



## INFORME ESTADO DE LA NACIÓN EN DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE 2017

### Uso del decreto ejecutivo

Alonso Ramírez Cover

Julio, 2017.



Nota: El contenido de esta ponencia es responsabilidad del autor. El texto y las cifras de las ponencias pueden diferir de lo publicado en el Informe sobre el Estado de la Nación en el tema respectivo, debido a revisiones posteriores y consultas. En caso de encontrarse diferencia entre ambas fuentes, prevalecen las publicadas en el Informe.

## Índice

Introducción .....	3
Conceptualizando el “gobierno por decreto” .....	3
El decreto ejecutivo como unidad de análisis.....	5
¿Cómo se usa el decreto ejecutivo en Costa Rica? .....	9
¿Cuán influyente es el reglamento de ley para provocar cambios normativos en Costa Rica? .....	13
¿Cuán frecuentes son los controles sobre el uso del decreto ejecutivo? .....	16
Conclusiones .....	20
Fuentes de información.....	21

## **USO DEL DECRETO EN COSTA RICA**

### **Notas para un análisis crítico**

## **Introducción**

¿Qué significa “gobernar por decreto” en Costa Rica? Esta quizás sea una de las preguntas más importantes que han surgido del debate político electoral que se desarrolla actualmente. En efecto, algunos de los candidatos con mayor intención de voto han argumentado que un uso más efectivo de esta herramienta jurídico-política podría constituir en llave maestra para resolver el cerrojo político de un Congreso dividido y multipartidista, así como una burocracia difícil de administrar y carente de una dirección política positiva. La idea pareciera tener cierta acogida entre expertos de la administración pública del Estado, quienes han reconocido que, en la práctica, el decreto ejecutivo no necesariamente está definido por el limitado alcance jurídico que generalmente le ha sido asignado por la literatura sobre democratización y presidencialismo (ver Schwindt-Bayer, 2010; Carey, 1997; Carey y Shugart, 1998; 1997). Al contrario, el decreto ejecutivo es definido como una herramienta clave para el desarrollo de políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo costarricense, especialmente en un contexto en que la interacción entre poderes del Estado ha llevado a un constreñimiento del margen de maniobra para la acción. Puesto de otro modo, es la herramienta de la que dispone el Ejecutivo y debería ser explotada para alcanzar los mayores réditos posibles en la gestión pública.

No obstante, la pregunta se mantiene, en especial si se reconoce, como muchos conocedores de la función pública ya han señalado, que existen tendencias del Legislativo de reducir el margen de interpretación de la ley mediante normas muchísimo más complejas; y del control constitucional de ejercer un seguimiento más efectivo de la gestión del Poder Ejecutivo. Esta breve ponencia se cuestiona cuál es realmente el potencial de esta herramienta jurídico-política. ¿Constituye el decreto ejecutivo el instrumento ideal para resolver problemas conocidos de letargo e inoperancia en la toma de decisiones sobre asuntos públicos cruciales para el desarrollo nacional? ¿Permite realmente el decreto ejecutivo hacer cambios sustantivos al sistema político o modificar la habilidad del estado de decidir sobre los debates que definen nuestra coyuntura crítica? ¿En qué temas o en qué materias pueden hacerse esos cambios? ¿Dentro de qué límites es posible hacer esos cambios? Todo lo cual es preguntarse: ¿en qué medida constituye el decreto ejecutivo verdaderamente un instrumento para gobernar?

## **Conceptualizando el “gobierno por decreto”**

Un aspecto crucial para analizar el uso del decreto ejecutivo en Costa Rica implica comprender los parámetros constitucionales y de legalidad en los que resulta posible y viable hacer uso de este instrumento jurídico-político. Esto es importante porque la concepción popular del “gobierno por decreto” es reminiscente a una situación que sería totalmente anómala e inconstitucional dentro del ordenamiento jurídico y el sistema político costarricense. En países como Argentina, Brasil y España – i.e.: las vitrinas académicas por excelencia para ejemplificar esta forma de gobierno – la Constitución Política contempla la posibilidad de que, previa autorización expresa del Poder Legislativo y en virtud de situaciones de urgencia nacional, el Poder Ejecutivo pueda emitir normas con rango de ley, pero sin que requiera convalidación previa por parte del Parlamento (ver Cheibub et al., 2004; Pereira et al., 2008; Shugart y Mainwaring, 1997). Puesto de otro modo, “gobernar por decreto” en la literatura internacional sobre sistemas políticos generalmente refiere a disposiciones de excepción que facultan al Ejecutivo a detentar un poder de facto de manera temporal (y usualmente, sujeto a fiscalización constitucional posterior).

En Costa Rica, nada de eso tiene asidero jurídico. Si bien la Constitución Política dispone de un régimen de excepción en situaciones de urgencia o catástrofe nacional (e.g.: producto de

desastres naturales o invasiones), los alcances del poder fáctico del Ejecutivo se reducen exclusivamente a dispensar de los controles administrativos para el diseño y desarrollo de obras y procesos de contratación durante el tiempo que dure la emergencia. Asimismo, tanto la Constitución, como la normativa, es muy restrictiva respecto a qué puede catalogarse como una situación que faculte el uso del régimen de excepción. Así las cosas, “gobernar por decreto” tiene una acepción mucho más restringida que en los casos anteriormente citados. Constitucionalmente, el accionar normativo y administrativo del Poder Ejecutivo se encuentra limitado por los principios jurídicos de legalidad, reserva de ley y legalidad financiera, todos los cuales se traducen en una versión bastante más débil del decreto, en tanto este no puede utilizarse para: 1) aumentar o reducir la competencia de imperio del Estado, 2) modificar las potestades de los funcionarios públicos (especialmente si estas han sido definidas de previo por la ley), 3) establecer nuevas fuentes de financiamiento, 4) ampliar o restringir derechos y deberes de los ciudadanos (en especial, en lo que respecta a sus derechos fundamentales) y 5) crear nueva institucionalidad (entendida ésta como órganos con personería jurídica). Puesto de otro modo, el “gobierno por decreto” en Costa Rica no podría comprenderse en los mismos términos que en las otras naciones hispanoamericanas citadas previamente, pues aquí el ejercicio constitucional del poder político impide que el Ejecutivo legisle vía decreto, ni siquiera en el contexto de un estado de urgencia nacional. Así las cosas, nos enfrentamos a límites rígidos que obligan a moderar nuestra interpretación del término pues, en teoría, “gobernar por decreto” en Costa Rica jamás podría ser equivalente a “legislar por decreto”. O lo que es decir que, aquí los grandes cambios político-institucionales (e.g.: reforma fiscal, reforma del Estado, etc.) están completamente afuera del alcance del Poder Ejecutivo, dado que requieren una activa participación de la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, con lo que sí podría ser equivalente esa frase es con la posibilidad de que el Ejecutivo “administre y/o interprete por decreto”. En teoría jurídica, si bien el decreto ejecutivo se encuentra fuertemente limitado por los principios antes mencionados, ello no significa que se trate de una herramienta jurídica irrelevante. Todo lo contrario, dentro del margen permitido por la ley, el decreto ejecutivo puede ser utilizado como instrumento normativo para perfilar su ejecución de forma creativa. En muchas ocasiones, esta capacidad para interpretar y moldear el ordenamiento jurídico mediante sus propias contribuciones reglamentarias, permite al Ejecutivo tener incidencia en la esfera jurídica de los administrados. Adicionalmente, existe también una amplia batería de actos administrativos – que también se canalizan a través de la figura del decreto ejecutivo – y que permiten al Poder Ejecutivo organizar, ordenar, autorizar a la institucionalidad, de forma que se movilice su agenda política de una manera más eficiente. En efecto, diferentes tipos de decretos administrativos permiten al Ejecutivo movilizar más fácilmente su agenda garantizando exenciones respecto a la excesiva tramitología y se perfilan como herramientas para incidir de forma directa en la vida cotidiana del ciudadano.

Por supuesto, este poder no es absoluto y está sujeto a tensiones desde fuera y desde dentro. Desde fuera, el decreto ejecutivo siempre está sujeto al control político y jurídico de la Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional, esta última con potestades considerables para declarar inconstitucional cualquier uso del decreto que exceda los límites previstos. Desde dentro, hay que recordar también que el decreto ejecutivo no emana directamente de la voluntad del presidente, sino que del acto conjunto de éste con el ministro o los ministros del ramo correspondiente. Puesto de otro modo, a mayor pluralidad de actores ministeriales involucrados en el diseño del decreto ejecutivo, tenemos más intereses políticos en juego, más regulación interna del contenido y por ende procesos más complejos para formular consensos adecuados para la construcción del decreto. En síntesis, la teoría y el ordenamiento jurídicos señalan límites precisos y altamente restrictivos a la capacidad del Ejecutivo costarricense de “gobernar vía decreto”. Esto no necesariamente implica que el decreto ejecutivo sea un instrumento sin valor político, incluso a pesar de los controles externos e internos a los que está sujeto. Por ello, es

necesario comprender, en la práctica, cómo se utiliza en la práctica, cuán influyente puede ser para movilizar cambios normativos importantes y cuán frecuentes son los controles sobre su uso.

## El decreto ejecutivo como unidad de análisis

El decreto ejecutivo es una unidad de análisis particularmente difícil de explorar y la razón de esto es su considerable heterogeneidad de contenido. Si bien es cierto que la Ley General de Administración Pública (LGAP) hace una descripción general de lo que debe entenderse como un decreto en el ordenamiento jurídico nacional, en la práctica, el concepto de decreto ejecutivo se utiliza para referirse a una multitud de actos jurídicos que van más allá de lo que dice esa ley. En efecto, una categorización jurídica de los 13.275 decretos ejecutivos recopilados por la Base de Datos de Decretos Ejecutivos del PEN (BDDE) revela que una cantidad considerable de éstos podrían catalogarse más bien como acuerdos, directrices u órdenes, según la definición provista por la LGAP. Puesto de otro modo, el decreto ejecutivo tiene muchos usos. Así, en ocasiones el Poder Ejecutivo lo usa para promulgar marcos regulatorios con pretensión de generalidad y alcance normativo (e.g.: reglamentos, normas técnicas y directrices), en otras ocasiones lo usan para promulgar actos administrativos mucho más concretos y destinados a regular situaciones puntuales y precisas (e.g.: declaraciones de asueto, declaratorias de emergencia, etc.).

La diversidad de formas jurídicas y actividades concretas que se realizan con los decretos ejecutivos son tan variadas que una categorización empírica nos permitió reconocer al menos 54 usos diferentes. Esto es decir que, no todos los decretos ejecutivos pueden valorarse de la misma forma según su contenido. Si bien todos se promulgan mediante la misma figura jurídica, su valor intrínseco, en términos jurídicos y políticos, es bastante disímil. De esta forma, es factible pensar que existen algunos decretos que tienen un valor más alto como herramienta política en comparación con otros, de la misma forma que unos tendrán alcances jurídicos más amplios que otros. Ponderar las diferencias en el valor político y jurídico de los decretos es un tema delicado y respecto al cual es difícil obtener una categorización totalmente objetiva, por lo que se reconoce como un tema que requiere de más atención analítica en futuros usos analíticos de la BDDE.

### Cuadro 1

#### Preguntas críticas de las dimensiones de categorización

Categoría	Pregunta crítica
Afectación social	¿Se circunscriben los efectos del decreto ejecutivo exclusivamente a la administración pública o la trasciende para afectar la esfera de acción de sujetos privados?
Normatividad	¿Constituye el decreto ejecutivo una norma que establece un marco regulatorio para la acción en una diversidad de situaciones hipotéticas o se trata de la ejecución puntual y concreta de dicho marco en un caso particular?
Discrecionalidad	¿Se promulga el decreto ejecutivo dentro del margen de discrecionalidad política del Ejecutivo o responde a una obligación jurídica debidamente determinada que le precede?

No obstante, eso no implica que un primer acercamiento pueda hacerse para esta ponencia, por lo que, a continuación, se ofrece una categorización básica de los decretos ejecutivos que combina aspectos jurídicos y políticos. Esta clasificación se basa en tres preguntas o dimensiones críticas, puntualmente: 1) la afectación social del decreto, 2) su normatividad y 3) su discrecionalidad (ver cuadro 1). Al hablar de afectación social, se hace referencia a si la acción del decreto se circunscribe exclusivamente a efectos sobre la administración pública o si el decreto trasciende a la administración para producir un impacto en la vida social, económica,

política o ambiental de las personas fuera de la administración. De acuerdo a esta categoría, se presume que la afectación social de un reglamento técnico – dígame una norma del MINSA para organizar el trabajo hospitalario público y privado para tratar alguna enfermedad – sería mayor que la que podría esperarse de un reglamento de relación e servicio público destinado a regular la relación laboral entre el estado y sus funcionarios públicos.

Por normatividad se hace referencia a la pretensión de generalidad en la aplicación jurídica del decreto ejecutivo, así entendida por la LGAP y apoyada por concepciones teóricas de ese término (ver Ortíz, 1975 Penagos, 1993; Rojas, 1997; García de Enterría y Fernández, 2015; Dromi, 2008; y pronunciamiento C-015-1999 de la PGR). La pregunta de fondo de esta dimensión analítica tiene que ver con si el decreto es general, es decir, ofrece un marco regulatorio para definir la acción pública sobre una variedad de situaciones jurídicas; o si, al contrario, es concreto, por lo que su pretensión no es definir el marco de acción, sino que aplicar dicho marco para un acto o caso particular. A modo de ejemplo, se considera que la normatividad del Reglamento a la Ley Nacional de Prevención del Riesgo y Atención de Emergencias (emitido vía decreto ejecutivo 34361-MP) es alta, pues establece (junto a la ley y la Constitución) el marco regulatorio para definir las situaciones que ameritan y los procedimientos para declarar una emergencia. En cambio, una declaratoria de emergencia es menos normativa pues es la ejecución concreta en un momento y lugar dados de ese marco regulatorio más amplio.

Finalmente, por discrecionalidad nos preguntamos sobre si el decreto ejecutivo es utilizado de forma facultativa o potestativa por parte del Poder Ejecutivo, o si su emisión surge de una obligación jurídica previa que demanda la emisión de este tipo de normas. Este sería el caso de los decretos que fijan precios, aranceles, tarifas de servicios públicos o tramos de impuestos creados por ley. En todos estos la discrecionalidad del Poder Ejecutivo es limitada en vista de que existen leyes previas que señalan la obligación de emitir las actualizaciones de estos montos de forma periódica y que definen claramente los límites y mecanismos que deben usarse para hacer esas actualizaciones.

## Cuadro 2

### Caracterización política del decreto ejecutivo

Alcance	Criterios	Tipos de decretos incluidos
Muy alto	+ afectación social + normatividad + discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reglamentos de servicio público</li> <li>Reglamentos técnicos sobre producción</li> <li>Manuales para provisión de servicios públicos</li> </ul>
Alto	+ afectación social + normatividad - discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reglamentos de Ley</li> <li>Acuerdos internacionales simplificados</li> </ul>
Medio-alto	+ afectación social - normatividad + discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>Declaratorias de interés público y conveniencia nacional (proyectos y obras)</li> <li>Declaratorias de emergencia</li> <li>Declaratorias de áreas protegidas y otros territoriales</li> <li>Convocatoria de proyectos de ley</li> </ul>
Medio-bajo	+ afectación social - normatividad - discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>Fija precios/aranceles sobre servicios privados</li> <li>Fija tarifas sobre servicios públicos</li> <li>Define tramos de impuestos/cánones creados por ley</li> <li>Modifica derechos arancelarios a la importación del MCCA</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Promulgación de políticas públicas nacionales (PND y otros planes)</li> </ul>
Bajo	- afectación social + normatividad + discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reglamentos de organización</li> <li>• Decretos de organización</li> <li>• Reglamentos de relación de servicio público</li> <li>• Directrices de presupuesto, gasto público, empleo público.</li> <li>• Ratificaciones de tratados internacionales</li> </ul>
Muy bajo	- afectación social - normatividad +/- discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Modificaciones a la Ley de Presupuestos</li> <li>• Asigna y modifica límites de gasto presupuestario</li> <li>• Traspaso/donación de propiedades y bienes públicos</li> <li>• Fija/modifica salarios públicos</li> <li>• Confiere poderes plenipotenciarios</li> <li>• Nombramiento de funcionarios públicos</li> <li>• Imposición de servidumbres</li> <li>• Expropiaciones</li> <li>• Declaratorias de interés público de asociaciones privadas</li> <li>• Declaratorias de interés público para actividades científicas y culturales</li> <li>• Declaratorias de patrimonio histórico y arquitectónico</li> <li>• Exoneraciones</li> <li>• Asuetos</li> </ul>

REFERENCIAS DE FONDO: Rojas, 1997; Escola, 1975, Penagos, 1993; García de Enterría y Fernández, 2015; pronunciamientos de la PGR C-015-199 y C-172-2011 y resolución constitucional 4422-93.<sup>1</sup>

Como se puede observar en el cuadro 2, de estas tres dimensiones analíticas se puede obtener seis categorías según el alcance de los decretos. La categoría más alta está formada por reglamentos de servicio público y reglamentos y normas técnicas. Estos reglamentos son promulgados de forma acorde a las competencias de la autoridad administrativa para ejercer la regulación estatal sobre una materia, o bien para prestar servicios públicos bajo su cargo. Como

<sup>1</sup> No está demás señalar que esta categorización también surge de una extensa revisión normativa realizada para este trabajo y que nos permitió definir estas dimensiones analíticas. Entre la normativa estudiada para esto se incluye: Ley de Asuetos por Días Feriados en Oficinas Públicas por Fiestas Cívicas (6725), Reglamento a la Ley de Asuetos por Días Feriados en Oficinas Públicas por Fiestas Cívicas (DE-39427), Ley de Expropiaciones (7495), Reforma a la Ley de Expropiaciones (9268), Ley de Presupuesto Extraordinario (7138), Ley del Consejo Nacional de Salarios (832). Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos (8131), Ley de Protección Fitosanitaria (7664), Ley Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias (8488), Ley General de Salud (5395), Reglamento a la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos (DE-32988), Constitución Política, Ley de Creación de la Corporación Arrocera (8285), Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva de Consumidor (7472), Ley de Traducciones e Interpretaciones Oficiales (8142), Ley Orgánica del Colegio de Abogados (13 de 1941), Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (7475), Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (7629), Ley de Patrimonio Histórico-Arquitectónico (7555), Reglamento para el Trámite de Declaratorias de Interés Cultural del MCJD (DE-38831), Ley de Exoneración de Impuestos y Control de Precios para las Producciones Literarias, Educativas, Científicas, Tecnológicas, Deportivas y Culturales (7874), Ley Forestal (7575), Ley de Servicio de Parques Nacionales (6084), Ley de Biodiversidad (7788), Reglamento de la Ley de Biodiversidad (DE-34433), Ley del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (8149), Reglamento a la Ley del INTA (DE-31857), Ley General de Aviación Civil (5150), Ley del Catastro Nacional (6545), Ley de Conservación de la Vida Silvestre (7317), Reglamento a la Ley de la Conservación de la Vida Silvestre (DE-32633), Ley sobre División Territorial Administrativa (4366), Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano (6986), Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria (8114), Ley del Impuesto sobre la Renta (7092), Ley que Establece el Impuesto a la Propiedad de Vehículos Automotores (7665), Ley de Presupuesto Extraordinario (7088).

tal, estos reglamentos no requieren de una ley previa (como sí sucede con los reglamentos de ley). Puesto de otro modo, su fundamento es hacer posible la regulación gubernamental o la prestación de servicios estatales concediéndole o reduciéndole derechos a los administrados, incidiendo así en su esfera de acción individual. Por ejemplo, mediante la emisión de una norma técnica para regular la práctica de fecundación in vitro, el Ejecutivo ejerce sus funciones regulatorias en materia de salud pública en un área no regulada de previo, cosa que le permite asignar derechos y obligaciones a los administrados.

La categoría siguiente – denominada “alta” – está formada mayoritariamente por reglamentos de ley y acuerdos internacionales simplificados (AIS), de los cuales se hablará con detalle más adelante. Las categorías media-alta y media-baja corresponden a actos de importante afectación social, pero baja normatividad, siendo la discrecionalidad el factor que distingue entre ambas. En ambas categorías, estos son actos puntuales y concretos que derivan de marcos normativos previos. Aquí resalta el caso de las promulgaciones de políticas públicas, el cual se considera de nivel medio-bajo, debido a que muchas de las políticas que deben ser definidas y promulgadas vía decreto ejecutivo se diseñan en cumplimiento con las obligaciones legales del Ejecutivo. Este es el caso del Plan Nacional de Desarrollo, Plan Nacional de Inversiones Públicas, el Plan Nacional de Emergencias, entre otras más.

Las categorías de bajo y muy bajo alcance se componen de decretos con un grado menor de afectación social, y que por ende, cuyos efectos se circunscriben predominantemente a la administración y no al administrado. Esto incluye reglamentos de auto-organización del Ejecutivo – que gobiernan sobre la estructura administrativa del Ejecutivo y las funciones de cada departamento, o bien, los de relación de servicio, que, como ya se dijo, regulan las relaciones entre el Ejecutivo y sus empleados públicos. Asimismo, hay otros con menor alcance normativo, como sería el caso de los decretos ejecutivos emitidos para anunciar el nombramiento de personas a puestos administrativos, anunciar los aumentos de salarios públicos, conferir poderes plenipotenciarios a funcionarios en misiones internacionales, o los asuetos a empleados públicos. Para el lector quizás resulte sorprendente encontrarse en esta escala a los “decretos presupuestarios” (e.g.: modificación de límites de gasto y a la Ley de Presupuesto y las directrices de gasto y empleo público) y las exoneraciones fiscales. Sin duda, las disposiciones que regulan la manera en que se orienta el gasto público y que define quién debe tributar y quién no podrían tener implicaciones muy importantes para la vida cotidiana. Aquí no se niega la importancia de estos temas, pero la razón que lleva a que se considere que son decretos de baja afectación social tiene que ver con lo limitado del impacto del Ejecutivo a través de estos decretos.

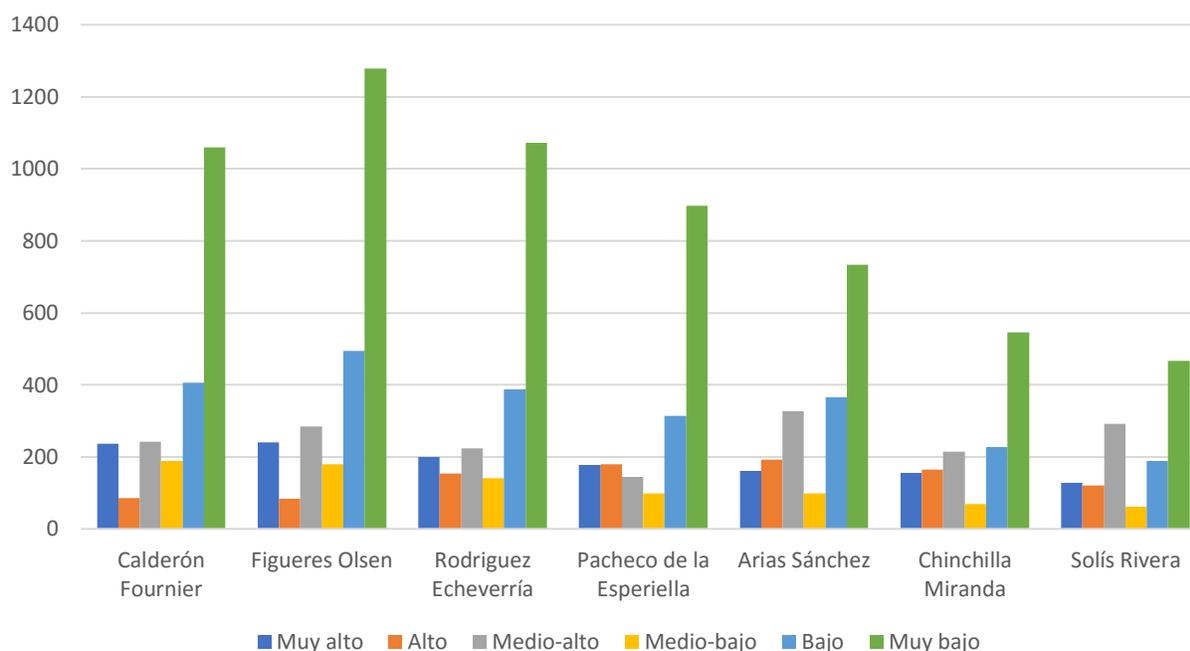
Por ejemplo, las modificaciones del Ejecutivo a las Leyes del Presupuesto, si bien no son irrelevantes, tampoco son considerablemente significativas para la vida cotidiana de la población en tanto no pueden incidir en el monto del presupuesto institucional, afectar el gasto de capital con aumentos de gastos corrientes, proponer transferencias entre programas presupuestarios, afectar el monto de endeudamiento total o las transferencias sobre servicios personales y no personales (todos los cuales son aspectos centrales para la operación de programas hacia la ciudadanía) (art. 45 Ley de Administración Financiera). Las otras modificaciones de límites de gasto, así como las directrices de gasto público tampoco son aspectos de una importancia crucial dada la forma en que se formula el presupuesto del Estado en Costa Rica. Mientras tanto, relativo a las exoneraciones debe reconocerse que: 1) no se trata de una herramienta aplicada con mucha frecuencia por el Ejecutivo (en efecto, sólo se registraron 19 decretos de este tipo), y 2) también el uso del decreto ejecutivo para emitir exoneraciones pareciera haber sido abandonado desde la administración Figueres Olsen.

## ¿Cómo se usa el decreto ejecutivo en Costa Rica?

El gráfico 1 señala algunas tendencias muy interesantes a partir de esta clasificación según el alcance del decreto. Lo primero y más notable es que hay una reducción gradual, pero continua en los usos de decretos de alcance bajo. Lo más probable es que esto se deba a un esfuerzo sistemático del Ejecutivo y la administración de eliminar obligaciones jurídicas que en el pasado obligaban a la emisión de decretos para lidiar con temas de menor cuantía. En efecto, la revisión normativa permitió reconocer una serie de acciones que en el pasado eran realizadas por el Poder Ejecutivo vía decreto, pero que hoy son atendidas por cada ministerio de forma individual sin tener que involucrar a la Presidencia. Este sería el caso del uso del decreto ejecutivo para autorizar la expropiación de terrenos para obras de infraestructura, algo que cambió con la Ley de Expropiación de 1995, y que en el gráfico explicaría, en parte, la reducción de este tipo de decretos desde la administración Figueres Olsen. Siempre quedan otros actos que por su cuantía no merecerían la atención presidencial, pero que por ley aún demandan ser propulsados vía decreto. Ejemplos evidentes serían los asuetos a empleados públicos, el nombramiento de funcionarios de mandos medios, el traspaso y donación de propiedades públicas o las declaratorias de interés público que no lidian con el desarrollo de proyectos considerados de interés y conveniencia nacional (tal y como las que emite MCJD sobre actividades culturales o el MJP sobre asociaciones privadas).

### Gráfico 1

#### Decretos ejecutivos, según alcance y administración



FUENTE: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

Otra tendencia significativa es la gradual reducción en la proporción de decretos de alcance medio-bajo desde la década de 1990. Bajo esta categoría se incluyen aquellos decretos que tienen un impacto relevante sobre la esfera individual del administrado, a pesar de que no son emitidos con fines normativos, e incluso ligados al desarrollo de la agenda política del Ejecutivo. Este sería el caso de aquellos decretos que definen tramos y costos de impuestos creados por ley, pero que deben ser actualizados por el Ejecutivo cada año (e.g.: impuesto sobre la renta,

IUC, el impuesto selectivo de consumo y el cobro relativo al derecho de circulación de vehículos), las tarifas por servicios públicos y, más importante para mi punto: la fijación de precios sobre bienes de la canasta básica, así como de los aranceles impuestos a actividades y servicios profesionales privados. Es precisamente en estos tipos particulares que la reducción de decretos se ha hecho más notable, probablemente como resultado de las importantes reducciones de la esfera estatal relativa a la regulación de precios de mercado desde los procesos de ajuste estructural.

No obstante, las dos tendencias más relevantes (y curiosas) que se observan en el gráfico quizás sea el menor uso que se viene dando a los decretos de más alto alcance, como los reglamentos de servicio público y técnicos, y el mayor uso de normas de alto alcance como las reglamentaciones que el Ejecutivo debe hacer de las leyes emitidas por el Congreso y los acuerdos internacionales simplificados (AIS). Los AIS son reglamentos y otras normas con pretensión de generalidad “erga omnes”, obtenidas por el Ejecutivo en el marco de procesos de negociación internacional que se desarrollan con la venia del Congreso. En este caso puntual, la gran mayoría de los AIS corresponde a normas comerciales que resultan del trabajo continuado de la Comisión de Ministros de la Integración Económica Centroamericana (COMIECO). Por disposición constitucional (sentencia 6728-2016), el Ejecutivo está en potestad de negociar, aprobar y ejecutar acuerdos internacionales de este tipo, sin aprobación previa del Legislativo, si y sólo si, estos reglamentos y acuerdos se mantienen dentro de los parámetros de constitucionalidad.

Ambas tendencias resultan inesperadas dentro del contexto político actual. La razón es que los reglamentos de servicio público y los reglamentos técnicos son los dos tipos de decreto ejecutivo que, en teoría, deberían ofrecerle al Ejecutivo un grado mayor de incidencia política sobre el sistema político y el ordenamiento jurídico. Estos decretos ejecutivos: a) regulan la esfera de acción de los administrados, b) pueden ser promulgados de manera autónoma (i.e.: no requieren de una ley previa que obligue al Ejecutivo a regular estos ámbitos) y c) tienen alcances normativos (i.e.: se emiten con una pretensión de generalidad en la regulación). Es decir, estas normas constituyen uno de los últimos espacios con que cuenta el Ejecutivo para crear nuevo ordenamiento jurídico y ampliar sus potestades de acción, claro está, en el marco de los principios constitucionales previamente señalados. Puesto más coloquialmente, estas son las normas que, en teoría, deberían permitir al Ejecutivo desaguar mejor las demandas de la ciudadanía por medio de política pública tangible. Por eso es que uno se imaginaría que el uso de los decretos ejecutivos con mayor alcance normativo aumentaría en lugar de decrecer, especialmente en situaciones en que se tiene menos posibilidades para movilizar la agenda del Ejecutivo por medio de acuerdos políticos en un Congreso multipartidista.

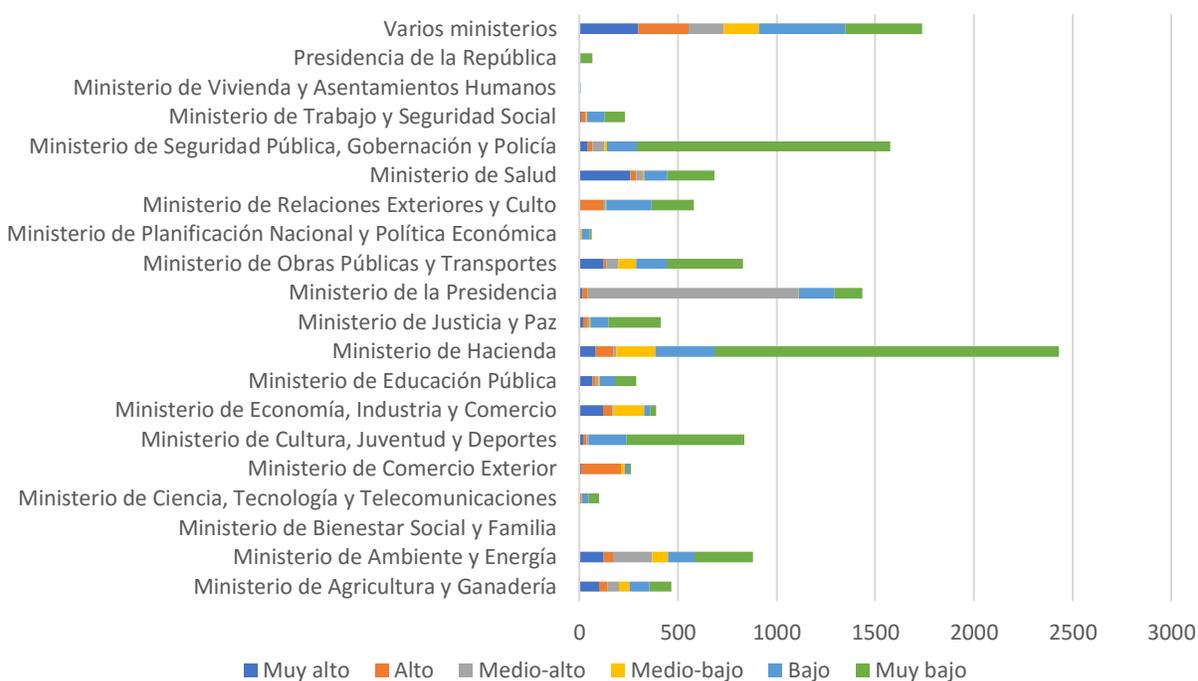
Resulta difícil explicar qué es lo que ha provocado un menor uso de este tipo de decretos ejecutivos durante la última década, pero existen múltiples potenciales explicaciones que valdría la pena explorar en el futuro. Primero, podría ser el caso que el uso de este tipo de decretos se encuentre gradualmente limitado como resultado de la misma acción legislativa. Desde el 2002, el Congreso costarricense se ha vuelto cada vez más multipartidista, cosa que no sólo implicaría cambios en las dificultades para formar alianzas y alcanzar acuerdos respecto a cada proyecto de ley en el seno de la Asamblea, sino que también implicaría transformaciones sobre la técnica con la cual se elaboran dichas leyes. Es factible pensar que el Congreso cada vez más tienda a enfatizar en el diseño de leyes más explícitas en contenido de manera que los gobiernos de turno cuenten con menores capacidades para hacer interpretaciones de las mismas. Esto podría servir dos propósitos posibles. Por un lado, el diseño de leyes cada vez más “reglamentarias” sería un resultado obvio de la necesidad de encontrar apoyos políticos más variados en el Congreso, pues serían normas que reflejen la influencia de muchos más actores e intereses en la redacción y diseño de su contenido. Por otro lado, este tipo de leyes podrían ser la medida que utilizaría el

legislador para garantizar un mayor apego del Ejecutivo al objetivo de la norma, en este caso, mediante limitaciones para que este último pueda interpretar otros significados u objetivos. Tampoco debería descartarse que medie una mala práctica del legislador en el diseño de las normas, cosa que se reflejaría en productos del Legislativo que, en búsqueda de promover más apego del Ejecutivo, también las termine haciendo menos flexibles para su aplicación futura. No hay mucho estudio sobre la manera en que la técnica de legislar ha cambiado como resultado del nuevo contexto político del país, por lo que estas son sólo hipótesis que deberán probarse con análisis más profundos en el futuro. Pero, con eso dicho, el hecho de que el uso de estos reglamentos “autónomos” se reduzca a medida que se aumenta el uso del reglamento de ley, podría insinuar una tendencia en esa dirección, a medida que el espacio de maniobra del Ejecutivo se reduce tanto que sólo se dispone de la interpretación de la norma que da el legislador.

Otra razón que podría incidir en el uso más reducido de estas normas podría tener que ver con la manera en que el control constitucional podría estar incidiendo en la reducción de la capacidad de acción en este sentido. Si bien, esto se analizará con más detalle más adelante, es factible que el control constitucional sea un aspecto más relevante en el accionar de los operadores del derecho administrativo, cosa que quizás termine reduciendo el uso creativo de este tipo de instrumentos. Si bien es cierto que puede haber un margen de maniobra para la “administración vía decreto”, el proceso de autodisciplinamiento de las unidades legales a nivel ministerial resultante de experiencias previas a nivel de control constitucional o de la jurisdicción contencioso-administrativa podría traducirse en menores incentivos para utilizar este instrumento de formas más creativas. Este también es un punto que requiere de mayor análisis en el futuro. No obstante, podría ser una explicación viable para entender por qué hay ministerios que hacen más uso de esta herramienta que otros. Por ejemplo, en el gráfico 2 se ven los decretos ejecutivos según su alcance y el ministerio que lo propone. Como se puede observar, hay al menos cuatro ministerios que hacen uso de esta norma de forma más constante: el MEIC, MINSA, MAG, MOPT y MINAE, incluso al punto de casi no utilizar los reglamentos de ley del todo. Al menos en los casos de MINSA, MAG y MINAE esto puede deberse al hecho de que el margen de discrecionalidad para el ejercicio normativo del Ejecutivo es bastante más alto en temas como salud pública, ambiente, agricultura y política energética, en comparación con todos los demás. En efecto, la normativa promulgada en salud y ambiente generalmente se beneficia por ser parte del orden inter- e intra-generacional con el que se cumple con lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución, lo que significa que las disposiciones del Ejecutivo en este ámbito cuentan con una fuerte protección constitucional. Asimismo, la Ley Orgánica del Ambiental y la Ley General de Salud constituyen normas atípicas en el contexto actual, precisamente porque cuentan con un gran espacio de interpretación y discrecionalidad con respecto a otras. Esto faculta mayor posibilidad para que el Ejecutivo desarrolle ordenamiento jurídico mediante reglamento autónomo.

**Gráfico 2**

**Decretos ejecutivos, según alcance y ministerio proponente**



FUENTE: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

Un caso ejemplar es la discrecionalidad con la que el Ejecutivo puede organizar y definir las materias de acción de entes como la SETENA, así como el contenido de la evaluación de impacto ambiental en Costa Rica; o bien, la facilidad con la que el Ejecutivo también puede crear nuevas áreas protegidas o movilizar vedas o moratorias respecto al uso de recursos naturales (ambas son contemplados como usos de alcance medio-alto del decreto ejecutivo). Puesto de otro modo, estas son áreas en las que el Ejecutivo todavía tiene un importante alcance político y que merecen mayor atención en futuros estudios. Otro ejemplo podrían ser los reglamentos técnicos emitidos por el MAG relativos al control de agroquímicos, los cuales dan amplias potestades al estado para registrar, catalogar y prohibir el uso de este tipo de productos. Es bueno finalizar este punto aclarando que, si bien se encuentran ámbitos más amplios de discrecionalidad en el diseño de estas normas, ello no implica que el ejercicio de esa discrecionalidad no esté sujeto a revisión o control constitucional o que se traduzca en un desempeño efectivo del Ejecutivo a la hora de implementar la normativa. Así las cosas, es bien conocido que el trabajo de la SETENA y los alcances de sus funciones muchas veces han sido influenciados por el uso del decreto ejecutivo, sino que por el control constitucional y también que, si bien se cuentan con las herramientas para hacer un buen control de los agroquímicos, muchas veces estos recursos no terminan usándose de la manera más efectiva.

Finalmente, otro motivo de las tendencias esbozadas en el gráfico 1 relativas a los decretos de muy alto alcance, es la manera en que la misma gobernanza interna del Ejecutivo incide en el proceso de elaboración de las normas. Históricamente, muchos de los reglamentos de servicio público (en especial aquellos que plantean regulaciones técnicas sobre procesos productivos) son desarrollados con un fuerte involucramiento de diferentes instancias ministeriales (ver gráfico 2). Esto implica normas que están sujetas a una pluralidad de intereses políticos y administrativos, cosa que puede hacer más problemático su diseño. Adicionalmente, es normal

que algunos decretos requieran de audiencias públicas para diseñarlos, cosa que eleva la complejidad de su diseño en vista de que debe abrirse espacio de intervención a sectores externos al gobierno central. Si bien es poco lo que se ha estudiado sobre estos procesos de formulación de normativa, esto podría traducirse en procesos de promulgación más dilatados y sujetos a mayor análisis y discusión.

A manera de síntesis, la Base de Datos de Decretos Ejecutivos revela algunas conclusiones importantes respecto a la pregunta de investigación que orienta este trabajo. Primero, si bien el Ejecutivo dispone de algunos tipos de decreto ejecutivo con altos alcances y que podrían facilitar el “gobierno vía decreto”, lo cierto es que han venido siendo utilizados cada vez menos por las últimas administraciones, a pesar del contexto mayor ingobernabilidad en las relaciones con el Legislativo. Ciertamente, esto ha sido contrarrestado con un uso más frecuente del reglamento de ley como un mecanismo para gobernar, cosa que obliga a estudiar sus alcances de forma que pueda determinarse si esta vía constituye realmente un mecanismo viable para desaguar la demanda de política pública a la que está expuesta el sistema político (esto se hará en la sección siguiente). Segundo, en el marco de las reducciones del uso de los tipos de decreto de “mayor alcance”, también ha habido una reducción de los alcance medio-bajo (como resultado de los procesos de desregulación de la economía nacional) y un leve aumento de los instrumentos de alcance medio-alto (ver cuadro 1, aunque aquí predominan las convocatorias de proyectos de ley). Todo esto significa que el Ejecutivo probablemente está operando en un contexto en el que su margen de maniobra se viene reduciendo cada vez más como resultado de incentivos externos e internos, pero para dar solidez a esta conclusión y hacer un argumento más preciso sobre la viabilidad del “gobierno vía decreto” en Costa Rica, es importante conocer más sobre cómo es que se usa el reglamento de ley.

## ¿Cuán influyente es el reglamento de ley para provocar cambios normativos en Costa Rica?

Paralelo a la actualización de la Base de Datos de Decretos Ejecutivos, se hizo un segundo estudio – de corte cualitativo – que buscó caracterizar cómo es que el Ejecutivo utiliza los reglamentos de ley. El reglamento de ley o reglamento ejecutivo es el nombre que se le da al decreto mediante el cual el Poder Ejecutivo busca a hacer posible la aplicación práctica de una ley emitida por el Congreso, dentro de las condiciones que dicha norma prevé. Más explícitamente, y según la resolución constitucional 2934-93, el reglamento de ley se define como un ejercicio de las atribuciones constitucional del Poder Ejecutivo que tiene como objetivo fundamental *“hacer posible la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino que también los fines que se propuso el legislador, fines que no pueden ser alterados por esa vía (i.e.: el decreto ejecutivo)”*. Puesto de otro modo, el reglamento de ley es una norma que se desarrolla para atender los vacíos dejados previamente por la ley (la cual le es jerárquicamente superior), de forma tal que pueda facilitarse su ejecución por parte de las autoridades políticas correspondientes.

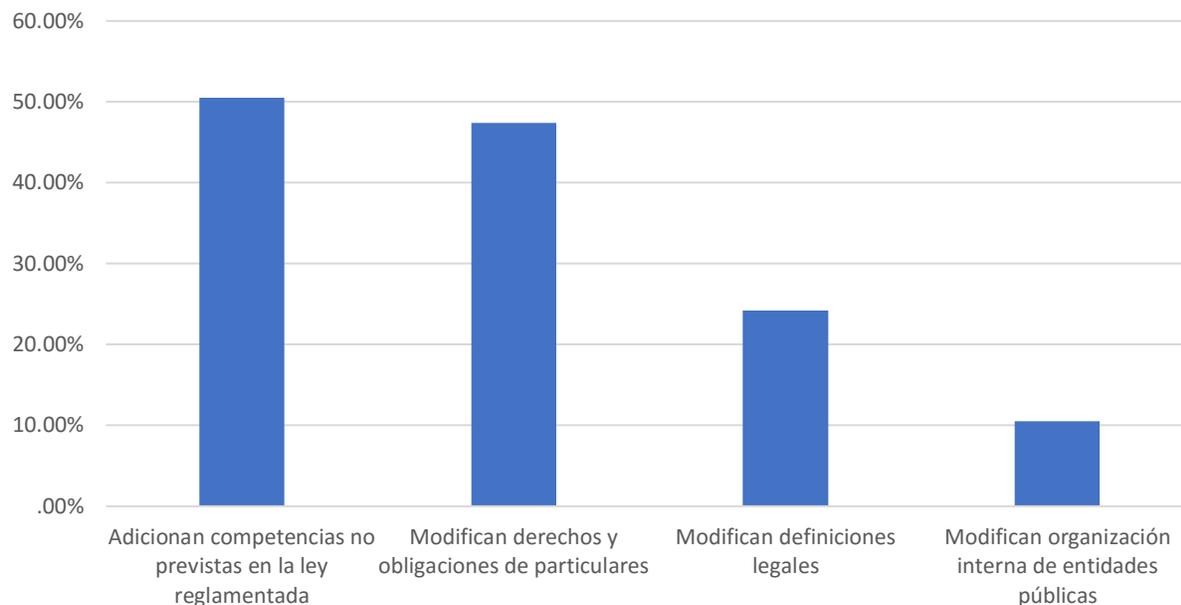
Con eso dicho, y desde una perspectiva más política, el reglamento de ley también podría verse como una oportunidad para el Ejecutivo de ejercer su influencia sobre el ordenamiento jurídico nacional (y, por extensión, sobre el sistema político) mediante interpretaciones de las normas que permitan extender su ámbito de acción. Más coloquialmente, es muy probable que, en un sistema tan legalista como el nuestro, los vacíos que deje el legislador se comprendan como oportunidades para que el Ejecutivo ejerza su poder político. El objetivo de este estudio paralelo era matizar esta hipótesis observando cómo es que este Poder de la República interpreta las leyes que emanan del Congreso con el objetivo de forma tal que le permita extender su aplicación

de diferentes formas. Con este fin en mente, se construyó una muestra aleatoria de 94 reglamentos de ley sobre los cuales se evaluaron cuatro aspectos fundamentales:

- Si el Ejecutivo hizo cambios a las definiciones planteadas en la ley que reglamenta con el objetivo de ampliar su ámbito de acción política.
- Si modifica aspectos de la norma produciendo nuevos derechos u obligaciones sobre los administrados, en particular si esos cambios implican un efecto sobre sus derechos y libertades fundamentales.
- Si hace modificaciones organizativas o de competencias en la institucionalidad nacional, y en especial si produce cambios que afectan la esfera de autonomía institucional definida por la personería jurídica.
- Si hace modificaciones a las fuentes de financiamiento institucional definidas por la norma, y, en especial, si estas modificaciones implican la creación de nuevas fuentes no planteadas en la ley.

El objetivo a la hora de escoger estas dimensiones era definir la manera en que el Ejecutivo actúa dentro de los parámetros definidos por los principios de legalidad, legalidad financiera y reserva de ley, considerando tanto los casos en los que estira su entendimiento de estos conceptos y aquellos en los que termina violándolos del todo. Dicho en términos sencillos, se buscaba conocer ¿hasta qué punto es que los reglamentos de ley se separan de lo planteado en la ley a la que están asociados?; y ¿de qué manera es que el Ejecutivo amplía, interpreta o contradice lo que la ley plantea de previo? Al respecto se lograron hacer algunos hallazgos importantes que permiten matizar las conclusiones alcanzadas en la sección anterior.

Primero, un 47% de los reglamentos estudiados hicieron cambios en las obligaciones y derechos adquiridos por la ciudadanía en comparación con la ley original. Valga destacar que, en ninguno de los casos, la interpretación hecha por el Ejecutivo implicó flagrantes violaciones de los derechos fundamentales de los administrados que pudieran ser consideradas como rompimientos con respecto al principio de legalidad. Más bien, muchas de las intervenciones de este tipo implicaban cubrir los vacíos presentes en la legislación original con disposiciones de otras normativas relevantes que no eran previstas de previo por la ley. Por ejemplo, el Reglamento a la Ley de Estacionamientos Públicos (DE-27789) establecía obligaciones adicionales a los individuos sujetos a la norma superior estableciendo la obligatoriedad de que estas instalaciones contaran obligatoriamente con espacios para personas con discapacidad. En los casos más relevantes, los reglamentos de ley implicaban reducciones de ciertos derechos adquiridos en materia laboral, tal y como la posibilidad de que diferentes funcionarios públicos fueran poseedores de ciertas garantías de ley antes previstas para ellos (ver DE-27154; DE-28140; DE-30721). Otros más establecían límites puntuales de plazos o beneficios relativos a regímenes sobre contratación administrativa, impuestos o permisos y trámites con la institucionalidad pública. Ciertamente, todas estas ampliaciones de procedimientos administrativos podrían contemplarse como afectaciones potenciales a los derechos de empresas, trabajadores estatales o individuos privados, pero ninguna puede catalogarse como una violación flagrante de sus derechos fundamentales.

**Gráfico 3****Cambios cualitativos producidos por los decretos ejecutivos estudiados a profundidad.**

FUENTE: Construcción propia con base en estudio cualitativo de decretos ejecutivos.

Segundo, un 23% de los reglamentos de ley hicieron cambios significativos en las definiciones de sus objetos de regulación con respecto a lo planteado en las leyes de base. La importancia de estos cambios puede no resultar muy aparente para el lector, pero debe resaltarse porque las definiciones que generalmente se incluyen en los preámbulos de las leyes (o de los decretos) son cruciales para definir, ya sea por acción u omisión, el ámbito de influencia de la norma. En efecto, en los casos estudiados, el Ejecutivo modificaba las definiciones originales en la norma para hacer que diferentes administrados estuvieran sujetos a la implementación de la norma aprobada por el Legislativo. Por ejemplo, una reforma sobre el Reglamento de Ley de Derechos de Autor (DE-23485) implementado en la administración Figueres Olsen, originalmente orientada para aclarar el alcance de la obligatoriedad de proteger derechos de autor en espectáculos públicos, ofrece una definición de este tipo de actividades de forma tal que se pueda implementar no sólo en espectáculos masivos, sino que también en centros turísticos, hoteles, salones de baile, discotecas y otros locales. Ese mismo decreto también establecía una exención para el cumplimiento de esta norma para aquellos locales que usaran obras musicales recibidas por medio de ondas electromagnéticas u otros sistemas técnicos de propagación (e.g.: radio, televisión, internet, etc.). Similar a esta norma, existen otras que también amplían las definiciones legales para aumentar o recortar el ámbito de implementación sobre sujetos privados como empresas o ciudadanos (ver DE-27789; DE-27098; DE-23801; DE-36737; DE-36104; DE-19893, etc.).

Aparte de estas dos categorías, también se pudieron identificar algunos decretos que autorizaron cambios en la organización de entes públicos creando nuevos departamentos dentro de la estructura institucional (11%). Es bueno señalar que un poco más de la mitad de los reglamentos estudiados adicionaron competencias legales a las entidades públicas que no estaban contempladas en la ley reglamentada. Si bien en algunos casos no hay razón para sospechar que el Ejecutivo se esté sobrepasando en sus funciones, sí se identificaron casos en los que las nuevas competencias reglamentarias ubicaron al Ejecutivo muy cerca de los límites previstos por

el principio de legalidad. Tal es el caso del decreto ejecutivo 28485 que Modifica el Reglamento para la Constitución de Puestos de Bolsa de los Bancos Públicos y el INS. Mediante la modificación de un par de artículos, el Ejecutivo excede la interpretación normativa facultando la posibilidad de que estos entes públicos constituyan sociedades anónimas de puestos de bolsa mediante fusiones entre agencias de diferentes entidades públicas. Es factible que esto esté en el límite de lo permitido al Ejecutivo, en vista de que muchas de esas agencias generalmente laboran con un mandato legal, y por ende, la normativa podría estar afectando la personería jurídica de dichos entes públicos. Aparte de esta situación se encontraron otras en las que el ejercicio del poder político del Ejecutivo se vio reflejado en mecanismos para la selección y nombramiento de funcionarios públicos que plantea diferencias con respecto a la norma, así como situaciones en que se extienden las funciones de las instituciones reguladas. Con eso dicho, es bueno recalcar que ninguno de los cambios encontrados suponía una violación explícita del principio de legalidad, asimismo, en el desarrollo del trabajo no nos encontramos con un caso en el que el Ejecutivo definiera nuevas fuentes de financiamiento o formas de financiamiento distintas de las planteadas de previo por el Legislativo.

Se puede concluir de este breve análisis cualitativo que el “gobierno por decreto” mediante reglamentos de ley está fuertemente limitado al margen de maniobra que definen las leyes y la Constitución Política. Los decretos estudiados no ofrecieron ejemplos claros de violaciones a los principios de legalidad, legalidad financiera o reserva de ley, aunque sí interpretaciones jurídicas que bien podrían considerarse al límite, en tanto asignan obligaciones a actores públicos y privados que rozan dichos principios. Este ejercicio permite concluir que existe un grado de discrecionalidad del Ejecutivo que le permite interpretar las normas a la hora de hacer su ejecución, lo cual podría contemplarse como parte de lo que se ha denominado la acepción “tíca” del “gobierno vía decreto”. Pero, con eso dicho, también es necesario reconocer que este poder de interpretación de la norma tiene límites muy claros y bien definidos que no resultaron profundamente sobrepasados por el Ejecutivo en los casos estudiados. De esto se concluye que hay un margen de maniobra que puede ser explotado por el Ejecutivo para producir reglas muy significativas para las vidas de sus ciudadanos. En efecto, algunos de los casos definidos aquí cumplen esa norma, de la misma manera que otros tipos de reglamento han sido utilizados para movilizar cambios importantes, tal y como los Reglamentos para la Regulación del Transporte de Combustibles (DE-36627), las modificaciones hechas en 2008 al Reglamento a la Ley de Condominios (DE-34708), o bien la Autorización para la Realización de la Técnica FIV (DE-39210). Sin embargo, también es notable recalcar que los grandes cambios político-institucionales de los que depende el desarrollo nacional en el futuro requieren de la participación activa del Poder Legislativo y no pueden ser implementados vía decreto.

## ¿Cuán frecuentes son los controles sobre el uso del decreto ejecutivo?

El decreto 39210 anteriormente citado nos obliga a atender un último tema crítico para el estudio del decreto ejecutivo en Costa Rica, y en especial para el argumento popular relativo a la posibilidad del gobierno por decreto, puntualmente: los alcances del control constitucional sobre este tipo de normas. Desde la promulgación de la Ley de Jurisdicción Constitucional en 1989, Costa Rica cuenta con un sistema de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas del país. El sistema dispone diferentes tipos de proceso para garantizar el control de las acciones normativas del Poder Ejecutivo, uno de éstos siendo la acción de inconstitucionalidad la cual faculta – bajo la presencia de un conjunto de requisitos fundamentales (e.g.: la presentación formal de la acción, la presencia de un asunto previo, etc.) – la impugnación de normas jurídicas por considerarse contrarias a la Constitución Política. En otras palabras, la acción de inconstitucionalidad constituye una herramienta judicial (y política) que permite a diversos actores

(la Sala Constitucional incluida) ejercer un control sobre el quehacer del Ejecutivo, incluyendo su capacidad de gobernar vía decreto. En esta sección nos interesa conocer cómo es el control constitucional sobre el decreto ejecutivo. Para ello, se buscó definir cuántos decretos ejecutivos registrados en la BDDE fueron impugnados ante la Sala Constitucional mediante acciones de inconstitucionalidad y cuál fue el alcance de este control. Esto fue posible de lograr mediante un cruce de esta base con otra diseñada por el Programa Estado de la Nación que señala todas las acciones de inconstitucionalidad desde 1990 hasta 2016. Esta combinación nos presenta resultados muy interesantes relativos al ejercicio del control constitucional de las últimas cinco administraciones.

Primero que nada, está claro que la cobertura del control de constitucionalidad se queda muy corta frente a la cantidad de decretos ejecutivos promulgados por cada gobierno. En efecto, sólo 443 decretos ejecutivos de la BDDE (un 3,3%) fueron objeto de algún tipo de control de constitucionalidad por parte de la Sala. Adicionalmente, de los 2.074 decretos de alto o muy alto alcance que se identificaron en este período, sólo 205 (9,9%) fueron impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad ante este tribunal. Si bien es fácil concluir que la baja cobertura constitucional relativa a la producción de decretos ejecutivos podría contemplarse como un incentivo para que el Ejecutivo haga lo que quiera con esas normas, yo sugeriría una lectura más medida, en vista de los otros hallazgos hechos previamente.

Para empezar, el alto grado de autodisciplina del Ejecutivo relativa al cumplimiento de los principios constitucionales centrales en los que se basa su poder, permite suponer que los controles constitucionales son lo suficientemente buenos como para atender situaciones de extralimitación, en especial cuando éstas tengan que ver con violaciones del principio de legalidad en materias de derechos humanos, el principio de legalidad financiera y la reserva de ley. Por ejemplo, en la sección previa se señaló a la reforma al decreto ejecutivo 23485 (DE-24410) como uno de los casos cualitativos en los que el Ejecutivo extendía las definiciones dadas por la ley de forma menos apegada al principio de legalidad. Aquí podemos informar que ese decreto fue declarado inconstitucional en 1998 debido a la exención que planteaba sobre la regulación de derechos de propiedad intelectual para negocios que usaran música obtenida del radio, la televisión o la internet. De este modo, la baja cobertura no debería comprenderse fácilmente como una “carta blanca” para que el Ejecutivo haga y deshaga a placer.

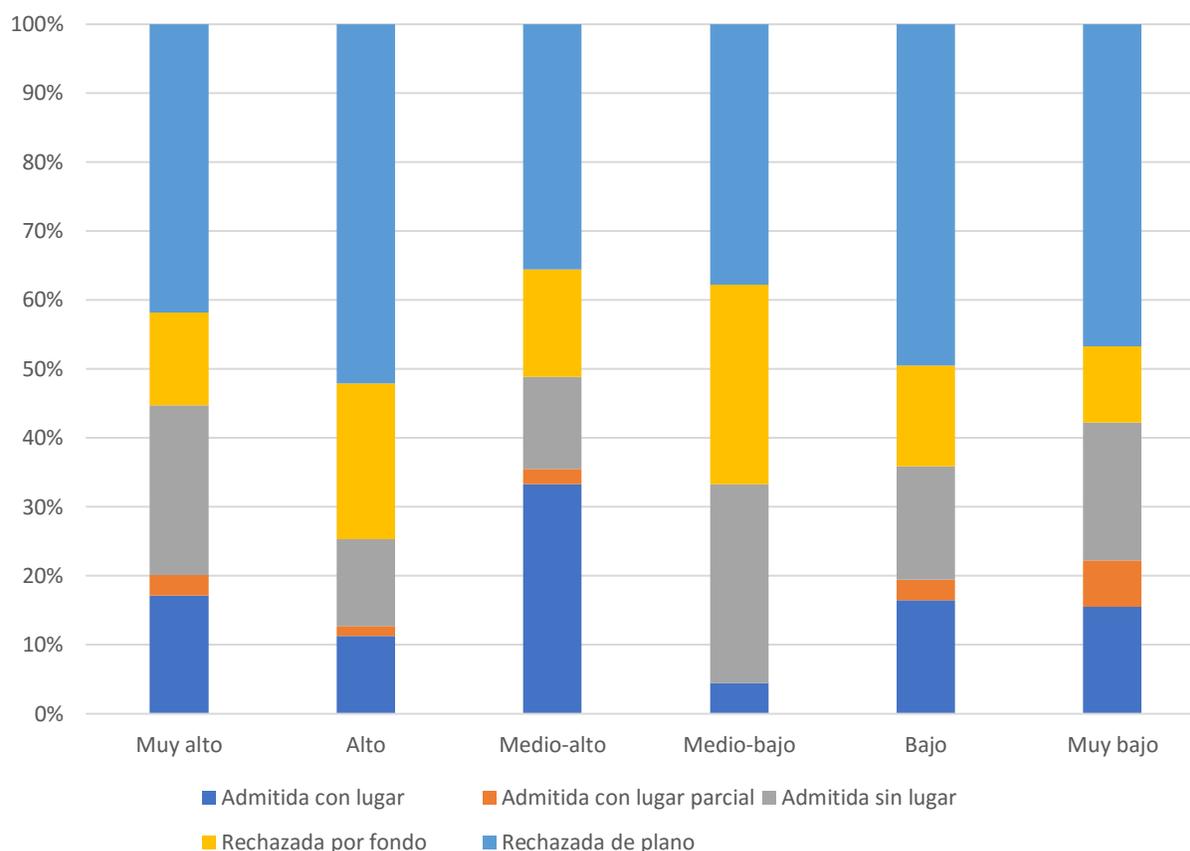
Con eso dicho, lo que estos datos si sugieren es que muchos de los usos interpretativos del decreto que hemos catalogado como de “alto o muy alto” alcance pueden estar quedando por fuera de la revisión constitucional. En efecto, que la Sala haya logrado ejercer control sobre un 4,6% de los decretos ejecutivos frente al 46% de potenciales extralimitaciones menores del Poder Ejecutivo señaladas por la muestra, nos dice que hay un margen de acción notable por falta de controles constitucionales. Si a esto le sumamos que, en los primeros tres años de las últimas cinco administraciones, el Ejecutivo ha emitido una cantidad más alta de decretos que cantidad total de acciones constitucionales durante el mismo período, podemos concluir que muchos de estos ejercicios de “gobierno vía decreto” (a la tica) están quedando fuera del control constitucional. Así las cosas, no creo que todo esto deba interpretarse como un potencial portillo para la instauración de una dictadura del Ejecutivo en Costa Rica, pero, sí podríamos decir que la Sala Constitucional enfrenta – en los decretos – un universo normativo de proporciones tan amplias que sería imposible hacer un control completo y efectivo de todo lo que hace el Ejecutivo.

Resulta difícil determinar cuánto del universo de decretos ejecutivos que la Sala no logra controlar quizás requiera de controles constitucionales. En efecto, uno podría plantear dos argumentos diferentes con estos datos los cuales necesitarían de una revisión a profundidad. Por un lado, podría decirse que una de las razones por las que el control de constitucionalidad es bajo frente a este universo de decretos es que simplemente no hay nada que la ciudadanía considere que implique una violación del orden constitucional, y por ende, que amerite una acción

de inconstitucionalidad. Hay cierta validez en este argumento considerando lo que ya se ha dicho sobre la muestra ofrecida en la sección previa relativo al usos que el Ejecutivo hace del decreto en la práctica. Pero, con eso dicho, también podría señalarse que pueden existir decretos que excedan levemente los límites y que pueden no estar siendo puestos bajo el escrutinio de la Sala por otros motivos. Por ejemplo, no es impensable considerar que haya situaciones en las que, para potenciales sectores perjudicados, impugnar uno de estos decretos se vuelva una tarea mucho más cara que simplemente convivir con las obligaciones derivadas del mismo. Ciertamente, podrán quedar reductos de constitucionalidad que simplemente no estarían siendo atendidos por la Sala, u otros mecanismos jurisdiccionales.

#### Gráfico 4

#### Decretos ejecutivos sujetos a control constitucional, según alcance y por resolución final. 2000-2015



FUENTE: Construcción propia con datos de la Base de Datos de Decretos Ejecutivos y la Base de Datos de Acciones de Inconstitucionalidad.

Ahora bien, esto no implica que los controles sean débiles. Al contrario, existen numerosos ejemplos mediante los cuales la impugnación de normas del Ejecutivo ha derivado en mayores controles del ejercicio del poder. Uno de ellos tiene que ver con el uso de la declaración de emergencia y el régimen de excepción constitucional como mecanismo para movilizar políticas públicas. Como se decía al principio, Costa Rica cuenta con un régimen de excepción que faculta al Ejecutivo a dispensar de procedimientos normales de contratación administrativa y formulación presupuestaria en casos en que existan emergencias declaradas. No obstante, previo al establecimiento de la jurisdicción constitucional, y durante sus primeros años, era muy común

que los Poderes Ejecutivos hicieran uso de esta herramienta – ajena a la presencia de una calamidad o situación de desastre – para promover una formulación veloz de la política pública. En efecto, la Base de Datos de Decretos ha registrado al menos 50 decretos de la administración Calderón Fournier en los que el Ejecutivo declaraba emergencia alrededor de problemáticas sociales coyunturales, tal y como problemas con la infraestructura de abastecimiento de combustibles, la carencia de dinero o permisos para construir edificios estatales, relativos a la necesidad de atender la infraestructura aeroportuaria o como resultado del lento funcionamiento de los expendios del CNP. Esta extralimitación del Ejecutivo fue controlada y debidamente acabada por la Sala Constitucional en 1992 mediante el voto 3410-92.

Ahora bien, importa saber qué pasa cuando el decreto ejecutivo resulta recurrido. El gráfico 3 señala los decretos, debidamente clasificados según su alcance, que son sujetos a control constitucional definiendo cuáles son los resultados que enfrenta cada uno. Los decretos más recurridos son los de muy alto alcance (i.e.: reglamentos de servicio público y reglamentos técnicos) y los de bajo. Los decretos de bajo alcance incluyen aquellos que no tienen un impacto significativo en la esfera directa de la ciudadanía, a pesar de que tienen implicaciones normativas y autonómicas. No se trata de decretos sin importancia, nada más que su impacto para la ciudadanía no es tan grande como el que tienen aquellos que directamente inciden con sus vidas. Ejemplos relevantes para nuestro estudio son los reglamentos de organización y los de relación de servicio, los cuales regulan la estructura y operación interna de las entidades públicas estatales (a un nivel departamental), y las relaciones entre el estado y sus empleados públicos, respectivamente. Estas dos situaciones los hacen propensos a ser sujetos de impugnación dados los juegos de intereses que se desarrollan entre las diferentes agencias del estado, así como entre el estado y sus empleados.

No obstante, más allá de lo que sucede con los de bajo alcance, interesa ver lo que pasa con los de muy alto y alto alcance. De la información analizada, es factible argumentar que el control de constitucionalidad sea uno de los incentivos que explican los cambios en el uso del decreto ejecutivo que se observaron más arriba. Como se notó en el gráfico 1, hay una tendencia que lleva a un uso cada vez menor de los decretos de muy alto alcance (e.g.: reglamentos de servicio público y técnicos), la cual resulta contrarrestada por una tendencia hacia un mayor uso de los de alto alcance (e.g.: reglamentos de ley y AIS). Se trata de una tendencia inusual si se considera que el Ejecutivo contaría con mayor discrecionalidad en el uso de los decretos de muy alto alcance en comparación con los otros. No obstante, si se observa esta tendencia en relación con el gráfico 3, se puede notar que, así como los decretos de muy alto alcance ofrecen mayor discrecionalidad, también enfrentan niveles de éxito más bajos frente al control de constitucionalidad de la Sala relativos a otras herramientas, como los decretos de alto alcance. Es difícil definir qué factores podrían estar produciendo el bajo éxito de los decretos de muy alto alcance y qué podría provocar que los de alto alcance sean menos recurridos y tengan mayor éxito de sostenerse frente al control de la Sala.

Una hipótesis podría derivarse de la superioridad relativa que nuestro ordenamiento jurídico les otorga a los reglamentos de ley en contraposición a los reglamentos de servicio público. Mientras los segundos surgen de una justificación legal más difusa y no tienen su asidero en la implementación de una ley, los primeros se caracterizan por ser de importancia crucial para la aplicación práctica y precisa de una ley. Es decir, los reglamentos de ley cuentan con un nivel superior de seguridad jurídica relativa a los reglamentos de servicio público que hemos considerado como los instrumentos de mayor alcance en esta ponencia. Esto sería consecuente con el principio de conservación de la normativa que lleva a que la Sala evite pronunciamientos que concluyan con la eliminación de la norma, en especial cuando ello implique impactos mayores sobre el sistema jurídico. De este modo, la reducción gradual en el uso de los decretos de muy alto alcance y el uso más elevado de los reglamentos de ley podría ser el resultado de

un proceso de aprendizaje por parte del Ejecutivo a medida que busca encontrar la forma de ejercer un gobierno efectivo en el marco de los límites que el control constitucional le ha impuesto. En este sentido, si los reglamentos de servicio público han sido percibidos como canales inadecuados para gobernar vía decreto – dado los controles que establece la Sala, entonces el Ejecutivo lógicamente apostaría a otros canales que permitan desaguar o movilizar su agenda política. En este sentido, la seguridad política de los reglamentos de ley sería el factor definitivo en el marco actual de las relaciones entre Poderes de la República.

## Conclusiones

Retornemos a la pregunta con la que iniciamos: ¿puede gobernarse por decreto en Costa Rica? La respuesta más apropiada según esta ponencia es que sí, pero con una serie bastante grande de “descargos de responsabilidad” (o “disclaimers”). Primero que nada, importa saber a qué nos referimos con “gobernar por decreto”, pues la acepción popular en la literatura no tendría asidero alguno en la experiencia costarricense. Aquí el decreto ejecutivo se encuentra rígidamente limitado por el principio de legalidad, y otras normas constitucionales de importancia críticas que impiden un uso equivalente con el decreto-ley de otras naciones latinoamericanas. En efecto, si la interpretación del gobierno por decreto es equivalente a legislar por decreto, pues eso no tiene fundamento en el sistema jurídico nacional. Sin embargo, si la interpretación es de “administrar por decreto” o “interpretar por decreto”, en ese sentido, sí habría mayor apego con los usos que se hace del decreto ejecutivo. La pregunta entonces sería, ¿cuáles son los límites dentro de los cuáles el Ejecutivo “administra por decreto”?

Segundo y siguiendo celosamente esta discusión, la Base de Datos de Decretos Ejecutivos prueba que el Ejecutivo costarricense sí dispone de algunos tipos de decreto que tienen importantes alcances en esa materia. No obstante, pareciera que esas herramientas se han estado utilizando cada vez menos, a pesar de las tensas relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo durante los últimos años. Esto ha sido contrarrestado con un uso más frecuente del reglamento de ley como un mecanismo para gobernar. En este documento nos dimos a la tarea de evaluar cuál es la capacidad de este decreto para ser considerado como la única herramienta del gobierno, y se concluyó que sí ofrece una capacidad de interpretación notable, la cual puede orientarse con efectos sustantivos sobre la esfera de los administrados y de las entidades públicas. Es decir, el reglamento de ley es un instrumento que puede utilizarse para gobernar, permitiendo una interpretación de las normas que puede ir más allá del significado adherido a éstas. Pero, con eso dicho, no se trata de un poder sin límites, menos aún uno con el que los Ejecutivos puedan atender los grandes problemas políticos que definen la realidad costarricense; pues al final de cuentas, todos éstos requieren de la asociación del Legislativo y el Ejecutivo para ser resueltos.

Tercero y final, si bien es cierto que la jurisdicción constitucional se caracteriza por una baja cobertura relativa a la producción de decretos ejecutivo, es muy difícil justificar interpretaciones que implique que el Ejecutivo tenga carta blanca para hacer lo que quiera con esas normas. En contraste con esto yo sugeriría una lectura más mesurada, en vista de los otros hallazgos hechos previamente. Para empezar, el alto grado de autodisciplina del Ejecutivo relativa al cumplimiento de los principios constitucionales centrales en los que se basa su poder, permite suponer que los controles constitucionales son lo suficientemente buenos como para atender situaciones de extralimitación, en especial cuando éstas tengan que ver con violaciones del principio de legalidad en materias de derechos humanos, el principio de legalidad financiera y la reserva de ley. En definitiva, el decreto ejecutivo es una herramienta crucial del Poder Ejecutivo para gobernar, y en Costa Rica se puede gobernar hasta cierto punto por decreto. Sin embargo, un ejercicio del poder en esos términos nunca será suficiente para resolver los problemas más serios del país, dados los principios y normas que restringen el margen de maniobra político de este

Poder de la República. La solución como se ha dicho en muchos informes del PEN en el pasado, necesariamente transita por la participación y colaboración conjunta entre el Ejecutivo y el Legislativo.

## Fuentes de información

Schwindt-Bayer, L.A. (2010). How presidents legislate: agenda control and policy success in Costa Rica. Documento de trabajo. Notre Dame: Kellogg Institute.

Carey, J.M. (1997). "Strong candidates for a limited office: presidentialism and political parties in Costa Rica", Mainwaring, S. y M.S. Shugart (eds.). Presidentialism and democracy in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press. 199-224.

Carey, J.M. y M.S. Shugart (1998). "Calling out the tanks or filling out the form?", Carey, J.M. y M.S. Shugart (eds.). Executive decree authority. Cambridge: Cambridge University Press, 1-32.

Cheibub, J.A.; A. Przeworski y S.M. Saiegh (2004). "Government coalitions and legislative success under presidentialism and parliamentarism". British Journal of Political Science.

Cox, G.W. and S. Morgenstern (2001). "Latin America's reactive assemblies and proactive presidents". Comparative Politics. 33 (2): 171-189.

Dromi, R. (2008). *Acto administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

García de Enterría, R. y Fernández, T.R. (2015). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

Negretto, G.L. (2006). "Minority presidents and democratic performance in Latin America". Latin American Politics and Society. 48 (3): 63-92.

Ortiz, E. (1970). "La potestad reglamentaria en Costa Rica. Régimen actual y perspectivas". Revista de Ciencias Jurídicas. 16: 131.

Penagos, G. (1993). *El acto administrativo según la jurisprudencia*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Pereira, C.; T.J. Power y L. Remó (2008). "Agenda power, executive decree authority and the mixed results of reform in the Brazilian congress". Legislative Studies Quarterly. 23: 5-33

Rojas, M.I. (1997). *El Poder Ejecutivo en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro.

Shugart, M.S. y S. Mainwaring (1997). "Presidentialism and democracy in Latin America: rethinking the terms of the debate", en Mainwaring, S. y M.S. Shugart (eds.). Presidentialism and democracy in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press. 12-54.