

INFORME ESTADO DE LA NACIÓN EN DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE 2018

Contornos políticos del uso del decreto ejecutivo en Costa Rica 1990-2018

Investigador:
Alonso Ramírez Cover

San José, 2018



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.

Contenido

I. Introducción	4
II. Conceptualizando el “gobierno por decreto” en Costa Rica	4
III. El decreto ejecutivo como “unidad de análisis”	5
IV. ¿Cómo se usa el decreto ejecutivo en Costa Rica?	7
V. ¿Quiénes usan el decreto ejecutivo y cómo lo usan?	9
VI. ¿Cuánto duran los reglamentos ejecutivos de alto y muy alto alcance en vigencia?	12
VII. ¿Cuán frecuentes son los controles constitucionales sobre el uso del decreto ejecutivo?... ..	15
VIII. Conclusiones	18
IX. Fuentes de información	23

Anotaciones para un análisis crítico

Resumen. ¿Qué significa gobernar por decreto en Costa Rica? Esta ponencia aborda esta importante pregunta cuestionando, explicando y caracterizando los alcances del decreto ejecutivo como instrumento de política pública del Poder Ejecutivo. El objetivo es conocer cuál es realmente el potencial de esta herramienta para promover cambios políticos importantes, cómo se usa el decreto ejecutivo en la actualidad y cómo ha sido utilizado desde 1990, cuáles son las entidades públicas que influyen más el uso de esta herramienta jurídica; y en qué temas se hace uso del decreto con más frecuencia y con cuáles implicaciones y efectos. Haciendo uso de la Base de Datos de Decretos Ejecutivos del Programa Estado de la Nación, esta ponencia alcanza varias conclusiones importantes. Primero que nada, debemos evitar pensar en el decreto ejecutivo como una herramienta similar a los decretos-ley de otros regímenes presidencialistas fuertes. Todo lo contrario, el decreto ejecutivo está definido por importantes limitaciones constitucionales y legales que reducen el alcance jurídico de la norma.

Segundo, los contornos del panorama jurídico que limita y potencia el ejercicio del poder del Ejecutivo en Costa Rica definen múltiples formas de uso del decreto ejecutivo. En efecto, esta investigación ha reconocido más de 50 usos jurídicos diferentes. Con eso dicho, en el marco de esta heterogeneidad es posible definir decretos ejecutivos con alcances políticos muy diferentes sobre la vida cotidiana del administrado. Tercero, una revisión de la producción de decretos ejecutivos revela que, si bien ha aumentado la proporción de aquellos que provocan un mayor impacto en la población, en la práctica, su cantidad ha venido reduciéndose desde 1990. Cuarto, esta dinámica se expresa de formas diferentes según el ministerio responsable de promulgar las normas. Hay ministerios como el COMEX, MEIC y MINSA que tienen roles más importantes que otros en la producción de normas de alto alcance político. Esta ponencia explica cómo es que estas diferencias en la amplitud de posibilidades políticas del decreto ejecutivo están fuertemente determinadas por la manera en que se ha diseñado la legislación marco para cada ministerio y sus competencias.

Quinto, lejos de la creencia coloquial de que el decreto ejecutivo es una norma inestable y sujeta a los designios de cada administración, esta ponencia reconoce que son más estables de lo que se pensaría. El factor determinante en la estabilidad de los decretos consiste en el tema tratado. Sexto y adicional a este punto, Si bien es fácil concluir que existe una muy limitada cobertura del control constitucional relativa a la producción de decretos ejecutivos, esto no debe contemplarse como un incentivo para que el Ejecutivo haga lo que quiera con esas normas, más bien, yo sugeriría una lectura más mesurada. 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. 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.

Descriptor. Decretos ejecutivos, gestión política, gobierno, ordenamiento jurídico, régimen político, gestión pública.

I. Introducción

En la actualidad, el Poder Ejecutivo costarricense enfrenta grandes obstáculos para efectuar cambios políticos importantes a través de la Asamblea Legislativa (Gómez Campos y Herrera Rodríguez, 2017). En este contexto y a diferencia de lo que señala la literatura dominante sobre el presidencialismo costarricense (ver Carey, 1997; Carey y Shugart, 1998; Schwindt-Bayer, 2010), algunos políticos han afirmado que el decreto ejecutivo podría ser una herramienta jurídico-política muy útil que permitiría resolver este cerrojo legislativo y dar una mejor orientación política a la burocracia nacional (Cruz Brenes, 2017; Solano, 2017). En efecto, durante la campaña electoral que concluyó en abril pasado, la idea de “gobernar por decreto” se convirtió en un decir inusualmente común entre los candidatos (Córdoba, 2017). Quizás haya algo de fundamento en esta declaración, pues el decreto ejecutivo ha sido contemplado en el pasado como una herramienta clave para el desarrollo de políticas públicas (Rojas, 1997). No obstante, otros expertos cuestionan los alcances de esta herramienta, señalando que el margen de interpretación legal del Ejecutivo es limitado, en especial tras décadas de esfuerzos del Legislativo y la Sala Constitucional de ejercer un control político y constitucional más vigoroso sobre la gestión pública (Hernández, 2014).

Entonces, ¿qué significa “gobernar por decreto” en Costa Rica? ¿Cuán factible es para el Ejecutivo utilizar esta herramienta para sortear los obstáculos de la discusión legislativa? ¿Cuál es el poder real que el gobierno costarricense podría ejercer por medio de esta figura jurídica? Esta ponencia aborda estas importantes preguntas, cuestionando, explicando y caracterizando los alcances del decreto ejecutivo como instrumento de política pública del Poder Ejecutivo. El objetivo es conocer cuál es realmente el potencial de esta herramienta para promover cambios políticos importantes, cómo se usa el decreto ejecutivo en la actualidad y cómo ha sido utilizado en los últimos 28 años, cuáles son las entidades públicas que influyen más el uso de esta herramienta jurídica; y en qué temas se hace uso del decreto con más frecuencia y con cuáles implicaciones y efectos. Puesto en forma más sintética, en las páginas que siguen me pregunto: ¿constituye el decreto ejecutivo el instrumento ideal para resolver los problemas conocidos de letargo en la toma de decisiones sobre asuntos cruciales para el desarrollo humano sostenible?

II. Conceptualizando el “gobierno por decreto” en Costa Rica

“Gobernar por decreto” no es algo inusual para los sistemas presidencialistas alrededor del mundo (ver Metcalf, 2000; Protsyk, 2004; Rottinghaus y Maier, 2007). De hecho, países como Argentina, Brasil y España - las vitrinas académicas por excelencia para ejemplificar el funcionamiento de los Ejecutivos fuertes de Hispanoamérica - la Constitución Política plantea la posibilidad de que, previa autorización expresa del Legislativo, y en virtud de situaciones debidamente tipificadas como urgencia nacional, el Poder Ejecutivo pueda emitir normas con rango de ley, sin requerir valoración previa del Parlamento (ver Carey y Shugart, 1998; Cheibub, Przeworski, y Salegh, 2004; Pereira, Power, y Remó, 2008; Shugart y Mainwaring, 1997). Puesto de otro modo, “gobernar por decreto” en estos contextos refiere a la existencia de un régimen de excepción que faculta al Ejecutivo a detentar un poder de facto que permite imponer su agenda sobre el sistema político, de forma temporal, y, usualmente, sujeto a una fiscalización a posteriori, ya sea por parte del Legislativo o el control de constitucionalidad (Neto, 2006).

En Costa Rica, esta forma de entender el “gobierno vía decreto” carece de asidero jurídico y constitucional. Según la Constitución Política, el accionar normativo y administrativo del Poder Ejecutivo se encuentra limitado por los principios jurídicos de legalidad,¹ reserva de ley² y legalidad financiera³, todos los cuales reducen significativamente el alcance del decreto ejecutivo en comparación con los casos de esas otras naciones hispanoamericanas. Consecuentemente, el decreto ejecutivo costarricense 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 previamente por leyes), (3) establecer nuevas fuentes de financiamiento, (4) ampliar o restringir derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos o (5) crear nueva institucionalidad (entendida como entidades estatales con personería jurídica). Puesto de otro modo, en nuestro ordenamiento jurídico actual, “gobernar por decreto” jamás podrá entenderse como “legislar por decreto”, por lo que la posibilidad de que el Ejecutivo resuelva unilateralmente sobre cambios político-institucionales como la reforma fiscal no es un escenario constitucionalmente viable.

Con eso dicho, sí es posible valorar una acepción de “gobernar por decreto” más acorde a la realidad jurídica nacional, es decir, recordando que es un acto sujeto a considerables limitaciones. El decreto puede ser utilizado como un instrumento creativo que permite al Poder Ejecutivo moldear el ordenamiento jurídico mediante sus propias contribuciones reglamentarias, abriendo una esfera de incidencia en las vidas de los administrados (Rojas, 1997). En efecto, el Ejecutivo tiene la potestad de promulgar numerosos actos administrativos a través de sus decretos, lo que faculta la movilización de una agenda política, siempre y cuando no se excedan los límites previstos por la constitución, los convenios internacionales ratificados y la legislación emitida por la Asamblea. En Costa Rica es imposible “legislar por decreto”, pero el Ejecutivo sí existe un margen de maniobra para gestionar acciones políticas muy importantes. De este modo, lo que importa es conocer cuáles son los contornos jurídico-políticos que facultan al Ejecutivo ejercer poder político desde su debilitada posición en el presidencialismo costarricense.

III. El decreto ejecutivo como “unidad de análisis”

En Costa Rica, el decreto ejecutivo se usa de formas muy heterogéneas, muchas de las cuales incluso llegan a contradecir la definición fundamental de “decreto” según el ordenamiento jurídico nacional. De acuerdo con la Ley General de Administración Pública (LGAP), el “decreto” es un acto jurídico que produce normativa jurídica con efectos ‘generales’ sobre la colectividad, buscando regular conductas sociales en una diversidad de situaciones en el futuro. Si bien es cierto que muchos de los 19.550 decretos ejecutivos estudiados por este trabajo⁴ cumplen funciones similares a la señalada por la LGAP, la gran mayoría carece de ese rol reglamentario y general. Al contrario, la gran mayoría pareciera ajustarse más a las categorías que la LGAP adelanta para referirse a acuerdos, directrices u órdenes. En efecto, uno de los primeros hallazgos hechos con este trabajo fue revelar que el decreto ejecutivo es utilizado en al menos 54 formas jurídicas diferentes, ocasionalmente para promover reglamentos de alcance general, y frecuentemente para regular actos concretos, puntuales y, en ocasiones, hasta irrelevantes.

Metodológicamente, esto implica que los decretos ejecutivos no pueden valorarse bajo una misma escala, pues si bien comparten la misma denominación jurídica, en realidad calzan en diferentes tipologías de actos administrativos. Por ejemplo, hay algunos cuyo impacto jurídico y político es muy tenue y específico para individuos o actores bien definidos (e.g.: declaraciones de asueto, declaratorias de patrimonio histórico, expropiaciones, traspaso de propiedades y bienes públicos, etc.), mientras que otros tienen alcances jurídicos y políticos más marcados, implicando cambios significativos en el estado y la forma en que éste aborda a la ciudadanía. Establecer una clasificación que pondere las diferencias en el impacto jurídico y político de los decretos es un tema delicado dados los complejos contornos del panorama jurídico en el que el decreto debe operar. No obstante, es una acción necesaria, si el fin es conocer los usos que se da a esta herramienta y su potencial como herramienta para gestionar cambios políticos. Así las cosas, este trabajo propone una clasificación que podría apoyar el análisis realizado (ver cuadro 1).

Cuadro 1. Preguntas críticas que subyacen las “dimensiones de categorización de alcances”

Categoría	Pregunta crítica
Afectación social	¿Cuáles son los efectos del decreto ejecutivo sobre la esfera de acción de los sujetos privados? ¿Se circunscriben a la administración pública o la trascienden?
Normatividad	¿Cuál es el efecto del decreto ejecutivo sobre el marco regulatorio? ¿Establece una norma general que afecta una diversidad de “situaciones hipotéticas” o es un marco de acción para un caso puntual y concreto?
Discrecionalidad	¿Cuál es el grado de discrecionalidad con que el Ejecutivo emite el decreto ejecutivo? ¿Se promulga dentro de la discrecionalidad del Ejecutivo o resulta de obligaciones jurídicas deliberadamente determinadas?

Fuente: Construcción propia con fines ilustrativos.

La clasificación propuesta se fundamenta en tres dimensiones críticas: (1) afectación social, (2) normatividad y (3) discrecionalidad (ver cuadros 1 y 2). Por afectación social se hace referencia a si el efecto del decreto se circunscribe exclusivamente al estado o si tiene efectos sobre la vida social, económica, política o ambiental de la ciudadanía. Por ejemplo, se presumiría que la afectación social de un reglamento técnico – e.g.: una norma médica del Ministerio de Salud (MINSa) para organizar el trabajo

hospitalario público – sería mucho mayor que la que podría esperarse de un reglamento que regula las relaciones entre servidores públicos y el estado. El criterio de normatividad refiere a la pretensión de “generalidad” del decreto (ver Dromi, 2008; García de Enterría y Fernández, 2015; Ortiz, 1970; Penagos, 1993; Rojas, 1997; y el pronunciamiento C-015-1999 de la Procuraduría General de la República). Me refiero a si el decreto ofrece un marco regulatorio para definir la acción pública de manera “general” (i.e.: sobre una variedad de situaciones jurídicas); o si, ha sido elaborado para atender un acto concreto o “particular”. A modo de ejemplo: el Reglamento a la Ley Nacional de Prevención del Riesgo y Atención de Emergencias (DE-34361) tiene un alcance general pues define el marco regulatorio para la declaración de emergencias; sin embargo, la declaratoria de emergencia es de alcance particular pues se aplica a una situación concreta. Finalmente, por discrecionalidad me refiero si el decreto ejecutivo es usado de forma facultativa o potestativa, es decir, si su emisión surge de una obligación jurídica adquirida previamente.

Combinando estas tres dimensiones analíticas se pueden obtener seis categorías para determinar el alcance jurídico y político de los decretos ejecutivos (ver cuadro 2). Las categorías más altas están conformadas por decretos ejecutivos con un mayor potencial de afectación social. Las diferencias puntuales entre éstas tienen que ver con la normatividad de los decretos y, en segunda instancia, la discrecionalidad con la que se hace uso de estos instrumentos. Así las cosas, los reglamentos de servicio público y las normas técnicas se consideran como los decretos ejecutivos de “muy alto” alcance dado su potencial impacto en la esfera de acción de individuos privados, sus efectos normativos generales y sus orígenes discrecionales. En cambio, decretos que actualizan tarifas o precios de servicios públicos o privados, aunque relevantes para los administrados, surgen de esfuerzos regulados de previo por normas previamente existentes y no de un ejercicio discrecional muy claro del Ejecutivo. Por ejemplo, las modificaciones a la Ley del Presupuesto, si bien es cierto no son irrelevantes, tampoco son considerablemente significativas para la vida cotidiana de la población ya que no pueden incidir en el monto total de presupuesto asignado a la institucionalidad.⁵

Cuadro 2. Caracterización política del decreto ejecutivo

Alcance	Criterios	Tipos de decreto
Muy alto	+ afectación social + normatividad + discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> Reglamentos de servicio público Reglamentos técnicos Manuales de provisión de servicios públicos
Alto	+ afectación social + normatividad - discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> Reglamentos de ley Acuerdos internacionales simplificados
Medio-alto	+ afectación social - normatividad + discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> Declaratorias de interés público y conveniencia nacional (proyectos y obras) Declaratorias de emergencia Declaratorias de áreas protegidas y otros territoriales Convocatorias de proyectos de ley Promulga políticas nacionales
Medio-bajo	+afectación social - normatividad - discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> Fija precios y/o aranceles sobre servicios privados Fija tarifas de servicios públicos Define tramos de impuestos/cánones Modifica derechos arancelarios
Bajo	- afectación social + normatividad + discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> Reglamentos de organización Decretos de organización Reglamentos de relación de servicio público Directrices de presupuesto, gasto y empleo público Ratificaciones de tratados internacionales
Muy bajo	- afectación social - normatividad	<ul style="list-style-type: none"> Modificaciones a la Ley de Presupuestos Asigna y modifica límites de gasto presupuestario

Alcance	Criterios	Tipos de decreto
	+/- discrecionalidad	<ul style="list-style-type: none"> • Traspaso/donación de propiedades y bienes públicos • Fija/modifica salarios públicos • Confiere poderes plenipotenciarios • Nombramiento de funcionarios públicos • Imposición de servidumbres • Expropiaciones • Declaratorias de interés público (asociaciones privadas, actividades científicas/culturales, patrimonio histórico, etc.) • Exoneraciones • Asuetos

REFERENCIAS DE FONDO: Rojas, 1997; Escola, 1975, Penagos, 1993; García de Enterría y Fernández, 2015; pronunciamientos de la PGR C-015-1999 y C-172-2011 y resolución constitucional 4422-1993.⁶

Las categorías de “bajo” y “muy bajo” alcance se componen de decretos con un grado bajo de afectación social. La razón es que son normas que tienen un efecto que se circunscribe a la administración, y que no producen un efecto directo y deliberado sobre el administrado. Esto incluye reglamentos mediante los cuales se organiza el Poder Ejecutivo, que si bien gobiernan sobre la estructura administrativa del Ejecutivo y las funciones de los departamentos que lo componen (Rojas, 1997), no pretender tener un efecto directo sobre los administrados. En estas categorías incluyo también los “decretos presupuestarios” (e.g.: modificaciones de límites de gasto público, reformas a Leyes de Presupuesto y las directrices de gasto y empleo público). Valga destacar que decir que un decreto tiene un bajo grado de afectación social no necesariamente es un comentario sobre su importancia política, la cual muchas veces resulta también de la coyuntura específica en la cual los decretos son promulgados (e.g.: una directriz de recorte al gasto público podrá ser recibida con más expectativa en una coyuntura en la que el tema fiscal se considere una prioridad nacional, pero podría resultar irrelevante en un contexto en que la prioridad sea otra).

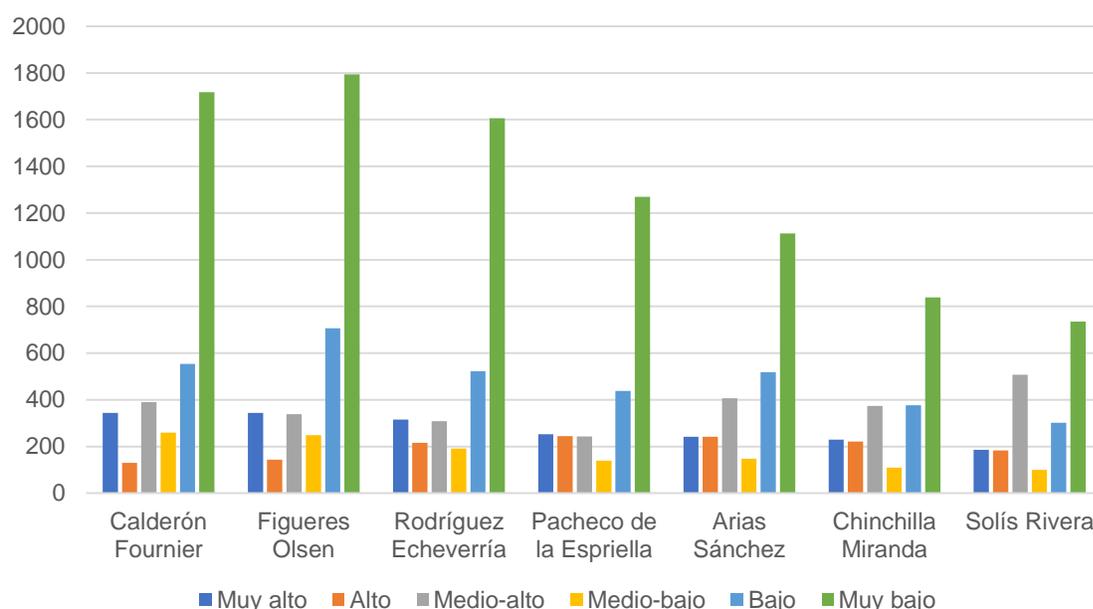
IV. ¿Cómo se usa el decreto ejecutivo en Costa Rica?

Proporcionalmente, el decreto ejecutivo viene utilizándose de formas más significativas para la ciudadanía costarricense en administraciones recientes, aunque no necesariamente como resultado de un esfuerzo de producir mayor incidencia política. Desde 1990, los decretos categorizados por contar con grados superiores de “afectación social” vienen constituyendo una proporción cada vez más grande del total promulgado por cada administración (ver gráfico 1, página siguiente). No obstante, esto no ha sido el resultado de un uso mayor de decretos de “alto” o “muy alto” alcance en las administraciones recientes, sino que de una reducción bastante significativa en la cantidad de decretos de “bajo” y “muy bajo” alcance que se promulgan cada año. Como se puede observar, los decretos de alcance bajo y muy bajo vienen reduciéndose, pasando de 2.272 (66,9%) en la administración Calderón a 1.036 (51,4%) en la de Solís Rivera. Esta reducción es probablemente resultado de reformas en el complejo contorno legal que regula el uso del decreto ejecutivo durante las últimas décadas. Cambios en las leyes han permitido al Ejecutivo delegar actividades menores que previamente tenía que atender vía decreto, en otros actos administrativos a escala ministerial.⁷

Sin embargo, estos cambios en el panorama legal no han implicado un aumento en el uso de decretos de mayor alcance (i.e.: “alto” y “muy alto”), pues, en términos absolutos, se viene promulgando una cantidad cada vez menor de normas de ese tipo en cada administración. Cuando me refiero a normas de mayor alcance, me refiero a los reglamentos de servicio público, los reglamentos técnicos y los reglamentos de ley, todos los cuales han venido siendo promulgados o reformados con menor frecuencia con el pasar del tiempo. En efecto, cada administración ha venido promulgados cada vez menos reglamentos desde 1990, con la administración Solís Rivera siendo la que tiene menos nuevos reglamentos de “alto” y “muy alto” alcance ha promulgado. Quizás, la única excepción a esta tendencia sea el uso de acuerdos internacionales simplificados (AIS), los cuales han venido aumentado significativamente desde 1990. Los

AIS son reglamentos con pretensión de generalidad “erga omnes” que se obtienen de procesos de negociación internacional y que no requieren aprobación previa del Congreso (Rojas, 1997). En su mayoría, comprenden resoluciones obtenidas por los ministerios del sector productivo (e.g.: Comercio Exterior, Agricultura y Ganadería y Economía, Industria y Comercio) en el marco de esfuerzos de armonización comercial en el Consejo de Ministerios de la Integración Económica Centroamericana (COMIECO)⁸ o en otras instancias de seguimiento de tratados comerciales. Es probable que el aumento aquí sea el resultado natural de la intensificación de la normativa comercial entre las naciones del Istmo. Con eso dicho, el aumento en los AIS no compensa el uso menos intensivo en otros decretos de “alto” o “muy alto” alcance. De este modo, es factible decir que, si bien se observa un uso cada vez más significativo del decreto ejecutivo, esto no pareciera ser el resultado de un esfuerzo consciente por producir una mayor incidencia social con el uso de este instrumento de gestión política.

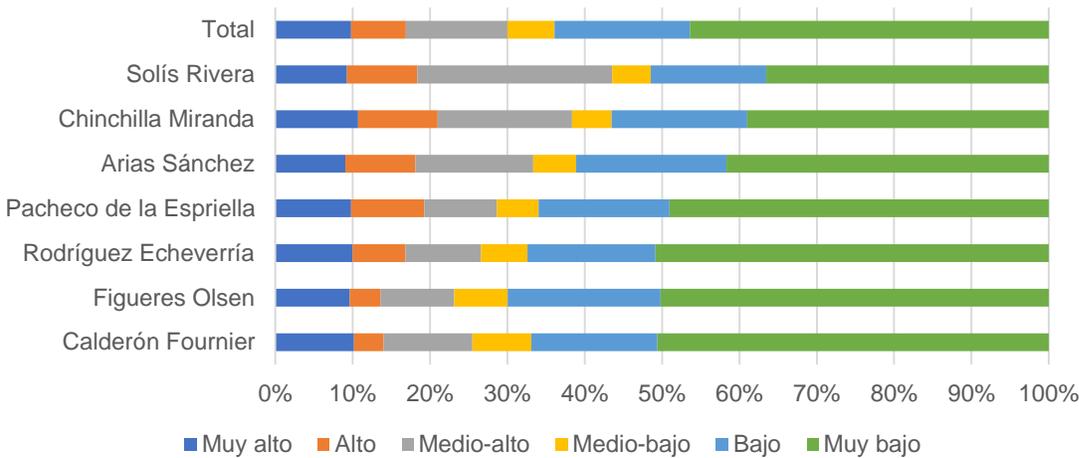
Gráfico 1. Decretos ejecutivos, según alcance y administración (absolutos). 1990-2018



Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

Esta es una tendencia bastante inesperada en el contexto político actual. Los reglamentos de servicio público y los reglamentos técnicos son instrumentos que, en teoría, deberían ofrecerle al Ejecutivo un grado mayor de incidencia política sobre el sistema político y el ordenamiento jurídico. Se trata de normas con las que se puede: (1) regular la esfera de acción del administrado y (2) tienen alcances normativos importantes. Es decir, muchos de estos decretos apuntan a expandir el control gubernamental sobre áreas donde el ordenamiento jurídico tiene una cobertura difusa, o donde el legislador, conscientemente, ha dado su venia para que el Ejecutivo ejerza sus proyectos. Por eso, uno se imaginaría que estas normas se utilizarían con mayor frecuencia, especialmente en situaciones en que se cuenta con menos posibilidades para movilizar agenda política a través de la vía legislativa. Sin embargo, en las últimas tres administraciones (excluyendo la actual) se han venido promulgando cantidades cada vez menores de decretos ejecutivos que incluyen nuevos reglamentos de esta naturaleza. Además, esto está sucediendo en un contexto en el que las normas promulgadas no parecieran ser tan sustantivas, dado que predomina la promulgación de reformas a decretos de alto alcance y no la creación de normas nuevas.

Gráfico 2. Decretos ejecutivos, según alcance y administración (relativos). 1990-2018



Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

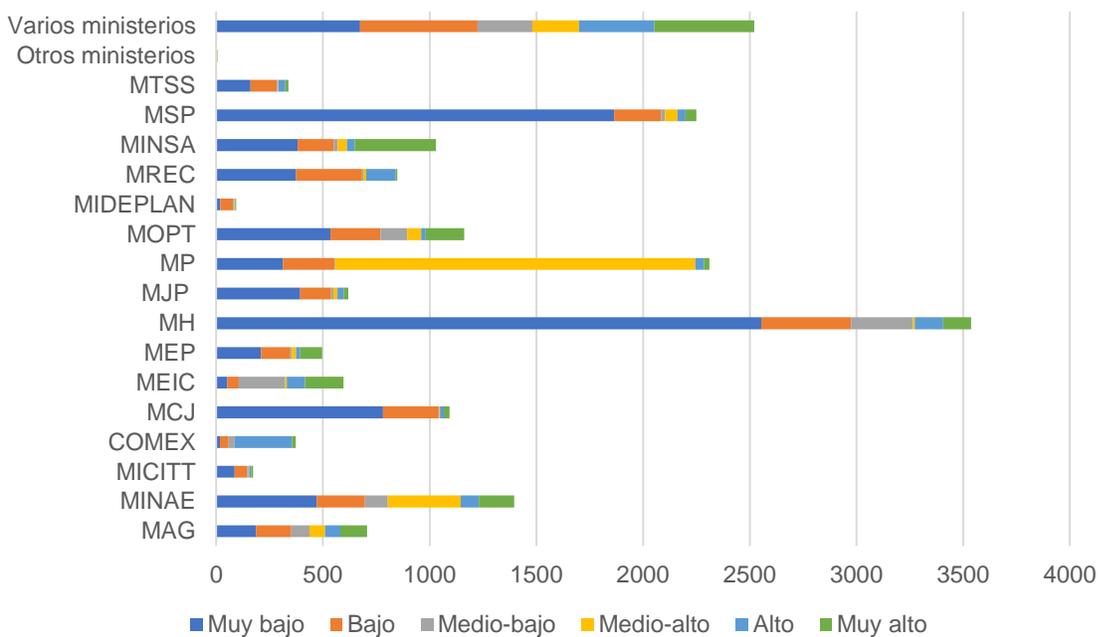
Aunque es difícil definir con claridad las causas del uso cada vez menor de este tipo de decretos ejecutivos, se pueden avanzar algunas hipótesis. Primero, el uso de este tipo de decretos podría estar siendo limitado como resultado de la misma acción legislativa. Por un lado, la inclusión de cada vez más actores políticos legislativos en el diseño de las leyes del país puede verse reflejado en la aprobación de normas jurídicas más complejas y detalladas, reflejando la naturaleza de los difíciles acuerdos políticos del momento. También, el uso de normas más detalladas - al punto de llegar a reemplazar aspectos que podrían reglamentarse vía decreto - podría ser el resultado de estrategias políticas conscientes para garantizar un mayor apego del Ejecutivo al sentido de la norma, y, por lo tanto, constituyan esfuerzos para reducir su margen de interpretación jurídico-política. No debería descartarse que esto sea resultado, al menos en parte, de malas prácticas en el diseño legislativo. No es inusual que el legislador, en un esfuerzo por garantizar el apego de la institucionalidad a su norma, termine haciéndola menos flexible de cara a su aplicación futura. No hay mucho estudio sobre la manera en que la técnica de legislar ha cambiado en Costa Rica, por lo que estas son sólo hipótesis que merecen prueba en el futuro. Otra razón que podría incidir en el uso más reducido de estas normas es el control de constitucionalidad y su impacto en la reducción del margen de maniobra del Ejecutivo. Si bien esto recibirá más atención más adelante, el control de constitucionalidad ha logrado limitar usos particulares del decreto en el país.⁹

V. ¿Quiénes usan el decreto ejecutivo y cómo lo usan?

El uso del decreto ejecutivo varía notablemente según los contornos normativos en los que éstos son producidos, cosa que se hace notable cuando se observan los patrones de promulgación de decretos que sigue cada ministerio. El gráfico 3 en la página a continuación presenta la cantidad total de decretos que produce cada ministerio. Los ministerios que más decretos producen en Costa Rica son el Ministerio de Hacienda (MH), seguido de lejos por el de Seguridad Pública (y Gobernación y Policía) (MSP), y el de la Presidencia (MP). Con esto dicho, los decretos de bajo o medio alcance constituyen una cantidad desproporcionada del total producido por estos ministerios. En el caso del MH, estos decretos corresponden al cumplimiento de obligaciones y potestades determinadas por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos (LAFPP), relativas a modificaciones de límites de gasto institucional y reformas a las Leyes de Presupuesto. Mientras tanto, los decretos producidos por el MSP surgen de obligaciones jurídicas relativas al otorgamiento de asuetos a empleados públicos¹⁰ y los del MP corresponden casi exclusivamente a los decretos de convocatoria y desconvocatoria de proyectos de ley ante la Asamblea Legislativa. Aunque no se argumenta aquí que estos decretos carezcan de importancia política, está claro que son normas de un alcance limitado. De manera que, si bien estos ministerios dominan en la producción de estas normas, esta producción no tiene una incidencia significativa en el ordenamiento jurídico.

Un vistazo más detallado de la proporción de normas de mayor alcance relativa a la producción general (ver gráfico 4 en página 9) nos permite reconocer algunos ministerios que hacen usos “más efectivos” de esta herramienta que otros. Quizás, el Ministerio de Comercio Exterior (COMEX) es el que más resalta en esta distribución produciendo 7 decretos de alto alcance por cada 10 promulgados. Le siguen el Ministerio de Salud (MINSAL) y el de Economía, Industria y Comercio (MEIC), que han producido 5 decretos de alto alcance por cada 10 promulgados; y luego el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) y el de Educación Pública (MEP) con 2 a 3 decretos de alto alcance por cada 10 producidos. En efecto, si se adicionan los decretos producidos en conjunto con otros ministerios, se puede concluir que el MINSAL, el MEIC y el COMEX son los ministerios más influyentes en términos de la producción de decretos ejecutivos. El MEIC y MINSAL han participado en la formulación de casi un quinto de los decretos ejecutivos de alto y muy alto alcance promulgados por el Ejecutivo desde 1990. El COMEX ha participado en un 15% del total. Asimismo, el trabajo coordinado de estos ministerios (en diferentes combinaciones) es el que más resalta en el diseño de decretos con múltiples ministerios corresponsables. Puesto de otro modo, el patrón de promulgación de decretos de estos cinco ministerios permite identificarlos como los más efectivos. La pregunta es por qué estos ministerios y no otros.

Gráfico 3. Decretos ejecutivos, según alcance y ministerio proponente (absolutos). 1990-2018



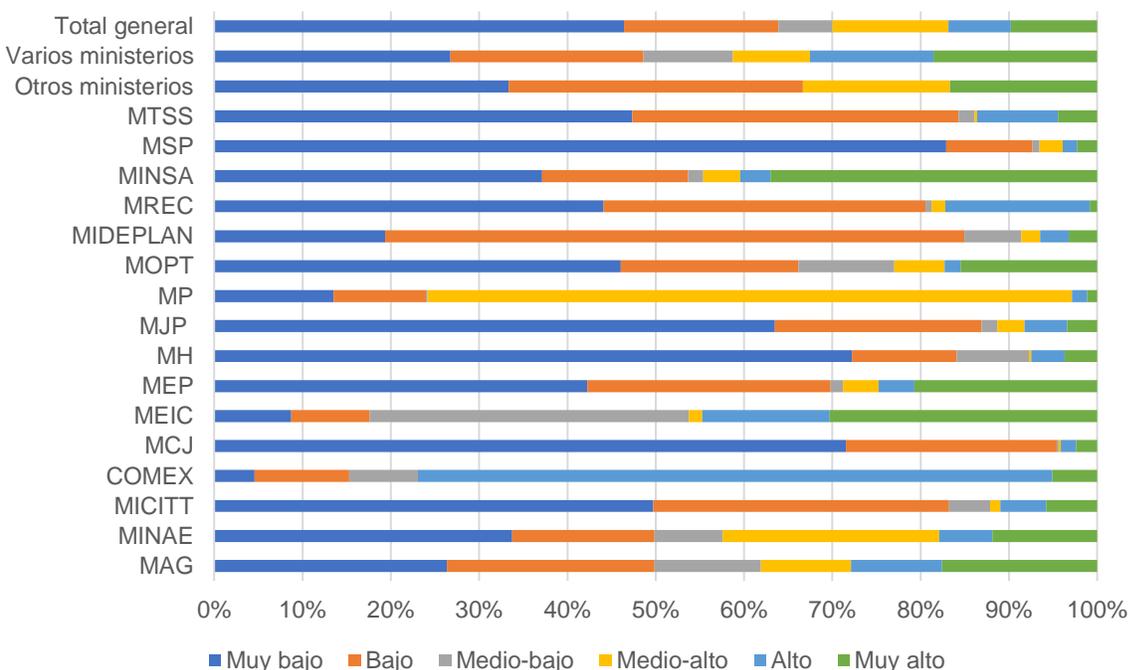
Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

La respuesta está ligada a la manera en que la Constitución Política y las leyes han dado forma al entorno jurídico en que estos decretos son producidos. Considérese: la producción de decretos ejecutivos del COMEX está directamente ligada a la promulgación de los AIS, los cuales constituyen el 91,9% de todos los decretos de alto y muy alto alcance que ha producido el ministerio. Como ya se dijo, los AIS son normas promulgadas por el Ejecutivo producto de avances en negociaciones dentro de acuerdos previamente ratificados. De este modo, se trata de decretos ejecutivos destinados a suplir un espacio jurídico abierto por el legislador en el marco de la aprobación de dichos tratados internacionales. Por ejemplo, los AIS resultantes del COMIECO son elaborados dentro de las potestades definidas por el artículo 7 del Protocolo de Tegucigalpa (ratificado mediante ley 7629), que incluyen el diseño de medidas uniformes para promover el trato nacional entre las naciones centroamericanas con el fin de consolidar una zona de libre comercio. Esta situación jurídica faculta al COMEX a promulgar normas con grandes alcances sobre el comercio y la regulación industrial y económica, pero dentro de este ámbito preciso de comercio regional.

De igual forma, el MEIC, MINSAL y MAG producen grandes cantidades de decretos de alto y muy alto alcance dados los amplios márgenes de discrecionalidad que faculta la ley para el diseño de normas

técnicas y reglamentos de servicio público dentro de sus áreas específicas. La Ley General de Salud (5395) dispone en sus artículos 1 y 2 a la salud de la población como un interés público que debe ser tutelado por el estado, a través del MINSA, ente que se señala como responsable de definir la política nacional de salud y coordinar la ejecución de actividades públicas y privadas relativa a la salud. Adicional a esto, la Ley Orgánica del MINSA (5412) señala que esta entidad definirá las normas técnicas particulares o generales para el resguardo de la población. Todo es decir que el MINSA cuenta con un poder considerable sobre el diseño de normas y protocolos sobre salud y salubridad pública que deben ser de aplicación obligatoria por parte de agencias públicas (e.g.: la Caja Costarricense del Seguro Social) como organizaciones privadas (e.g.: organizaciones hospitalarias y de cuidados médicos) en áreas en las que el legislador no ha regulado directamente. Adicional a todo esto, la Ley General de Salud y los reglamentos relativos a salud también son señalados como normas de orden público por lo que prevalecen sobre otras disposiciones de igual validez formal (art. 7). Es decir, en caso de conflicto con otras normas de igual validez, prevalecen las que se producen de acuerdo con este régimen de derecho.

Gráfico 4. Decretos ejecutivos, según alcance y ministerio proponente (relativos). 1990-2018



Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

Similarmente, la Ley Orgánica del MEIC (6054) en sus artículos 1 y 4 determina que la obligación estatal de definir políticas públicas para el fomento de la iniciativa privada, el desarrollo empresarial y el fomento de la cultura empresarial depende del MEIC, el cual hará esto, en parte por medio de la promulgación de normas para fomentar el comercio interno y la promoción de la normalización en el mercado local. Este proceso de normalización está regulado por la Ley del Sistema Nacional para la Calidad (8279), la cual establece un Órgano de Reglamentación Técnica dentro del MEIC con el objetivo que adopte, actualice o derogue reglamentos destinados a definir las características y especificaciones puntuales que deben seguir los productos vendidos en el país para su consumo directo o elaboración posterior. Valga destacar que los criterios de normalización utilizados para el diseño de estos decretos también están debidamente limitados por el ordenamiento jurídico nacional y por amplia normativa promulgada a nivel de COMIECO, por lo que el margen de actuación del Ejecutivo es limitado en este aspecto a sectores muy precisos. No obstante, ha habido casos en que las normas pueden dar cabida a formas de estructuración del poder político y económico en mercados locales como prueban las regulaciones recientes en materia de estándares de calidad del cemento.

Finalmente, en el caso del MAG existen varios regímenes jurídicos que dan un margen de acción amplio al estado. Por un lado, la Ley de Protección Fitosanitaria (7664) da al MAG, por medio del Servicio Fitosanitario del Estado (SFE) la potestad de elaborar y ejecutar los reglamentos que se requieran para ejercer los controles fitosanitarios relativos a plagas y control de agroquímicos. Dado que mucho de este control se ejerce con el objetivo de garantizar la seguridad de los alimentos producidos en el país para su consumo afuera, el SFE puede adoptar medidas fitosanitarias extranjeras como parte de estos esfuerzos, cosa que se hace con frecuencia.¹¹ Esto faculta al SFE a la realización de reglamentos con el fin de registrar y controlar el uso de fertilizantes y pesticidas en diferentes sectores de la economía, incluyendo el régimen de perfeccionamiento activo y las zonas francas si fuera necesario. Por otro lado, el MAG también produce reglamentos destinados a garantizar ciertos estándares de calidad en la producción agropecuaria incidiendo notablemente en las actividades del productor. Con eso dicho, está claro que estas funciones están claramente delineadas por el legislador. Por ejemplo, según la Ley Orgánica de la Agricultura e Industria de la Caña de Azúcar (7818), el MAG queda con la potestad de definir legalmente los procedimientos de elaboración y comercialización del azúcar en sus diferentes formas con el fin de garantizar el objetivo general de mantener un régimen equitativo de relaciones entre productores de caña y los ingenios que fabrican el azúcar (art. 1). Esto le da al MAG la potestad de regular aspectos intrínsecos del proceso productivo de los ingenios.

Todos estos casos nos presentan con una situación interesante: el decreto ejecutivo ciertamente puede usarse con una notable discrecionalidad, siempre y cuando el ámbito de esta discrecionalidad haya sido definido de previo por el legislador. Es decir, el ejercicio de estos reglamentos faculta al gobierno a regular directamente la vida de los ciudadanos y sus empresas, pero siempre en el marco de espacios en los que existen vacíos jurídicos debidamente controlados. El MAG puede involucrarse en el diseño de las relaciones entre productores de caña e ingenios azucareros en vista a la ley 7818, pero no cuenta con las mismas potestades de hacerlo al nivel de otras cadenas productivas. El MEIC puede elaborar normas técnicas de calidad que controlan cómo se producen bienes y servicios, pero dentro del margen de maniobra permitido por la regulación comercial centroamericana. El MINSA elabora normas médicas, pero dentro del ámbito previsto por la Ley General de Salud y no más allá. Ciertamente, esto implica que hay flexibilidad para “gobernar vía decreto” desde el Ejecutivo, pero esta capacidad está claramente limitada a ámbitos previa y precisamente definidos por el Legislativo. Esto reitera el punto hecho anteriormente, el Ejecutivo puede gobernar por decreto hasta donde lo permita la ley; y, si consideramos que leyes como la Ley General de Salud son atípicas en el ordenamiento jurídico, está claro que los espacios de intervención discrecional no son muchos. En efecto, la alta concentración de los decretos de alto y muy alto alcance en un manojo de ministerios y su reducida cantidad respecto a la totalidad de decretos permite argumentar que hay vacíos que puede aprovechar el Ejecutivo, pero que estos no son muchos y están muy restringidos.

Adicional a esto debe decirse también que muchos de estos decretos surgen de procesos de negociación que podrían restar el margen de acción del Ejecutivo. En el caso del MEIC, las normas técnicas de calidad surgen de un órgano que cuenta con representación de la empresa privada y una diversidad de entidades públicas. Similarmente, el MINSA desarrolla sus normas médicas con importante participación de la CCSS y otras instancias de salud, a menudo incluyendo organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales. 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.

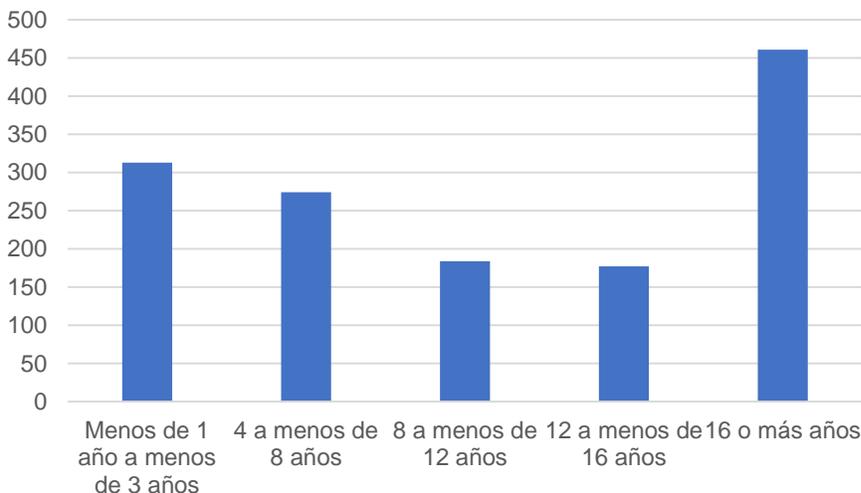
VI. ¿Cuánto duran los reglamentos ejecutivos de alto y muy alto alcance en vigencia?

Una forma de conocer cuán efectivo es el decreto ejecutivo como instrumento para ejercer el poder político es conocer su vida útil. Como ya se ha visto aquí, el decreto ejecutivo permite al gobierno dibujar su agenda de formas más o menos discrecionales dependiendo del juego de intereses políticos alrededor de la

materia regulada y del margen de acción que el legislador haya permitido para ejercer estas potestades. No obstante, cabe preguntarse cuán permanentes pueden ser los frutos de la discrecionalidad del Ejecutivo. Ciertamente, un decreto ejecutivo puede ser muy valedero para organizar actividades públicas o movilizar acciones políticas, pero no podrá ser considerado una herramienta política para materializar una agenda política a mediano o largo plazo si resulta fácilmente eliminado con la entrada del próximo gobierno. Con este fin en mente, esta ponencia ha contabilizado el tiempo de vigencia de los reglamentos de alto y muy alto alcance producidos por el Ejecutivo vía decreto.

Para hacer esta valoración se tomaron todos los decretos de alto y muy alto alcance y se seleccionó una muestra compuesta de todos aquellos que crearan nuevos reglamentos o normas técnicas. Es decir, se removió de la muestra los decretos cuyo objetivo fuera reformar o derogar alguno de estos reglamentos. Posteriormente, haciendo uso del Sistema Nacional de Legislación Vigente de la PGR se investigó si estos reglamentos se encuentran vigentes y, de no estarlo, se definió la fecha de su derogación. Con este dato se definió la extensión precisa de la vida en días, meses y años de los decretos ejecutivos en esta muestra. Para aclarar el tamaño de la muestra se puede decir que la BDDE cuenta con 3.293 decretos catalogados como de alto o muy alto alcance. La muestra en cuestión se compone de los 1.409 reglamentos de ley, de servicio público o normas técnicas nuevas promulgadas entre 1990 y 2018 (42,8%). El resto de estos decretos contienen AIS o reformas hechas ya sea a estos 1.409 reglamentos o a otros previamente existentes. Ahora bien, de esta muestra, 972 reglamentos y normas técnicas estaban vigentes en el momento que se redactó este informe (68,9%)¹², mientras que 437 habían sido derogados por el Ejecutivo o anulados vía resolución de constitucionalidad.

Gráfico 5. Reglamentos de alto o muy alto alcance que fueron creados y luego derogados durante el período 1990-2018

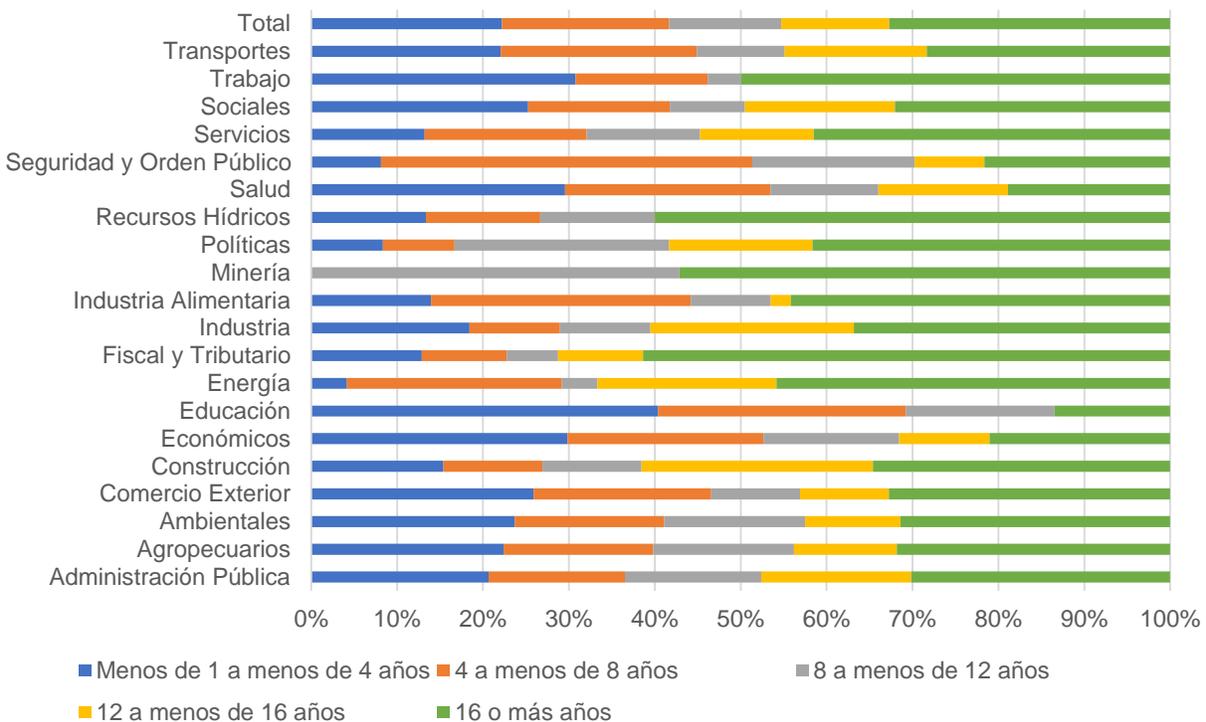


Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

El gráfico 5 nos presenta una distribución de todos los reglamentos de alto o muy alto alcance incluidos en la muestra de 1409 decretos, con base en la cantidad de tiempo en años que han estado vigentes hasta la fecha en que se redactó este informe, puntualmente el 24 de julio de 2018. Como se puede observar, hay 587 decretos (41,7% del total de la muestra) que han tenido una vida útil que no excede los 8 años. De éstos, una mitad ha sido derogada o anulada durante los últimos 18 años y la otra mitad todavía está vigente. Hay 184 decretos que ha tenido una vigencia de entre 8 y menos de 12 años con casi un tercio que ya han sido derogados. Finalmente, la mayoría – 638 decretos (45,2% del total de la muestra) han tenido una vigencia de 12 años o más, con sólo un 13% de estos habiendo sido derogado en los últimos 18 años. Unos 284 decretos en la muestra (20,2%) tuvieron o han tenido una vida útil mayor a los 20 años. En general, la vida promedio de los decretos incluidos en la muestra ronda los 4.259 días u 11 años y medio y sólo 8 decretos (0,56% del total de la muestra) han permanecido vigentes por la totalidad del período estudiado.

Estos datos desafían las expectativas usuales sobre los decretos ejecutivos. Coloquialmente, se piensa al decreto como una normativa inestable y cuya validez queda sujeta a los designios de cada administración. Esta forma de abordar el decreto probablemente responda al hecho de que el gobierno tiene la potestad legal de producir y derogar estas normativas unilateralmente. Es fácil concluir que, si el gobierno de turno no está a gusto con la normativa decretada por su antecesor, muy seguramente la eliminaría una vez en el poder. En parte los datos demuestran algo de esta conducta: los decretos sí demuestran un grado bastante notable de inestabilidad política, en especial si se considera que dos cuartos de los decretos promulgados en los últimos 28 años han estado vigentes o estuvieron vigentes por menos de lo que duran dos administraciones en el poder. No obstante, que casi la mitad de las normas hayan tenido una vigencia superior a las tres administraciones y que un cuarto supere los 20 años de vigencia permite reconocer una estabilidad política mayor de lo que uno podría esperar. Ciertamente, se trata de normas precarias, pero no lo suficiente para pensar que su vida útil se limita a la administración que los creó.

Gráfico 6. Nuevos reglamentos de alto o muy alto alcance derogados, según su tiempo en vigencia y el tema que abordan. 1990-2018



Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos, PEN.

El gráfico 6 presenta los decretos ejecutivos de la muestra según el tiempo de su vigencia y las temáticas sobre las que trata la norma. Se trata de un interesante cruce de variables que nos permite ver que la estabilidad percibida del decreto varía significativamente según el tema que se atiende. De este modo, queda claro que los decretos que lidian sobre temas como educación, trabajo, salud y la regulación económica en general acostumbran tener vidas útiles más cortas que el promedio. Casi la mitad de los decretos de alto y muy alto alcance promulgados en materia educativa o sobre asuntos como la regulación industrial durante los últimos 28 años han sido derogados o anulados, destino igualmente seguido por dos quintas partes de los decretos que se promulgaron en materia ambiental. Se deduce de esto que existen áreas temáticas que están abiertas a mayores niveles inestabilidad jurídica que otras. Las temáticas no resultan del todo inesperadas pues son áreas de regulación donde existe mucho delicadas en la agenda política de los gobiernos de turno, así como temáticas de mucho interés y mucha contestación para los administrados también.

A manera de síntesis, la Base de Datos de Decretos Ejecutivos (BDDE) 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 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. Está claro que es posible dar usos creativos a los decretos ejecutivos y que existen áreas donde el Ejecutivo puede ejercer un mayor nivel de discrecionalidad (Ramírez, 2017), no obstante queda claro también que estos espacios son limitados por el contorno jurídico definido por el legislador para cada tema específico, por lo que el decreto no puede ejercerse de la misma manera en cada área. 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 gráfico 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.

VII. ¿Cuán frecuentes son los controles constitucionales sobre el uso del decreto ejecutivo?

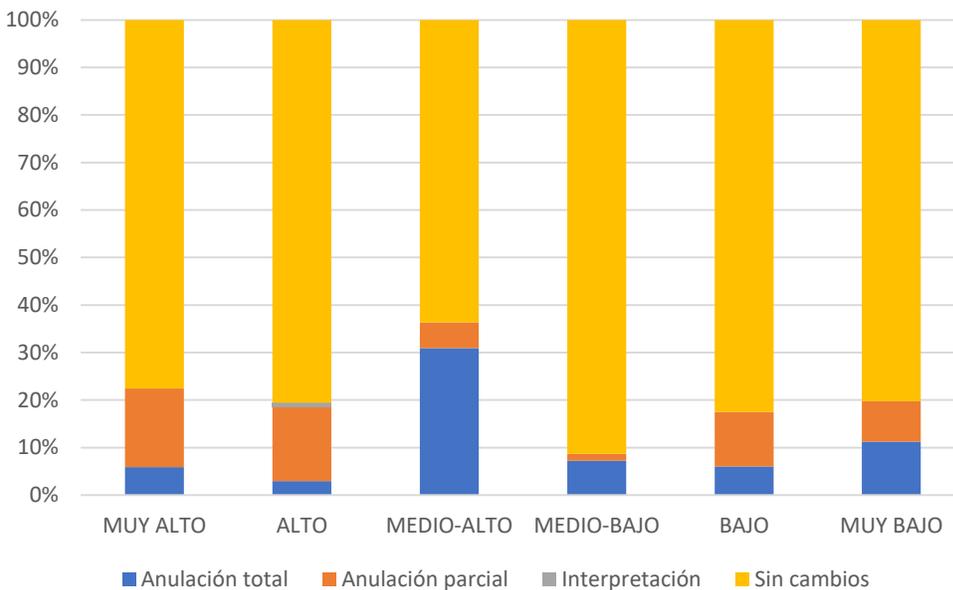
Desde la promulgación de la Ley de Jurisdicción Constitucional en 1989, Costa Rica cuenta con un sistema más efectivo de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas del país (ver Hernández Valle, 2004; Piza Escalante, 1996). El sistema dispone diferentes tipos de proceso para garantizar 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 identificaron los decretos ejecutivos registrados en la BDDE que fueron impugnados ante la Sala Constitucional mediante acciones de inconstitucionalidad. Esto se hizo cruzando los datos de esta base de datos con la de Acciones de Inconstitucionalidad (BDAI) que el Programa Estado de la Nación ha venido desarrollando en años recientes. Una vez identificados los decretos se determinaron variables adicionales como la cantidad de ocasiones en que los decretos fueron recurridos, el grado de éxito de estos recursos medido en términos del resultado de las sentencias y los efectos jurídicos sobre los decretos.

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 634 decretos ejecutivos de los 19.550 registrados en la BDDE (un 3,2%) fueron objeto de algún tipo de control de constitucionalidad por parte de la Sala. Adicionalmente, de los 3,293 decretos de alto o muy alto alcance que se identificaron en este período, sólo 290 (8,8%) fueron impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad ante este tribunal. Si bien es fácil concluir que existe una muy limitada cobertura constitucional relativa a la producción de decretos ejecutivos, esto no debe contemplarse como un incentivo para que el Ejecutivo haga lo que quiera con esas normas, más bien, yo sugeriría una lectura más mesurada. Esto en vista de los otros hallazgos hechos previamente en este documento, como el hecho de que queda claro de los datos que las normas que más atención reciben en el control de constitucionalidad son aquellas que cuentan con los alcances más amplios. La vigilancia constitucional es mayor sobre los decretos que mayor impacto pueden generar sobre la ciudadanía. De este modo, la baja cobertura no debería comprenderse fácilmente como una “carta blanca” para que el Ejecutivo haga y deshaga a placer. Así las cosas, no creo que todo esto deba interpretarse como un potencial portillo para que el Ejecutivo ejerza el poder sin controles, pero, sí podríamos decir que la Sala Constitucional enfrenta – en el caso de los decretos – un universo normativo de proporciones tan amplias que sería imposible hacer un control completo y efectivo de todo.

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 7. Decretos ejecutivos sujetos a control constitucional, según alcance de la resolución constitucional sobre el decreto. 2000-2018



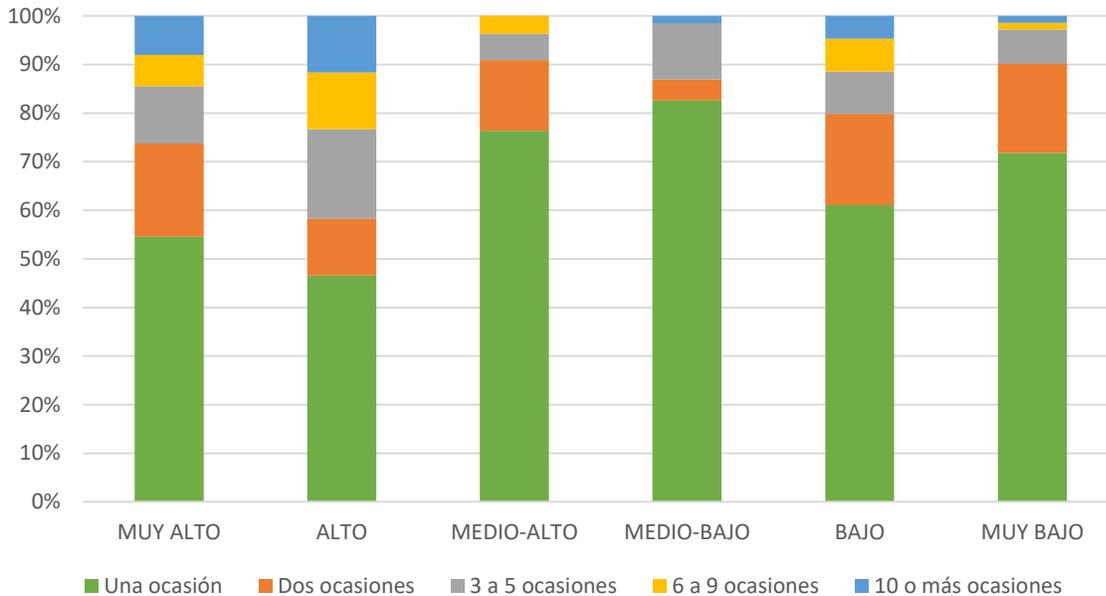
Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos y Base de Datos de Acciones de Inconstitucionalidad, PEN.

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. Importa saber qué pasa cuando el decreto ejecutivo resulta recurrido. El gráfico 7 señala los decretos, debidamente clasificados según su alcance, que han sido sujetos a control constitucional definiendo cuáles son los efectos que enfrenta cada tipo de decreto en términos proporcionales. Los decretos más recurridos son los de muy alto alcance (i.e.: reglamentos de servicio público y reglamentos técnicos) con 187 habiendo sido recurridos en los últimos 28 años (9,7% del total de este tipo de decretos), seguidos de los de bajo alcance con 149 decretos recurridos (4,4%)¹³ y luego los de alto alcance con 103 decretos recurridos (7,4%). Si se considera que la incidencia del control de constitucionalidad es de un 3,2% en promedio, está claro que existe un mayor seguimiento por parte de la Sala de aquellos que tienen los alcances más amplios.

Como se puede ver en el gráfico, los efectos del control de constitucionalidad son bastante notables, especialmente en los decretos de alto y muy alto alcance. Alrededor de un 20% de los decretos en estas dos categorías han enfrentado anulaciones de uno varios artículos de la norma, pero sin eliminarla completamente (i.e.: anulaciones parciales) o bien de la totalidad del decreto (i.e.: anulaciones totales). Como se puede ver, los decretos ejecutivos generalmente tienden a enfrentar mayores niveles de anulaciones parciales que anulaciones totales (en comparación con otros tipos de decreto), lo cual puede deberse al interés de la Sala Constitucional de garantizar la seguridad jurídica del ordenamiento. Al ser normas más complejas y que regulan muchísimos diferentes temas de muchas formas, la eliminación completa de un decreto reglamentario puede implicar serias consecuencias para el ordenamiento. Por este motivo, la Sala Constitucional generalmente prefiere hacer anulaciones de artículos específicos

considerados inconstitucionales antes de valorar la anulación de la norma completa, incluso si la acción se eleva contra la norma completa. En unos pocos casos, la sentencia incluye no tanto la anulación, sino que una interpretación jurídica de la norma. En cambio, en el caso de los decretos de menor alcance, hay más posibilidad de que la Sala anule la totalidad de la norma. Esto se debe a que muchas veces se trata de decretos ejecutivos más concretos, es decir, diseñados para emplear la legislación alrededor de un caso muy específico y delimitado.

Gráfico 8. Frecuencia en la interpelación de decretos ejecutivos ante el control de constitucionalidad, según alcance del decreto



Fuente: Base de Datos de Decretos Ejecutivos y Base de Datos de Acciones de Inconstitucionalidad, PEN.

El gráfico 8 nos presenta los decretos interpelados ante el control de constitucionalidad según la cantidad de ocasiones en que ha sido interpelada y sus alcances jurídicos. Se puede ver con facilidad como la mayoría de decretos ha sido sujeto a controles sólo una vez. No obstante, en el caso de los decretos de alto o muy alto alcance, la cantidad de veces que se interpelan los decretos es mucho más elevada. En efecto, un 45,4% de los decretos de muy alto alcance y un 53,4% de los de alto alcance sobre los que se promovió una acción de inconstitucionalidad han sido interpelados en 2 o más ocasiones por la Sala. En efecto, hay 18 decretos que han sido puestos bajo el control de constitucionalidad en más de 20 ocasiones y de éstos, 12 son decretos de alto y muy alto alcance. Se puede decir entonces que la incidencia del control de constitucionalidad es proporcionalmente mayor sobre decretos de alto y muy alto alcance en comparación con las demás categorías, cosa que refuerza el argumento de que el decreto no constituye un portillo para un empleo fácil del poder político de parte del Ejecutivo. Asimismo, este hallazgo también nos señala importantes áreas de conflicto alrededor de los decretos. Considérese que los temas de los decretos más frecuentemente cuestionados lidian predominantemente con temas sobre los que existen o han existido tensiones durante los últimos 18 años, como es el caso de la educación superior privada, medidas para el control de la contaminación ambiental, los reglamentos de ley de impuestos y tributos, reglas para el funcionamiento de templos o locales de culto, actividades relativas a la construcción de caminos y carreteras, cambios en la estructura institucional para regular el mercado de telecomunicaciones tras el TLC con Estados Unidos y la definición de las competencias del MINSA sobre normas médicas.¹⁴

VIII. 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. El año pasado se argumentó que esto ha sido contrarrestado con un uso más frecuente del reglamento de ley como un mecanismo para gobernar que faculta cierto grado de interpretación (Ramírez, 2017). En este documento nos dimos a la tarea de evaluar los reglamentos de servicio público y las normas técnicas, concluyendo que si bien ofrecen ámbitos que permitirían al Ejecutivo ejercer un importante poder de interpretación y dirección política, estos espacios se encuentran debidamente regulados y enclaustrados por la ley. Es decir, son instrumentos que puede utilizarse para gobernar, permitiendo una interpretación de las normas, 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.

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 impliquen 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. 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.

Notas finales

¹ El principio de legalidad está garantizado en el artículo 11 de la Constitución Política (y la Ley General de

Administración Pública). En esencia, consiste en el reconocimiento de que la Administración Pública y sus funcionarios están sometidos a lo que el ordenamiento jurídico expresamente les permite hacer, en tanto simples depositarios de la autoridad. Esto funciona en dos formas, por un lado, la Administración Pública está limitada a actuar dentro de los límites permitidos por el ordenamiento, pero a su vez, no puede ser omisa en la ejecución de la normativa, si la normativa exige una conducta determinada (Hernández Rodríguez, 2014).

² El principio de reserva de ley determina la existencia de una serie de materias que sólo pueden ser reguladas mediante ley formal, debidamente emanada del Poder Legislativo, siguiendo el proceso constitucional previsto para estos efectos. Según este principio, se establece un límite a la potestad del Ejecutivo de establecer normativa sobre temas explícitamente reservados al Legislativo, como sería el caso de los derechos y libertades fundamentales. Cabe destacar que el principio de reserva de ley también implica que los reglamentos producidos por el Ejecutivo están debidamente limitados por los preceptos de la ley, y por ende deben respetar el contenido esencial de éstas.

³ Reflejado en los artículos 176 y 180 de la Constitución (y la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos), el principio de legalidad financiera y presupuestaria plantea que la Administración Pública solamente puede disponer de los fondos que obtiene de la forma y contemplada por las correspondientes normas presupuestarias definidas por el Poder Legislativo (voto 2000-5500 de la Sala Constitucional).

⁴ Para este trabajo se construyó una base de datos que aglomera todos los decretos ejecutivos publicados en el Diario Oficial La Gaceta para el período que va desde el 8 de mayo de 1990 hasta el 8 de mayo de 2018. En total, la base de datos cuenta con 19.550 registros. Estos han sido registrados según una diversidad de variables que incluyen: la administración responsable de la promulgación del decreto, la fecha en que se promulgó, el(los) ministerio(s) responsable(s) de su promulgación, clasificaciones sobre el uso político del decreto y si el decreto fue recurrido en sede constitucional.

⁵ Según el artículo 45 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, el Poder Ejecutivo tiene la posibilidad de hacer modificaciones a la Ley de Presupuesto Nacional siempre y cuando: 1) no se afecte el monto total del presupuesto, 2) no conlleve aumentos en los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital, 3) no constituya transferencias entre programas presupuestarios, 4) no altere el monto de endeudamiento total y 5) no implique transferencias entre servicios no personales y personales. Entre 1990 y 2018, se registran 1.175 modificaciones a la Ley de Presupuesto en Costa Rica.

⁶ Esta categorización 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: la 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 del 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).

⁷ Un ejemplo de esto son los decretos ejecutivos que expropiaron propiedades de personas privadas. Según la Ley de Expropiación Forzosa por Causa de Utilidad Pública, las expropiaciones específicas requeridas para la construcción de obra pública debían de ser decretadas directamente por el Poder Ejecutivo. Esto implicaba que se debían emitir decretos ejecutivos por cada propiedad expropiada. No obstante, tras la derogación de esa ley y la promulgación de la Ley de Expropiaciones en 1995, el Ejecutivo sólo requiere hacer una declaratoria de interés público para iniciar los trámites de expropiación, con las expropiaciones puntuales quedando a manos del ministerio responsable. Esto explica por qué es que los decretos en cuestión se reducen de 535 en las administraciones Calderón Fournier y Figueres Olsen a 0 en la administración Solís Rivera.

⁸ El COMIECO es la instancia política más importante del proceso de integración económica de Centroamérica. Su mandato es establecer y definir las políticas económicas de la región. Entre sus funciones se encuentran la aprobación de los reglamentos técnicos uniformes que regulan las relaciones regionales en las diferentes materias que atañen al proceso de integración económica. Estos reglamentos técnicos constituyen la gran mayoría de los AIS que se aprueban vía decreto ejecutivo en Costa Rica.

⁹ Un buen ejemplo de esto es la resolución constitucional 3410-1992, la cual declaró improcedente el uso de las declaratorias de emergencia para atender situaciones de contingencia social o política. En el pasado, mediante decreto ejecutivo, se acostumbró a hacer uso del régimen de excepción para resolver problemas de política pública que no calzaban como emergencias propiamente dichas. Esto le permitía al Ejecutivo aprovecharse de los mecanismos de canalización presupuestaria y contratación pública sin fiscalización que permite la Constitución. En efecto, entre los decretos cuestionados por la Sala Constitucional se encuentran algunos orientados a resolver situaciones de falta de recursos de entidades públicas (DE-12716), esfuerzos por anticipar las vacaciones de Semana Santa (DE-9875), para permitir la disposición rápida de terrenos para construir infraestructura pública (DE-6453, 5829, 17423, 17240, 2926 y 10212) y para justificar intervenciones con efectos en la gobernanza de suelos (DE-5700)

¹⁰ Según la Ley 6726 de Asueto por Días Feriados en Oficinas Públicas por Fiestas Cívicas, las municipalidades y entidades públicas en los cantones deben hacer la solicitud de asuetos por fiestas cívicas ante el MSP. El asueto debe venir autorizado vía decreto ejecutivo.

¹¹ En efecto, los decretos de control fitosanitario que promulga el MAG tienden a ceñirse según acuerdos internacionales adoptados en la materia como Convenio de Rotterdam para la Aplicación de Consentimiento Fundamentado previo a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos, el Convenio de Basilea sobre Control Fronterizo de Desechos Peligrosos y el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.

¹² Este informe se redactó el 24 de julio de 2018.

¹³ 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.

¹⁴ En efecto, el Reglamento Orgánico del MINSA es una de las normas más recurridas en el control de constitucionalidad con 67 ocasiones durante los últimos 18 años.

IX. Fuentes de información

- Carey, J. M. (1997). Strong candidates for a limited office: presidentialism and political parties in Costa Rica. En S. Mainwaring & M. S. Shugart (Eds.), *Presidentialism and democracy in Latin America* (pp. 199-224). Cambridge: Cambridge University Press.
- Carey, J. M., y Shugart, M. S. (1998). Calling out the tanks or filling out the forms? En Carey, J.M. & M. S. Shugart (Eds.), *Executive decree authority* (pp. 1-32). Cambridge: Cambridge University Press.
- Cheibub, J. A., Przeworski, A., y Salegh, S. M. (2004). Government coalitions and legislative success under presidentialism and parliamentarism. *British Journal of Political Science*, 21(3), 321-334.
- Córdoba, J. (2017, noviembre 15). «Gobernar por decreto»: una aspiración llena de ataduras. *Semanario Universidad*. San José. Recuperado de: <https://semanariouniversidad.com/pais/gobernar-decreto-una-aspiracion-llena-ataduras/>
- Cruz Brenes, F. (2017, de enero de). Álvarez Desanti propone gobernar mediante decreto para evitar trabas en el Congreso. *Monumental*. San José. Recuperado de: <http://www.monumental.co.cr/2017/01/31/alvarez-desanti-propone-gobernar-mediante-decreto-para-evitar-trabas-en-el-congreso/>
- Dromi, A. (2008). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- García de Enterría, R., y Fernández, T. R. (2015). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gómez Campos, S., y Herrera Rodríguez, M. (2017). *Análisis del desempeño legislativo 1990-2017* (Ponencia para el Programa Estado de la Nación). San José: Programa Estado de la Nación.
- Hernández, R. (2014). *Instituciones del derecho público costarricense*. San José: Editorial UNED.
- Hernández Rodríguez, M. (2014). *Presupuesto de la República y sus principios constitucionales* (Informe de Investigación). San José: Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados y Centro de Información Jurídica en Línea.
- Hernández Valle, R. (2004). *El derecho de la Constitución*. San José: Editorial Juricentro.
- Metcalf, L. K. (2000). Measuring presidential power. *Comparative Political Studies*, 33(5), 660-685.
- Neto, Octavio Amorim. (2006). The presidential calculus: executive policy making and cabinet formation in the Americas. *Comparative Political Studies*, 39(4), 415-440.
- Ortiz, E. (1970). La potestad reglamentaria en Costa Rica. Régimen actual y perspectivas. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 16(1), 131-140.
- Penagos, G. (1993). *El acto administrativo según la jurisprudencia*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Pereira, C., Power, T. J., y Remó, L. (2008). Agenda power, executive decree authority and the mixed results of reform in the Brazilian congress. *Legislative Studies Quarterly*, 23(1), 5-33.
- Piza Escalante, R. (1996). *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*. San José: Editorial UNED.
- Protsyk, O. (2004). Ruling with decrees: presidential decree making in Russia and Ukraine. *Europe-Asia Studies*, 56(5), 637-660.
- Ramírez, A. (2017). *Uso del decreto ejecutivo* (Informe de investigación). San José: Programa Estado de la Nación.
- Rojas, M. I. (1997). *El Poder Ejecutivo en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro.
- Rottinghaus, B., y Maier, J. (2007). The power of decree: presidential use of executive proclamations, 1977-2005. *Political Research Quarterly*, 60(2), 338-343.

- Schwindt-Bayer, L. A. (2010). *How presidents legislate: agenda control and policy success in Costa Rica* (Documento de trabajo). Notre Dame: Kellogg Institute.
- Shugart, M. S., y Mainwaring, S. (1997). Presidentialism and democracy in Latin America: rethinking the terms of the debate. En S. Mainwaring & M. S. Shugart (Eds.), *Presidentialism and democracy in Latin America* (pp. 12-54). Cambridge: Cambridge University Press.
- Solano, J. (2017, mayo 27). Juan Diego Castro recurrirá a decretos para gobernar y daría a diputados 90 días para aprobar leyes. *Diario Extra*. San José. Recuperado de: <http://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/333608/juan-diego-castro-recurrira-a-decretos-para-gobernar>