órganos. Resulta obvio que las competencias que serán transferidas serán específicas y técnicas que las ejercerán, exclusivamente, las corporaciones municipales a efecto de evitar la duplicidad administrativa.

En el Voto No. 3493-2002, la Sala Constitucional, al evacuar la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad del proyecto de ley general de transferencia de competencias (expediente legislativo No. 14.310), señaló con meridiana claridad que “(...) el sentido de la reforma es el de trasladar la titularidad de algunas competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades y no solo su ejercicio, con todas las garantías del principio de autonomía municipal (...)”.

Como se ve, la reforma constitucional tiende, básicamente, a fortalecer y, sobre todo, a intensificar o incrementar la descentralización territorial existente hasta antes de la reforma. Realmente, hasta ahora

podemos hablar en nuestro sistema jurídico de una verdadera y efectiva descentralización territorial, la cual merecerá, ciertamente, esos adjetivos hasta cuando sea concluido el proceso progresivo y gradual de desarrollo previsto en el artículo 170 de la Constitución, el cual debió haber sido concluido en el año 2009, para poder hablar de una descentralización territorial acabada.

La Sala Constitucional en el Voto No. 10134-2000 , al evacuar la consulta legislativa sobre el proyecto de reforma parcial del artículo 170 de la Constitución, consideró que lo fundamental del mismo “(...) es instrumentar una descentralización de funciones, pasando al orden local las que hoy día están en manos del Poder Ejecutivo, y complementariamente, transferir recursos financieros a las municipalidades, para que se encarguen de prestar esos servicios o de administrar esas competencias” y luego agrega que lo promovido es “(...) una reforma del Estado, puesto que se impulsa, con toda claridad, un total debilitamiento del Poder Ejecutivo a favor de los gobiernos locales y una alteración de la forma como se van a distribuir los fondos públicos (...)”.

D.- Naturaleza jurídica del proceso de transferencia de competencias diseñado por el constituyente derivado

Uno de los puntos medulares por desentrañar en la correcta hermenéutica del artículo 170 de la Constitución Política es definir la naturaleza de la transferencia, esto es, si es obligatoria o es consensuada.

La reforma del 170 manda que del presupuesto ordinario de la república debe asignársele a las ochenta y una municipalidades un 10% a efecto de transferirles, definitivamente, la titularidad y el ejercicio de una serie de competencias que, actualmente, son ejercidas por el Estado y sus órganos. La intención del constituyente no fue plasmar una transferencia consensuada o voluntaria en la que los sujetos de la relación consientan en ésta, sino fortalecer y aumentar, aunque sea a largo plazo, la descentralización territorial. Queda excluido cualquier elemento de tipo convencional puesto que el legislador definirá las competencias a transferir con respeto del parámetro de constitucionalidad. Sobre el particular, la Sala Constitucional en el Voto No. 3493-02 – consulta legislativa facultativa del proyecto de ley de transferencia de competencias, expediente legislativo No. 14.310- sostuvo “(...) *que lo estatuido por el constituyente derivado al reformar el artículo 170 de la Constitución*

Política, es materia indisponible para la ley ordinaria, de donde se concluye que es inconstitucional la regulación dispuesta en el proyecto consultado, sobre el sistema de traslado de competencias escogido por el constituyente derivado (...)”, dado que, el mecanismo es imperativo –por aplicación del 170 de la Constitución, de la que será la Ley General de Transferencia de Competencias y las siete leyes específicas-.

Bajo esta inteligencia, la Ley General de Transferencia de Competencias, no debe ocuparse de un traspaso consensuado, toda vez, que es obligada y mandada por el propio constituyente. Ya habrá ocasión o tiempos propicios para dictar una ley de transferencias consensuadas, de momento el legislador debe ocuparse de desarrollar, con sumo cuidado y detenimiento, los desafíos planteados por la nueva redacción del ordinal 170 de la Constitución Política.

Lo anterior es importante, puesto que, la transferencia consensuada de competencias no supone una verdadera descentralización, toda vez, que el transferidor mantiene la titularidad y el transferido se limita a ejercitar las competencias. La transferencia consensuada es una suerte de delegación intersubjetiva un tanto heterodoxa que, a la postre, puede reñir con el principio constitucional de la indelegabilidad de las competencias constitucionales –artículo 9° de la Constitución Política-.

E.- Principios rectores del proceso de transferencia de competencias

Del texto constitucional podemos deducir algunos principios rectores del proceso de transferencia de competencias, que son los siguientes:

a) Principio de provisión o de disponibilidad presupuestaria.

Tenemos, así, el principio de la asignación presupuestaria progresiva de un orden del 1,5% del presupuesto ordinario de la República hasta completar el mínimo del 10%. Este principio lo podemos denominar de provisión, puesto que, el numeral 170 de la Constitución impone como requisito sine qua non para ejercer las nuevas competencias que haya un contenido presupuestario para su correcto y adecuado desempeño. La duda queda planteada con respecto a los recursos técnicos, materiales y humanos a los que no se refiere la norma constitucional, sin embargo,

para que exista un cabal y eficiente proceso de transferencia es de esperar que el Estado y sus órganos transfieran, también, aquellos recursos humanos, materiales y técnicos, los primeros por representar un capital humano con una amplia experiencia y los segundos al representar bienes de capital con valor tecnológico que no tendría sentido mantenerlos en cabeza de aquellos, toda vez, que al no ejercer las competencias pueden prescindir de tales recursos.

b) Principio de progresión o graduación.

Las competencias a transferir no serán trasladadas en un solo acto legislativo, puesto que, se requiere de una ley general y de siete leyes especiales que las puntualicen gradualmente conforme aumenta el porcentaje del presupuesto asignado. Precisamente, este principio nos permite hablar de un verdadero y real proceso de transferencia de competencias que debió ser implementado y ejecutado a largo plazo, sea entre ocho y diez años. Este principio es vital para medir, paulatinamente, la capacidad de gestión y adaptación de las diversas municipalidades a la titularidad y ejercicio de las nuevas competencias. La progresividad en la asignación presupuestaria a las Municipalidades fue establecida, a nuestro juicio, para evitar una transferencia intempestiva que puede comprometer seriamente la calidad, eficiencia, eficacia y continuidad de los servicios públicos y de las competencias transferidas.

c) Principios de diferenciación y de proporcionalidad.

No se encuentran expresamente enunciados como en los dos casos anteriores, sin embargo, resulta razonable que en la distribución de las asignaciones presupuestarias anuales y de las competencias por las siete leyes específicas, se tomen en consideración el índice de desarrollo socioeconómico de cada municipio, su capacidad financiera o presupuestaria, la efectividad del sistema de recaudación tributaria, los recursos materiales y humanos disponibles, la experiencia precedente en la gestión de proyectos y, desde luego, su densidad poblacional y extensión territorial. De esa forma, se logra diferenciar los porcentajes presupuestarios asignados y las competencias transferidas en proporción y consonancia a parámetros objetivos. Estos principios son fundamentales en razón de la asimetría de nuestro régimen municipal, puesto que, encontramos micro municipios, mezo municipios y macro municipios, tanto desde el punto de vista de sus recursos financieros, grado de desarrollo socioeconómico,

capacidad de gestión, territorio e índice de población. Puede haber una municipalidad con una gran extensión territorial pero con bajos índices de desarrollo socio-económico y de población o viceversa o, incluso, cantones con un gran desarrollo industrial y comercial pero con un deficiente sistema de gestión y recaudación tributaria que incide negativamente en sus finanzas. Es preciso, incluso, tomar en cuenta el factor regional, puesto que, en ocasiones, ciertas circunscripciones que aglutinan a varios municipios tienen índices de desarrollo socio-económico disímiles. Estos principios imponen la necesidad impostergable, antes del dictado de cada una de las siete leyes específicas, de efectuar un diagnóstico interdisciplinario serio y objetivo de todas esas variables que determinan la cantidad y volumen de los recursos financieros asignados y de las competencias transferidas. Obviamente, en ese estudio deben cumplir un papel protagónico los sujetos y órganos del proceso de transferencia como el Ministerio de Planificación Nacional y los Concejos Municipales auxiliados con las comisiones especiales y sus órganos de colaboración como los Consejos de Distrito. Tanto es así que el Estado y los municipios, los últimos a través de sus órganos de representación tales como la Unión Nacional de Gobiernos Locales (UNGL) y las ligas, federaciones o confederaciones municipales, deben coordinar iniciativas y esfuerzos a fin de crear una comisión interinstitucional encargada de impulsar y darle seguimiento a los diagnósticos dichos, cuyos informes y recomendaciones constituyan un insumo importante para la comisión legislativa encargada de dictaminar los proyectos de las siete leyes especiales. Es recomendable que las administraciones de gobierno encargadas de implementar y desarrollar la reforma parcial, nombren, también, un ministro sin cartera de transferencia de las competencias del Ejecutivo a las Municipalidades, encargado de coordinar las acciones y esfuerzos tendientes a consolidar el proceso, aspecto que también denotaría el interés del Poder Ejecutivo en su implementación debida.

F.- Sujetos del proceso de transferencia de competencias

a) Sujeto activo o transferidor: ¿Administración Pública Central o Administración Pública Descentralizada?

El texto del artículo 170 de la Constitución no ofrece ninguna duda en cuanto al sujeto activo o transferidor de competencias, puesto que, los recursos financieros a trasladarse son los del presupuesto ordinario

de la república, esto es, de la Administración Central o Estado, asimismo, el párrafo 2° del precepto supracitado indica que *“La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo (...)”*. Es así como las competencias que podrán ser transferidas son aquellas que hoy ostenta el Poder Ejecutivo y sus principales órganos como los Ministerios y, a su vez, las competencias asignadas a los órganos ordinarios y desconcentrados de éstos. La Sala Constitucional en el Voto No. 10134-2000, al evacuar la consulta legislativa sobre el proyecto de reforma parcial del artículo 170 de la Constitución, estimó que *“El objeto de la reforma es modificar el régimen constitucional de balance que existe, entre las competencias nacionales y la municipales o locales, mediante la transferencia de competencias que hoy días están en manos del Poder Ejecutivo y la de recursos financieros a los gobiernos locales, lo que se logra por una doble vía: asignando un diez por ciento del Presupuesto Ordinario de la República y encargando a las municipalidades de atender aquellos asuntos del Poder Ejecutivo que, anualmente y por medio de una ley de la República, se le encargue al régimen municipal”*

Es así como, tanto la ley general de transferencia de competencias como las siete leyes especiales, no deben ni pueden ocuparse de la transferencia de competencias de la administración descentralizada institucional (instituciones autónomas y semiautónomas) o descentralizada corporativa (colegios profesionales, corporaciones productivas e industriales – v. gr. LAICA, ICAFE, CONARROZ, Juntas del Tabaco y de la Cabuya, Corporaciones Hortícola Nacional y Ganadera, etc.). Este, desde luego, constituye un punto pendiente en el proceso de fortalecimiento de la descentralización territorial que podría implementarse a través de una ley y acudiendo a la técnica de la transferencia pactada o concertada, siempre y cuando, no sean objeto de transferencia, para el supuesto de la administración descentralizada institucional, las competencias o servicios públicos de aquellas instituciones autónomas que han sido definidas constitucionalmente (v. gr. la CCSS, el PANI), en cuyo caso se requeriría además de una reforma constitucional parcial. Por consiguiente, ocuparse en la ley general de transferencia encargada de desarrollar el artículo 170 Constitucional en su versión actual, de ese extremo, constituye una seria irresponsabilidad, puesto que, la transferencia de la administración central a las locales ya plantea, de por sí, serios retos y dilemas que deben ser abordados y resueltos adecuadamente. En todo caso, de ser cubierto

este extremo podría existir una inconstitucionalidad por exceso, siendo, además, desde el punto de vista formal, que cada proyecto legislativo debería ser consultado a cada ente descentralizado institucional o funcional cuyas competencias se pretendan transferir (artículo 190 de la Constitución).

b) Sujeto pasivo o transferido: ¿Municipalidades, ligas, federaciones y confederaciones de municipios?

Tampoco ofrece hesitaciones de ninguna especie que las ochenta y una municipalidades serán los sujetos pasivos o las destinatarias del proceso de transferencia todo en aplicación de los principios de diferenciación y proporcionalidad enunciados anteriormente. La Sala Constitucional en el Voto No. 3493-02 estimó que “(...) *tal transferencia debe recaer en las corporaciones municipales (...)*”

El punto polémico a dilucidar lo constituye si las ligas, federaciones y confederaciones de municipalidades podrán ser sujetos transferidos o pasivos. Al respecto, la norma constitucional es sumamente concisa y clara, puesto que indica que el 10% del presupuesto ordinario de la república se le “(...) *asignará a todas las municipalidades del país (...)*” (párrafo 1º), luego señala que “*La ley determinará las competencias que se trasladarán (...)* a las corporaciones municipales” (párrafo 2º). Es así como el constituyente erige como único sujeto pasivo o transferido a las ochenta y una municipalidades, sin incluir, desde luego, las ligas, federaciones y confederaciones, por lo que si el legislador les otorga esa condición estaría incurriendo en un vicio de inconstitucionalidad. Nada impide que, una vez transferida la competencia o el servicio público, la respectiva corporación municipal le transfiera su simple ejercicio –no titularidad-, a su vez, a una liga, una federación, una confederación, un consorcio municipal o una empresa privada, pública o mixta –incluso municipal-, esta última en condición de concesionaria.

G.- Objeto del proceso de transferencias

Un aspecto a esclarecer es si el proceso de transferencia incluye, además de las competencias, los servicios públicos. Ciertamente el precepto constitucional se refiere, única y exclusivamente, a las competencias, cuando dogmáticamente en el Derecho Administrativo, desde hace mucho tiempo, se decantaron y definieron claramente los

perfiles de sendas figuras. Las competencias son una manifestación específica de una potestad y comprenden el conjunto de facultades o atribuciones asignadas por el ordenamiento jurídico a un centro total –ente público- o parcial – órgano público- de imputación normativa. Los servicios públicos incluyen el conjunto de prestaciones positivas brindadas, directa o indirectamente, por las administraciones públicas a la colectividad con el propósito de erradicar las desigualdades reales de carácter socio-económico y de lograr un mayor nivel de solidaridad. Tal parece que el concepto de competencia no incluye el de servicio público y viceversa, de forma que una interpretación gramatical y literal del artículo 170 de la Constitución nos conduce, irremisiblemente, a concluir que el proceso de transferencia no incluye los servicios públicos sino tan solo las competencias, hermenéutica que le imprime, de por sí, una connotación sumamente restringida. En nuestro criterio, la falta de inclusión de los servicios públicos obedeció, quizá, a la carencia de precisión y rigor técnico-jurídico del constituyente derivado el cual no fue consciente del rancio abolengo de ambas categorías dogmáticas del Derecho Administrativo. Una correcta interpretación contextual y sistemática nos permite concluir que el proceso de transferencia incluye tanto las competencias ejercidas como los servicios públicos prestados por el Poder Ejecutivo actualmente. Si realmente, se pretende fortalecer el régimen municipal y aumentar la autonomía municipal o la descentralización territorial, es dable pensar que las municipalidades, al término del proceso de transferencia, prestarán servicios públicos de trascendencia y relevancia para una adecuada conformación social y no solo los tradicionalmente marginales o residuales.

H.- Extensión, alcances y límites de la transferencia de competencias.

Después de haber delimitado el objeto, resulta imprescindible establecer cuáles competencias y servicios públicos de la administración central podrán ser transferidos y cuáles no.

En lo estrictamente financiero o presupuestario, es menester indicar que la reforma no establece la asignación de un 10% del presupuesto ordinario de la república como un techo o máximo, puesto que, el constituyente derivado indicó con meridiana claridad que el porcentaje asignado “(...) *no será inferior a un diez por ciento*”, por lo que se trata de un mínimo o de un piso. Consecuentemente, después de

implementado el proceso –que debió haber concluido en 2009-, bien podría ser objeto de traslado un porcentaje razonablemente superior, siempre y cuando no se vacíe de contenido presupuestario las funciones y competencias ejercidas por los diversos órganos de la administración central y, más concretamente, del Poder Ejecutivo –Ministerios y sus órganos ordinarios y desconcentrados-. Un municipalismo extremo y exacerbado y la ausencia de un límite porcentual podría, a muy largo plazo, convertir al Poder Ejecutivo en un cascarón vacío o en una mera entelequia, sin ninguna función, competencia o servicio público, de modo que, se debe ser muy prudente al momento de considerar el porcentaje estimado que le corresponde a los municipios. Al fijarse un límite mínimo y no uno superior, parece que el constituyente derivado concibe el proceso de transferencia de competencias diseñado en el numeral 170 constitucional como un proyecto político piloto de cuyo éxito o no dependerá que, ulteriormente, se les asigne un porcentaje mayor.

Respecto de los recursos humanos y materiales o técnicos, es preciso indicar que la reforma al ordinal 170 constitucional no se refiere a éstos, no obstante, como ya se adelantó, es lógico y esperable que la supresión de la competencia o del servicio público en manos del Poder Ejecutivo suponga el traspaso de los bienes tecnológicos y materiales necesarios para, respectivamente, ejercerla o prestarlo. En cuanto a los recursos humanos, se podría presentar un fenómeno de movilizaciones horizontales en masa del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales, el que, eventualmente, podría generar serios trastornos de orden estatutario o funcionarial y que la clase sindical es muy probable que ataque frontalmente.

En lo tocante a las competencias y servicios públicos de orden material transferibles, la ley general y las siete leyes específicas, no podrán incluir, so pena de inconstitucionalidad, dentro de las materias objeto de transferencia las funciones de aquellos órganos desconcentrados constitucionalmente –de relevancia constitucional- adscritos al Poder Ejecutivo tales como la Oficina de Presupuesto (artículo 177 de la Constitución Política) o la Tesorería Nacional (artículo 185 de la Constitución Política). Bajo el mismo argumento, no pueden comprender aquellas competencias o servicios asignados por la propia Constitución al Poder Ejecutivo y sus órganos (Presidente, Ministros, Poder Ejecutivo

en sentido estricto –Presidente actuando conjuntamente con el Ministro de un Sector determinado- y Consejo de Gobierno). Así, por ejemplo, el tema del mantenimiento del orden y la tranquilidad nacional (artículo 140, inciso 6°, de la Constitución Política), la recaudación e inversión de las rentas nacionales (inciso 7° ibidem), la disposición de la fuerza pública para preservar el orden público, el otorgamiento de patentes de navegación (inciso 17 ibidem), son todas competencias de orden administrativo expresamente atribuidas por el constituyente al Poder Ejecutivo en sentido estricto que no podrían, bajo ningún concepto ser transferidas.

En lo que se refiere a los órganos desconcentrados de algunos ministerios (v. gr. los tribunales administrativos tales como el Fiscal Administrativo, el Aduanero Nacional, el Ambiental, el de Transporte Público, el Registral Administrativo, etc. y otros como el Consejo Nacional de Aviación Civil, el Consejo Técnico de Aviación Civil, el Consejo Nacional de Concesiones, etc.) que tienen atribuidas competencias técnicas, especializadas y exclusivas de clara vocación nacional, se debe ser muy prudente a efecto de no dismantelarlos a través de una transferencia irreflexiva de competencias, puesto que, ello implicaría una atomización y multiplicación exponencial de las competencias en cada una de los ochenta y una municipalidades, lo que, eventualmente, generaría una grave descoordinación y frustraría los principios de eficiencia y eficacia que justificaron su creación.

La Sala Constitucional en el Voto No. 10134-2000 de forma cauta indica que el artículo 169 de la Constitución Política, establece “un balance en la administración de la cosa pública, de manera que a los gobiernos locales se les ha encomendado “los intereses y servicios locales”, dejando todo lo demás para ser atendido por el Poder Ejecutivo de manera centralizada o por los demás entes descentralizados”. Al exponer, ese elevado órgano jurisdiccional, las conclusiones del proyecto de reforma del artículo 170 constitucional, puntualizó lo siguiente: “b) la transferencia de competencias del Poder Ejecutivo hacia las municipalidades, no puede ir más allá de lo que resulten ser intereses y servicios locales, límite constitucional de su jurisdicción; c) la ley que disponga el traslado de competencias del Poder Ejecutivo a las municipalidades, no podrá alterar el equilibrio constitucional de los Supremos Poderes del Estado, ni el balance en la administración

de lo que es nacional y lo que es local (...). El corolario “b)” de la Sala Constitucional tiene un profundo sentido y alcance, razón por la que la transferencia de competencias no puede vaciar de contenido al Poder Ejecutivo que constituye, en nuestra carta magna, un órgano constitucional de primer orden reduciéndolo a un simple cascarón, de esa forma se sale al paso a opiniones imprudentes y radicales vertidas por algunos diputados que discutieron el proyecto y que abogaban por una asignación presupuestaria y una transferencia de competencias total, lo cual atentaría contra la existencia, supervivencia y continuidad del Estado nacional, el cual ha sido definido por la Sala Constitucional como un “Estado unitario concentrado” (Voto No. 4091-1994 reiterado en el No. 7528-1997). En lo concerniente a la conclusión “c)”, queda servida la polémica en cuanto a la delimitación entre lo nacional y lo local, puesto que, en el fondo el segundo concepto es comprendido por el primero, dado que, todo lo local le atañe a lo nacional, aunque, evidentemente, existen intereses y servicios de una clara e innegable vocación local. Adicionalmente, existe un serio contrasentido, puesto que en un voto precedente (No. 5445-1999), la propia Sala Constitucional, había indicado, con apoyo en la doctrina⁶, que el concepto jurídico indeterminado “administración de intereses y servicios locales” lo definen la ley y la jurisprudencia; entonces surge la siguiente interrogante ¿Por qué razón las siete leyes especiales no pueden “localizar” competencias nacionales si es a la ley a la que le corresponde definir lo local? o ¿acaso una ley posterior a las siete leyes específicas no podría “nacionalizar” una competencia local previamente transferida en ejecución del proceso de comentario? En realidad, lo que debió indicar la Sala Constitucional es que las competencias y servicios de una incuestionable naturaleza nacional no podrán ser objeto de transferencia y, por consiguiente, no saldrán de la órbita de titularidad del Poder Ejecutivo. Las competencias y servicios públicos tendrán una vocación nacional no antojadizamente sino, básicamente, por aplicación de criterios objetivos tales como la necesidad de evitar omisiones, duplicidades y contradicciones en la gestión administrativa y de garantizar una especialidad técnica y objetividad política, con lo cual nos referimos, esencialmente, a los órganos desconcentrados en grado máximo de los Ministerios. En todo caso, la identificación de las competencias y servicios

6 V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), *La municipalidad en Costa Rica*, Madrid, IEAL, 1987, pp. 39-42 y 54-70.

nacionales requiere un estudio y análisis pormenorizado y casuístico de cada una de las funciones y competencias en manos del Poder Ejecutivo.

I.- El desarrollo legislativo del proceso de transferencia de competencias según la Constitución

De acuerdo con la reforma, es preciso promulgar una ley general de transferencia de competencias y servicios públicos que establezca, desde una perspectiva macro, los objetivos, los principios, los criterios de distribución del presupuesto, los requisitos o condiciones, los sujetos activos y pasivos, el objeto – competencias y servicios a transferirse-, los límites y la forma de implementación del proceso. Ese instrumento normativo debe ser cuidadosamente concebido y redactado, puesto que, va a ser el norte aplicativo e interpretativo de las siete leyes específicas y anuales posteriores para alcanzar la meta final de la asignación mínima del 10% del presupuesto ordinario de la república a las entidades municipales. Hablamos de siete leyes especiales por cuanto el transitorio de la reforma constitucional parcial indica que la asignación del 10% será progresiva a razón de un 1,5% anual hasta completar ese mínimo, de modo que en los seis primeros años el porcentaje anual asignado será del 1,5% y en el séptimo año ascenderá a un 10,5%. Conviene resaltar que las siete leyes especiales son presupuesto y antecedente necesario para la asignación presupuestaria en cuanto crean la obligación y la respectiva ley de presupuesto autoriza el gasto, así la Sala Constitucional en el Voto 10134-00 consideró lo siguiente: “d) para que cada asignación anual que se haga en el Presupuesto Ordinario de la República origine el deber de transferir los recursos económicos, será requisito necesario que la Asamblea Legislativa promulgue en cada caso una ley especial, trasladándole a las municipalidades competencias del Poder Ejecutivo (...)”. Evidentemente, este desarrollo legislativo progresivo demanda un compromiso ineludible de trabajo, acción y coordinación de los sujetos de la transferencia de competencias –Poder Ejecutivo y las 81 municipalidades-, de la comisión y del Ministerio sin cartera cuya creación recomendamos supra en la realización de los estudios y diagnósticos de las competencias y servicios públicos a transferir y, desde luego, de la Asamblea Legislativa para la tramitación y aprobación ágil y celeres de los proyectos de ley. Cualquier yerro o retraso en la programación o planeación del proceso puede prolongarlo e incidir negativamente en su éxito.

El desarrollo legislativo de la reforma al artículo 170 es trascendental y debe ser enfrentado con mucha seriedad, consistencia técnica y coherencia para no desaprovechar la valiosa oportunidad histórica que brinda la reforma parcial del artículo 170 constitucional a efecto de lograr niveles efectivos y altos de descentralización territorial y, por consiguiente, de una mayor democratización de la gestión administrativa.

7.- Desarrollo legislativo parcial del proceso de transferencia de competencias.

A.- Proceso lento e inconcluso

Si el proceso de implementación y desarrollo legislativo de la reforma parcial al ordinal 170 de la constitución de 2001, hubiere sido iniciado con determinación y voluntad política, era de esperar que concluyera ocho años después sea en 2009. Sin embargo no fue así, hubo una postergación del mandato y obligación impuesta en 2001 por el constituyente derivado de fortalecer la descentralización territorial, siendo que en la enmienda nunca se dispuso por el constituyente una *vacatio legis* o periodo de vacancia legislativa. Ciertamente, la ejecución legislativa del proceso de transferencia de competencias no es una cuestión simple, por el contrario es técnicamente compleja, pero el mandato constitucional imponía tomar todas las acciones para superar esos escollos dentro de lapsos razonables. En el fondo, la prolongación innecesaria en el proceso de transferencia pone de manifiesto, de parte de los órganos de gobierno encargados y responsables de llevarlo a cabo, una profunda desconfianza en el régimen municipal y la pervivencia de una mentalidad centralista.

La Sala Constitucional, de su parte, fue condescendiente al permitir que se prolongara el proceso de ejecución legislativa de la reforma parcial a la Constitución más allá de lo que se podría entender como razonable, al haber desestimado, por mayoría, varias acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra la omisión del legislador ordinario de desarrollar el artículo 170 constitucional⁷.

7 Efectivamente, la omisión legislativa en el desarrollo de la reforma parcial al artículo 170 constitucional ha sido impugnada en tres ocasiones ante la Sala Constitucional, siendo que las tres veces la acción de inconstitucionalidad ha sido desestimada por mayoría en los Votos Nos. 10382-2005, 10878-2013 y 11172-2013.

B.- La Ley General de Transferencia de Competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades, No. 8801 de 28 de abril de 2010

Casi nueve años después de haberse reformado el artículo 170 constitucional, finalmente, el legislador ordinario emitió la Ley General de Transferencia de Competencias, No. 8801 de 28 de abril de 2010 – en adelante LGTC-, que pretende establecer una regulación general que oriente todo el proceso.

Constituye un esfuerzo político relevante para iniciar el proceso de transferencia de competencias que presenta aciertos y desaciertos.

El artículo 2° LGTC establece los fines del proceso de la siguiente manera:

“El proceso de transferencia de competencias y recursos a las municipalidades pretende contribuir con la modernización del Estado costarricense, acercar la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos mediante una gestión eficiente, eficaz y transparente, así como mejorar la gobernabilidad democrática y la fiscalización social en la gestión pública.”

El artículo 3° LGTC enuncia y detalla el contenido de los principios orientadores de proceso de transferencia de la siguiente manera:

- a) **Subsidiariedad:** *las competencias municipales serán ejercidas de manera subsidiaria y temporal por la Administración Pública central o descentralizada, cuando de manera excepcional lo amerite el interés público y la protección de los derechos de los vecinos de un cantón.*
- b) **Complementariedad:** *la transferencia de competencias del Poder Ejecutivo y de sus órganos a las municipalidades permitirá el ejercicio concurrente de competencias, cuando sea necesario, para garantizar la mejor prestación de los servicios públicos a los vecinos y el equilibrio entre la Administración Pública nacional y la administración pública municipal.*
- c) **Equidad:** *la distribución de los recursos del Estado hacia los gobiernos locales será proporcional y adecuada*

a las necesidades y capacidades de cada municipalidad, así como al ámbito, los alcances y la cobertura de las competencias, atribuciones y servicios descentralizados.

- d) **Gradualidad:** *el proceso de descentralización se ejecutará de manera gradual, progresiva y ordenada, conforme a los criterios aquí dispuestos, para permitir la transferencia de recursos nacionales hacia los gobiernos locales, una clara asignación de competencias a los gobiernos locales y asegurar la eficiencia y eficacia de los servicios municipales.*
- e) **Asimetría:** *el proceso de descentralización tomará en cuenta las diferencias existentes entre cada municipalidad, respecto de su capacidad de gestión efectiva para prestar servicios básicos a los vecinos o la construcción de obras públicas urgentes, fomentará la homologación de las competencias ejercidas por todos los gobiernos locales y definirá criterios objetivos para asignarlas de manera equitativa y progresiva.*
- f) **Permanencia:** *la descentralización es una política permanente de Estado, de orden público y vinculante para la Administración Pública central.*
- g) **Democratización:** *la descentralización municipal fomentará la participación democrática de los vecinos en el funcionamiento y la organización de los gobiernos locales, y promoverá la igualdad de oportunidades para el desarrollo humano.*
- h) **Integración regional:** *el proceso de descentralización promoverá la integración de los intereses y servicios de cada cantón con los de los cantones vecinos, conforme a sus características naturales; impulsará la mejor planificación y ordenación del territorio, la mejor distribución de la población y la más justa distribución económica y social de la riqueza.*
- i) **Financiamiento:** *cada ley especial especificará cuáles competencias se transfieren, las reglas sobre su ejercicio y los fondos necesarios para ejercerla.”*

Este instrumento legislativo despeja una serie de dudas en el desarrollo legislativo del proceso de transferencia, por cuanto, aclara que los sujetos activo y pasivo, tranferidor y transferido, son, respectivamente, de manera congruente con el texto constitucional, el Poder Ejecutivo y las Municipalidades (artículos 1°, 3° y 5°, LGTC). También clarifica que será una transferencia definitiva e irreversible, así el artículo 9, incisos d) y g), LGTC indica que una vez efectuada las competencias serán ejercidas por las municipalidades “como propias y a su entera responsabilidad” y que es “*incondicionada*”, por su parte el artículo 3° inciso a), LGTC admite un ejercicio subsidiario pero temporal de competencias por la Administración Central. Por su parte el Reglamento a la Ley General de Transferencia de Competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades (Decreto Ejecutivo No. 36004 de 5 de mayo de 2010), en su artículo 4° es claro al indicar que “*Transferida una competencia, la titularidad exclusiva de la misma así como las responsabilidades derivadas de su ejercicio corresponderán a los gobiernos locales. Lo dispuesto anteriormente no impedirá la transferencia en concurrencia. El traslado de la competencia será integral e implicará el ejercicio de las potestades conexas necesarias.*”

Se define el órgano rector del proceso, al asignarse al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica la coordinación y concertación del mismo (artículo 5° LGTC). Ese órgano será asistido por una secretaría-técnica y por diversos órganos de coordinación y consulta.

En lo relativo a las competencias transferidas se clarifica en el artículo 9, inciso b), al preceptuar lo siguiente:

“b) Serán transferibles todas las competencias del Poder Ejecutivo financiadas con programas del presupuesto nacional, que sean susceptibles de ejercerse localmente y que no estén asignadas específicamente a dicho Poder en la Constitución Política, se exceptúa lo concerniente a las materias de salud y educación que no podrán ser transferibles.”

Este precepto resulta de vital importancia para orientar el contenido del resto de las siete leyes especiales, puesto que establece límites claros, tales como que deben ser competencias del Poder Ejecutivo y sus órganos, que no estén asignadas constitucionalmente y que sean susceptibles de ejercerse localmente, este último punto dependerá de la

naturaleza material de la competencia y de la aptitud o idoneidad local para ejercerla. Se excluyen, expresamente, del proceso de transferencia las competencias ejercidas por el Poder Ejecutivo a través de los Ministerios del sector en salud y educación. De otra parte, no cabe duda que se prevé la transferencia de competencias y servicios públicos, por cuanto, estos últimos son mencionados en el artículo 2 y 3, incisos b), c), g) y e LGTC).

Una virtud de la ley de comentario es que, con capacidad de previsión y flexibilidad, admite el ejercicio concurrente, compartido o paralelo de competencias, tanto por la Administración Central como Municipal, cuando lo amerite su naturaleza sustantiva, la mejor prestación de los servicios públicos y el equilibrio entre sendas administraciones (artículo 3, inciso b, LGTC al enunciar el principio de “complementariedad”). El artículo 3º, párrafo in fine, del Reglamento a la Ley General de Transferencia de Competencias aclara el punto al preceptuar lo siguiente: *“Las competencias serán transferibles en su totalidad o bajo régimen de concurrencia, cuando la competencia sea ejercible simultáneamente local y nacionalmente. Igualmente podrán ser trasladadas parcialmente, respecto de las etapas de su ejercicio.”*

C.- Ausencia de las siete leyes especiales

Para la consolidación del proceso de transferencia de competencias, no basta con dictar la LGTC de 2010, por el contrario, para emprenderlo de manera efectiva se precisa del dictado de las 7 leyes especiales progresivas. Sin embargo, pese a haber transcurrido más de doce años de la reforma constitucional, no se ha dictado una sola de esas leyes, pese a que la LGTC y su reglamento establecen los presupuestos y condiciones para su dictado. Nuevamente, el pesimismo de la ineficiencia municipal y la mentalidad fuertemente centralista que gravita en los sectores políticos, la opinión pública y los medios de comunicación colectiva, han postergado el desarrollo e implementación efectivo y cabal de la reforma constitucional. Han transcurrido más de tres años desde que se dictó la LGTC y no se ha dictado una sola de las siete leyes especiales, todo lo cual frustra los fines de pequeña pero gran reforma constitucional de 2001.

Conclusiones

Después de haberse superado, formalmente, el papel secundario, auxiliar y residual de las competencias y potestades ejercidas por las Municipalidades con la promulgación de la Constitución Política de 7 de noviembre de 1949 y luego de sesenta y cinco años de vigencia de ese texto fundamental, persiste la visión centralista en el Estado costarricense. Fue así como se tardó más de veinte años en dictarse el primer Código Municipal de 1970.

Durante el período de 1970 a 1998, con la vigencia del primer Código Municipal y de otras leyes sectoriales, ciertamente las Municipalidades asumieron algunas competencias y servicios públicos, sin ser los más relevantes.

Con la promulgación del segundo Código Municipal en 1998, se produjeron cambios cosméticos, sin fortalecer el régimen municipal y asignarle a los municipios la gestión de competencias y servicios públicos de importancia.

En el año 2001, con la reforma parcial al artículo 170 constitucional, nuevamente, se apostó por una descentralización territorial y municipal robusta y efectiva, mediante la obligación de transferir competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades.

Trece años después de esa reforma constitucional parcial, los resultados esperados no se han producido, por la inercia y dilación legislativa en desarrollar lo constitucionalmente dispuesto.

Lo anterior pone de manifiesto un alarmante pesimismo en el desempeño y rendimiento de los municipios, como si fueran sinónimo de ineficiencia y ineficacia, prejuicio, profundamente arraigado en el imaginario popular costarricense y en los sectores políticos responsables de llevar a buen puerto la descentralización territorial plena. Lamentablemente, después de que la Constitución de 1949 y su enmienda parcial de 2001 confiaran, plenamente, en el régimen municipal, persiste, aún, un fuerte sentimiento centralista.

Solo con la consolidación plena y efectiva de la descentralización administrativa territorial y municipal diseñada por el constituyente originario de 1949 y confirmada por el poder constituyente derivado de 2001, será posible reivindicar el papel protagónico que deben tener las Municipalidades en la gestión administrativa y, por consiguiente, en el logro de valores constitucionales de primer orden como una mayor democratización y participación ciudadana efectiva en el manejo de la cosa pública.

Bibliografía

- JINESTA LOBO (Ernesto), Desafíos y dilemas jurídicos de la transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades. Revista IVSTITIA, año 16, Nos. 185-186, mayo-junio, 2002.
- JINESTA LOBO (Ernesto), La Dirección Intersubjetiva. En Justicia, libertad y derechos humanos –Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante-, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Colegio de Abogados, Sala Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo II, 2003.
- JINESTA LOBO (Ernesto), Tratado de Derecho Administrativo –Parte General-, San José, Editorial Jurídica Continental y Iusconsultec S.A., 2ª. Edición, 2009.
- JINESTALOBO (Ernesto), Tutela y descentralización administrativas. En Retos de la organización administrativa contemporánea –X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo El Salvador 2011-, San Salvador, Sección Publicaciones Corte Suprema de Justicia, 2011.
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo), La municipalidad en Costa Rica, Madrid, IEAL, 1987.
- VILLALOBOS RODRÍGUEZ (J.H.), CHACON DE UMAÑA (L.A.) y SAÉNZ CARBONELL (J.F.), Braulio Carrillo el Estadista, San José, Imprenta Nacional, 2000.

DOCUMENTO

JUSTICIA FISCAL PARA REDUCIR LA DESIGUALDAD EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

DÉBORAH ITRIAGO

INFORME DE OXFAM / AGOSTO DEL 2014

La recaudación tributaria en Latinoamérica y el Caribe es baja en relación con su potencial y no se corresponde con las inmensas necesidades sociales de la región. Las finanzas públicas reflejan un modelo social y económico inequitativo que perpetúa la concentración del poder y las discriminaciones, y están socavadas por los altos índices de evasión y elusión fiscal. Urgen reformas valientes para lograr políticas fiscales que ayuden a reducir las desigualdades enquistadas en la región.



RESUMEN

A pesar del crecimiento económico y de la reducción de la pobreza y la desigualdad que ha experimentado Latinoamérica y el Caribe (LAC) durante la última década, sigue siendo la región más desigual del mundo.

Las élites políticas y económicas de LAC han modelado sistemas fiscales que en general tienen un impacto muy limitado como correctores de desigualdades o que de hecho, contribuyen a su profundización. Superar la desigualdad y la exclusión requiere afrontar esta injusticia fiscal caracterizada por:

- Insuficiencia recaudatoria e insostenibilidad: en general, se recauda menos del potencial y existe una fuerte dependencia de fuentes de ingresos públicos inestables, poco predecibles y social y medioambientalmente insostenibles.
- Regresividad del sistema impositivo y desequilibrio en las aportaciones de las distintas actividades y agentes económicos: que se manifiesta en una mayor presión impositiva efectiva sobre los salarios y el consumo que sobre la renta y la riqueza.
- Inefectividad para promover el progreso económico digno y sostenible, y la movilidad social ascendente de la mayoría de la población.
- La política fiscal suele reproducir visiones tradicionales del rol de la mujer en la sociedad reforzando así las brechas de género existentes.
- Elevada propensión a la evasión y elusión fiscal.
- Débil institucionalidad y representatividad, que se traduce en la persistente corrupción, una pobre rendición de cuentas a todos los niveles, falta de transparencia en la planificación y ejecución de las políticas fiscales, y baja cultura tributaria.

Un sistema fiscal justo y equitativo significa articular coherentemente la política tributaria y de gasto público junto con las instancias de administración tributaria y presupuestaria para satisfacer los siguientes principios generales:

1. **Cumplir con la función redistributiva del Estado a través de los presupuestos públicos.** Es decir, gasto público suficiente y estable para financiar servicios sociales básicos de calidad y bien dirigidos, así como mecanismos de protección social robustos y de refuerzo de la capacidad de resistencia (resiliencia) de los grupos de población vulnerables a los choques internos y externos.
2. **Incrementar el rol de los sistemas tributarios como instrumentos redistributivos de la riqueza de un país,** y reducir el impacto negativo que tienen sobre las poblaciones relativamente

más pobres la configuración de sistemas tributarios regresivos y desequilibrados en términos de las aportaciones que hacen los distintos agentes económicos a las arcas públicas. Los sistemas tributarios deben equilibrarse hacia modelos más progresivos, en el que se grave más la riqueza y la propiedad y no solamente el consumo y el salario.

3. **Ampliar la base gravable y el perímetro de cobertura de los sistemas tributarios nacionales.** Es obligada la racionalización de los beneficios fiscales existentes, reduciéndose a mínimos aquéllos que no tienen impactos sociales positivos claros. Es fundamental que la recaudación fiscal final esté acorde con las necesidades de financiación estable de los objetivos de reducción de la pobreza y desigualdad.
4. **Atajar los elevados niveles de evasión y elusión fiscal** garantizándose que la política fiscal esté acompañada de una administración tributaria que pueda hacer seguimiento a las obligaciones fiscales y que facilite su cumplimiento. Relacionado con esto, es imprescindible garantizar una cooperación y coordinación fiscal efectiva en los niveles regionales y subregionales, y seguir fortalecimiento las capacidades de fiscalización de dichas instituciones.
5. **Junto con otras políticas públicas, el sistema fiscal debe ser un promotor del progreso digno de bases más amplias de la población,** permitiendo que las oportunidades económicas sean una realidad para sectores como la pequeña agricultura o las PYMES manufactureras, contribuyendo así a configurar modelos sociales no excluyentes y más cohesionados. Debe dejarse de utilizar instrumentos como beneficios fiscales, subsidios, incentivos, entre otros, a la promoción irrestricta del modelo extractivista excluyente.
6. **Generar beneficios claros que favorezcan la decisión de formalización progresiva de los emprendimientos y de las trabajadoras y trabajadores pobres que son invisibles para el Estado.** Si bien es fundamental que la mayoría de los ciudadanos y sectores económicos tributen, es indispensable también que esto se realice de manera acorde con sus capacidades de pago, la situación socioeconómica en la que se encuentran y la forma con la que obtienen sus ingresos o ganancias.
7. En coordinación con otras políticas públicas, **promover la diversificación económica y el desarrollo de actividades ecológicamente responsables y generadoras de empleos de calidad.**
8. Contribuir con los esfuerzos nacionales para **desmantelar visiones discriminatorias que mantienen -por condición de raza o sexo- a significativos sectores de la población ajenos a verdaderas oportunidades de superación.** En particular, debe ahondarse en el estudio de los impactos explícitos e implícitos de los sistemas fiscales que refuerzan los roles tradicionales de las mujeres en la sociedad y que se convierten en claros escollos para

su superación al profundizar las brechas de género.

9. **Contribuir a la desconcentración del poder político en las sociedades de la región.** Y en este sentido es clave que un sistema fiscal justo se apoye en todas sus fases (diseño, implementación, seguimiento y retroalimentación de las políticas diseñadas) en una participación ciudadana efectiva que represente los intereses de los grupos históricamente desfavorecidos, sobre la base de un marco de transparencia y rendición de cuentas responsable de los gobiernos hacia todos los niveles.
10. Relacionado con lo anterior, debe **garantizarse transparencia en las reformas fiscales** y asegurarse mecanismos eficaces de debate amplio y público sobre dichas reformas.

1 INTRODUCCIÓN

LA POLÍTICA FISCAL: INSTRUMENTO PRIMORDIAL DEL ESTADO PARA COMBATIR LA DESIGUALDAD

La política fiscal –que abarca tanto la gestión de ingresos como el nivel y la orientación del gasto– concreta la visión social que un Estado aspira alcanzar y es una herramienta fundamental del modelo de desarrollo económico y productivo en el que se basa el progreso. Tanto la estructura de los ingresos (cómo se financian las políticas públicas y quiénes contribuyen a esta financiación) como la distribución del gasto público (a quiénes favorecen estas políticas públicas y con qué objetivo) son importantes indicadores del grado de compromiso con la equidad y la solidaridad de una sociedad. Por lo tanto, la política fiscal es corresponsable de promover dinámicas que puedan favorecer un crecimiento económico inclusivo y paliar los efectos negativos que un determinado modelo de crecimiento produzca sobre las personas más vulnerables.

La orientación del diseño tributario es un espejo de la naturaleza de la voluntad política. Así, cuando un gobierno decide por ejemplo subir la tasa de los impuestos indirectos (que gravan el consumo) o reducir las exoneraciones fiscales a medicamentos y productos básicos de la canasta familiar, está haciendo una elección política basada en trasladar el esfuerzo recaudatorio a todas las personas y/o sectores por igual y no en función de su capacidad económica, lo que supone mayor inequidad. Por el contrario, la adopción de un impuesto a las grandes fortunas, a los bienes de lujo, o a las rentas del capital que están usualmente concentradas en los estratos de ingresos altos, muestra la intención del gobierno por redistribuir la carga del esfuerzo fiscal y la riqueza, reflejo de solidaridad.

Por su parte, apoyar desde la política fiscal el desarrollo inclusivo y sostenible significa utilizar los impuestos y el gasto público complementariamente para ayudar a promover el progreso de grupos desfavorecidos y excluidos como la población campesina y los trabajadores y trabajadoras pobres que se encuentran en sectores informales de la economía, así como para impulsar modelos productivos medioambientalmente responsables y sostenibles.

En resumen, la política fiscal es la traducción de una buena parte de la visión del Estado: una de sus herramientas más potentes para combatir las desigualdades de forma directa y aún más poderosa cuando se articula con otras políticas públicas. Una manifestación más veraz de la auténtica apuesta por la transformación social que el discurso o la tendencia política.

LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE:

UNA REGIÓN QUE INFRAUTILIZA LA POLÍTICA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO

En Latinoamérica y el Caribe (LAC) queda mucho por hacer para que las finanzas públicas sean un instrumento en la construcción de sociedades más equitativas y por lo tanto más cohesionadas. Es cierto que existen claras especificidades y diferencias por países, pero éstas no restan contundencia a la inequidad del conjunto de la política fiscal y en particular de los sistemas tributarios. En general, en LAC las finanzas públicas son todavía frágiles, están alejadas de su potencial de recaudación, reflejan un modelo social y económico inequitativo que perpetúa la concentración del poder y las discriminaciones y son, por lo tanto, corresponsables de las brechas de desigualdades que aún perduran.

A pesar del crecimiento económico y de la reducción de la pobreza y la desigualdad en la región durante la última década, LAC sigue siendo la región más desigual del mundo. Solo los países de África Subsahariana y algunos del Sudeste asiático tienen niveles de desigualdad de ingresos comparables a los valores de los países latinoamericanos.¹

Muchos países de la región han introducido reformas fiscales que en ocasiones han significado un cuantioso incremento del gasto público social (en algunos casos aprovechando el boom económico fruto de la subida de las materias

1 Gasparini y Cruces (2012), Pobreza, Desigualdad y Políticas Públicas en América Latina. Evaluación de resultados y agenda futura, CEDLAS (Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales).

primas). El índice de Gini² promedio en la región cayó de 53,4 en 2002 a 49,9 en 2010,³ y sin embargo, sigue habiendo en la región cifras inadmisibles de pobreza. A finales de 2012 la población de LAC era de unos 575 millones de habitantes, de los que aproximadamente 167 millones eran pobres (28,8%, solo un millón menos que en 2011), y 66 millones se hallaban en situación de extrema pobreza (la misma cifra del año anterior).⁴ El epicentro de esta situación es la profunda desigualdad de partida, que ralentiza y reduce el impacto de los esfuerzos aún insuficientes que se hacen por cumplir los objetivos sociales.⁵

La desigualdad, tanto en su vertiente de resultados (ingresos y riqueza) como de oportunidades, es una realidad lamentable en LAC, un rasgo estructural de la región, una especie de seña de identidad. El hecho es que estas dos desigualdades se retroalimentan y son responsables de la persistencia de núcleos duros de pobreza que se transmiten generación tras generación.⁶

Según la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), en el año 2011, el ingreso del 20% más rico de la población en LAC era 17 veces mayor que el del 20% más pobre, y esa diferencia llegaba a ser de hasta 25 veces mayor en los países con mayor desigualdad.⁷ En 2012, en promedio, el quintil más pobre captó solo el 5 % de los ingresos totales del país con extremos que van desde menos del 4 % (en Bolivia, Honduras, Paraguay y República Dominicana) al 10% (en Uruguay).⁸ Es decir, de cada 100 dólares de ingresos percibidos, 5 llegaron

-
- 2 El coeficiente de Gini es una medida de la desigualdad ideada por el estadístico italiano Corrado Gini. Normalmente se utiliza para medir la desigualdad en los ingresos dentro de un país, pero puede utilizarse para medir cualquier forma de distribución desigual. El coeficiente de Gini es un número entre 0 y 1, en donde 0 se corresponde con la perfecta igualdad (todos tienen los mismos ingresos) y donde el valor 1 se corresponde con la perfecta desigualdad (una persona tiene todos los ingresos y los demás ninguno). El índice de Gini es el coeficiente de Gini expresado en porcentaje y es igual al coeficiente de Gini multiplicado por 100.
 - 3 Gasparini y Cruces (2012), Pobreza, Desigualdad y Políticas Públicas en América Latina. Evaluación de resultados y agenda futura, CEDLAS (Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales).
 - 4 Datos aportados por Alicia Bárcenas, secretaria general de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en días previos a la VII Cumbre entre América Latina y el Caribe (CELAC) y la UE (Unión Europea), celebrada en Santiago de Chile en el mes de enero de 2013; http://internacional.elpais.com/internacional/2013/01/29/actualidad/1359488372_433575.html
 - 5 Alicia Bárcena (2012), "Hoy ya no es suficiente crecer para igualar, sino que es fundamental igualar para crecer"; http://www.eclac.org/prensa/noticias/discursossecretaria/6/46776/SeminarioTributacionDesarrollo_27de_abril2012e.pdf
 - 6 Véase por ejemplo a Tuñón (2012), "Los vicios de la pobreza estructural"; <http://www.lanacion.com.ar/1532329-los-vicios-de-la-pobreza-estructural>
 - 7 "Cepal: la desigualdad es el problema más urgente para América Latina"; <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/cepal-la-desigualdad-es-el-problema-mas-urgente-para-america-latina>
Véase también Bárcenas (2011), "Distribuir riqueza. La pobreza y la desigualdad han disminuido en América Latina en los últimos años, pero aún queda mucho por hacer", Comisión Económica para América Latina (CEPAL), <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2011/03/pdf/Barcena.pdf>

a los más pobres y cerca de 50 a los más ricos. Por otra parte, las verdaderas oportunidades de superación económica están todavía muy determinadas por la raza, el sexo, si se nació en el campo o en la ciudad, o si se cuenta con riqueza por herencia familiar o no.

Las inequidades son un obstáculo para el progreso de los más pobres. Una sociedad móvil es una sociedad en donde todas las personas, sin importar la posición económica en la que nacen, tienen la oportunidad de progresar.⁹ En este sentido, muchos países de LAC se caracterizan por albergar sociedades de baja movilidad, sobre todo en los extremos de la distribución de los ingresos. En México, 48 de cada 100 mexicanos que provienen de hogares del quintil más bajo de la distribución de ingresos se mantienen ahí.¹⁰ En República Dominicana, menos del 2% de la población escaló a un grupo de mayores ingresos durante la década de los años 2000.¹¹

Y es evidente que los sistemas fiscales en el conjunto de LAC han contribuido muy poco a reducir las distintas desigualdades. Según información publicada por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) en 2009, mientras los impuestos y transferencias reducían la desigualdad de ingresos en 19 puntos Gini en Europa, solo lo hacían en 2 puntos Gini en América Latina.¹² Es decir, en Europa el sistema fiscal cumple en cierta medida con su misión redistributiva, mientras que en el conjunto de países de América Latina es más inefectivo.¹³

En LAC es necesario afinar y afianzar políticas de gasto público “más igualadoras”,¹⁴ es decir, con mayor éxito en lograr una transformación real de

8 CEPAL (2014), Panorama Económico y Social de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, 2013, p.30, <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/7/52077/PanoramaEconomicoSocial.pdf>

9 <http://www.movilidadsocial.org/content/%C2%BFque-es-movilidad-social>

10 Centro de Estudios Espinosa Yglesias (CEEY) (2013), Informe de movilidad social en México 2013, http://www.ceey.org.mx/site/files/resumen_ejecutivo_ims_m_0.pdf

Véase también para el caso de México a Paes de Barros, Ferreira, Molinas Vega y Saavedra Chanduvi (2009), Measuring Inequality of Opportunities in Latin America and the Caribbean, http://siteresources.worldbank.org/LACEXT/Resources/258553-1222276310889/Book_HOL.pdf y los resultados de la Encuesta ESRU de Movilidad Social 2006 en México; <http://www.movilidadsocial.org/content/resultados-encuesta-esru>

11 Báez y López-Calva (2014), Cuando la prosperidad no es compartida. Los vínculos Débiles entre el Crecimiento y la Equidad en la República Dominicana, Banco Mundial, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/WDSP/IB/2014/03/06/000442464_20140306134338/Ren_dered/PDF/857600v10WP0P10SH0Executive0summary.pdf

12 OCDE (2009); <http://www.oecd.org/dev/americas/perspectivaseconomicasdeamericalatina2009.htm>

13 Cabe destacar, que en algunos países de Latinoamérica y el Caribe, el efecto redistributivo del gasto público social en, por ejemplo, educación y salud tiene mucho mayor impacto redistributivo que las transferencias directas de efectivo.

la vida de las personas más pobres, pero también se requiere profundizar el rol que la política impositiva tiene en el combate de la desigualdad y la pobreza. Hay numerosos indicios que permiten afirmar que el sistema impositivo no siempre acompaña (o más bien entorpece) lo que, aunque mejorable, se ha logrado vía gasto público social en la región. En este sentido es interesante un estudio reciente que concluye que en Brasil y Bolivia la reducción de la pobreza lograda tras las transferencias públicas directas se revierte debido al impacto negativo de los impuestos indirectos.¹⁵ Otro estudio indica en el caso de Bolivia que el índice de Gini se reduce en un 2% cuando se aplican transferencias directas; sin embargo, cuando se añade el efecto de los impuestos indirectos esta reducción es de tan solo del 0,5%.¹⁶

Dicho de otro modo, una estructura tributaria regresiva e inequitativa recrudece la injusta concentración de los ingresos y la riqueza que ya existe en la región, y somete a una mayor presión al gasto público (ya de por sí insuficiente) para revertir esta desigual repartición. Desaprovechar el potencial del sistema tributario en el desarrollo significa subestimar las desigualdades estructurales que manifiesta LAC y sobreestimar el rol del gasto público como mecanismo para abordar la desconcentración de ingresos, riqueza y oportunidades.

2 DIMENSIONES DE LA INJUSTICIA FISCAL EN LATINOMÉRICA Y EL CARIBE

Las élites políticas y económicas de LAC han modelado sistemas fiscales que en general tienen un impacto muy limitado como correctores de desigualdades o que de hecho, contribuyen a su profundización. Superar la desigualdad y la exclusión requiere urgentemente una nueva forma de concebir las finanzas públicas para afrontar las distintas dimensiones de esta injusticia fiscal. Sin menospreciar los desafíos técnicos subyacentes, lo que falta en muchos casos es

14 Alicia Bárcena (2012), "Hoy ya no es suficiente crecer para igualar, sino que es fundamental igualar para crecer"; http://www.eclac.org/prensa/noticias/discursossecretaria/6/46776/SeminarioTributacionDesarrollo_27de_abril2012e.pdf.

15 Lustig, Pessino y Scott (2013), The impact of taxes and social spending on inequality and poverty in Argentina, Bolivia, Brazil, Mexico, Peru and Uruguay: an overview, pág. 10, figura 2. CEQ Working Paper No. 13.

El resumen en español está disponible en: http://www.commitmentoequity.org/publications_files/Latin%20America/CEQWPNo13%20Resumen%20Ago%202013.pdf

16 Coello Cremades y Fernández Cervantes (2013) citando a Paz Arauco, Gray Molina, Jiménez Pozo y Yáñez Aguilar (2012), Política Fiscal y Equidad de Género en Bolivia: Análisis y Propuesta para la Construcción del Pacto Fiscal hacia el Vivir Bien, ONU Mujeres, La Paz, Septiembre 2013.

El mismo resultado se presenta en Lustig, Pessino y Scott (2013), The impact of taxes and social spending on inequality and poverty in Argentina, Bolivia, Brazil, Mexico, Peru and Uruguay: an overview, pág. 9, Tabla 1. CEQ Working Paper No.13.

valentía política para encararlos con determinación.

INSUFICIENCIA RECAUDATORIA E INSOSTENIBILIDAD

Cuadro 1. Dimensiones generales de la injusticia fiscal en LAC

- Insuficiencia recaudatoria e insostenibilidad: en general, se recauda menos del potencial y existe una fuerte dependencia de fuentes de ingresos públicos inestables, poco predecibles y social y medioambiental insostenibles.
- Regresividad del sistema impositivo y desequilibrio en las aportaciones de las distintas actividades y agentes económicos: que se manifiesta en una mayor presión impositiva¹⁷ efectiva¹⁸ sobre salarios y consumo que sobre la renta y la riqueza.
- Inefectividad para promover el progreso económico digno y sostenible, y la movilidad social ascendente de la mayoría de la población: las políticas sociales son aún insuficientes para combatir desigualdades estructurales derivadas de la exclusión y discriminación. Además, la fiscalidad en LAC es funcional a modelos de crecimiento basados en la exportación de hidrocarburos y materias primas que dejan rezagados y desplazan a otros sectores económicos, y no promueve una formalización ajustada a las condiciones laborales y de vida de muchos trabajadores y trabajadoras pobres.
- La política fiscal suele reproducir visiones tradicionales del rol de la mujer en la sociedad reforzando así las brechas de género existentes.
- Elevada propensión a la evasión y elusión fiscal: apuntalada por la inoperancia e insuficiencia de los mecanismos de control internos de las administraciones tributarias, y reforzada por los vacíos de la regulación internacional, tratados internacionales perjudiciales, la opacidad del sistema financiero y la ausencia de mecanismos integrales de cooperación y coordinación fiscal a escala regional o subregional.
- Débil institucionalidad y representatividad: que se manifiesta en la persistente corrupción, una pobre rendición de cuentas a todos los niveles, falta de transparencia en la planificación y ejecución de las políticas fiscales, y baja cultura tributaria.

Fuente: Elaboración propia.

17 En este concepto no se incluyen las aportaciones a la seguridad social ni ingresos públicos no tributarios como por ejemplo, tasas, multas, ingresos por la venta de los bienes producidos por las empresas públicas, regalías, permisos o licencias de explotación de recursos naturales, etc. Es decir, no se incluyen los ingresos públicos que se obtienen como contraprestación a un servicio público (derechos), del pago por el uso o explotación de bienes del dominio público o privado (productos), o de la aplicación de multas y recargos (aprovechamientos).

18 Después de exoneraciones o rebajas impositivas.

A pesar del reciente aumento de la presión impositiva en LAC,^{19,20} en general, la recaudación final de los países no se aproxima a la que potencialmente podría ser dada la estructura y el potencial productivo e industrial de dichos países y, sobre todo, dadas las significativas necesidades y brechas sociales.

Considerando el nivel de ingreso per cápita, México tenía en el periodo 2007-2009 una brecha de recaudación impositiva estimada de 11,5 puntos del Producto Interno Bruto (PIB) y Guatemala de 7 puntos del PIB.²¹ De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) el potencial de recaudación de Paraguay en el año 2009 era equivalente al 21,8% del PIB. Sin embargo, la recaudación ese año sólo llegó al 13,5% del PIB (15% si se incluyen las contribuciones a la seguridad social).²² En general, los presupuestos públicos de los países de la región dependen en una magnitud importante de ingresos tributarios y no tributarios²³ derivados de la explotación de recursos naturales. Estimaciones señalan que Trinidad y Tobago es el país latinoamericano que muestra el mayor grado de dependencia fiscal respecto de los recursos naturales, con una participación relativa de 45,8% de los ingresos totales durante el trienio 2009-2011. Le siguen Venezuela con 40% de dependencia, Ecuador (34,5%), México (32,5%), Bolivia (29,9%), Chile (17,3%), Colombia (16,2%), Argentina (13,5%) y Perú (9,3%).²⁴ Cabe resaltar que en el caso de Bolivia, la renta petrolera total generada por impuestos, participaciones de YPF²⁵ y regalías en manos del Estado creció un 619% entre el periodo 2001-2005

19 “La carga o presión impositiva (que no incluye aportaciones a la seguridad social ni ingresos públicos no tributarios) ha aumentado más en los países latinoamericanos y caribeños que en ninguna otra región del mundo: aproximadamente 2,7 puntos del PIB desde comienzos de la década de 1990 hasta la segunda mitad de la década de 2000”; véase gráfico 1.4 en Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2013), *Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo*, <http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/publicacion-dia,3185.html?id=2013>. Cabe señalar que en este documento, la presión fiscal, a diferencia de la presión impositiva, es un concepto más amplio que incluye contribuciones a la seguridad y otros ingresos no tributarios como las regalías o licencias de explotación de recursos naturales.

20 Véase un detalle sobre las presiones fiscales y tributarias de LAC en Rebossio (2013); “Los países latinoamericanos donde se pagan más y menos impuestos”; <http://blogs.elpais.com/economico/2013/03/los-paises-latinoamericanos-donde-se-pagan-mas-y-menos-impuestos.html>

21 Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2013), *Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo*, <http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/publicacion-dia,3185.html?id=2013>, gráfico 1.2.

22 Rodríguez (2011) citando a FMI, *Análisis del sistema tributario en el Paraguay y Potencial de recaudación. Proyecto Alianza Ciudadana para la Transparencia y el Desarrollo Paraguay, Decidamos - Campaña por la Expresión Ciudadana- y Centro de Documentación y Estudios (CDE)*.

23 Los ingresos no tributarios se refieren a aportaciones a la seguridad social e ingresos públicos que se obtienen por rentas por exportaciones, como contraprestación a un servicio público (derechos), del pago por el uso o explotación de bienes del dominio público o privado (productos), o de la aplicación de multas y recargos (aprovechamientos).

24 Véase CEPAL (2013), *Panorama fiscal de América Latina y el Caribe. Reformas tributarias y renovación del pacto fiscal*, págs. 16-18, <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/49276/PanoramaFiscaldeALC.pdf>

y 2006-2012.²⁶

Aunque no en todos los casos, esta dependencia suele desmotivar los intentos que tanto a nivel nacional y sobre todo a nivel subnacional se podrían realizar por aumentar significativamente los ingresos públicos provenientes de los impuestos (pereza fiscal).²⁷ México por ejemplo, exhibe la menor presión impositiva de LAC (en torno al 10% del PIB, y es uno de los países en los que ha ido cayendo estos últimos años) pero un tercio de los ingresos públicos provienen de PEMEX (agencia estatal de Petróleos Mexicanos).²⁸ Hay analistas que señalan que las transferencias de recursos fiscales del Gobierno Federal a las haciendas públicas locales en México han hecho que los gobiernos locales eviten hacer esfuerzos fiscales en sus respectivas jurisdicciones para incrementar la recaudación de ingresos propios. De esta manera, evitan cargar con el coste político y electoral de imponer nuevas contribuciones o incrementar las tasas de los impuestos existentes. En el año 2010, de cada 100 pesos²⁹ que obtenían las entidades federativas mexicanas, casi 79 pesos provenían del gobierno central.³⁰ En el caso de Paraguay ocurre algo similar, los ingresos provenientes de las hidroeléctricas de Itaipú y Yacyretá (que representaron en promedio cerca del 63% de los ingresos no tributarios entre 1998-2007), parecen estar detrás de la desidia por incrementar la recaudación a nivel municipal³¹ mediante un impuesto mejorado a la tenencia de la tierra; lo que podría ser clave para afrontar las enormes necesidades de la población campesina en las zonas rurales y que, además, podría contribuir a desconcentrar la tenencia de la tierra.^{32,33}

La “pereza fiscal” afecta la financiación sostenible de programas e

25 Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos.

26 Informe de Gestión 2012, Presidente Evo Morales Ayma, lámina 108; <http://comunicacion.presidencia.gob.bo/docprensa/pdf/20130124-15-33-48.pdf>

27 Aunque sigue habiendo un espacio de mejora, en los años recientes, algunos países de LAC han incrementado la presión tributaria sobre las actividades extractivas.

28 CEPAL (2013), Panorama fiscal de América Latina y el Caribe. Reformas tributarias y renovación del pacto fiscal, Cuadro 1.2 pág. 16; Mayoral Jiménez (2010), “El presupuesto descansa en Pemex”; <http://www.cnnexpansion.com/presupuesto-2011/2010/09/12/pemex-impuestos-presupuesto-gravamen>

29 100 pesos mexicanos son equivalentes a 7,53 dólares según tipo de cambio del día 12 de marzo de 2014; <http://www.cambiodolar.mx/>

30 Reyes Tépac M. (2012); La deuda pública de las entidades federativas explicada desde la perspectiva del federalismo fiscal mexicano, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Subdirección de Análisis Económico, pág. 8, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/se/SAE-ISS-17-12.pdf>

31 Por ley, estos ingresos se encuentran destinados principalmente a gasto de inversión de capital (activos) en los municipios, véase “Transparencia en Royalties”; <http://www.transparenciaenroyalties.org.py/V3/faqs>

32 Véase Itriago (2012a); Justicia tributaria para la población campesina paraguaya, págs. 18-22, Oxfam, <http://www.oxfam.org/es/crece/policy/justicia-tributaria-para-la-poblaci%C3%B3n-campesina-paraguaya>

33 “El irrisorio impuesto inmobiliario actual no contribuye al desarrollo del país”; <http://iberoamerica.net/paraguay/prensa-generalista/abc.com.py/20130708/noticia.html?id=12n10P2>

inversiones sociales no sólo porque los ingresos públicos de algunos países de LAC son muy dependientes de precios internacionales fluctuantes,³⁴ insuficientemente predecibles y difíciles de gestionar, sino también por el previsible agotamiento de reservas de recursos no renovables. Esto sin contar con el impacto sobre la sostenibilidad social y medio ambiental que supone seguir dependiendo económicamente de la extracción indiscriminada de ciertos recursos naturales.³⁵ En Bolivia, la reciente reforma integral de pensiones (Ley 065 de diciembre de 2010), crea el régimen no contributivo.³⁶ A dicho régimen se incorpora la denominada “Renta Universal de Vejez” (previamente denominada Renta Dignidad³⁷). Esto supone sin duda un avance hacia la universalización de derechos y beneficia a una gran parte de la población boliviana, en gran parte mujeres que cuentan con un empleo informal o se dedican al trabajo doméstico no remunerado.³⁸ Sin embargo, una de sus debilidades³⁹ deriva precisamente de la dependencia de su financiación a través del IDH (Impuesto Directo a los Hidrocarburos);⁴⁰ lo que supone cierta vulnerabilidad ante los vaivenes de los precios internacionales⁴¹ y el posible agotamiento de reservas de hidrocarburos.⁴²

Por otra parte, la insuficiencia de recursos fiscales, derivada en parte de la baja presión tributaria, tiene un elevado coste social cuando se tiene que recurrir al endeudamiento externo para cumplir con los compromisos o déficits

-
- 34 Sobre los impactos redistributivos de la volatilidad véase Capítulo 1 en CEPAL (2010); Estudio económico de América Latina y el Caribe 2009-2010, <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/3/40253/P40253.xml&xsl=/de/tpl/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xsl>
- 35 Véase Itriago (2009), Contra la “Maldición” de los Recursos Naturales. Como pueden y deben beneficiarse las personas pobres de la renta de las extractivas. Oxfam, <http://www.oxfamintermon.org/es/documentos/20/01/10/contra-maldicion-de-recursos-naturales-como-pueden-deben-beneficiarse-personas-p>
- 36 http://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?opcion=com_contenido&ver=contenido&id=3056&id_item&seccion=306&categoria=446
- 37 Es un pago de por vida no heredable para todas las bolivianas y bolivianos a partir de los 60 años de edad que viven en el país; http://www.aps.gob.bo/Comunicacion/Publicaciones/La%20Renta%20Dignidad%20y%20Gastos%20Funerales/fil_es/cartilla.pdf
- 38 Véase Coello Cremades y Fernández Cervantes (2013). Política Fiscal y Equidad de Género en Bolivia: Análisis y Propuesta para la Construcción del Pacto Fiscal hacia el Vivir Bien, ONU Mujeres, La Paz, Septiembre 2013. En dicho informe, se realiza un análisis detallado del sistema tributario boliviano vigente desde una perspectiva de género.
- 39 *Ibid.*
- 40 Para el año 2012, del total de ingresos por IDH, los gobiernos municipales recibieron el 35,3%, la renta dignidad el 25,6%, el Estado central (Tesoro General del Estado) el 18,3%, los gobiernos departamentales el 10,1%, la universidad pública el 7%, quedando el restante para el fondo indígena (3,5%) y el fondo de educación cívica; Véase Martínez Céspedes e Inch S. (2012); A siete años del IDH ¿en qué se gastan los recursos?, Fundación Jubileo.
- 41 Véase: CEDLA (Centro de Estudios para el desarrollo laboral y agrario) ; “Por baja del IDH, gobierno usa otro fondo para Renta Dignidad”; <http://plataformaenergetica.org/content/30806>
- 42 Para mayor comprensión sobre el tema de reservas bolivianas de gas que se agotan véase Velásquez G. (2013), Situación de los Hidrocarburos en Bolivia, Serie Debate Público No.27, Fundación Jubileo, <http://www.jubileobolivia.org.bo/publicaciones/revistas-especializadas/item/255-situacion-de-los-hidrocarburos.html>

presupuestarios. La experiencia en este sentido ha revelado que las condiciones para acceder a la financiación internacional impuestas por los prestamistas con frecuencia han limitado el margen de maniobra de muchos países latino-caribeños para definir sus propias políticas de protección social y de desarrollo.⁴³

REGRESIVIDAD DEL SISTEMA IMPOSITIVO Y DESEQUILIBRIO EN LAS APORTACIONES DE LAS DISTINTAS ACTIVIDADES Y AGENTES ECONÓMICOS

Detrás de la insuficiente recaudación hay otros dos problemas de serias connotaciones: el sesgo hacia los impuestos indirectos, y el desequilibrio en el esfuerzo fiscal que asumen los distintos actores económicos (individuos, empresas y sectores de actividad). Ambas situaciones son vías que agravan la desigualdad de partida existente.

Cuadro 2: Política tributaria que profundiza desigualdades

Un rasgo del modelo socioeconómico de República Dominicana es que pese a los altos niveles de crecimiento económico no consigue reducir significativamente la pobreza y la desigualdad. De acuerdo con la CEPAL, en 2012, el quintil de población más pobre captaba solo el 4% de los ingresos del país mientras que el quintil de población más rica captaba el 50,8%, prácticamente la misma participación en el ingreso total de ambos quintiles que en 2002.⁴⁴

La estructura tributaria, la mala calidad de las políticas públicas y la falta de financiación de áreas prioritarias para el desarrollo, son causas de este mal resultado.

En 2012, la estructura tributaria de República Dominicana se basaba en un 64% en impuestos al consumo y al comercio exterior, es decir impuestos indirectos, y solo un 36% en impuestos a la renta y patrimonio.⁴⁵ La reciente reforma tributaria (2013) no ha hecho sino empeorar las cosas.

CONTINUA EN LA PÁGINA SIGUIENTE

-
- 43 Véase para el caso de Centroamérica a Colino Cámara, Álvarez de Cienfuegos, Parrado Díez y del Pino Matute (2007), Avances y Obstáculos en el Fortalecimiento del Estado en Centroamérica y República Dominicana. Un análisis de la capacidad institucional, la reforma de la Administración y la gestión pública. Instituto Nacional de Administración Pública 2007, http://bci.inap.es/alfresco_file/5d0e305b-4670-4ae5-8827-445904d184c2
- 44 CEPAL (2013), Panorama Social de América Latina 2013, Cuadro 3 en pág. 23; <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/51769/PanoramaSocial2013.pdf>
- 45 Datos agregados del Ministerio de Hacienda de República Dominicana http://hacienda.gov.do/politica_legislacion_tributaria/ingresos%20fiscales/ingresos%20anuales/INGRESOS%20FI SCALES%201990-2012.xls

Cuadro 2: Política tributaria que profundiza desigualdades

Con la reforma de 2013, los impuestos sobre bienes y servicios serán responsables del 58,2% del aumento de la recaudación previsto; un resultado asociado al incremento programado en la tasa aplicada del ITBIS (Impuesto sobre Transferencia de Bienes Industrializados y Servicios) para bienes de consumo masivo previamente exentos.⁴⁶ Los impuestos directos explicarán solo el 27% del incremento de la recaudación, lo que unido a las exenciones y bonificaciones (gasto tributario⁴⁷) que benefician a actividades específicas, profundiza las inequidades del sistema tributario dominicano.

El gasto tributario para 2014 será equivalente a 6,6% del PIB. Aproximadamente, el 3,6% del PIB corresponderá a las exenciones al ITBIS. Sin embargo, cuando se excluyan del análisis las exenciones que benefician a los hogares y se imputen los gastos tributarios a actividades específicas, éste se ubicará en el 3,4% del PIB. De ese total, el 25% beneficiará al sector de zonas francas y el 21% al sector energía.⁴⁸

Por otra parte, el gran número de leyes que crean fuertes rigideces presupuestarias pero que no se cumplen, creando problemas de legalidad, así como la baja calidad del gasto, justificadamente deslegitiman y restan credibilidad a las instituciones públicas y por ende, a los intentos del gobierno dominicano de obtener más recursos para el financiamiento del desarrollo y la reducción de las desigualdades.⁴⁹

Fuente: Rosa María Cañete Alonso (Directora de Oxfam en República Dominicana) en base a CEPAL (2013), Ministerio de Hacienda de República Dominicana y Movimiento Justicia Fiscal (2013).

Sesgo de la imposición sobre el consumo

Más de la mitad de la recaudación de Latinoamérica y el Caribe proviene de gravar el consumo.⁵⁰ De hecho, el IVA (impuesto al valor añadido) es el único impuesto cuyas tasas nominales promedio han subido en la región en la última década.⁵¹ Tras un fuerte crecimiento durante los últimos veinte años, los impuestos generales al consumo (principalmente el IVA y los impuestos

46 Movimiento Justicia Fiscal (2013); “ El presupuesto de 2014 y la situación fiscal de República Dominicana”, <http://justiciafiscal.com/2013/01/el-presupuesto-de-2014-y-la-situacion-fiscal-de-republica-dominicana-2/#more-905>

47 El gasto tributario del Estado es todo tipo de tratamiento preferencial que beneficia a un sector específico, región o grupo de contribuyentes.

48 Movimiento Justicia Fiscal (2013); “ El presupuesto de 2014 y la situación fiscal de República Dominicana”, <http://justiciafiscal.com/2013/01/el-presupuesto-de-2014-y-la-situacion-fiscal-de-republica-dominicana-2/#more-905>

49 *Ibíd.*

50 Este dato puede ser un tanto mayor, dado que dicha cifra se obtiene de una publicación donde el total de la recaudación tributaria incluye otros ingresos públicos como las contribuciones a la seguridad. Véase OCDE, CEPAL y CIAT (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias) (2012), *Estadísticas Tributarias de América Latina*, pág. 22.

51 Banco Interamericano de Desarrollo (IDB) (2013), *Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo*, <http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/publicacion-dia,3185.html?pid=2013>

generales sobre las ventas) representaron el 34,7% de los ingresos tributarios en una muestra de 15 países de LAC en 2010 (frente al 20,5% en los países de la OCDE). Al mismo tiempo, la proporción de los impuestos específicos al consumo (como los impuestos selectivos y los impuestos sobre el comercio internacional) fue del 16,5% del total de ingresos tributarios mientras que en la OCDE estuvo en torno al 10,8%.⁵² Por su parte, los impuestos sobre la renta y las utilidades representaron en promedio el 25,5% de la recaudación en el mismo conjunto de países de LAC, frente al 33,2% en la OCDE.⁵³

De manera general, los sistemas basados en la imposición indirecta sobre el consumo son más regresivos y más inequitativos puesto que éstos se aplican independientemente del volumen de ingresos, nivel de renta o capacidad de pago de los contribuyentes, y la población relativamente más pobre destina una mayor porción de sus ingresos al consumo que la población relativamente más rica.⁵⁴ El grado de regresividad de impuestos indirectos como el IVA depende de varios factores, como por ejemplo, si están exonerados bienes y servicios consumidos por los segmentos más pobres, de qué medida de bienestar sea utilizada en la medición (si se utiliza el consumo⁵⁵ o el ingreso para medir la incidencia de impuestos) y también de los patrones de consumo de los más pobres (por ejemplo, si las familias consumen lo que ellas mismas cultivan). En este sentido, estimaciones derivadas de un estudio realizado en 2011 indican que si se usa el ingreso como base, el IVA es regresivo en países como Ecuador, Guatemala o Paraguay. Cuando se toma como base el consumo, el IVA es progresivo en Ecuador y Guatemala, pero se mantiene regresivo en Paraguay, mientras que el IVA sin exenciones es regresivo también para Guatemala.⁵⁶

52 OCDE, CEPAL y CIAT (2012). Estadísticas Tributarias de América Latina.

53 OCDE, CEPAL y CIAT (2012), Estadísticas Tributarias de América Latina, pág. 22. Cabe señalar que los ingresos provenientes de impuestos directos pueden estar ligeramente sobreestimados, ya que en esta publicación las cargas de la seguridad social son consideradas "impuestos". Véase: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/ofilac/noticias/paginas/2/45832/P45832.xml&xsl=/ofilac/tpl/p18f.xsl&base=/ofilac/tpl/top-bottom.xml>

54 La demanda de consumo depende del volumen de la renta. Cuando las rentas son muy bajas existe cierta demanda de consumo, lo que se llama "consumo autónomo" ya que incluso el que no tiene nada tiene que consumir algo para sobrevivir. A partir de ahí, cuanto mayor sea la renta, mayor será el consumo; la función de consumo es creciente con la renta. Pero también crecerá el ahorro; cuanto más rica sea una sociedad, mayor proporción de sus rentas podrá destinar al ahorro. Es de esperar que las familias de rentas altas ahorren una proporción mayor de su renta mientras que las familias que obtienen una renta baja necesitan consumir aun más de lo que ganan. El porcentaje que representa el consumo sobre el total de la renta se hace cada vez menor cuando ésta aumenta. Llamaremos propensión media al consumo a ese porcentaje; la propensión media al consumo es decreciente.

55 En el tiempo, el consumo se distribuye de forma menos desigual que el ingreso, debido a la propensión media al consumo. Véase la Nota anterior.

56 Jorratt (2011), Evaluando la equidad vertical y horizontal en el impuesto al valor agregado y el impuesto a la renta: el impacto de reformas tributarias potenciales. Los casos del Ecuador, Guatemala y el Paraguay, CEPAL, <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/44151/P44151.xml&xsl=/de/tpl/p9f.xsl&base=/de/tpl-i/top-bottom.xslt>
Cabe señalar que en el caso de Ecuador, la principal fuente de información utilizada por el estudio

Beneficios fiscales que refuerzan el poder de las élites

La escasa aportación de los impuestos directos se explica por las exoneraciones e incentivos fiscales⁵⁷ para promover inversión nacional y sobre todo extranjera, y por la nula tributación de las rentas no salariales o del capital⁵⁸, y del capital inmobiliario.⁵⁹ Es vox populi que las élites económicas y políticas han ejercido su influencia en el diseño de los sistemas fiscales injustos vigentes en LAC y se han visto muy favorecidas por estas costumbres clientelares.⁶⁰ De ahí la dificultad para dismantelar estos privilegios una vez establecidos.

para evaluar la equidad del IVA fue la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares Urbanos (ENIGHU), del año 2003, llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). En el caso de Guatemala, la principal fuente de información usada para evaluar la equidad del IVA fue la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI), llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de Guatemala entre Marzo y Septiembre de 2006. Y en el caso de Paraguay, la fuente de información usada para evaluar la equidad del IVA fue la Encuesta de Presupuestos Familiares 2005-2006, ejecutada por la Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos (DGEEC), entre julio de 2005 y junio de 2006.

- 57 Véase Itriago (2011), Dueños del desarrollo. Impuestos para combatir la pobreza, págs. 16-17, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-owning-development-domestic-resources-tax-260911-es.pdf>
- 58 Colocaciones financieras, intereses de títulos públicos, beneficios de fondos de inversión, ganancias de capital en bienes inmuebles y acciones, etc. Las colocaciones financieras son fondos hechos en la banca a plazo, desde siete días a más de un año, con intereses superiores a los de las cuentas de ahorro.
- 59 "(...) se observa la existencia de generosos tratamientos preferenciales que reciben las rentas de capital (...) en la gran mayoría de los países de la región, las que o bien están totalmente exentas o están sujetas a tasas efectivas sumamente reducidas (...)"; Véase Gómez S. J.C., Jiménez J.P y D. Rossignolo (2012), Imposición a la renta personal y equidad en América Latina: Nuevos desafíos, CEPAL, http://www.eclac.org/de/publicaciones/xml/9/46529/SERIE_MD_119.pdf. Véase también al BID (2013), Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo, gráfico 1.9 (El sesgo antilaboral de los impuestos: razón de las cargas tributarias del trabajo y del capital), <http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/publicacion-dia,3185.html?id=2013>
- 60 Para cuestiones asociadas a la influencia de las élites en la configuración de sistemas tributarios véase por ejemplo a Martín y Scartascini (2011), Why Don't We Tax the Rich? Inequality, Legislative Malapportionment, and Personal Income Taxation around the World, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=IDB-WP-282; <http://www.conditintosacentos.com/desigualdad-instituciones-politicas-y-redistribucion-resolviendo-el-enigma/>
El estudio incluye a 17 países de Latinoamérica y el Caribe. Véase el gráfico sobre desigualdad en la representación política versus Impuestos a la Renta Personal como porcentaje del PIB en el siguiente link: <http://www.iadb.org/es/noticias/articulos/2011-12-02/representacion-politica-desigual-e-impuestos,9710.html>

Cuadro 3. Beneficios fiscales para el sector extractivo

En Perú, el impuesto sobre las ganancias es la principal carga tributaria para las empresas mineras, fijado en un 30%. Sin embargo, estas empresas reciben cuantiosos incentivos tributarios y pueden beneficiarse de generosas normas de depreciación y reinversión de utilidades, lo que reduce significativamente la aportación efectiva que estas empresas hacen al fisco. Además, Perú no cobró regalías sobre los minerales hasta junio de 2004, cuando se aprobó la Ley de Regalías. A pesar de esta ley, la mayoría de las empresas mineras de mayor tamaño arguyen la cláusula de estabilidad tributaria para no pagar.^{61,62, 63}

Ollanta Humala, dos meses después de asumir la presidencia de Perú en el año 2011, aprobó un nuevo régimen tributario a la actividad minera⁶⁴ que en teoría iba a permitir una recaudación adicional de 3.000 millones de soles anuales (aproximadamente 1.200 millones de dólares). Sin embargo, después de una serie de deducciones, los 3.000 millones esperados de incremento en la recaudación quedaron en poco menos de 1.000 millones de soles.⁶⁵

Algo similar ocurre en Honduras. En 2007, el sector minero de dicho país reportó ingresos brutos por valor de 198 millones de dólares, sin embargo, tan solo contribuyó con 283.000 dólares en regalías, licencias y derechos en conjunto: es decir, aportó al fisco apenas el 0.1% de los ingresos brutos del sector.⁶⁶

Fuente: Elaboración propia en base a Christian Aid (2012), Presidencia de la República de Perú (2011), Monge (2011), Salazar 2010, Christian Aid (2009) y Atienza e Itriago (2008).

En la práctica, esto resulta en una paradoja. Los gobiernos de LAC suelen promover inversiones que generan beneficios privados sustentados en el grado de sacrificio fiscal (a través de las exoneraciones y facilidades fiscales).⁶⁷ Sacrificio que terminan asumiendo los sectores vulnerables de la población que más necesitan de bienes y servicios públicos bien dotados y financiados con recursos públicos que no alcanzan. Además, los beneficios fiscales “a medida” complican los códigos tributarios entorpeciendo la gestión de la recaudación por parte de las administraciones tributarias y restando así más recursos.⁶⁸

- 61 Christian Aid (2012), El Escándalo de la Desigualdad en América Latina y el Caribe, pág.48, <http://www.christianaid.org.uk/images/scandal-of-inequality-latin-america-and-caribbean-spanish.pdf>
- 62 Salazar 2010, “MINERÍA-PERÚ: Negocio millonario y exonerado de impuestos”; <http://www.ipsnoticias.net/2010/01/mineria-peru-negocio-millonario-y-exonerado-de-impuestos/>
- 63 Véase Atienza e Itriago (2008), Letra pequeña, grandes abusos. Por qué los contratos petroleros en América Latina son un obstáculo para el desarrollo, págs. 17-18, Intermón Oxfam. <http://www.presidencia.gob.pe/jefe-de-estado-promulgo-tres-leyes-tributarias-mineras>
- 64 Véase Presidencia de la República de Perú (2011) “Jefe de Estado promulgó tres leyes tributarias mineras”, <http://www.presidencia.gob.pe/jefe-de-estado-promulgo-tres-leyes-tributarias-mineras> y Monge (2011), “Sobre el acuerdo con los mineros: ¿Total, cuánto es? ¿Y a quién va?”; <http://www.conades.org.pe/index.php?pg=2>
- 66 Christian Aid (2009), Socavando a los pobres: reformas tributarias mineras en América Latina, pág.1.
- 67 Tal y como sugieren Jiménez, Gómez Sabaíni y Podestá (2010), Evasión y equidad en América Latina, CEPAL, http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38398/Evasi%C3%B3n_y_equidad_fiscal_16-04-10_con_portada.pdf.
- 68 “(...) estos regímenes facilitan todo tipo de operaciones de evasión y elusión por parte de empresas relacionadas, integrantes de un mismo grupo económico. La existencia de empresas exoneradas de impuestos siempre permite que se traspasen utilidades hacia ellas de otras empresas del

Además, este sacrificio fiscal no suele ir acompañado de garantías suficientes para asegurar que dichas inversiones tengan efectos positivos en otros terrenos como la transferencia de tecnología o la generación de una masa suficiente de empleo decente⁶⁹, que en definitiva son algunas de las claves del desarrollo.⁷⁰ Con lo cual, el gasto tributario producto de dicho sacrificio fiscal es tan solo sacrificio de muchos a costa de privilegios para unos pocos.

Existen estimaciones de gasto tributario que llegan hasta el 8% del PIB de algunos países.⁷¹ Países como Nicaragua y Guatemala encabezan el ranking de mayores niveles de gasto tributario de la región. En Nicaragua, en 2008, se dejaron de ingresar por exoneraciones 415,6 millones de dólares: un 40% más que el presupuesto del Ministerio de Salud de ese año en uno de los países más pobres de la región.⁷² En el año 2010, se estima que el gasto tributario en dicho país ascendió a una cifra cercana a los 500 millones de dólares, equivalente al 42% del total de impuestos recaudados durante ese año.⁷³ Recursos perdidos que impiden que este país pueda efectuar las inversiones necesarias en capital humano e infraestructura básica, que son prerrequisitos y elementos fundamentales del desarrollo.⁷⁴

Claramente, los privilegios tributarios que se otorgan a los segmentos más ricos (bien sea por políticas deliberadas que mantienen relativamente baja la imposición sobre algunos sectores muy lucrativos o por los beneficios fiscales)⁷⁵

mismo grupo económico a través de operaciones de precios de transferencia o subcapitalización, o se creen derechos a devolución de créditos fiscales de IVA por operaciones ficticias (...); Véase, Acevedo (2012), "El gasto tributario y la evasión: dos enfermedades crónicas y degenerativas del sistema tributario", <http://www.canal15.com.ni/videos/36487>

69 Según la OIT el trabajo decente resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.

70 No existen evidencias concluyentes acerca de la eficacia de ciertos incentivos fiscales en el fomento de inversiones de alto valor agregado ni de su impacto en el desarrollo. Véase Keen and Simone (2004) citado en Itriago (2011), *Dueños del desarrollo. Impuestos para combatir la pobreza*, pág. 36, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-owning-development-domestic-resources-tax-260911-es.pdf>

71 Itriago (2011), *Dueños del desarrollo. Impuestos para combatir la pobreza*, págs. 35-37, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-owning-development-domestic-resources-tax-260911-es.pdf>

72 *Ibid.*

73 Acevedo (2012), "El gasto tributario y la evasión: dos enfermedades crónicas y degenerativas del sistema tributario", <http://www.canal15.com.ni/videos/36487>

74 *Ibid.*

75 Jiménez, Gómez Sabaini y Podestá (2010), *Evasión y equidad en América Latina*, CEPAL, http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38398/Evasi%C3%B3n_y_equidad_final_16-04-10_con_portada.pdf

sin las debidas compensaciones para los segmentos más pobres, limitan aún más el uso del sistema fiscal para corregir la mala distribución de la renta y la riqueza de una forma directa.

En países como Argentina, Bolivia, Brasil, México, Perú y Uruguay, el impacto redistributivo de los impuestos directos es bajo, a pesar de ser progresivos.⁷⁶

Sesgo de la imposición sobre el salario

La escasa imposición sobre la renta no salarial y la proliferación de beneficios fiscales de los que disfrutaban los dueños del capital terminan afectando a las rentas del trabajo (salarios) –donde se concentran las contribuciones de la clase media-, produciéndose un sesgo en contra de los trabajadores asalariados en las estructuras tributarias de la región. De lo poco que se recauda por impuestos a la renta personal, la mayor parte proviene de los salarios de la clase media.⁷⁷ Además, las tasas de aportación efectiva de las empresas (después de exoneraciones y demás beneficios fiscales) en muchos casos es menor que la de los trabajadores asalariados.

Según algunas estimaciones,⁷⁸ la suma de las tasas nominales que gravan las rentas del trabajo y de las aportaciones a la seguridad social son mayores que las tasas nominales al capital, y también las tasas efectivas de tributación del trabajo son más altas que las del capital en casi todos los (pocos) países en los que la información disponible permite hacer estos cálculos. En Brasil, Colombia, Guatemala y Venezuela los ingresos de los asalariados tienen tasas efectivas de tributación que ascienden a aproximadamente el doble de las que se aplican a las ganancias del sector empresarial.⁷⁹ En Nicaragua el tipo nominal que grava a las empresas es del 30%. Sin embargo, la tasa efectiva es extremadamente baja (de apenas el 2%), debido, entre otras cosas, al conjunto de exoneraciones subjetivas otorgadas a sectores enteros de la economía, en los que son dominantes las empresas más grandes y rentables del país.⁸⁰

76 Véase Lustig, Pessino y Scott (2013), The impact of taxes and social spending on inequality and poverty in Argentina, Bolivia, Brazil, Mexico, Peru and Uruguay: an overview. La figura 1 en la página 8 y la tabla 1 en la página 9 confirman la afirmación.

77 Jiménez, Gómez Sabaini y Podestá (2010), Evasión y equidad en América Latina, CEPAL, http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/38398/Evasi%C3%B3n_y_equidad_final_16-04-10_con_portada.pdf

78 BID (2013), Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo, gráfico 1.9 (El sesgo antilaboral de los impuestos: razón de las cargas tributarias del trabajo y del capital), <http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/publicacion-dia,3185.html?id=2013>

79 *Ibid.*

80 Acevedo (2012), “El gasto tributario y la evasión: dos enfermedades crónicas y degenerativas del sistema tributario”, <http://www.canal15.com.ni/videos/36487>

Cuadro 4. Fiscalidad que empeora la distribución del ingreso entre asalariados y empresarios

“...En Colombia, quienes defienden la reciente reforma tributaria no se pronuncian acerca del empeoramiento de la distribución funcional del ingreso (*ésta se refiere a cómo se distribuye el ingreso nacional entre trabajo y capital*) que ella provocará...”

Stefano Farné, Director del Observatorio del Mercado Laboral, U. Externado.⁸¹

Según algunos analistas, debido a la reforma tributaria que empezó a regir en 2013, las empresas colombianas dejarán de pagar 6 billones de pesos colombianos (aproximadamente 2.940 millones de dólares⁸², 13,5 puntos porcentuales de los aportes parafiscales⁸³) destinados a financiar el ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar), el SENA (Servicio Nacional de Aprendizaje) y la salud de sus empleados— que, en todo o en parte, terminarán pagando los asalariados de la clase media a través de una mayor imposición de sus rentas.^{84,85}

Además, al parecer, éstos no serán los únicos beneficios fiscales de los cuales disfrutarán las empresas ya que de acuerdo a informes del MFMP (Marco Fiscal de Mediano Plazo)⁸⁶, en 2012 las compañías contribuyentes gozaron de 3,4 billones de pesos colombianos (aproximadamente 1670 millones de dólares) entre rentas exentas, descuentos y deducciones tributarias.⁸⁷ Por lo tanto, “en adelante los trabajadores de clase media se harán cargo de la salud del personal de las empresas del país, pero si pierden su empleo no tendrán derecho a ser atendidos por una EPS (Empresa Promotora de Salud)⁸⁸, a menos que paguen de su propio bolsillo la seguridad social”.^{89,90}

En Nicaragua la propuesta de Reforma de la Alianza Tributaria⁹¹ aboga por incluir al conjunto de las rentas (salariales y no salariales) del contribuyente residente en una sola base, descontar un mínimo exento y las deducciones permitidas para obtener así la renta gravable. Sobre esa base gravable única, que aglutinaría todas las rentas (índistintamente de su naturaleza), se aplicaría entonces una tasa con escala progresiva, de forma tal que dicha tasa no solo se aplique sobre los salarios, sino que se aplique sobre todas las rentas personales. Sin embargo, la ley competente que ha sido promulgada recientemente mantiene un trato preferencial a las rentas del capital.^{92,93}

Fuente: Elaboración propia en base Farné (2012), Sarmiento Anzola (2013), Vanguardia.com (2013), Red de Justicia Fiscal de América Latina y el Caribe (2012), Medal (2012), Navas (2012) y Acevedo (2012).

- 81 Farné (2012), “Reforma tributaria y equidad distributiva”, http://190.7.110.123/pdf/6_derechoSeguridadSocial/observatorio/publicaciones/articulos-prensa/Articulo31.pdf
- 82 Según tipo de cambio del día 12 de marzo de 2014; <http://themoneyconverter.com/ES/COP/USD.aspx>
- 83 En Colombia, los aportes parafiscales son una contribución especial que realizan los empleadores al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, para que estas Entidades adelanten programas de naturaleza social, según su misión; <http://www.gerencie.com/aportes-parafiscales.html>
- 84 Farné (2012), “Reforma tributaria y equidad distributiva”, http://190.7.110.123/pdf/6_derechoSeguridadSocial/observatorio/publicaciones/articulos-prensa/Articulo31.pdf
- 85 Sarmiento Anzola (2013), “Reforma tributaria, desigualdad y pobreza”, <http://alainet.org/active/61028&lang=es>
- 86 http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/eLearning/dnp/1/html/contenido-3_2_2-MFMPhtml
- 87 Farné (2012), “Reforma tributaria y equidad distributiva”, http://190.7.110.123/pdf/6_derechoSeguridadSocial/observatorio/publicaciones/articulos-prensa/Articulo31.pdf
- 88 Las entidades promotoras de salud, conocidas en sus siglas como EPS, son empresas del Sistema de Salud en Colombia, las cuales no prestan servicios médicos, sino que promueven dichos servicios a usuarios en un esquema de aseguramiento. Las personas se afilian a las EPS para luego ser atendidas en clínicas y hospitales, las cuales sí brindan los servicios médicos pero no cobran por estos a los pacientes.

INEFECTIVIDAD PARA PROMOVER LA MOVILIDAD SOCIAL

Mejorar la igualdad de oportunidades pasa por proveer servicios sociales básicos de calidad y protección social, pero también por el nivel y estabilidad de las fuentes de ingresos propias, y por las condiciones generales (seguridad e higiene en el trabajo por ejemplo) en las que se logra ganar este sustento económico. Es decir, hace falta una inversión pública que genere verdaderas capacidades para el progreso de los sectores más pobres y excluidos y también políticas de fomento de oportunidades económicas para estos sectores. Esta es la vía para reducir los obstáculos presentes e intergeneracionales que impiden el salto definitivo desde la pobreza y la movilidad social ascendente sin la dependencia del Estado.

Promover la movilidad social requiere dotar de mejores condiciones a los sectores más pobres y revertir la preponderancia (y atenuar los impactos negativos) de modelos económicos y productivos excluyentes que ahondan las brechas socioeconómicas. Estos modelos mantienen la dependencia histórica de los grupos excluidos del progreso hacia los gobiernos de turno. Es necesario garantizar que tanto los impuestos como el gasto público contribuyen a disminuir la asimetría de productividad de la región que perpetúa las desigualdades.

La década hasta 2010 representa un punto de inflexión en la historia reciente de las políticas sociales en LAC. Particularmente importantes han sido los programas de protección social no contributivos de amplia cobertura,⁹⁴ así como los programas de transferencias condicionadas de efectivo (PTC) y más recientemente los programas de pensiones no contributivas.

-
- 89 Farné (2012), "Reforma tributaria y equidad distributiva", http://190.7.110.123/pdf/6_derechoSeguridadSocial/observatorio/publicaciones/articulos-prensa/Articulo31.pdf
- 90 Véase también "Senador Robledo insiste en críticas contra reforma tributaria"; <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/190404-senador-robledo-insiste-en-criticas-contra-reforma-tributaria>
- 91 Alianza integrada por el Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas (IEEPP), la Coordinadora Civil, el Instituto Nicaragüense de Investigaciones y Estudios Tributarios (INIET) y Oxfam.
- 92 Red de Justicia Fiscal de América Latina y el Caribe (2012), "Comparación de propuestas tributarias en Nicaragua"; <http://www.justiciafiscal.org/2012/09/comparacion-de-propuestas-tributarias-en-nicaragua/>
- 93 Meddal (2012), "La reforma tributaria es más de lo mismo y el desarrollo sostenible, un reto nunca asumido en nuestra historia" en envío Digital, <http://www.envio.org.ni/articulo/4627>;
- Navas (2012), "Reforma fiscal antiasalariados" en la Prensa Móvil, <http://m.laprensa.com.ni/activos/111425>;
- Acevedo (2012), "Reforma Tributaria: ¿Tanto secreto para tan pocas nueces?" en Correo para Ciegos, <http://www.correoparaciegos.com/reforma-tributaria%2%BFtanto-secreto-para-tan-pocas-nueces-n292.html>
- 94 Gasparini y Cruces (2013), Políticas Sociales para la Reducción de la Desigualdad y la Pobreza en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, Propuesta y Proyecciones en Base a la Experiencia Reciente, pág. 11, Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales (CEDLAS), Documento de Trabajo Nro. 142.

Existen controversias respecto al grado de impacto de dichos instrumentos, pero la relación entre los menores niveles de pobreza extrema y dichos programas es indiscutible. Menos espectacular ha sido la contribución de la política social en su conjunto para combatir las desigualdades más afianzadas. Parte de la explicación se basa en que “la prioridad dada a los programas de transferencias públicas para reducir la pobreza se hizo en varios países a costa de mantener (e incluso acentuar) la pobreza de los servicios públicos del Estado del Bienestar, tales como sanidad y educación”.⁹⁵

Por otra parte, la fiscalidad en muchos países de América Latina está hecha a la medida de modelos de crecimiento basados en la exportación de hidrocarburos y materias primas que dejan rezagados y/o desplazan a otros sectores económicos -ya de por sí pauperizados- como la agricultura a pequeña escala. Además, en la gran mayoría de los casos, la fiscalidad no ha contribuido a la formalización de los y las trabajadoras pobres informales. No hay que perder de vista que tanto en la pequeña agricultura como en los pequeños emprendimientos informales se encuentran el grueso de las trabajadoras y trabajadores pobres de la región.

Las políticas sociales son aún insuficientes para combatir desigualdades estructurales

Hasta 2010, 18 países de LAC contaban con algún PTC, con una cobertura que ascendía al 19% de la población total de la región.⁹⁶

Sin embargo, muchos análisis sobre la experiencia brasileña señalan que sin restar mérito a sus logros, la política social de dicho país debe reforzarse cuantitativa y cualitativamente para erradicar patrones de exclusión y discriminación y convertirse así en verdadera palanca de cambio. La política social de la región debe generar un aporte más robusto en la construcción de “futuros alternativos” distintos a los que hoy son esperables para muchas personas en condición de pobreza en LAC.

95 Navarro V. (2014), “Las limitaciones de los programas antipobreza” en Pensamiento Crítico, <http://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2014/02/11/las-limitaciones-de-los-programas-antipobreza/>

96 Gasparini y Cruces (2013), Políticas Sociales para la Reducción de la Desigualdad y la Pobreza en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, Propuesta y Proyecciones en Base a la Experiencia Reciente, pág. 12, Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales (CEDLAS), Documento de Trabajo Nro. 142.

Cuadro 5. La política social que está pendiente

Brasil ha logrado un notable progreso en la reducción de la pobreza y desigualdad de ingresos. Entre 2003 y 2009 la pobreza cayó del 26,4% al 14,7%, la pobreza extrema cayó del 10,1% al 5,2% y el coeficiente de Gini pasó de 0,582 a 0,540.⁹⁷

Algunas estimaciones indican que cerca de un 17% de la caída directa de la desigualdad de ingresos que ocurrió en Brasil entre 2001 y 2011 se debe a los PTC, específicamente a el programa Bolsa Familia⁹⁸ y el Beneficio de Prestación Continua,⁹⁹ 100 un 19% a las pensiones pensiones contributivas y no contributivas, y un 58% al incremento en las rentas del trabajo^{101,102}

Por otra parte, las políticas sectoriales en educación y salud, también han sido muy destacables en dicho país. Entre 1995 y 2010, la esperanza de vida pasó de 68,5 a 73,4 años y la mortalidad en niños menores de cinco años cayó de 41,4 a 18,6 por cada mil nacimientos. Al mismo tiempo, el gasto público en salud creció progresivamente desde un 2,86% del PIB en 1995 a 4,07% del PIB en 2011.¹⁰³

Sin embargo, aunque las desigualdades raciales, de género y geográficas se han reducido, todavía queda un largo trecho por transitar. Estas desigualdades amenazan los logros en los indicadores sociales.

En 2009, el 31,6% de los hogares en las zonas urbanas de Brasil no tenía acceso a un servicio de saneamiento adecuado. En el año 1995 dicha cifra alcanzaba 38,8%. La cifra agregada del modesto progreso del periodo 1995-2009 esconde otro problema: en el año 2009, 56,7% de los hogares con ingresos por debajo del umbral de pobreza no tenían acceso a servicios sanitarios adecuados. Siendo además, los pobres de raza negra y los mulatos los peor parados: 58,7% de estos hogares no contaban con un buen servicio frente a un 51,7% de los que tampoco tenían acceso a un servicio de saneamiento de calidad pero que pertenecían al segmento de los pobres de raza blanca.¹⁰⁴ Cifras indicativas de que las zonas con elevado número de personas de raza negra y los mulatos reciben la peor prestación de servicios públicos. Un hecho que también se evidencia en el sector de la educación.

Además, cabe señalar que al igual que en el resto de la región, el proceso de universalización del acceso a la educación pública en Brasil estuvo inicialmente más centrado en el acceso que en la calidad, con fondos y una gestión insuficiente para proporcionar la infraestructura adecuada y buenas condiciones laborales para los maestros y otros profesionales del sector. El resultado ha sido un fuerte impacto negativo en las capacidades adquiridas por los estudiantes: en 1995, al finalizar la escuela primaria, el 37,5% de estudiantes tenían un conocimiento adecuado de la lengua portuguesa y solo el 16,8% tenían un conocimiento adecuado de Matemáticas; para el año 2003 estas cifras habían descendido al 20,1% y el 14,7% respectivamente.¹⁰⁵

Continúa...

97 Telles (2013) citando a IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) y otros (2011), Brazil:Poverty and Inequality.Where to Next?, Oxfam (2014).

98 <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/experiencia-brasilena-en-transferencia-de-renta-y-mejora-de-la-vida>

99 Ibid.

100 Telles (2013) citando a IPEA (2012), Brazil:Poverty and Inequality.Where to Next?, Oxfam (2014).

101 Según Telles (2013), Brazil:Poverty and Inequality.Where to Next?, Oxfam (2014), este incremento ha sido impulsado principalmente por los aumentos sistemáticos en el salario mínimo y cambios en reglamentaciones para las microempresas que permitieron a muchos empresarios y trabajadores del sector informal pasar a la economía formal -, además de la importante contribución de la generación de empleo a través del crecimiento económico-.

102 Véase Telles (2013), Brazil:Poverty and Inequality.Where to Next?, Oxfam (2014).

103 Ibid.

104 Telles (2013) citando a IPEA y otros (2011), Brazil:Poverty and Inequality.Where to Next?, Oxfam (2014).

Cuadro 5. La política social que está pendiente

Claramente, América Latina y el Caribe "...no ha logrado transformar al sistema educativo en un mecanismo potente de igualación de oportunidades, en parte porque un factor condicionante de los resultados educativos tiene relación con el nivel socioeconómico y cultural de los hogares de origen..."¹⁰⁶. De hecho, la información más reciente sobre resultados académicos de países de la región que ofrece el Programa Internacional de Evaluación de Estudiantes (PISA)¹⁰⁷ de 2009, llevada a cabo por la OCDE, señala que hay un alto porcentaje de la población estudiantil con rendimientos muy deficitarios en competencias básicas de la enseñanza¹⁰⁸. Pero lo más llamativo es que la mayor parte de los estudiantes que se ubican en los estratos socioeconómico y culturales más bajos de los países de la región alcanzan niveles de logro por debajo del nivel 2, es decir, no han desarrollado las competencias básicas para desempeñarse en el área de la comprensión lectora.¹⁰⁹ Uno de los resultados más dramáticos corresponden a Perú, donde el 90% de los estudiantes del primer cuartil no logra la competencia lectora básica para desenvolverse como ciudadanos en el mundo actual.¹¹⁰

Fuente: Elaboración propia en base a Telles (2013) y Trucco (2012).

Incluso las políticas fiscales progresivas, si no ayudan a romper las condiciones estructurales que reproducen la exclusión pueden favorecer a los pobres en el corto plazo pero se transforman en acomodaticias y poco eficientes en el mediano y largo plazo. Y en este sentido, "independientemente de que se considere la provisión de servicios sociales básicos o la protección social como un derecho al que deben aspirar todos los ciudadanos, es necesario apuntar hacia una mayor cobertura de servicios de calidad y que no discriminen a ningún grupo de la sociedad, y que, efectivamente, llegue a los más necesitados".¹¹¹

105 Telles (2013) citando a Todos pela Educação (TPE) (nd), Brazil:Poverty and Inequality:Where to Next?, Oxfam (2014).

106 Trucco (2012); "Educación en América Latina: ¿más equidad o desigualdad?", <http://www.revistahumanum.org/blog/educacion-en-america-latina-mas-equidad-o-desigualdad/>

107 Esta medición evalúa la adquisición de competencias básicas en las áreas de comprensión lectora, ciencias y matemáticas para una muestra de estudiantes de 15 años.

108 En 2009, participaron nueve países de la región en el examen: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago y Uruguay.

109 Trucco (2012); "Educación en América Latina: ¿más equidad o desigualdad?", <http://www.revistahumanum.org/blog/educacion-en-america-latina-mas-equidad-o-desigualdad/>

110 *Ibíd.*

111 Oficina de Políticas Públicas y Competitividad Corporación Andina de Fomento (CAF) (2007), Oportunidades en América Latina, Hacia una mejor política social, http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubS-901_esp.pdf

La política fiscal promueve modelos económicos que profundizan brechas

En los últimos años, América Latina ha experimentado los que algunos denominan “El Consenso de los Commodities”¹¹², lo que ha llevado a facilitar desde los estamentos gubernamentales el desarrollo del modelo “extractivista” orientado a la exportación de bienes primarios a gran escala que promueve sectores como la agroexportación, minería e hidrocarburos. Esto ocurre -aunque no exclusivamente- en países como Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela.

Mientras, la pequeña agricultura sigue abandonada y las pequeñas empresas quedan insuficiente e inadecuadamente atendidas, y está pendiente la industrialización y la diversificación productiva con potencial de generar más empleos de calidad.¹¹³ En 2011, las materias primas agrícolas y mineras representaron el 76% de las exportaciones de la Unasur (Unión de Naciones Suramericanas), mientras las manufacturas de alta tecnología solo representaron el 7%.¹¹⁴

El apoyo de las políticas gubernamentales hacia el modelo extractivista ha significado en la práctica un freno al desarrollo en condiciones de otros sectores de actividad como la pequeña agricultura. Esta realidad contradice los objetivos de reducción de las desigualdades estructurales y el fomento de modelos económicos ecológicamente más responsables.

El nuevo extractivismo “irrumpe en los territorios, y a su paso va desestructurando economías regionales, destruyendo biodiversidad y profundizando de modo peligroso el proceso de acaparamiento de tierras, expulsando o desplazando comunidades rurales, campesinas o indígenas, y violentando procesos de decisión ciudadana”.¹¹⁵ Esto sin contar que este modelo se sustenta en general sobre la base de actividades intensivas en capital pero no en trabajo. En Perú, la megaminería transnacional ocupa apenas el 2% de la Población Económicamente Activa (PEA), contra un 23% en la agricultura, un 16% en comercio y casi el 10% en manufacturas.¹¹⁶

112 Svampa (2012), “El Consenso de los Commodities”, págs. 4-6, *Le Monde diplomatique*, Edición 168, junio 2013.

113 CEPAL (2009), Estudio económico de América Latina y el Caribe 2008-2009, http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/36464/Parte_2_Politicasy_la_generacion_de_empleo_de_calidad.pdf

114 Svampa (2012) citando a la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo - UNCTAD (2011), “El Consenso de los Commodities”, págs. 4-6, *Le Monde diplomatique*, Edición 168, junio 2013.

115 Svampa (2012), “El Consenso de los Commodities”, págs. 4-6, *Le Monde diplomatique*, Edición 168, junio 2013.

116 Svampa (2012) citando a varios autores, “El Consenso de los Commodities”, págs. 4-6, *Le Monde diplomatique*, Edición 168, junio 2013.

Los sectores menos productivos, sobre todo aquellos con un alto potencial de expansión (como por ejemplo, la pequeña agricultura o las pymes manufactureras), requieren apoyo especial para mejorar su productividad, a fin de que se cierren las brechas internas de productividad y de condiciones laborales entre éstos y los otros sectores más dinámicos.¹¹⁷ De la misma forma, es crucial tomar medidas que desconcentren el control de los recursos productivos. Sin embargo, tal y como se muestra en el caso de Paraguay (Cuadro 6) los instrumentos de la política fiscal (beneficios fiscales, subsidios, incentivos, etc.) se han orientado a la promoción del modelo extractivista.

Cuadro 6. La injusticia fiscal atrapa a Paraguay en la pobreza

“Un sistema impositivo débil y un alto nivel de desregulación hacen posible y rentable para las multinacionales explotar las tierras agrícolas del mundo en desarrollo aplicando modelos que socavan y marginan a los pequeños agricultores locales. Además, los impuestos no recaudados procedentes de estas empresas pasan a engordar los déficit de financiación que impiden a los Gobiernos del mundo en desarrollo establecer, financiar y aplicar aquellas estrategias de seguridad alimentaria plurianuales y multisectoriales que han demostrado su utilidad en la erradicación del hambre”.

Olivier De Schutter, Relator Especial de Naciones Unidas por el Derecho a la Alimentación.¹¹⁸

Paraguay es uno de los principales proveedores de alimentos del mundo (soja, en particular), pero también uno de los países más pobres y desiguales de América Latina. Aunque los minifundios campesinos suponen 8 de cada 10 explotaciones agrarias del país, su extensión total no ocupa más que el 4,3% de la tierra de cultivo.¹¹⁹ El aumento de la producción y exportación de soja -controladas por inversores extranjeros y grandes productores- ha marginado otros cultivos de seguridad alimentaria que dependen de la agricultura familiar campesina. En la configuración de esta injusta realidad la política fiscal ha tenido un papel destacado.

Los privilegios dejan en mínimos la aportación fiscal del sector agrosojero a través Impuesto a la Renta Agropecuaria¹²⁰ (menos del 1% del total de recaudación hasta 2013 y cerca del 3% en la actualidad).¹²¹ A pesar de la gran concentración de la tierra, los terratenientes básicamente no pagan nada por su tenencia (entre 0,23 y 0,5 céntimos de dólar por hectárea/año por concepto de impuesto inmobiliario). Ello promueve el uso y concentración de la tierra como medio de ahorro y vía para la especulación. Es decir, esta política puede estar bloqueando el camino que permitiría a la población campesina acceder a un recurso productivo fundamental.

117 CEPALy OIT (2012), Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe, Mayo 2012.

118 Palabras del Relator Especial de Naciones Unidas por el Derecho a la alimentación en una carta enviada a David Cameron, Primer Ministro británico en el marco del G8.

119 Itriago (2012b), “La injusticia fiscal atrapa a Paraguay en la pobreza”, <http://blogs.elpais.com/3500-millones/2012/06/la-injusticia-fiscal-atrapa-a-paraguay-en-la-pobreza.html>

120 Itriago (2012c), Tributación en Paraguay: el ostracismo de la pequeña agricultura, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-taxation-paraguay-smallscale-producers-24052012-es.pdf>

121 Según datos publicados por la Secretaría de Estado de Tributación de Paraguay; <http://www.set.gov.py/pset/agxppdwn?6,18,298,O,S,0,404%3BS%3B1%3B116>

Cuadro 6. La injusticia fiscal atrapa a Paraguay en la pobreza

Por otra parte, mientras la pequeña agricultura ha recibido una financiación que apenas representa un 5% del gasto público,¹²² entre 1995 y 2000 se dirigió más del 70% del gasto público en agricultura hacia subsidios que en su mayoría beneficiaron a los grandes productores agro-exportadores.¹²³ Y algunos analistas plantean que en el período 2003-2008 el subsidio recibido por el sector agrosojero en dicho país, fue superior a los 100 millones de dólares.¹²⁴ Es decir, un gasto público escaso es orientado a uno de los sectores económicos más rentables del país.¹²⁵

Todo esto sin contar que una escasa regulación ambiental sobre los sojeros se ha convertido en una amenaza constante para los medios de vida y el ecosistema donde habita la población campesina.

Fuente: Elaboración propia en base a Itriago (2012a), Itriago (2012b), Itriago (2012c), Guereña (2011) y Villagra (2009).

La política fiscal no genera incentivos adecuados para la formalización de los trabajadores pobres

“En la región existe una correlación clara entre informalidad y desigualdad”

Elizabeth Tinoco, Directora Regional de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) para América Latina y el Caribe.¹²⁶

A pesar de mejoras recientes en los índices de desempleo y calidad del empleo¹²⁷, la política fiscal en la región todavía tiene innumerables retos a la hora de ayudar a promover la formalización¹²⁸ de los trabajadores pobres y con ello garantizar un progresivo aporte a las cuentas públicas a través de los impuestos. Esta inoperancia es lamentable, no sólo por los recursos que se dejan de recaudar

122 Itriago (2012c), *Tributación en Paraguay: el ostracismo de la pequeña agricultura*, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-taxation-paraguay-smallscale-producers-24052012-es.pdf>

123 Guereña (2011) citando a De Ferranti y otros (2005), *Derecho a producir. Invertir más y mejor en la pequeña Intermón* Oxfam.

124 Rojas Villagra (2009), “Estado subsidia a los sojeros a través de Petropar por 36 millones de dólares”, <http://bitacorras.com/anotaciones/estado-subsidia-a-los-sojeros-a-traves-de-petropar-por-36-millones-de-dolares/6556461/> y <http://www.lafogata.org/09latino/latino4/para.28.4.htm>

125 Itriago (2012a) y (2012c), *Justicia tributaria para la población campesina paraguaya*, Oxfam, <http://www.oxfam.org/es/crece/policy/justicia-tributaria-para-la-poblaci%C3%B3n-campesina-paraguaya> y *Tributación en Paraguay: el ostracismo de la pequeña agricultura*, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-taxation-paraguay-smallscale-producers-24052012-es.pdf>

126 Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2013), “OIT destaca el reto de “formalizar la informalidad” en América Latina y el Caribe”; http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_215659/lang-es/index.htm

127 OIT (2012), *Panorama Laboral 2012. América Latina y el Caribe*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_195884.pdf

128 La formalización en este contexto se asocia al trabajo registrado.

sino fundamentalmente porque los mercados laborales precarios tienden a profundizar las desigualdades de origen, sean de clase, género, edad o etnia. La perpetuación de la informalidad y de la ausencia de derechos en casi cualquier sentido suelen ir de la mano en la región.¹²⁹

Las desigualdades se reproducen en la informalidad porque ésta suele estar estrechamente asociada con actividades laborales de menor calidad, caracterizadas por salarios y derechos laborales insuficientes, y de baja productividad que son llevadas a cabo por los segmentos más vulnerables de la población. Datos recientes siguen reflejando brechas laborales en detrimento de las mujeres, especialmente en países de la región como Nicaragua, Bolivia, Perú y Colombia. En estos países, el 59,4%, 54,3%, 51% y 50,9% de las mujeres que trabajan, respectivamente, lo hacen en trabajos de menor calidad.¹³⁰ En contraposición, los porcentajes de los hombres son: 33,4%, 29,8%, 31,4% y 40,3%, respectivamente.¹³¹

En México, sólo el 30% de las empresas pequeñas (empresas con diez o menos empleados) están registradas.¹³² La situación es aún más dramática en países como El Salvador, donde sólo el 1% de todas las microempresas y el 3% de los que no son microempresarios están registrados.¹³³ En LAC, el 47% de las personas con un trabajo en el sector no agrícola están en condiciones de informalidad: “unos 100 millones de personas en una situación de informalidad que apenas permite la subsistencia sin ningún tipo de protección”.¹³⁴

Aunque es preciso analizar las diferentes caras y causas de la generación y el mantenimiento de mercados de trabajo y de bienes y servicios informales,¹³⁵ todo parece indicar que para una parte significativa de los trabajadores pobres e informales de la región los costes concretos de la formalización superan con

129 “Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2013), “OIT destaca el reto de “formalizar la informalidad” en América Latina y el Caribe”; http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_215659/lang-es/index.

130 En este párrafo este concepto se refiere a empleos independientes no profesionales, técnicos o administrativos, servicio doméstico y trabajadores familiares auxiliares.

131 Véase CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD (Programa de las Naciones Unidas) y OIT (2013), Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe, gráfico 14, pág.49, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--sro-santiago/documents/publication/wcms_233161.pdf.

132 McKinsey and Company (2009) citado en BID (2010), Taxes and Productivity: A game of hide and seek, Washington D.C: Inter-American Development Bank.

133 *Ibid.*

134 OIT (2013), “OIT destaca el reto de “formalizar la informalidad” en América Latina y el Caribe”; http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_215659/lang-es/index.htm

135 Véase Itriago (2011). Dueños del desarrollo. Impuestos para combatir la pobreza, Cuadro 6, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-owning-development-domestic-resources-tax-260911-es.pdf>

creces sus potenciales beneficios.^{136,137} La baja productividad de las actividades informales en LAC supone ingresos actuales y futuros bajos e inestables, debido a la vulnerabilidad que suele caracterizarlas. Con el agravante de que precisamente por ser informales, en general no cuentan con servicios básicos y/o sistemas de protección social capaces de garantizar verdaderos saltos de productividad, ni el apoyo del Estado o las capacidades (resiliencia) para hacer frente a imprevistos como una enfermedad o desastres climáticos. Por lo tanto, cuando el emprendedor o trabajador informal pobre se enfrenta a lo que supone asumir regulaciones e impuestos derivados de la formalización, el cálculo arroja beneficios extremadamente difusos.¹³⁸

Los trabajadores pobres que son informales precisan apoyo a través de políticas fiscales que inviten a la formalización. Para ello, como mínimo, es necesario garantizar incrementos significativos en el nivel y calidad del gasto e inversión pública destinados a mejorar la dotación de capital humano y físico de los pequeños emprendimientos informales, ampliar la cobertura de los sistemas de protección (sin condicionar la protección a la formalización) y adecuar las regulaciones tributarias y otras a las dinámicas laborales en las que se encuentran muchos de los trabajadores más pobres de la región.

LA POLÍTICA FISCAL SUELE REPRODUCIR VISIONES TRADICIONALES DEL ROL DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD

Los sistemas fiscales reproducen una idea predeterminada de sociedad en la que las mujeres no son tenidas suficientemente en cuenta como agentes económicos. Se ignora una parte de la contribución que las mujeres hacen a la economía, tanto en la esfera productiva como en la esfera reproductiva, a través

136 Véase para el caso de Perú a Machado (2014), pendiente de publicación. En este documento, Machado plantea que en el caso de Perú existen determinantes de la informalidad que originan “informalidad de exclusión” (por ejemplo, la fragmentación del mercado laboral impide que los trabajadores se coloquen en el mercado formal) e “informalidad de escape” (por ejemplo, muchos trabajadores y familias hacen un análisis costo-beneficio para ver si conviene formalizarse y muchos optan voluntariamente por no formalizarse porque encuentran pocos beneficios y elevados costos).

137 Tal y como se señalará en la próxima subsección, para las mujeres, la decisión de formalización puede suponer obstáculos mayores debido a que los sistemas fiscales suelen reproducir pautas que mantienen a las mismas ocupando los roles tradicionales de subordinación en todas las esferas.

138 Véase Itriago (2011), Dueños del desarrollo. Impuestos para combatir la pobreza, Cuadro 8, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-owning-development-domestic-resources-tax-260911-es.pdf>

del trabajo del cuidado y sostenimiento de la vida.¹³⁹ Y esto suele ocurrir, aunque no exclusivamente, en las zonas rurales.^{140,141}

A su vez, dicha omisión no permite que se analicen cuidadosamente los distintos impactos explícitos¹⁴² e implícitos¹⁴³ que pueden producir los sistemas fiscales sobre las mujeres y los hombres.

Debido a la distinta posición en la que se encuentran hombres y mujeres en las sociedades, los sistemas fiscales pueden contribuir a ampliar o reducir las desigualdades de género existentes.¹⁴⁴ La política tributaria por ejemplo, puede terminar siendo más regresiva, costosa e ineficiente para las mujeres que para los hombres dados sus diferentes patrones de consumo, las actividades económicas que suelen emprender o debido al rol de “cuidadoras” que por defecto les ha atribuido la sociedad.

-
- 139 Coello, Itriago y García Salamanca (2014), Ajustar la lente. Fiscalidad desde un enfoque de género. Metodología de Análisis, Oxfam. Pendiente de publicación.
- 140 Cabe señalar que en el campo es aún más rígida que en las urbes la asignación de roles que otorga a los hombres la principal responsabilidad en la producción y a las mujeres las restringe a la reproducción; se las considera como trabajadoras secundarias cuya función es, en última instancia, complementar los ingresos del hogar o se las hace invisibles como trabajadoras familiares no remuneradas o como productoras para autoconsumo; Véase OIT (2012), Panorama Laboral 2012. América Latina y el Caribe, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_195884.pdf
- 141 En un informe publicado por la OIT se señala que en la cosecha del café, tanto en Costa Rica como en México, la mayoría de los jornaleros son migrantes que vienen a las cosechas acompañados por sus familias y permanecen con estas en las fincas o en los alrededores durante todo el período de trabajo. Pero sólo el hombre establece una relación de trabajo con el productor, quien le exige una cuota mínima diaria de recolección como requisito para pagar el monto acordado. Incumplir la meta implica no recibir el salario de ese día. Frente a esto, la estrategia más extendida es la organización de la familia para “ayudar” al trabajador y así lograr la cantidad necesaria de producto. De tal modo, el trabajo familiar no remunerado de la mujer (y los hijos) no se contabiliza; Véase Valenzuela, Reinecke y Scaglione (2012), Temas especiales: El empleo de las mujeres rurales en América Latina en OIT (2012), Panorama Laboral 2012. América Latina y el Caribe, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_195884.pdf
- 142 Se materializa en disposiciones normativas (leyes o reglamentos) que dan a hombres y mujeres una categorización y un tratamiento diferentes. El sesgo de género explícito es fácilmente identificable pues normalmente consta por escrito en el código o las reglamentaciones fiscales, aunque también puede reflejarse en prácticas informales.
- 143 Son disposiciones de la ley y de la reglamentación que, debido a las convenciones sociales y al comportamiento económico de carácter típico, tiene consecuencias diferentes para los hombres y para las mujeres. El sesgo de género implícito es más difícil de identificar pues para ello es preciso observar las diferentes maneras en que el sistema fiscal afecta a hombres y mujeres.
- 144 Coello, Itriago y García Salamanca (2014), Ajustar la lente. Fiscalidad desde un enfoque de género. Metodología de Análisis, Oxfam. Pendiente de publicación.
Otras autoras y autores han estudiado cómo las políticas macroeconómicas, y en concreto las políticas fiscales, no son neutrales al género y tienen efectos e impactos diferenciados en hombres y mujeres que inciden en las desigualdades existentes, pudiendo contribuir a incrementarlas o por el contrario, a reducirlas. Léase por ejemplo a Nilufer Cagatay, María Pazos, Lucía Claria Pérez Fragoso, Francisco Cota González, Corina Rodríguez Enríquez, Caren Grown e Imraan Valodia, entre otras (os).

En México la incidencia de impuestos indirectos (sobre la base de ingresos y no sobre el consumo de los hogares) es mayor en los hogares donde el mayor nivel de ingresos es obtenido por las mujeres que en los hogares donde los hombres son los que ganan los mayores ingresos.^{145,146} Como éstos, puede haber sesgos negativos en otro tipo de gravámenes existentes en las legislaciones fiscales, en el modo en que se asignan las desgravaciones y exoneraciones fiscales, o en el modo en que se realizan las declaraciones de impuestos, entre otros.¹⁴⁷ Cuando en el impuesto a la renta personal las desgravaciones por “cargas familiares” (por personas dependientes) de facto sólo se las pueden deducir los varones, pero no las mujeres, es un ejemplo claro de discriminación. Esto ocurre debido a los roles de género y la división sexual del trabajo: en la gran mayoría de los casos los cónyuges con los menores ingresos (y con ingresos no registrados) son las mujeres por lo que rara vez se verán favorecidas por este tipo de políticas.¹⁴⁸

Cuadro 7. Algunas de las omisiones en la legislación tributaria boliviana que afectan a las mujeres
<p>Por otra parte, mientras la pequeña agricultura ha recibido una financiación No existe en el sistema tributario boliviano ningún tipo de exención o beneficio fiscal asociado a circunstancias personales (como por ejemplo las cargas familiares, el número de hijos e hijas, la jefatura única de hogar o el grado de minusvalía de una persona). Esto perjudica en especial a las mujeres, que suelen asumir mayoritariamente las contrapartidas negativas relacionadas con la reproducción y el cuidado de la vida, en ocasiones en exclusividad (como el caso de los hogares encabezados por mujeres solas). En dicha legislación, tampoco existen beneficios fiscales condicionados al logro de determinados objetivos que podrían beneficiar a las mujeres tales como: la creación de empleo estable, la contratación de jóvenes, el desarrollo de bienes y servicios que promuevan la corresponsabilidad del sector privado en el cuidado de las personas (guarderías o comedores en centros de trabajo, entre otros).¹⁴⁹</p> <p>Fuente: Coello Cremades y Fernández Cervantes (2013).</p>

145 Grown y Valodia (2010), Taxation and Gender Equity An eight-country study of the gendered impact of direct and indirect taxes, http://sds.ukzn.ac.za/files/Taxation%20and%20Gender%20Equity_Final%20Project%20Brief.PDF, pág.5. Documento completo en <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2011/08031.pdf>

146 Una explicación a este fenómeno lo presentan Pérez Fragoso y Cota González, Gender analysis of taxation in Mexico, Capítulo 5, pág. 119 en Grown y Valodia (2010), Taxation and Gender Equity An eight-country study of the gendered impact of direct and indirect taxes, <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2011/08031.pdf>.

De acuerdo con Pérez Fragoso y Cota González una explicación plausible podría ser que en los hogares donde las mujeres contribuyen con la mayor proporción de los ingresos del hogar, o donde sean el sustentador principal, éstas tengan mayor poder de decisión sobre el gasto de los hogares y por lo tanto, gasten una mayor proporción de sus ingresos (en relación a otros tipos de hogares) en aquellos bienes y servicios que están gravados con impuestos.

147 Véase Coello, Itriago y García Salamanca (2014), Ajustar la lente. Fiscalidad desde un enfoque de género. Metodología de Análisis, Oxfam. Pendiente de publicación.

148 *Ibid.*

149 Coello Cremades y Fernández Cervantes (2013), Política Fiscal y Equidad de Género en Bolivia: Análisis y Propuesta para la Construcción del Pacto Fiscal hacia el Vivir Bien, ONU Mujeres, La Paz, Setiembre 2013.

También se pueden profundizar las brechas porque los gobiernos no proporcionan suficiente dotación de recursos a los bienes y servicios orientados a atender las necesidades específicas de las mujeres (las reproductivas en particular y las del cuidado de sus hijos y de personas dependientes), o porque muchas de las políticas y programas sociales, a pesar de tener buenos titulares, cuentan con un planteamiento de fondo que refuerza el rol de las mujeres como cuidadoras de otros y como subordinadas en lo económico. Es decir, son políticas que no cambian el lugar de la mujer en la sociedad. Son paliativos que aunque muy necesarios, no permiten remover las dinámicas socioeconómicas que limitan la independencia de las mujeres. Este argumento ha servido de base para criticar el Programa del Bono de Desarrollo Humano (PBDH)¹⁵⁰ en Ecuador o el programa Solidaridad en República Dominicana¹⁵¹ y en parte, ha sido la principal motivación detrás de las iniciativas como los Presupuestos Sensibles al Género o con Enfoque de Género.¹⁵² De acuerdo a una evaluación del PBDH realizada para la CEPAL:

*“(...) el Programa por sí solo y las condicionalidades propuestas presentan efectos contradictorios para los derechos y la carga social de las mujeres (...) el Programa del Bono de Desarrollo Humano no incorpora un enfoque de género, a través del cual se reconozca las condiciones culturales de subordinación a la que están sujetas las mujeres en relación a los ingresos, al bienestar y a la toma de decisiones al interior del hogar; así como las condiciones de exclusión social que sitúan a estas mujeres en situaciones de mayor vulnerabilidad frente a los hombres...”*¹⁵³

Amparo Armas Dávila, Consultora para la CEPAL.

150 El Programa del Bono de Desarrollo Humano (BDH) es uno de los ejes de la política de combate a la pobreza en el Ecuador. Iniciado en 1998 como Bono Solidario, el BDH es actualmente una propuesta de transferencia condicionada a la inversión en educación y salud dirigido a los hogares más pobres. Desde su inicio, la transferencia fue dirigida a las madres de los hogares seleccionados -alrededor de un millón de mujeres ecuatorianas son parte de este Programa.

151 Oficina de los Derechos Humanos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en República Dominicana (2010), Capacidades y derechos. Volumen II, p. 234, http://www.do.undp.org/content/dominican_republic/es/home/library/human_development/politica-social-capacidades-y-derechos-volumen-ii/.

152 Véase Coello, Itriago y García Salamanca (2014), Ajustar la lente. Fiscalidad desde un enfoque de género. Metodología de Análisis, Oxfam. Pendiente de publicación.

153 Armas Dávila para CEPAL; <http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/quito/AArmas.pdf>

PROPENSIÓN A LA EVASIÓN Y ELUSIÓN FISCAL

En LAC, la evasión y elusión fiscal son elevadas, y estas fugas están concentradas principalmente en el impuesto a la renta personal y de las empresas. Un estudio reciente sobre estimaciones de evasión del impuesto sobre la renta en países de LAC encuentra niveles de evasión considerables que oscilan entre un 46% (México) y un 65% (Ecuador) en el caso de las empresas y entre un 33% (Perú) y 70% (Guatemala) en el caso de las personas físicas,¹⁵⁴ por encima que en el caso del IVA.¹⁵⁵

A pesar de un esfuerzo notable por una mayor profesionalización de las administraciones tributarias, la pobre cultura tributaria (que en muchos casos responde a la falta de credibilidad en la gestión gubernamental), la insuficiencia e ineffectividad de los sistemas de control internos y la impunidad de los delitos fiscales juegan en contra de la efectividad de las instancias encargadas de la recaudación de impuestos en la región. En promedio, solo tres de cada 100 contribuyentes están sujetos a alguna fiscalización de sus declaraciones de impuestos y tan solo se procesan tres sentencias por delito tributario por año en promedio en cada país latinoamericano.¹⁵⁶ Los delincuentes de cuello blanco que llevan a cabo delitos económicos abundan en la región.¹⁵⁷

Sin dejar de reconocer estas debilidades internas, es fundamental señalar que existen serios déficits en la arquitectura del sistema fiscal internacional que favorecen las prácticas de algunas grandes corporaciones, que se aprovechan de las debilidades del sistema para reducir considerablemente su contribución fiscal. Por otra parte, el diseño y aplicación de los tratados internacionales son perjudiciales en la práctica para muchos países de América Latina (como los Acuerdos para evitar la Doble Tributación¹⁵⁸) y junto con la opacidad financiera, hacen anecdótica cualquier posibilidad por reducir significativamente los flujos de capital que se escapan de países latino-caribeños y que van a parar a los paraísos fiscales.

154 Gómez Sabañi y Morán (2013) citando a Jiménez, Gómez Sabañi y Podestá (2010), Política tributaria en América Latina: agenda para una segunda generación de reformas, BID, <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/12391.pdf>

155 Véase Gráfico 7 en Gómez Sabañi y Morán (2013), Política tributaria en América Latina: agenda para una segunda generación de reformas, BID, <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/12391.pdf>

156 BID (2013), Recaudar no basta: los impuestos como instrumento de desarrollo, http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/publicacion-dia_3185.html?id=2013.

157 Teitelbaum (2013); "La impunidad de los delincuentes económicos de las clases dominantes", Agencia Latinoamericana de Información, <http://alainet.org/active/63498&lang=es>

158 Para el caso de Argentina, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Uruguay y Venezuela véase a Latindadd (Red Lati- noamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos) y Fundación SES (Sustentabilidad

“Cuatro países latinoamericanos se encuentran en la lista de las 20 naciones que más dinero poseen en paraísos fiscales” BBC Mundo.¹⁵⁹

“Los brasileños escondieron en sitios como los caribeños Antigua y Barbuda, Babamas o Dominica unos 519.500 millones de dólares, el equivalente al 160% de la deuda externa del gigante sudamericano. La cuenta incluyen los fondos que se fueron de ese país entre 1970 y 2010 y las ganancias que generaron lejos del control tributario. Le sigue los mexicanos, con 417.500 millones, el 224% de su pasivo exterior. Después están los venezolanos, con 405.800 millones, nada menos que el 728% de la deuda externa. Y luego, los argentinos, con 399.100 millones, o el 308%”

Alejandro Rebosio, periodista corresponsal de El País en Buenos Aires citando a TJN (Tax Justice Network).¹⁶⁰

Los paraísos fiscales son un claro incentivo a la evasión y elusión fiscal y el auténtico agujero negro de las finanzas públicas. Más allá de la baja o nula tributación que aplican, el problema esencial de estas jurisdicciones radica en su opacidad, las facilidades para la constitución de empresas pantalla (“shell companies” y “trusts”¹⁶¹) junto con la falta de cooperación fiscal entre las administraciones tributarias (ausencia aún de protocolos efectivos de intercambio de información fiscal y opacidad vía secreto bancario). La existencia de este tipo de jurisdicciones facilita prácticas como la manipulación de los precios de transferencia, mediante un sub- dimensionamiento de ventas y el sobre-dimensionamiento de gastos artificialmente derivados hacia paraísos fiscales entre empresas del mismo grupo con el fin de reducir la base gravable. Se estima que la subvaloración de ventas para eludir obligaciones fiscales en países como Panamá alcanza alrededor del 40% de las cifras totales de ventas.¹⁶²

– Educación – Solidaridad) (2013), Acuerdos para evitar la Doble Tributación en América Latina. Análisis de los vínculos entre los impuestos, el comercio y las finanzas responsables, http://www.oid-ido.org/IMG/pdf/Acuerdos_para_Evitar_la_Doble_Tributacion_-_LATINDADD-libro_completo.pdf

159 BBC Mundo; “América Latina tiene su lugar en el paraíso... fiscal”; http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/07/120723_para%C3%ADsos_fiscales_pa%C3%ADses_latinoamericanos_mz.shtml

160 Rebosio (2012), “Los ricos latinoamericanos guardan en paraísos fiscales tanto como el PIB brasileño”; El País, Blog de Economía, <http://blogs.elpais.com/eco-americano/2012/07/los-ricos-latinoamericanos-guardan-en-para%C3%ADsos-fiscales-tanto-como-el-pib-brasile%C3%B1o.html>

161 Estos “fondos fiduciarios” pueden definirse como el negocio jurídico o contrato en virtud del cual el “fiduciante” transfiere, a título de confianza, al “fiduciario” uno o más bienes (que pasan a formar el “fideicomiso”) para que al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, el fiduciario transmita la finalidad o el resultado establecido por el fiduciante, a su favor o a favor de un tercero llamado “beneficiario o fideicomisario”. El problema es la escasa posibilidad de monitoreo que suelen tener. La mayoría de las veces las autoridades pertinentes no tienen acceso a la identidad real del “fiduciante” o “beneficiario”.

162 McKinsey and Company (2009) citado en BID (2010), Taxes and Productivity: A game of hide and seek, Washington D.C.: Inter-American Development Bank.

Por otra parte, la falta de información financiera por parte de las empresas sobre las operaciones que desarrollan en países terceros impide seguirle la pista a esquemas de “planificación fiscal agresiva” que son extremadamente dañinos para las arcas públicas. Estos esquemas suelen utilizarse para deslocalizar artificialmente las ganancias hacia jurisdicciones de baja o nula tributación en las que como se señaló anteriormente predomina la opacidad y la falta de cooperación fiscal.

Los mecanismos de planificación fiscal agresiva se han convertido en práctica tan generalizada que la OCDE, bajo mandato del G20, acaba de lanzar un ambicioso proyecto de reforma conocido como BEPS (Erosión de las Bases Imponibles y Traslado de Beneficios, por sus siglas en inglés¹⁶³) con la intención de corregir las distorsiones que en el sistema fiscal internacional son el caldo de cultivo para estas prácticas. Pero existe un riesgo elevado de que este proyecto responda solo a los intereses de algunas economías más avanzadas.¹⁶⁴

La existencia de paraísos fiscales, la opacidad del sistema financiero global y el abuso de las empresas multinacionales en particular, no solo merman la capacidad recaudatoria de los países de la región sino que reducen el margen de maniobra para avanzar sobre políticas progresivas. La cuestión es que el capital, en su versión más móvil, se aprovecha de los resquicios de opacidad y permisibilidad del sistema financiero internacional para diluirse y drenar las arcas públicas. Hecho que complica aún más los intentos por recaudar ingresos públicos provenientes de los segmentos más adinerados de la región.

A pesar de la sangría de recursos, LAC no tiene desarrollados mecanismos de cooperación fiscal entre administraciones tributarias (incluyendo a los paraísos fiscales) ni en el interior de la región ni con el resto del mundo, lo que supone serias limitaciones para combatir la evasión y elusión fiscal.

Recientemente, la Alianza del Pacífico¹⁶⁵ está explorando un mecanismo de intercambio de información automático entre administraciones tributarias y México ha optado por unirse al grupo piloto de países de la UE en este mismo

163 <http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm>

164 Red de Justicia Fiscal de América Latina y el Caribe (2013), “¿En igualdad de condiciones? La necesidad de la participación de los países no-G20 en el proceso BEPS”, <http://www.justiciafiscal.org/2013/05/en-igualdad-de-condiciones-la-necesidad-de-la-participacion-de-los-paises-no-g20-en-el-proceso-beps/>

165 La Alianza del Pacífico es un bloque comercial, líder en exportaciones y comercio exterior de toda América Latina y con miras a convertirse en el bloque comercial más grande y ambicioso de Latinoamérica. Está conformado por cuatro países de América Latina: Chile, Colombia, Perú y México; http://es.wikipedia.org/wiki/Alianza_del_Pac%C3%ADfico

sentido. Sin embargo, son aún muy tímidos los esfuerzos para el nivel de intercambios económicos y comerciales regionales.

DÉBIL INSTITUCIONALIDAD Y REPRESENTATIVIDAD

Para atajar la desigualdad en LAC se necesitan políticas fiscales capaces de reequilibrar el poder económico (y por lo tanto político) entre los diversos grupos sociales. Para ello, además de políticas tributarias equitativas, es necesario garantizar la verdadera representatividad de todos los sectores en las prioridades del gasto público; sobre todo de los grupos más vulnerables. Es decir, es fundamental lograr un gasto público que esté al servicio del bien común, que garantice derechos para todos y con mayor capacidad transformadora. Pero también es un requisito reducir los despilfarros y la subordinación de dicho gasto a enfoques políticos que deriven en episodios de clientelismo y corrupción. Sin embargo, la disponibilidad del gasto público para satisfacer objetivos de combate de la desigualdad y pobreza sigue viéndose muy amenazada por estos flagelos y otras ineficiencias en buena parte de los países de LAC.

De acuerdo al Índice de Percepción de la corrupción (2013) que elabora anualmente la organización Transparencia Internacional, países como Haití, Venezuela, Paraguay, Honduras, Nicaragua, Guatemala y República Dominicana se encuentran entre los países con los niveles más elevados de percepción de la corrupción.^{166,167}

166 Transparency International (2013), Corruption Perceptions Index 2013, file:///C:/Users/D%C3%A9borah/Downloads/2013_CPIBrochure_EN.pdf

167 "América Latina continúa asolada por la corrupción: Transparencia Internacional"; <http://la.reuters.com/article/topNews/idLTASIE9B204Z20131203>

Cuadro 8. ¿Y dónde está el dinero?

El movimiento Justicia Fiscal (MJF)¹⁶⁸ en República Dominicana se opone a la reforma fiscal propuesta por el gobierno de Danilo Medina. En esta reforma se plantea la creación de un nuevo paquete de impuestos (“el paquetazo”) para afrontar la deuda millonaria que dejó el anterior gobierno del mismo partido: en 2012 el presidente Leonel Fernández dejó al país un agujero de casi 3500 millones de euros, más de un 8% del PIB en concepto de gasto no aprobado por la Ley de Presupuesto durante el año electoral.¹⁶⁹

Esta reforma está siendo impulsada sin contar con la aprobación del Consejo Económico y Social¹⁷⁰. Legítimamente, el MJF pide al Gobierno que antes de subir ningún impuesto se den explicaciones de las causas de la deuda que se ha generado y se asuman las responsabilidades pertinentes en la mala gestión y utilización del gasto público.¹⁷¹

En la misma línea, el MJF señala que en el reporte del primer trimestre 2013 sobre la ejecución presupuestaria, y en el anuncio de inversión de RD\$9 mil millones (164 millones de euros¹⁷²) para dinamizar la economía, el Gobierno cometió deliberadas omisiones y manipulaciones de datos presupuestarios que confunden y desinforman a la ciudadanía.¹⁷³

Según el MJF los retrasos en la ejecución presupuestaria provocaron efectos negativos en la dinámica económica nacional, agudizando aún más el fuerte impacto del paquete tributario aprobado a finales del 2012. “Por lo tanto, antes que una mayor eficiencia, de lo que se trata es de un doble golpe económico sobre la población: por una parte más impuestos y por la otra retrasos en la ejecución del gasto público, con el agravante de que los mayores retrasos se experimentaron en servicios sociales, llegando sólo a ejecutar el 18.9% del total programado para el año”.¹⁷⁴

El MJF denuncia también el retroceso tanto en la secuencia como en la calidad de los informes publicados por la Dirección General de Presupuesto (DIGEPRES), a los cuales atribuyó un pobre rigor profesional: “El informe centra el debate fiscal en los números abstractos, sin tomar en cuenta los objetivos de desarrollo, violentando incluso la propia Ley Orgánica de Presupuesto en el literal A del artículo 61 que establece análisis de las variaciones entre los objetivos y metas programados con relación a lo ejecutado y determinar sus causas”.¹⁷⁵

Además, la organización declaró que desde noviembre de 2012 los ciudadanos no pueden acceder a las informaciones sobre gasto, financiamiento, proyectos de inversión y estado de ingresos que las autoridades solían publicar en el sitio web “Portal Ciudadano” y calificó como una incoherencia el hecho de que la población conozca los resultados de la ejecución presupuestaria del primer trimestre del 2013 sin antes haber conocido el informe final del presupuesto del 2012.¹⁷⁶

Fuente: Elaboración propia en base a Bolívar Díaz (2012), Inspiration (2012) y Movimiento Justicia Fiscal (2013).

168 El Movimiento Justicia Fiscal es un movimiento de ciudadanos y ciudadanas surgido ante la reforma fiscal propuesta por el gobierno de Danilo Medina (República Dominicana); <http://www.inspiration.org/noticias-inspiration/nace-movimiento-justicia-fiscal>

169 Bolívar Díaz (2012), “Un gran parche tributario para el hoyo de Leonel”, <http://hoy.com.do/un-gran-parche-tributario-para-el-hoyo-de-leonel/>

170 Es un organismo consultivo del Poder Ejecutivo en materia económica, social e institucional; <http://copardom.org/ip/wp-content/uploads/2009/05/Decreto-13-05.pdf>

171 Inspiration (2012), “Nace el movimiento Justicia Fiscal en República Dominicana”, <http://www.inspiration.org/noticias-inspiration/nace-movimiento-justicia-fiscal>

172 Cálculos propios utilizando tipo de cambio del 18 de julio de 2013; <http://es.exchange-rates.org/currentRates/E/DOP>

173 Movimiento Justicia Fiscal (2013), “Un ejercicio de transparencia fiscal que desinforma”, <http://justiciafiscal.com/2013/05/documento-de-posicion-un-ejercicio-de-transparencia-fiscal-que-desinforma/>

174 *Ibid.*

175 *Ibid.*

176 *Ibid.*

En LAC el nivel de transparencia sobre los asuntos fiscales, la responsabilidad de las instancias de la planificación, recaudación fiscal y ejecución del gasto público (reflejada en una rendición de cuentas amplia y eficaz) así como los mecanismos de participación ciudadana en las políticas fiscales aún dejan mucho que desear. Insuficiencias que se vuelven una traba para garantizar los derechos de los que tienen menor capacidad de influencia política en las decisiones gubernamentales.

A su vez, dichas deficiencias minan aún más la confianza de los ciudadanos en las instituciones relacionadas con la definición y puesta en práctica de la política fiscal: administraciones tributarias, entes de planificación y de ejecución del gasto público tanto a nivel nacional o subnacional, lo que es caldo de cultivo para la “baja cultura fiscal”. Por otra parte, impiden analizar y tomar acciones correctivas para abordar problemas históricos en países de LAC como la baja capacidad de ejecución del gasto público o las súbitas desviaciones entre lo presupuestado y lo ejecutado. Todo esto termina haciendo un flaco favor a los necesarios procesos de fortalecimiento institucional de estas instancias fundamentales para el desarrollo.

Cuadro 9. El mayor déficit: la participación ciudadana efectiva en las políticas públicas

El IGTP (Índice General de Transparencia Presupuestaria)¹⁷⁷ en México obtuvo una calificación de 45 puntos en 2011 (en una escala de 1 a 100), su valor más bajo desde 2003. Lo anterior indica que, a pesar de los avances en el marco normativo en materia de gasto público y rendición de cuentas, los expertos continúan pensando que la transparencia en el proceso presupuestario dista de ser la óptima. En promedio, en los últimos nueve años, el IGTP fue de 50 puntos. Las variables mejor calificadas fueron: Ley de acceso a la información, Confianza en la información y Capacidades del Órgano de Control Externo, así como las Atribuciones, y Participación del Legislativo. Las variables peor calificadas fueron: Participación Ciudadana en el Presupuesto, Cambios en el Presupuesto, y Evaluación de la Contraloría Interna.¹⁷⁸

Fuente: Elaboración propia utilizando a Índice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria. Sexta edición – 2011.

La participación ciudadana en los asuntos fiscales (y en las políticas públicas en general), tiene la ventaja de que promueve mayor cultura fiscal, dota de legitimidad los nuevos contratos y pactos sociales en favor de la equidad y fortalece la democracia. En Ecuador, la participación de la sociedad civil (entre otros actores) en el proceso de diseño de la constitución vigente, generó un clima favorable a las reformas fiscales progresivas que se han implementado en

177 <http://www.iltpweb.org/>

178 Índice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria. Sexta edición – 2011. Resultados para México; <http://www.iltpweb.org/>

dicho país recientemente y que se han reflejado en el crecimiento espectacular del gasto público dirigido a servicios sociales básicos.¹⁷⁹

Aunque no es una garantía, los recursos de origen impositivo reclaman un pacto fiscal sobre el que se asienta una relación más exigente entre Estado y ciudadanía.¹⁸⁰ Como consecuencia, habrá una mayor necesidad de transparencia y rendición de cuentas por parte del Estado, dando lugar a instituciones de mayor calidad.¹⁸¹ Este vínculo no suele suceder en el caso de ingresos no tributarios, como los procedentes de la explotación de recursos naturales. Las instituciones que se forjan en torno a la explotación de recursos extractivos tienden a ser débiles¹⁸² y las instituciones débiles fomentan el riesgo del clientelismo político, la corrupción, el populismo, y la pereza fiscal.¹⁸³

3 RECOMENDACIONES: UN SISTEMA FISCAL JUSTO PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

Es urgente que en LAC se aborden reformas fiscales integrales. Una región que crece y en la que el gasto público ha ido en ascenso pero en la que la extrema desigualdad todavía sigue siendo su seña de identidad, es síntoma de la necesidad de un abordaje mucho más transformador de las políticas públicas y en especial de la política fiscal.

La fragilidad de los factores determinantes del crecimiento y de los progresos sociales que ha experimentado la región en la última década debe motivar la convicción por impulsar nuevas medidas para la consecución de sistemas fiscales justos y equitativos que sean garantes de derechos fundamentales y que estén verdaderamente al servicio de un modelo de sociedad cohesionada.

Un sistema fiscal justo y equitativo significa articular coherentemente la política tributaria y de gasto público junto con las instancias de administración tributaria y presupuestaria para satisfacer los siguientes principios generales:

179 Unternaehrer (2013), Development finance and inequality. Good practice in Ecuador, Rwanda and Thailand, Oxfam, <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/cs-inequality-development-finance-050813-en.pdf>

180 Alonso y Garcimartín (2011), Criterios y factores de calidad institucional: un estudio empírico, Revista de Economía Aplicada Número 55 (vol. XIX), 2011, págs. 5 a 32 EA.

181 Ibid.

182 Itriago (2009). Contra la "Maldición" de los Recursos Naturales. Como pueden y deben beneficiarse las personas pobres de la renta de las extractivas, Oxfam, <http://www.oxfamintermon.org/es/documentos/20/01/10/contra-maldicion-de-recursos-naturales-como-pueden-deben-beneficiarse-personas-p>, pág. 13.

183 Ibid.

1. **Cumplir con la función redistributiva del Estado a través de los presupuestos públicos.**

Es decir, gasto público suficiente y estable para financiar servicios sociales básicos de calidad y bien dirigidos, así como mecanismos de protección social robustos y de refuerzo de la resiliencia de los grupos de población vulnerables a los choques internos y externos. Independientemente de que se considere la provisión de servicios sociales básicos o la protección social como un derecho al que deben aspirar todos los ciudadanos, es necesario apuntar hacia una mayor cobertura de servicios de calidad que no discriminen a ningún grupo de la sociedad, y que, efectivamente, signifiquen verdaderas oportunidades de superación para las personas que los reciben.

Se deben intensificar los esfuerzos por diseñar políticas públicas con verdadera capacidad transformadora. Como por ejemplo, aquellas que buscan mejorar el rendimiento de los alumnos con un nivel socio-económico más bajo, dotar de mayor capital humano a grupos de población que han sido sistemáticamente excluidos o mejorar la cobertura del cuidado infantil temprano.

2. **Incrementar el rol de los sistemas tributarios como instrumentos redistributivos de la riqueza de un país,** y reducir el impacto negativo que tienen sobre las poblaciones relativamente más pobres la configuración de sistemas tributarios regresivos y desequilibrados en términos de las aportaciones que hacen los distintos agentes económicos a las arcas públicas. Los sistemas tributarios deben equilibrarse hacia modelos más progresivos, en el que se grave más la riqueza y la propiedad y no solamente el consumo y el salario.

3. **Ampliar la base gravable y el perímetro de cobertura de los sistemas tributarios nacionales.** Es obligada la racionalización de los beneficios fiscales existentes, reduciéndose a mínimos aquéllos que no tienen impactos sociales positivos claros. Es fundamental que la recaudación fiscal final se aproxime a lo que en teoría podría obtenerse en función del potencial industrial y productivo del país, en consonancia con las necesidades de financiación estable de los objetivos de reducción de la pobreza y desigualdad.

4. **Atajar los elevados niveles de evasión y elusión fiscal garantizándose que la política fiscal** esté acompañada de una administración tributaria que pueda hacer seguimiento a las obligaciones fiscales y que facilite su cumplimiento. Es imprescindible garantizar una cooperación y coordinación fiscal efectiva en los niveles regionales y subregionales, y seguir fortalecimiento las capacidades de fiscalización de dichas instituciones. Además, la administración tributaria

debe ser parte de un sistema institucional que garantice la sanción efectiva del incumplimiento de las responsabilidades tributarias. Esto es clave para no fomentar la evasión y la elusión fiscal producto de la impunidad.

5. **Junto con otras políticas públicas, el sistema fiscal debe ser un promotor del progreso digno de bases más amplias de la población**, permitiendo que las oportunidades económicas sean una realidad para sectores como la pequeña agricultura o las PYMES manufactureras, contribuyendo así a configurar modelos sociales no excluyentes y más cohesionados. Debe dejarse de utilizar instrumentos como beneficios fiscales, subsidios, incentivos, entre otros, a la promoción irrestricta del modelo extractivista excluyente. En particular, debe aprovecharse todo el potencial de la política tributaria como incentivo que ayude a revertir el acceso inequitativo o la extrema concentración de recursos y activos productivos como la tierra.
6. **Generar beneficios claros que favorezcan la decisión de formalización progresiva de los emprendimientos y de las trabajadoras y trabajadores pobres que son invisibles para el Estado**. Si bien es fundamental que la mayoría de los ciudadanos y sectores económicos tributen, es indispensable también que esto se realice de manera acorde con sus capacidades de pago, la situación socioeconómica en la que se encuentran y la forma con la que obtienen sus ingresos o ganancias. Además, la formalización no debe ser un prerrequisito para la satisfacción de los derechos como la salud, educación y la protección social de los muchos trabajadores y trabajadoras pobres que engrosan las estadísticas de empleos informales y precarios de la región.
7. En coordinación con otras políticas públicas, **promover la diversificación económica y el desarrollo de actividades ecológicamente responsables y generadoras de empleos de calidad**.
8. Contribuir con los esfuerzos nacionales para **desmantelar visiones discriminatorias que mantienen -por condición de raza o sexo- a significativos sectores de la población ajenos a verdaderas oportunidades de superación**. En particular, debe ahondarse en el estudio de los impactos explícitos e implícitos de los sistemas fiscales que refuerzan los roles tradicionales de las mujeres en la sociedad y que se convierten en claros escollos para su superación al profundizar las brechas de género.
9. **Contribuir a la desconcentración del poder político en las sociedades de la región**. Y en este sentido es clave que un sistema fiscal justo se apoye en todas sus fases (diseño, implementación, seguimiento y retroalimentación de las

políticas diseñadas) en una participación ciudadana efectiva que represente los intereses de los grupos históricamente desfavorecidos, sobre la base de un marco de transparencia y rendición de cuentas responsable de los gobiernos hacia todos los niveles. Deben garantizarse mecanismos eficaces de participación ciudadana que permitan que el gasto, financiado a través de impuestos y otros ingresos no tributarios, esté dirigido a proteger, financiar y promover el progreso económico y social de los más pobres y vulnerables. Es fundamental que los ciudadanos perciban que sus impuestos son utilizados para cambiar su realidad. Esto genera mayor conciencia social, cultura tributaria y condiciones favorables para la profundización de reformas fiscales necesarias.

De la misma forma, el proceso de participación debe ser capaz, junto con otras acciones de refuerzo institucional, de generar verdaderas señales que reduzcan los niveles de corrupción y el clientelismo. Esto se constituye en un elemento básico de legitimidad de cualquier reforma fiscal en favor de una mayor equidad.

10. Relacionado con lo anterior, debe **garantizarse transparencia en las reformas fiscales** y asegurarse mecanismos eficaces de debate amplio y público sobre dichas reformas. Este debate debe incluir un análisis claro del impacto distributivo y de las posibles externalidades negativas (y por lo tanto de medidas paliativas) sobre los más pobres de cualquier reforma fiscal.

En definitiva, para lograr cerrar las enormes brechas socioeconómicas de la región es necesario alcanzar acuerdos institucionales sobre el sistema fiscal, de tal forma que el diseño del sistema tributario se rija por el principio básico de la progresividad y la equidad, y la orientación de los recursos públicos tengan como fin esencial la garantía de los derechos sociales para la reducción de la pobreza (derecho a la educación, a la sanidad, a la seguridad alimentaria, etc.), el desarrollo sostenible, y la superación de patrones excluyentes y discriminatorios que expulsan a muchos de los beneficios del progreso.

© Oxfam Internacional, agosto de 2014

Este documento ha sido escrito por Déborah Itriago. Oxfam agradece la colaboración de Susana Ruiz, Gabriel Pons y Rosa María Cañete en su elaboración y los comentarios de Teresa Cavero, Erik van Mele, Oscar López, René Van der Poel, Simon Ticehurst, Ana María Martínez, Pamela Orgeldinger, Aida Pesquera, Frank Boeren, Nora Fernández y Francoise Vanni. Forma parte de una serie de documentos dirigidos a contribuir al debate público sobre políticas humanitarias y de desarrollo.

Para más información sobre los temas tratados en este documento, por favor póngase en contacto con advocacy@oxfaminternational.org

Esta publicación está sujeta a copyright pero el texto puede ser utilizado libremente para la incidencia política y campañas, así como en el ámbito de la educación y de la investigación, siempre y cuando se indique la fuente de forma completa. El titular del copyright solicita que cualquier uso de su obra le sea comunicado con el objeto de evaluar su impacto. La reproducción del texto en otras circunstancias, o su uso en otras publicaciones, así como en traducciones o adaptaciones, podrá hacerse después de haber obtenido permiso y puede requerir el pago de una tasa. Debe ponerse en contacto con policyandpractice@oxfam.org.uk.

La información en esta publicación es correcta en el momento de enviarse a imprenta.

Publicado por Oxfam GB para Oxfam Internacional con ISBN 978-1-78077-653-8 en agosto de 2014.

Oxfam GB, Oxfam House, John Smith Drive, Cowley, Oxford, OX4 2JY, Reino Unido.

OXFAM

Oxfam es una confederación internacional de 17 organizaciones que trabajan juntas en 92 países, como parte de un movimiento global a favor del cambio, para construir un futuro libre de la injusticia que supone la pobreza:

Oxfam Alemania (www.oxfam.de)

Oxfam América (www.oxfamamerica.org) Oxfam Australia (www.oxfam.org.au) Oxfam-en-Bélgica (www.oxfamsol.be) Oxfam Canadá (www.oxfam.ca)

Oxfam Francia (www.oxfamfrance.org) Oxfam GB (www.oxfam.org.uk)

Oxfam Hong Kong (www.oxfam.org.hk)

Oxfam India (www.oxfamindia.org)

Oxfam Intermon (www.oxfamintermon.org) Oxfam Irlanda (www.oxfamireland.org) Oxfam Italia (www.oxfamitalia.org)

Oxfam Japón (www.oxfam.jp)

Oxfam México (www.oxfammexico.org) Oxfam Novib (www.oxfamnovib.nl)

Oxfam Nueva Zelanda (www.oxfam.org.nz) Oxfam Quebec (www.oxfam.qc.ca)

Para más información, escribir a cualquiera de las organizaciones o ir a www.oxfam.org. Email: advocacy@oxfaminternational.org

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez



Solis Fallas, Alex ***Crítica de la enseñanza del Derecho. Del saber al saber hacer.*** (San José: Editorial Jurídica Continental, 159 páginas, 2014).

En la *Introducción*, el autor afirma que en la trayectoria que ha tenido como académico ha encontrado que los planes de estudio resultan obsoletos y los contenidos se cambian sin mayor justificación (pág. 11).

La obra está dividida en los siguientes capítulos:

- I La enseñanza del Derecho: deficiencias y retos
 - II Del proceso educativo y sus resultados
 - III Nuevos paradigmas en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho
 - IV Del aprendizaje por competencias
 - V De la integración de los valores
 - VI Propuestas de modernización
- A modo de conclusión

Bibliografía general



Cascante Castillo, German Eduardo ***Teorías generales del Derecho del Trabajo*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S A, 285 páginas, 2013)

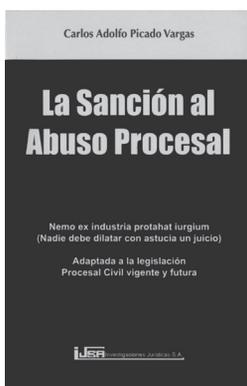
En el apartado *Tendencias actuales en Costa Rica*, el autor señala que existen algunos grupos interesados en modificar e incluso en derogar la legislación laboral, reiterando que



las “*fuerzas del mercado*” sean las que dicten las regulaciones obrero patronales (pág. 281).

Esta obra está dividida en los siguientes capítulos:

- I Nociones preliminares
- II La formación histórica del Derecho del trabajo
- III Las fuentes del Derecho del Trabajo
- IV El caso de Costa Rica



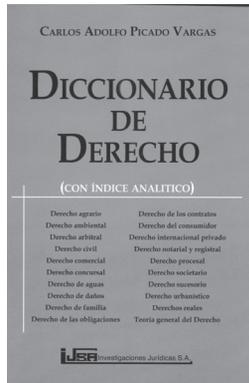
Picado Vargas, Carlos Adolfo ***La sanción al abuso procesal*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S A, 229 páginas, 2014)

En la *Introducción*, el autor nos dice que el instituto de la sanción de todas las modalidades en que se manifiestan conductas abusivas o contrarias al principio de buena fe procesal constituye la piedra angular de la teoría del abuso procesal (pág. 19).

Esta obra está dividida en los siguientes capítulos:

- I Sanción del abuso procesal y sus modalidades
 - II La sanción y prevención del abuso procesal como poder-deber del juzgador
 - III Delimitación, origen y tipología de las sanciones contra el abuso procesal
 - IV El abuso con el proceso y sus sanciones
 - V El abuso en el proceso y sus sanciones
- Conclusiones
- Bibliografía

Picado Vargas, Carlos Adolfo ***Diccionario de Derecho, con índice analítico.*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S A, 375 páginas, 2014)

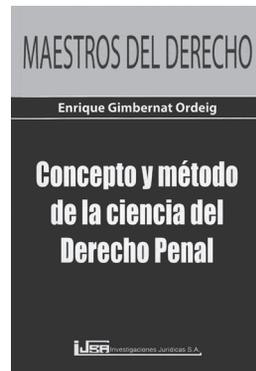


Gimbernat Ordeig, Enrique ***Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal.*** Colección Maestros del Derecho. (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S A, 172 páginas, 2013)

En la *Introducción*, el autor nos expresa que el Derecho Penal es el conjunto de normas que determinan lo que sea delito, vinculando a éste una pena o una medida de seguridad postdelictual (pág. 20).

Esta obra está dividida en los siguientes capítulos:

- I Concepto del Derecho Penal
- II Concepto de ciencia del Derecho Penal
- III La naturaleza de las cosas como criterio interpretativo de las leyes
- IV Consideraciones finales





López Casal, Yuri ***La responsabilidad civil*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 244 páginas, 2014)

En la Introducción, su autor manifiesta que la responsabilidad civil centra su atención en el análisis de las circunstancias jurídicas en virtud de las cuales una persona debe indemnizar a la otra los daños y perjuicios que hubiese irrogado en la esfera jurídica de la víctima del hecho dañoso (pág. 13).

Esta obra está dividida en los siguientes capítulos:

- I El nexa causal en la responsabilidad civil extracontractual
- II El resarcimiento del daño causado por el cigarrillo en Alemania
- III El contrato con efecto protector para terceros
- IV El daño moral en el contexto de la reforma del derecho de daños alemán
- V Deberes contractuales accesorios y concurso de pretensiones
- VI La responsabilidad civil extracontractual del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito o de un delito
- VII La posibilidad jurídica de aumentar el importe del daño moral subjetivo. Comentario de la sentencia No. 1052-F del 8 de octubre del 2009 de la Sala Primera de Casación
- VIII El resarcimiento de los daños causados por el shock
- IX La teoría de la individualización en los procesos de responsabilidad civil. Comentario de la sentencia No. 7-F-2012 de la Sala Primera de Casación
- X ¿Una nueva concepción del principio “*iura novit curia*”? Comentario de la sentencia No. 200-F-S1-2012 de la Sala Primera de Casación

Bibliografía

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel científico*.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica.
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".

Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506)2235-0011
388371