

340
R

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

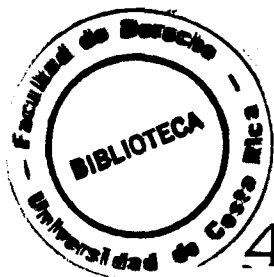
COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
95



SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO
2001





340-R

No 95 / May - Ago / 2001

C 6

4 DIAS DONACION

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 95 - Cuatrimestral
mayo - agosto - 2001 - 176 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

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

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

ISSN

0034-7787



CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Juan Diego Castro Fernández (*Presidente*)

Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio (*Secretario*)

Lic. Ricardo González Mora (*Vocal 1º*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

D. Alfredo Chirino Sánchez

Lic. Jorge Sáenz Carbonell

Lic. Federico Sosto López

[

]

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

95

SAN JOSE, COSTA RICA

2001

MAYO-AGOSTO

**JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS**

2001

Presidente:

Lic. Juan Diego Castro Fernández

Vicepresidente:

Lic. Henry Vega Salazar

Secretario:

Lic. Fabio Oconitrillo Tenorio

Prosecretaria:

Licda. Alexandra López Soto

Tesorera:

Licda. Elizabeth Tosi Vega

Fiscal:

Lic. César Augusto Mata Rodríguez

Vocal 1:

Lic. Ricardo González Mora

Vocal 2:

Lic. Rafael Picado Chaves

Vocal 3:

Lic. Salvador Arauz Figueroa

Vocal 4:

Licda. Shirley Montoya Villalobos

Vocal 5:

Licda. Ana Belicia Miranda Rivera

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Dr. Claudio Soto Vargas

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Máster Alejandrina Mata Segreda

Vice-Rector de Administración:

Máster Jorge Badilla Pérez

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en los campos del Derecho del sector eléctrico, fundaciones, penal, administrativo, Poder Judicial, ambiental, historia; y las reseñas bibliográficas.

El director y editor

**LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DEL SECTOR
ELECTRICO ESPAÑOL. FUNCIONES Y POTESTADES
PUBLICAS. UN ESTUDIO NORMATIVO^(*)**

II

*Lic. Jorge Córdoba Ortega^(**)*
Abogado

(*) Este ensayo tiene como antecedente, la investigación elaborada para el Curso "Actividades Liberalizadas", impartido por los Profesores Dr. Luciano Parejo Alfonso y Dr. Tomás de la Cuadra Salcedo, del Doctorado en Derecho, Programa General de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Junio de 1999. La Parte I se publicó en el Nº 94, anterior, de esta revista.

(**) Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Público. Candidato a Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor Universitario y Asesor Legislativo.

SUMARIO:

Introducción. I. Desarrollo histórico de la organización administrativa del Sector Eléctrico español. II. Marco Jurídico del Sector Eléctrico. A.-Constitución Española. B-Directiva 96/1992/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, Sector Eléctrico Comunitario. C-Ley 40/1994 de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (L.O.S.E.N.). D-Ley 54/1997 de 27 de noviembre, de Regulación del Sector Eléctrico (L.S.E.). E-Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (L.S.H.). F-Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social (L.M.F.). III- Administración General del Estado. Ministerio de Industria y Energía, y las Comunidades Autónomas. A- Algunas notas sobre la organización administrativa española y su problemática. B- Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado. C- Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Industria y Energía. D- Competencia administrativa de la Secretaría de Estado de Industria y Energía según el Real Decreto 2100/1998. E- Competencia administrativa de la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas conforme a las leyes en materia eléctrica. IV- Aspectos generales sobre las Comisiones del Sector Eléctrico. Sus competencias y potestades. A- Antecedentes y creación de la comisión del Sistema Eléctrico Nacional. B- La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico en la Ley 54/1997 de 27 de noviembre. 1- Estructura administrativa. a- Consejo Consultivo de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico. 2- Funciones. a- Funciones normativas. b- Funciones consultivas. c- Funciones ejecutivas. d- Otras funciones importantes. C- La Comisión Nacional de la Energía (Ley del Sector de Hidrocarburos). 1- Naturaleza. 2- Potestades administrativas. 3- En cuanto al personal. 4- Obligaciones. 5- Adscripción. 6- Consejo de Administración. 7- Creación de dos Consejos consultivos. 8- Funciones de la Comisión Nacional de Energía según la Ley del Sector de Hidrocarburos. D- Estudio de las competencias otorgadas a la C.N.E. en relación con la Administración General del Estado. E- Estudio comparativo de las funciones encomendadas a las Comisiones del Sector Eléctrico en las distintas leyes. F- Breves apreciaciones sobre el Operador del Sistema y el Operador del Mercado. 1- Operador del Mercado. 2- Operador del Sistema. Conclusiones. Bibliografía.

NOTA: De este sumario, los puntos I a III se publicaron en la anterior revista Nº 94. En este artículo se puede leer del punto IV hasta su finalización.

IV. Aspectos generales sobre las Comisiones del Sector Eléctrico. Sus competencias y potestades

A. Antecedentes y creación de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional

Como lo habíamos señalado páginas atrás, la Comisión se crea en la L.O.S.E.N. (art.6) con un nombre distinto al actual, y se denomina Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y nace como ente regulador del sistema, con el objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento,⁽¹⁾ aspecto al cual hacíamos referencia pues la Administración General aparece como órgano regulador por excelencia. Entre las funciones de administración que se establecen a la Comisión

(1) “La introducción de competencia en los grandes servicios públicos requiere un instrumental mínimo sin cuya contribución sería imposible. La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional que implanta la Ley 40/1994 como “ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional y con objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento” (art. 6.1), es una pieza administrativa esencial del derecho público de la competencia en el sector. (...) La primera regla de organización, cuando se implanta este segundo modelo, es el establecimiento de una autoridad reguladora independiente de los intereses de los sujetos que actúan en el mercado (separada también, por tanto, de la Administración ordinaria del Estado, al menos cuando ésta conserva títulos y compromisos económicos en empresas del sector). Es sobre todo, la instancia que custodia la buena aplicación de las normas (las públicas o las producidas mediante acuerdos del sector, separadamente o con el ente regulador) y solventa de modo continuo y automático tanto los incumplimientos como los conflictos que puede suscitarse. Estos últimos pueden ser continuos en un sistema de libre competencia en el sector eléctrico, en el que no sólo se cruzan continuas ofertas de compra y venta entre productores, distribuidores-comercializadores y consumidores, sino que, además, es preciso conducir la mercancía que se compra y vende por conducciones –las redes– que son únicas y tienen que ser usadas en común por los competidores. Naturalmente el sistema no funcionaría si los conflictos se reglamentaran por una Administración Pública distante del mercado y se resolvieran por Tribunales de Justicia que actúan conforme a procedimientos absolutamente inadecuados al ritmo y a la agilidad con que funciona la compraventa en el sector eléctrico. Estas son, por tanto, funciones que sólo pueden ser atendidas con garantía y utilidad por una autoridad administrativa independiente, con competencias de intervención y resolución inmediatas, como la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.” Ver Muñoz Machado, *op.cit.*, pp. 81-82-83.

tenemos: integración de la energía, liquidación de los flujos económicos, contraprestación entre los diferentes agentes económicos que realizan actividades constitutivas del suministro de electricidad.

La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, como se le denomina en la L.S.E., se mantiene y fortalece en esta normativa como entidad reguladora independiente, por diversas cuestiones –que ya hemos comentado y que haremos mención más adelante–, pero sobre todo, para fomentar la libre competencia en el ámbito eléctrico y convertirse en el órgano especializado en materia eléctrica con atribuciones propias y matices de autonomía e independencia.

Sobre este aspecto dice Pérez Arriaga sobre la creación de esta entidad reguladora independiente que es: “Consustancial con la nueva regulación es la introducción de competencia. Y cuando existen competencia, de la rivalidad entre los agentes surgen los conflictos entre ellos, por temas como el acceso a las redes o el abuso de posiciones de dominio. Por lo tanto, en este nuevo modelo regulatorio se hace necesario contar con un órgano independiente y especializado cuya principal función sea velar por la competencia y resolver los conflictos que puedan surgir en el funcionamiento del mercado. El que sea preferible que este órgano regulatorio sea independiente de la Administración obedece principalmente a las razones siguientes: a) evitar la interferencia en la regulación de objetivos políticos, ya sea de tipo social, presupuestario, de control de la inflación u otros; b) conseguir una mayor especialización técnica de su personal; c) mayor garantía de transparencia en sus actuaciones; y d) mayor estabilidad del proceso regulatorio. Cuando se opta por una entidad reguladora independiente, debe decirse en cada sistema concreto el reparto de funciones entre la Administración y la entidad reguladora que sea más acorde con su idiosincracia y condicionamientos específicos.”⁽²⁾

Gaspar Ariño plantea una serie de criterios sobre la creación de este ente regulador en especial a su nacimiento y a su independencia, la cual cuestiona en forma importante, pues la intervención estatal (por parte de la Administración General del Estado) se mantiene en distintos aspectos. Al respecto dice: “Se crea como ”ente regulador del Sistema Eléctrico y con objeto de velar por la objetividad y transparencia de su

(2) Pérez Arriaga, J. *Fundamentos Teóricos de la Nueva Regulación Eléctrica*. Madrid, **Revista Economía Industrial** “La liberalización del Sector Eléctrico en España”, Ministerio de Industria y Energía. No. 316, 1997, p. 41.

funcionamiento". Esta figura se ha presentado oficialmente como el órgano regulador independiente al estilo de las Agencias reguladoras norteamericanas (se ha preferido el modelo colegiado frente a la opción unipersonal británica). Asimismo, se ha incluido el principio de participación de los interesados que se estructura formalmente mediante la creación del Consejo Consultivo de la Comisión. (...) Veamos si la CSEN es un ente regulador y si es independiente. En el art. 8 figuran las funciones de la Comisión, entre las que podíamos destacar las siguientes: –Órgano consultivo en materia eléctrica. –Participar, mediante propuesta o informe, en el desarrollo normativo, en el proceso de planificación y en la elaboración de tarifas. –Realizar la liquidación de la energía (con la colaboración de REDESA). –Control arbitral entre los agentes, en particular sobre el acceso a las redes. –Órgano de inspección. –Defensa de la competencia. Además, a lo largo de la Ley, se incluyen múltiples menciones a las competencias de la Comisión, como por ejemplo, la contenida en el art. 14.5 sobre su aprobación de las actividades de diversificación de las empresas eléctricas, así como de las operaciones entre empresas de un mismo Grupo siempre que afecten a una sociedad que realice actividades eléctricas. Todas ellas pueden tener una incidencia relevante en la mejora de la regulación y el fomento de la competencia. Sin embargo, en esta enumeración de funciones no aparecen competencias plenas sobre aspectos fundamentales, entre otros, la fijación de precios y el otorgamiento de autorizaciones, que son dos funciones claves de todo ente regulador. En estos campos, tan esenciales, su misión sigue siendo de colaboración y el órgano regulador es la Administración Central (esto es, el poder político del partido). Por tanto no se ha logrado la deseable y pretendida separación de las tres funciones que inciden en todo sistema energético: política energética (Administración), regulación (CSEN) y gestión (empresas, públicas y privadas, en régimen competitivo). Por lo demás, la Comisión se caracteriza oficialmente por su posición independiente: el art. 6 de la LOSEN pretende garantizar la independencia de la Comisión a través de ciertas previsiones (...) ⁽³⁾ que se pueden resumir en: cinco años de período de su mandato sin coincidir con el ciclo político; régimen de incompatibilidades con altos cargos de la Administración y causas tasadas de cese, entre las cuales se menciona: expiración del término del mandato, renuncia, incapacidad permanente, entre otros.

Pero el tema no acaba aquí, el cuestionamiento de su independencia, así como la indeterminación en cuanto a su naturaleza

(3) Ver Ariño Ortiz y López de Castro, *op. cit.*, pp. 394-395-396.

jurídica, preocupa a muchos. Al respecto Ariño, analizando la legislación que busca esta libre independencia señala: "Junto a estas cautelas, necesarias, que afectan a los miembros de la Comisión, se debe señalar un aspecto que incide grandemente en su independencia y su caracterización como * regulador *: la forma jurídica de la CSEN y su inserción como institución dentro de la Administración. La CSEN formalmente se constituye en un ente público del art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria, especificando el art. 6.1 de la LOSEN que dicho ente público (con personalidad jurídica y patrimonio propio y plena capacidad de obrar) someterá su actuación a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando ejerza potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado. Pero en su configuración real encaja más bien en la vieja descentralización funcional, mediante una Administración institucional, que aún cuando tiene formalmente personalidad jurídica (parcial) se somete en su actividad al control de Ministerio, al cual se adscribe mediante una relación jerárquica. Ello puede deducirse claramente tanto del art. 6.1 que atribuye al Ministerio * el control de eficacia * sobre la actividad de la Comisión, como el art. 8.2, que establece la posibilidad de interponer recurso ordinario ante el Ministerio de Industria y Energía frente a las decisiones de la CSEN como ente regulador del Sistema eléctrico. Esto es una contradicción con la naturaleza de estos entes."⁽⁴⁾

En este punto, debemos retomar, la idea que planteada anteriormente pues en realidad la configuración de la C.S.E.N. (y que se mantiene en las demás leyes, pese al cambio de su nomenclatura), encaja dentro de la descentralización funcional (como administración institucional), sometiéndose a la relación de jerarquía del Ministerio y apareciendo como órgano adscrito. Veremos que muchas de sus funciones y relaciones con el M.I.E. nos llevan a esta posible conclusión.

A continuación estudiaremos otros aspectos de interés sobre la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, fortalecida en la L.S.E.

B. La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico en la Ley 54/1997 de 27 de noviembre

La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico se constituye en un organismo público que tiene como función primordial la regulación del

(4) Ver Ariño Ortiz y López de Castro, *op. cit.*, pp. 396- 397.

Sector Eléctrico. Para llevar a cabo dichas funciones se le ha dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, con plena capacidad de obrar, estando adscrita al Ministerio de Industria y Energía. Fue creada en un primer momento por la Ley 40/94, según lo desarrollamos anteriormente en la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN). Con la Ley 54/1997 se cambió su nombre pasando a ser Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, con funciones similares, aunque modificando unas pocas.

1. Estructura Administrativa

La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico se rige por un Consejo de Administración que está conformado por un Presidente, quien ostenta la representación legal de la Comisión y ocho vocales, nombrados entre personas de reconocida competencia técnica y profesional, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Industria y Energía, previa comparecencia del mismo y debate en la Comisión competente del Congreso de los Diputados, con el fin de constatar el cumplimiento de las condiciones establecidas para cada uno de los candidatos.

a. Consejo Consultivo de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico

Se constituye en un órgano de asesoramiento de la CNSE. Está integrado por miembros representantes de la Administración General del Estado, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Comunidades Autónomas, las Compañías del Sector Eléctrico, Operadores del Mercado y del Sistema, los Consumidores, Usuarios y otros Agentes sociales y de defensa de la preservación del Medio Ambiente.

El Presidente preside el CNSE y le corresponde informar con carácter preceptivo sobre las actuaciones que realice la CNSE con relación a la actuaciones de propuesta o informe sobre los proyectos de disposiciones generales, planificación, retribución de las actividades del sector y determinación de tarifas.

2. Funciones

Para el cumplimiento de los objetivos de las CNSE, se le han otorgado una serie de funciones normativas, consultiva, ejecutivas y de

otra categoría, que serán analizadas en el presente trabajo. Además la CNSE se constituye en órgano consultivo en materia eléctrica tanto de la Administración General del Estado como de las Comunidades Autónomas.

Conforme a la Ley 54/1997 se deslindan una serie funciones que veremos a continuación.

a. Funciones Normativas

Dictar Circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y Ordenes del Ministerio de Industria y Energía, adoptado por disposición de la Ley 54/97 ya citada. Revisaremos algunas de las circulares emitidas hasta el momento procurando analizar su importancia y contenido.

b. Funciones Consultivas

Al constituirse en órgano consultivo de la Administración Central y de las Comunidades Autónomas en materia eléctrica. Su participación se muestra por medio de propuestas, informes preceptivos y elaboración de disposiciones generales dentro del proceso de planificación eléctrica. Además lleva a cabo la elaboración de los proyectos sobre determinación de las tarifas y retribución de las actividades del sector. Levantar los expedientes para autorizar nuevas instalaciones de producción y transporte cuando sean competencia de la Administración General del Estado. También le corresponde informar las operaciones de concentración entre empresas del Sector Eléctrico, cuando hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión.

c. Funciones Ejecutivas

Entre las funciones ejecutivas le corresponde:

- Liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se determinen.
- Autorización de las participaciones de las empresas eléctricas que desarrollen actividades reguladas en sociedades que realicen actividades de naturaleza mercantil.

- Resolución de conflictos y arbitraje en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte y en especial, respecto a los contratos relativos al acceso de las redes de transporte y distribución.
- Actuar como órgano arbitral resolviendo los conflictos que, con carácter voluntario, le sometan los sujetos que realicen actividades eléctricas.
- Velar para que las actividades eléctricas se lleven a cabo en régimen de libre competencia.

d. Otras funciones importantes⁽⁵⁾

Entre otras funciones de interés que distinguen la labor de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico se destacan esencialmente:

- Inspección de las condiciones técnicas de las instalaciones.
- Cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones.
- Inspección de las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos del sistema eléctrico en cuanto puedan afectar la aplicación de tarifas y criterios de remuneración de las actividades eléctricas. Del mismo modo, vigila la efectiva separación de las actividades eléctricas.
- Acuerda la iniciación de los expedientes sancionadores, realizando la instrucción de los mismos cuando sean competencia de la Administración General del Estado.
- Informar cuando sea requerido aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones.
- Determinar conforme a la ley, los sujetos concretos del sistema a quienes sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios y que determinen reducciones en la retribución de sus actividades.
- Potestad de obtención de aquella información que la CNSE requiera para el ejercicio de sus funciones, a cuyo fin puede dictar Circulares en las que exponga la información que se solicite.

Un comentario más reciente sobre el funcionamiento de la Comisión, lo plasma Muñoz Machado, quien afirma: “De un modo

(5) Información tomada de la página WEB de la CNSE en internet, dirección.

directo y formal, la CSEN ha iniciado su tarea de estímulo de la competencia en el sector nada más constituirse, confeccionando y remitiendo al Gobierno informes y propuestas. Destacan sus informes inmediatos sobre la estructura del sector, la separación de actividades y la concentración empresarial. Es importante el Informe sobre las consecuencias que las diferentes formas de venta de las participaciones del Estado en las empresas eléctricas pueden tener en el precio de la energía eléctrica en España en los próximos años, aprobado por el Consejo de Administración de la CSEN, el 11 de junio de 1996, y remitido al Gobierno. De un modo informal, su precisión en favor de la libre competencia se ha hecho patente en algunos artículos importantes de su Presidente en los medios de comunicación: vid. M.A. Fernández Ordóñez, *El final de los monopolios eléctricos*, en "El País", 1.7.1996, y "La insoportable oscuridad del sector eléctrico", en "El País", 11.11.96. También es de notar el estímulo de la Comisión para la realización de estudios que pueden servir de ejemplo para el desarrollo de la competencia en el mercado eléctrico español (...)." ⁽⁶⁾

En cuanto a otras funciones relativas al conocimiento de infracciones de las normas de la libre competencia, encontramos que el art. 8.1 citado, inciso 13 de la L.S.E. establece que la Comisión debe velar por que las actividades se desarrollen en régimen de libre competencia. Sobre esta materia Muñoz Machado considera que: "No le corresponde a la Comisión, en mi criterio, corregir las infracciones a las normas de la libre competencia. Esta es una tarea propia del Servicio y el Tribunal de Defensa de la competencia en el Derecho interno español, y de la Comisión europea en el Derecho Comunitario. Pero sí es función de aquélla la vigilancia y la adopción de las medidas necesarias para el mercado funcione en régimen de libertad. Ello permite a la Comisión utilizar todos los criterios que los indicados órganos e instituciones aplican contra las prácticas restrictivas y los abusos de posición de dominio. Esta posibilidad de intervención en el mercado, con fundamento directo no en las necesidades de organización del suministro eléctrico, sino en los imperativos de la competencia, amplía enormemente los márgenes de actuación y la importancia de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional. Más adelante, con ocasión del estudio de la reestructuración empresarial del sector eléctrico, se analizará un ejemplo concreto de la importancia de la aplicación de las aludidas

(6) Ver Muñoz Machado, *op.cit.*, pp. 83-84.

atribuciones.”⁽⁷⁾ En este sentido, debemos hacer cita del inc. 12 de la L.S.H. en cuanto a las funciones de la C.N.E., y en razón de que debe velar por que los sujetos que actúan en los mercado energéticos desarrollen su actividad respetando los principios de libre competencia. Y agrega en lo que nos interesa resaltar, que cuando se detecte una práctica restrictiva de la competencia prohibida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando un dictamen vinculante sobre la calificación de los hechos; norma que sin lugar a dudas da respuesta al criterio esbozado por Muñoz Machado.

Entre las críticas y mayores debilidades de la L.S.E. según Gaspar Ariño⁽⁸⁾ es su marco regulatorio, pues no se separa del todo de la política, aspecto que da lugar a posibles intromisiones que permiten otros juegos de intereses, peligrosos desde todo punto de vista, eso sí, otros consideran lo contrario y creen infundadas este tipo de afirmaciones.

Una perspectiva interesante sobre los aportes de la L.S.E. son: “En conjunto, la LSE amplía algunas de las funciones de la CSEN y elimina otras, pero sobre todo se mantiene una distancia considerable entre el carácter de ésta, más consultor e instructivo que regulador, y otros órganos verdaderamente reguladores e independientes del sector eléctrico que existen en otros países. Y así, por un lado, la CNSE tiene competencia de gran importancia: arbitrales, de recabar información, de autorización de operaciones de diversificaciones, y de vigilar la conducta

(7) *Ibid.*, pp. 84-85.

(8) “En la práctica regulatoria tendrá una importancia clave el marco institucional regulador. A este respecto se debe señalar lo que consideramos la mayor debilidad de la LSE: no separa regulación y política; el regulador continúa siendo el Ministerio y la independencia política de la CNSE es menor incluso que la de la antigua CSEN. Frente a esta Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, con funciones básicamente consultivas y arbitrales, y otras potestades decisorias sometidas al recurso ordinario del Ministerio, se debe avanzar hacia un verdadero Ente Regulador independiente. Es más, dicha Autoridad debería asumir las competencias reguladoras de otros sectores energéticos (sobre todo del gas) y constituirse como la * Comisión Nacional de la Energía *. Esta propuesta que hemos defendido desde hace años ha sido recientemente incorporada al Proyecto de Ley de Hidrocarburos.” Ver Ariño Ortiz y López de Castro, *op. cit.*, p. 630.

en el mercado. Pero en otras materias fundamentales (fijación de precios, autorizaciones de instalaciones y supervisión de condiciones de servicio) no tiene funciones ejecutivas, sino a lo sumo consultivas. Por último, su capacidad normativa es muy limitada y en concreto no tiene –como sería deseable– facultades para revisar y adaptar las reglas de organización del mercado. Ahora bien, una vez expresada nuestra posición sobre la necesidad de que el ente regulador asuma todas las competencias de regulación del sector eléctrico, debe recordarse que ello no excluye la importante tarea del Gobierno que debe ejercer sus indeclinables competencias en cuanto a: –Aprobación de las disposiciones básicas, en desarrollo de la Ley. –Dirección de la política energética, como garante último de la seguridad del suministro, utilizando instrumentos compatibles con el mercado –en particular la planificación estratégica– que hemos expuesto anteriormente. Se trata en definitiva de separar política y regulación, y que cada órgano ejerza las funciones que le corresponden.”⁽⁹⁾ Esta nota reviste gran importancia, pues en pocas palabras se establecen las competencias más importantes de la C.N.S.E., pero además fija cual es el ámbito de sus competencias. En este sentido, las competencias más relevantes de la C.N.S.E. son: arbitrales, recabar información, autorización de operaciones de diversificación, vigilar la conducta del mercado. Pero su labor ejecutiva llega hasta ahí, e inicia la consultiva, en fijación de precios, autorización de instalaciones y supervisión de condiciones de servicio. Esto podríamos decir se mantiene a grandes rasgos en la L.S.H., situación que observaremos más adelante. Su labor normativa se reduce a la emisión de circulares de desarrollo y ejecución de Reales Decretos u Órdenes del M.I.E., y que por cierto ya han sido objeto de sendos recursos, en especial, en materia informativa.

Otra relación administrativa relevante en la materia lo son la confluencia de competencias entre el M.I.E. y la C.N.S.E. Al respecto, se indica sobre esta distribución de competencias lo siguiente: “Tras el análisis del art. 3 y art. 8 de la LSE se deduce que el Ministerio sigue siendo el órgano regulador, ya que a diferencia de otros países, mantiene las competencias sobre: **regulación de precios y tarifas, otorgamiento de autorizaciones, supervisión de estándares y condiciones de servicios, inspección, y sanción.** En comparación con la LOSEN, se han modificado algunas de las competencias atribuidas a la CSEN, que podrían resumirse en los siguientes términos:

(9) *Ibid.*, p. 578.

- Emitir circulares en materia de información (art. 8.2), que pondrán fin a la vía administrativa (art. 8.3).
- Resolver los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión económica y técnica, del sistema y el transporte y en particular respecto a los contratos de ATR (art. 8.1.16), y pondrán fin a la vía administrativa (art. 8.3).
- Asimismo, se consolida como órgano arbitral de los conflictos entre los agentes, mejorando la regulación de dicho arbitraje (art. 8.1.10).
- Acordar la iniciación de expedientes sancionadores, y realizar su instrucción, cuando sea competencia de la Administración del Estado (art. 8.1.16), mientras que en la LOSEN, la CSEN y no el Gobierno, era el órgano competente para autorizar las operaciones de concentración de empresas eléctricas.
- Su capacidad normativa es muy limitada y se subordina a la habilitación legal o reglamentaria (art. 8.1.7. LSE), mientras que en la LOSEN tenían competencias normativas específicas en materia de transporte y de Explotación Unificada (art. 8.1.7 LOSEN).
- Velar para que las actividades se ejerzan en libre competencia, y en su caso instruir expedientes en materia de Defensa de la Competencia (art. 8.1.13).⁽¹⁰⁾

Con respecto a lo indicado, respaldamos el criterio esbozado por los autores citados, al establecer que el M.I.E. mantiene sus competencias de órgano regulador (regulación de precios y tarifas; otorgamiento de autorizaciones; supervisión de estándares; condiciones de servicios, inspección y sanción). Pero se avanza en la L.S.E. con respecto a las competencias de la C.S.E.N. (y que se mantienen en forma similar en la L.S.H. con respecto a la C.N.E.), entre ellas: emitir circulares en materia de información; resolución de conflictos —en gestión económica y técnica—; servir de órgano arbitral; acordar la iniciación de expedientes sancionadores y velar por la libre competencia, entre otros. Esto es sin duda un avance en el funcionamiento de la Comisión.

Consideramos que estos son los comentarios de mayor interés que podemos esbozar en cuanto a las relaciones entre el Ministerio la

(10) *Ibid.*, pp. 577-578.

C.N.S.E., que en muchos de sus puntos son aplicables a la C.N.E. y que estudiaremos en el apartado siguiente, pues su marco jurídico es prácticamente el mismo. De ahí, que creamos que criterios emitidos por los distintos autores con respecto a la L.S.E. valen en su generalidad para esta normativa que presentamos a continuación.

C. La Comisión Nacional de la Energía. (Ley del Sector de Hidrocarburos)

En este punto estudiaremos a groso modo, los aspectos de mayor interés que se exponen en esta “nueva” normativa, pues en sus rasgos generales mantiene los mismos principios que cobijaron la aprobación de la L.S.E.

En primer término debemos manifestar que la disposición adicional undécima, punto 1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos (núm. 34/1998, publicada en el BOE núm. 241 del 8 de octubre de 1998), se suprime la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y se crea la Comisión Nacional de Energía, como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos, teniendo por objeto velar por la competencia efectiva en los mismos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores.

Cuando la Comisión ejerza potestades administrativas estará sometido a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a la Legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas en su contratación de bienes y servicios, en lo demás estará sometida al Derecho Privado. Su personal sometido al Derecho Laboral.

La Comisión Nacional de Energía estará adscrita al Ministerio de Industria y Energía, el cual ejercerá el control de eficacia sobre su actividad y se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las normas de desarrollo que se dicten, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria. El Ministro, el Secretario de Estado de Energía y Recursos Minerales o su representante, podrán asistir a las reuniones del Consejo de Administración con voz pero sin voto cuando así lo consideren pertinente.

En cuanto a la Administración General del Estado, la Ley no hace referencia a las potestades o funciones de esta, únicamente a las de la

Comisión Nacional de Energía que asumirá las funciones de la CNSE. (salvo aquellas que son conjuntas o compartidas con la C.N.E.). Similar situación se presenta con las potestades o funciones de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad señalada en el caso de la Administración General, es decir, cuando estemos frente a competencias conjuntas o compartidas con la C.N.E.

En cuanto a la estructura organizativa, ya adelantábamos anteriormente que se suprime la CNSE como ente regulador a la entrada en vigor de la presente ley y se crea la CNE como ente regulador del funcionamiento de los sistemas energéticos. El objeto es velar por la competencia efectiva y por la objetividad y transparencia. Estos sistemas energéticos involucran el mercado eléctrico y el mercado de hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos. Otros aspectos que caracterizan esta C.N.E. son:

1. Naturaleza

Organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio. Plena capacidad de obrar.

2. Potestades administrativas

Sujeta a la Ley 30/1992. En contratos de bienes y servicios sometido a la Legislación de contratos de las Administraciones. Públicas, en lo demás al Derecho Privado.

3. En cuanto al personal

Están sujetos al Derecho Laboral.

4. Obligaciones

Elaboración de un anteproyecto de Presupuesto. Su control económico y financiero lo lleva a cabo la Intervención General de la Administración del Estado (sin perjuicio del Tribunal de Cuentas).

5. Adscripción

La Comisión está adscrita al Ministerio de Industria y Energía. Este ejercerá control de eficacia sobre sus actividades rigiéndose por esta Ley y en las normas de desarrollo, por disposiciones de la Ley General Presupuestaria que le son aplicables y por la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

6. Consejo de Administración

Está formado por 1 Presidente, 8 Vocales y 1 Secretario con voz pero sin voto. El Ministro propone el nombramiento del Presidente y Vocales. A las reuniones del Consejo podrán acudir el Ministro de Industria y Energía, el Secretario de Estado de Energía y Recursos Minerales o su representante, con voz pero sin voto. Plazo de nombramiento: 6 años, pudiendo ser renovados.

7. Creación de dos Consejos consultivos

En la Ley se crean dos consejos, el primero de ellos denominado Consejo Consultivo de Electricidad formado por 36 miembros y dentro de su seno se nombra una Comisión Permanente compuesta por 12 miembros y además el Consejo Consultivo de Hidrocarburos.

8. Funciones de la Comisión Nacional de Energía según la Ley del Sector de Hidrocarburos

Ahora bien, las funciones que se establecen para la Comisión Nacional de Energía, son las siguientes:

- 1ª. Actuar como órgano consultivo de la Administración en materia eléctrica.
- 2ª. Participar (propuesta o informe) en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afecten mercados energéticos y en el desarrollo reglamentario de esta Ley.
- 3ª. Participar (propuesta o informe) en el proceso de planificación energética.

- 4ª. Participar (...) en el proceso de elaboración de proyectos sobre determinación de tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas.
- 5ª. Informar en los expedientes de autorización de nuevas instalaciones energéticas que sean competencias de la Administración General del Estado.
- 6ª. Emitir informes cuando los solicite las Comunidades Autónomas.
- 7ª. Dictar circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Ordenes del M.I.E que se dicten en desarrollo de la normativa energética. Se denominarán Circulares y serán publicadas en el BOE.
- 8ª. Inspeccionar a petición de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas competentes, condiciones técnicas económicas, cumplimiento de los requisitos de las autorizaciones, actuaciones de sujetos, en cuanto puedan afectar la aplicación de las tarifas y criterios de remuneración de las actividades energéticas o la separación de actividades cuando sean exigidas.
- 9ª. Actuar como órgano arbitral. (Conforme a la Ley 36/1988, de 5/12 de Arbitraje...)
- 10ª. Determinar los sujetos a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios, proponiendo medidas que hubiera de adoptar.
- 11ª. Proponer iniciación (de oficio) de expedientes sancionadores.
- 12ª. Velar por que los sujetos que actúan en los mercados energéticos desarrollen su actividad respetando los principios de libre competencia. Cuando se detecte una práctica restrictiva competencia prohibida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando un dictamen no vinculante sobre la calificación de los hechos.
- 13ª. Resolver conflictos planteados referente a los contratos de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución.

- 14^a Autorizar participaciones de sociedades con actividades regulada en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil. Se podrá denegar la autorización cuando hayan riesgos significativos o efectos negativos (...).
- 15^a Informar preceptivamente sobre operaciones de concentración de empresas o toma de control por parte de una empresa de otras, que realicen actividades que deben ser sometidas al Gobierno.
- 16^a Acordar su organización y funcionamiento interno, seleccionar su personal.
- 17^a Elaborar anualmente una memoria de actividades que se elevará al Gobierno para su remisión a las Cortes Generales.
- 18^a Realizar otras funciones que le sean encomendadas por la ley o reglamentariamente le encomiende el Gobierno a propuesta del Ministro de Industria y Energía.

Otras funciones y potestades que encontramos en otras normas de esta Ley son que:

- * Los informes de la CNE previstos en las funciones 2, 3, 4 y 5 tendrán carácter preceptivo.
- * Realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de otros costes propios del sistema.
- * Informará semestralmente al M.I.E sobre la liquidación de la energía que lleve a cabo el Operador del Mercado en colaboración del Operador del Sistema.
- * Resolver los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte.
- * Solicitar información.
- * Inspeccionar para verificar información.
- * La información confidencial que tenga la Comisión solo podrá ser cedida al M.I.E.

- * La CNE tendrá acceso a los Registros regulados por la legislación estatal en materia energética.
- * Las resoluciones de la CNE, tendrán recurso ordinario ante el MIE. (Se exceptúan de este recurso la función segunda del número 2 del presente apartado y las Circulares en materia de información que pondrán fin a la vía administrativa.)

Como hemos venido manifestando líneas atrás, en su generalidad se mantienen las mismas competencias o funciones establecidas en la L.S.E. para la Comisión. En cuanto a la financiación de la C.N.E. está recibirá la retribución que estaba dispuesta en la Ley 54/1997 para la CNSE, conforme a la ley. Las obligaciones y gestión de aquellos expedientes las asumirá la C.N.E, conforme a la Ley citada.

D. Estudio de las competencias otorgadas a la C.N.E. con relación a la Administración General del Estado

Con la publicación de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la energía eléctrica deja de ocupar un papel secundario y pasa a ser regulada en el mismo ámbito jurídico que el gas y otros hidrocarburos, aunque pareciera que el objeto de esto es seguir la tendencia europea de centralización de estas actividades en un solo órgano.⁽¹¹⁾ Tomando en cuenta este aspecto, a continuación elaboraremos algunos comentarios sobre las relaciones competenciales que se dan con la supresión de la C.N.S.E. y la creación de la C.N.E. y su relación directa con la Administración General del Estado (en especial con el M.I.E.).

Es de interés aclarar que en la doctrina revisada no encontramos todavía ningún tipo de estudio analizando esta nueva normativa, únicamente encontramos una referencia de Gaspar Ariño, cuando esta

(11) “Por lo que se refiere al futuro a corto plazo de la Comisión española, la presentación del Proyecto de Ley sobre Hidrocarburos plantea una cuestión que tiene un gran interés, que es la de la creación o no de una misma agencia reguladora que se ocupe de la electricidad, el gas y de los hidrocarburos. Este es un debate que no sólo se plantea en España. También se está planteando ahora mismo, por ejemplo, en el Reino Unido, en el curso de la revisión de la política regulatoria que ha emprendido el nuevo Gobierno laboralista. Los argumentos para fusionar este tipo de agencias –en el caso español, para no crear nuevas son

Ley se encontraba en discusión en el Parlamento y era un proyecto de ley. Es por ello, que los comentarios que presentemos tendrán el fin de mostrar un punto de vista de la situación, siendo lógico que dentro de breve tiempo nos encontremos con estudios profundos sobre esta temática, que consideramos va dar mucho que investigar.

Un primer comentario que podemos esbozar es con relación a la C.N.S.E. regulada en la L.S.E., las funciones de la C.N.E. son prácticamente las mismas –sin mayor variación–, es por tal motivo que adolece de los mismos defectos que sus antecesoras, pues se denota una relación de jerarquía importante con respecto a la Administración General del Estado (en especial, el M.I.E.). Pasamos a ver esto.

Se mantiene al igual que las otras leyes, su actuación como órgano consultivo de la Administración (y no como se pretendía en alguno de los proyectos o comentarios de algún tratadista, como “órgano regulador” del Sector, situación que es compleja, pues esta competencia corresponde a la Administración General del Estado, según el marco legal establecido a nivel eléctrico, pero además, por el constitucional. Nos atrevemos a considerar, como lo exponíamos páginas atrás, que por su naturaleza así como por sus funciones de Administración

fundamentalmente de ahorro de costes y, en algún caso, de eficiencia pues el conocimiento adquirido en la regulación de un subsector puede servir para otro. Dado que España no es un país muy grande ni muy rico, contar con un solo órgano para regular todo el sector energético parece una buena idea. Pero también se podrían dar otros argumentos para defender la existencia de Comisiones distintas para cada subsector energético. En todo caso, se debería conseguir que este objetivo no chocara –tal como desafortunadamente hace el Proyecto de Ley– con la característica esencial de estos órganos que, como he señalado repetidamente en este artículo, es la independencia y que básicamente se asienta en la irrevocabilidad de los mandatos de sus miembros (...) Por ello, espero que, tal como sucedió con la reciente Ley del Sector Eléctrico, a lo largo de la discusión parlamentaria se encuentren fórmulas para cumplir los objetivos que se deseen sin quebrar el principio de independencia. Si no se hiciera así, se estarían dando argumentos a los que sucedieran al actual Gobierno para que, una vez en el poder, cambiaran, por procedimientos similares, a todos los miembros de las agencias reguladoras nombrados por este Gobierno. Para llegar a esto, es mejor no crear órganos independientes y seguir regulando en base a la figura del director general.” Fernández, M.A. *El papel de la Agencia Reguladora Independiente*. Madrid, **Revista Economía Industrial**, No. 316, 1997, p. 115.

independiente –ampliamente cuestionada–, el otorgamiento de una competencia como órgano regulador, podría suscitar algún trastocamiento con la norma constitucional.

En otras funciones encontramos una relación importante con la Administración General que denota claramente su actuación como órgano consultivo o colaborador de la Administración, entre ellos: informar en los expedientes de autorización de nuevas instalaciones energéticas que sean competencias de la Administración General del Estado; inspeccionar a petición de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas competentes; elaborar anualmente una memoria de actividades que se elevará al Gobierno para su remisión a las Cortes Generales y realizar otras funciones que le sean encomendadas por la ley o reglamentariamente le encomiende el Gobierno a propuesta del Ministro de Industria y Energía; participar en el proceso de elaboración de tarifas –pero a quien corresponde decidir las, es a la Administración General del Estado, situación que no la hace tan independiente como se pretendía–, (estas funciones ya las encontrábamos en la L.S.E.).

Interesa resaltar la competencia de dictar circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Ordenes del M.I.E que se dicten en desarrollo de la normativa energética. Se denominarán Circulares y serán publicadas en el BOE, esta función también la tenía la C.N.S.E. y las primeras circulares (en especial, en materia de obtención de información) que se emitieron fueron cuestionadas en lo contencioso administrativo.

Otra de las muestras en donde existe algún grado de jerarquía por parte de la C.N.E. es que las tendrán recurso ordinario ante el M.I.E., salvo algunas excepciones.

Un punto que debemos retomar aquí, y con fundamento en el desarrollo doctrinal en cuanto a la organización administrativa de la Administración, es la relativa a la posibilidad que tiene la C.N.E. de autorizar participaciones de sociedades con actividades reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, pudiéndose denegar la autorización cuando hayan riesgos significativos. Esto en nuestro criterio, es sumamente peligroso y además, podría haber alguna afectación constitucional, al no existir una decisión directa del órgano regulador del Sector, pues esto involucra una participación directa y un control efectivo. Este tipo de supuestos son los que en nuestro criterio muestran un panorama confuso.

En cuanto a la potestad normativa que se le otorga a la Comisión de adoptar medidas –de naturaleza normativa–, pese a que las apruebe el Ministerio, es cuestionable, sobre todo por parte de una Comisión cuya naturaleza es ambigua. Aquí debemos retomar los comentarios del Dr. Parejo, en cuanto a la falta de existencia de límites en las actuaciones de estos órganos. Un ejemplo de esto lo observamos al otorgársele la opción de dictar circulares y poder acordar su organización y funcionamiento. Esto va más allá de lo que corresponde un marco de legalidad claramente establecido y al principio de jerarquía que se presenta en la materia. Quiero dejar claro que esta visión que presento no va en contra de la apertura del mercado eléctrico, ni de la objetividad y transparencia que debe imperar, sino más bien va en el sentido de que exista un marco jurídico bien definido en cuanto a las competencias y funciones que corresponden a cada órgano, procurando evitar la duplicidad de órganos y funciones.

En fin, estos son algunas de las consideraciones que podemos hacer con respecto a la C.N.E. y su relación con la Administración General del Estado.

E. Estudio comparativo de las funciones encomendadas a las Comisiones del Sector Eléctrico en las distintas leyes

Como uno de los puntos de interés que queremos agregar en esta investigación, es realizar un estudio comparativo norma por norma de como se han plasmado y transformado en las distintas leyes.

En primer término debemos de indicar que en especial, la norma que regula las funciones de la Comisión son: en la L.O.S.E.N y en la L.S.E. en el artículo 8.1 y en la L.S.H. en la Disposición Adicional Undécima, aunque citaremos otras disposiciones que hacen mención de algunas otras funciones.

Ahora bien, hasta el inciso 6º de las normas citadas, las funciones son prácticamente las mismas en todas las leyes, son referidas a: su carácter de órgano consultivo; participación en el proceso de elaboración de disposiciones generales (en la L.S.H. se agrega que afecten a mercados energéticos) y en el desarrollo reglamentario de la ley; participar por medio de propuesta en el proceso de planificación eléctrica (en la L.S.H. se hace mención de planificación energética); participación en el proceso de elaboración de proyectos sobre determinación de tarifas, peajes y retribución de las actividades del sector

(en la L.S.H. se dice de actividades energéticas); informar de los expedientes para autorización de nuevas instalaciones de producción y transporte, cuando sean competencia de la Administración General del Estado (en la L.S.H. se refiere únicamente a la autorización de nuevas instalaciones energéticas que sean competencia de la Administración General del Estado, suprimiendo toda referencia en cuanto a la producción y transporte); y finalmente emitir los informes cuando los solicite las Comunidades Autónomas (igual en todas).

Es a partir del inciso 7º en donde empezamos a encontrar algunas diferencias, así tenemos que en la L.O.S.E.N. se establecía todo lo referente a la aprobación de normas de transporte, explotación unificada, dictado de instrucciones para su ejecución y cumplimiento y resolver las reclamaciones pertinentes. En cambio en el inciso 7º de la L.S.E. como en la L.S.H. se refieren al dictado de circulares de desarrollo y ejecución que se dicten en los Reales Decretos, Órdenes del M.I.E. para el desarrollo de esta Ley. Estas se denominarán Circulares y serán publicada en el B.O.E. y ya de estas hemos hecho referencia anteriormente. (En la L.S.H. únicamente se agrega que son para el desarrollo de la normativa energética).

En el inciso 8º de la L.O.S.E.N se establece entre las funciones de la C.S.E.N. la liquidación de energía con la sociedad gestora de la explotación (en los términos del artículo 11.3 dicha ley); en la L.S.E. también se hace referencia a la liquidación, pero de los costes de transporte y distribución de energía, de los costes permanentes del sistema y de otros costes. En cuanto a la L.S.H. se hace referencia a la liquidación de costes por parte de la C.N.E. en otra norma más adelante y de la cual haremos cita.

Ahora bien en el inciso 9º tanto de la L.O.S.E.N. como de la L.S.E., se hace mención de la función de inspección a petición de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas sobre la ubicación., condiciones técnicas y económicas, cumplimiento de autorizaciones, actuaciones de sujetos del sistema eléctrico, en cuanto puedan afectar tarifas y criterios de remuneración. En la L.S.H. tenemos que irnos a su inciso 8º el cual lo regula en forma prácticamente igual y únicamente le agrega al final la frase (de la actividades energéticas o la separación de actividades cuando sean exigidas).

Tanto en el inciso 10 de la L.O.S.E.N. y de la L.S.E. como el 9 de la L.S.H. se refieren a la actuación de la Comisión como órgano arbitral,

únicamente que en esta última ley, se agrega la referencia a la Ley 36/1988, de diciembre sobre Arbitraje.

Los incisos 11 (referido a determinar los sujetos concretos a quien les sea imputables deficiencias en el servicio) y 12 (en cuanto a proponer iniciación –de oficio– de expedientes sancionadores) son regulados en su contenido en las tres leyes de forma similar aunque con una redacción variada. Debemos aclarar que en la L.S.H. se refiere a los incisos 10 y 11 respectivamente.

En cuanto a la organización y funcionamiento interno, la selección y contratación de personal, se establece en la L.O.S.E.N. en su inciso 13, mientras que en la L.S.E. en el 18 y en el 16 de la L.S.H. Así mismo, en cuanto a la elaboración de una memoria anualmente sobre sus actividades y su presentación ante el Congreso de Diputados y Senado, lo vemos en el inciso 14 de la L.O.S.E.N., 19 de la L.S.E. y 17 de la L.S.H. Entre otras de las funciones encontramos el velar por el cumplimiento de la libre competencia en el Mercado (inc. 15 L.O.S.E.N.; 13 L.S.E. y 12 L.S.H., en esta última ley se agrega además que cuando se detecte una práctica restrictiva de la competencia prohibida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando un dictamen no vinculante sobre la calificación de los hechos).

En cuanto a los incisos 14º de la L.S.E. y 13º de la L.S.H. (son referidos ambos a resolución de conflictos, pero el 14º en relación a los planteados con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte, contratos de acceso de terceros, a las redes de transportes y distribución, mientras que el 13º, dirigido únicamente a los contratos de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución). Los incisos 15 de L.S.E. y 14 L.S.H. establecen la función de autorización de participaciones en sociedades con actividad regulada en forma similar. En relación a la labor de información preceptiva sobre operaciones de concentración de empresas o toma de control por parte de una empresa de otras, que realicen actividades que deben ser sometidas al Gobierno, la encontramos del mismo modo regulada en los incisos 16º de la L.S.E. y 15 de la L.S.H. Finalmente entre estas funciones que se encuentran reguladas en los artículos antes mencionados, debemos citar el inc. 17 de la L.S.E. y el 18 de la L.S.H. que se refiere a una norma un poco amplia en el sentido de que podrán realizar otras funciones que le sean encomendadas por la presente ley o reglamentariamente, o que le encomiende el Gobierno a propuesta del M.I.E.

Finalmente entre otras funciones que se citan especialmente en la L.S.E. y se repiten y amplían en la L.S.H. tenemos: los informes de la CNE previstos en las funciones 2, 3, 4 y 5 tendrán carácter preceptivo; realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de otros costes propios del sistema; Informará semestralmente al M.I.E sobre la liquidación de la energía que lleve a cabo el Operador del Mercado en colaboración del Operador del Sistema; resolver los conflictos que le sean planteados en relación con la gestión económica y técnica del sistema y el transporte; solicitar información; inspeccionar para verificar información; la información confidencial que tenga la Comisión solo podrá ser cedida al M.I.E.; la CNE tendrá acceso a los Registros regulados por la legislación estatal en materia energética; las resoluciones de la CNSE, tendrán recurso ordinario ante el M.I.E. (se exceptúan de este recurso la función segunda del número 2 del presente apartado y las Circulares en materia de información que pondrán fin a la vía administrativa).

Tomando como base este marco comparativo, comprobamos que los cambios que se han venido dando entre las distintas leyes obedecen en general al desarrollo que se viene dando dentro del Sector especialmente, tanto en relación la aplicación de nueva tecnología, creación de un mercado libre competencia, objetividad, transparencia, menor intervención estatal, (muchos son cambios de redacción) pero manteniéndose otras características que hacen de esta Comisión un órgano que no es del todo independiente, pues tanto su adscripción, como su frágil independencia se muestran en su relación directa con el M.I.E. Ahora bien, en cuanto a la L.S.E. y la L.S.H. las diferencias son prácticamente inexistentes, y pareciera más bien que estamos frente a un cambio estratégico (algunos dirían político, de los miembros del Comisión y de su Presidente) pero estas elocuciones escapan a nuestro análisis que en especial ha pretendido ser técnico y jurídico.

F. Breves apreciaciones sobre el Operador del Sistema y el Operador del Mercado

Con el objetivo de brindar una visión general sobre la participación de los distintos órganos y sociedades en el mercado eléctrico, en especial, incentivar el mismo hacia una liberalización más transparente y objetiva, es que hacemos una breve referencia sobre estos operadores, que se constituyen legalmente en sociedades mercantiles pero cumplen una actividad privada pero de gran colaboración y coordinación con los

órganos públicos que participan en el sector eléctrico y con los distintos agentes del mercado. Su actividad se desarrolla dentro del ámbito privado esencialmente, pero su trascendencia es tal, que algunas de sus funciones están matizadas por interés general en sentido estricto, es por ello que desde nuestro punto de vista únicamente haremos la observación correspondiente, pues esto merece un estudio profundo que escapa al objeto de esta investigación y podrá incluirse en posteriores ponencias.

1. Operador del Mercado

Se constituye en una sociedad mercantil en la que ningún accionista puede poseer más de un 10% del capital social, además, la suma de participaciones directas o indirectas de los sujetos que llevan a cabo actividades eléctricas no puede superar el 40%.

Está encargado de la “casación” de las ofertas y las demandas en el mercado de producción de electricidad. El operador del mercado selecciona para cada hora la entrada en funcionamiento de las unidades de generación, empezando por las que han comunicado las ofertas de energía más baratas, hasta cubrir la totalidad de la demanda (casaciones). A partir de estas “casaciones” y teniendo en cuenta los contratos físicos bilaterales y los intercambios internacionales, elabora el programa diario base de funcionamiento del sistema, que ha de comunicar a continuación al operar del sistema y a los agentes que operan en el mercado.

El operador del mercado determina los precios finales resultantes para cada período horario en el mercado de producción e informa a los agentes de las liquidaciones de cobros y pagos que, como consecuencia de dichos precios, tienen que hacerse entre ellos.

Encontramos además un la creación de un Comité de Agentes de Mercado que supervisa el funcionamiento de la gestión económica del mercado. Sus funciones primordiales serán comprobar los procesos de “casación” y “liquidación”, asesorar al operador del mercado. Este Comité está integrado por 18 miembros que representan a productores, distribuidores, comercializadores, generadores en régimen especial, autoprodutores, consumidores cualificados, al operador del mercado y del sistema. Sobre este órgano, indican Ariño y López: “Por otro lado, su actuación se somete al control y supervisión del Comité de Agentes del Mercado, que se crea según el art. 33.4 para la * supervisión del funcionamiento de la gestión económica del Sistema y la propuesta de

medidas que puedan redundar en un mejor funcionamiento del mercado de producción. En el Comité de Agentes de Mercado estarán representados todos los sujetos que tengan acceso al mercado, así como los consumidores cualificados y el operador del mercado y del sistema *. Dichas facultades de supervisión se efectuarán sin perjuicio de las competencias del MINER y la CSEN, la cual en particular constituye la instancia de arbitraje.”⁽¹²⁾

Las funciones del Operador del Mercado⁽¹³⁾ las encontramos reguladas en el artículo 32.2 de la L.S.E., entre las que debemos mencionar:

(12) Ver Ariño y López, *op.cit.*, pp. 600-601-602.

(13) “Finalmente, en cuanto a la regulación de sus funciones, éstas aparecen enumeradas, con una cláusula residual, en el art. 33.2 y deben ser objeto de desarrollo reglamentario. De esta forma, su actuación debe referirse siempre a una normativa transparente, objetiva y no discriminatoria del MINER y la CSEN. Las funciones del operador del mercado, enumeradas en el art. 33, se refieren a la gestión operativa del mercado y al proceso de liquidación, y podrían diferenciarse los siguientes grupos: a) Funciones ex-ante, que se refieren a la recepción de ofertas de venta y adquisición y su * casación *, para la determinación de la precedencia económica de las ofertas (art. 33.2.a.b.c.). Como ha destacado Paz Goday en el ejercicio de dichas funciones deberá evaluar las ofertas respecto a la normativa y en particular analizar las posibles actuaciones anti-competitivas. b) Funciones ex-post: básicamente integran el proceso de liquidación económica de las transacciones mercantiles que se efectúen bajo su operación y las funciones de información pública sobre la evolución del mercado (art. 33.2.g y i.). En el ejercicio de estas funciones será clave asegurar simultáneamente la transparencia del mercado y la confidencialidad de las transacciones. c) Finalmente, funciones que se realizan casi en tiempo real, en constante interrelación con el OdS, como la recepción de la información del OdS sobre las alteraciones introducidas sobre la casación debido a restricciones (art. 33.2.e.), para la posterior determinación de los precios finales de generación en cada período de programación. La exigencia de coordinación de las actuaciones del OdM con el OdS se recoge con carácter general en el art. 33.3 de la LSE. Ahora bien, como veremos en la regulación del OdS, son muchas las funciones que se realizan en tiempo real y que el OdS debe realizar en coordinación con el OdM, por lo que se debe cuestionar, como lo hemos hecho aquí y lo han hecho también algunos representantes de REE, la conveniencia de la separación jurídica entre OdS y el OdM.” Ver Ariño y López, *op. cit.*, pp. 600-601-602.

- a) Recepción de ofertas de venta.
- b) Recepción y aceptación de las ofertas de adquisición de energía y las garantías.
- c) La casación de las ofertas de venta y de adquisición partiendo de la oferta más barata hasta igualar la demanda en cada período de programación.
- d) Comunicación a los titulares de las unidades de producción y a los otros sujetos del mercado.
- e) Recibir del operador del sistema la información relativa a las alteraciones introducidas sobre la casación. (técnicas o situaciones excepcionales en la red de transporte o distribución).
- f) Determinación de los precios finales de la producción de la energía para cada período de programación y la comunicación a todos los agentes implicados.
- g) Liquidación y comunicación de los pagos y cobros en virtud del precio final.
- h) Recibir la información relativa a los sujetos que se han dirigido al operador del sistema, a fin de que este confirme las incidencias que justifiquen la excepción de pedir ofertas.
- i) Informar públicamente sobre la evolución del mercado con la periodicidad que se determine.
- j) Realizar cualesquiera otras funciones que reglamentariamente se le asignen.
- * Tendrá acceso directo al Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de energía eléctrica.

Observamos que las funciones del Operador de Mercado son básicamente ejecutivas y de gestión, como son la “casación” y “liquidación”. Algunos afirman que no tienen funciones públicas por su naturaleza jurídica de sociedad mercantil. Entre las funciones que encontramos en la Ley se podrían acercar a funciones que podríamos

categorizar de interés general más que de naturaleza pública propiamente, son los incisos f.), h.), y el i.), en razón del interés general que revisten y sus efectos. Lo anterior en nuestro criterio involucra un extenso estudio de justificación de por qué tal consideración, aspecto que no es objeto de este estudio, pero si debemos afirmar que por sus efectos si tienen una relevancia especial que se acerca más al ámbito público que al privado.

Los especialistas Ariño y López, refiriéndose a la gestión económica y técnica del sistema nos señala: “La Ley del Sector Eléctrico crea dos actividades eléctricas nuevas –la gestión económica y la gestión técnica– de importancia fundamental para el correcto funcionamiento del modelo de explotación descentralizada. Con ello la LSE elimina el concepto y la terminología de la explotación unificada de la LOSEN. La configuración jurídica de dichas actividades en la nueva Ley podría definirse con las siguientes notas: tienen el carácter de actividades reguladas (art. 11.2), su retribución se basará en los costes que les sean reconocidos (art. 16.5) que tendrán la consideración de *costes permanentes de funcionamiento* del sistema, y el ejercicio de dichas actividades se encomienda a dos entes diferentes, el OdM y el OdS, regulando su composición y competencias, en los términos que se exponen a continuación. **a) El Operador del Mercado.** Según el art. 33, el OdM asume la *gestión económica del sistema *, es decir, la gestión del sistema de ofertas. La creación de la figura del gestor independiente del mercado es clave para el funcionamiento correcto del mercado. Dada la importancia de dicha actividad en el nuevo mercado que se crea, la LSE trata de lograr la independencia, objetividad y transparencia de su gestión a través de una configuración institucional equilibrada, en los términos del art. 33, que dice así: * Actuará como operador del mercado una sociedad mercantil de cuyo accionario podrá formar parte, cualquier persona física o jurídica, siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 10 por 100. Asimismo, la suma de participaciones, directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40 por 100, no pudiendo sindicarse estas acciones a ningún efecto”.⁽¹⁴⁾

(14) “Según la D.T. 9. a dicha sociedad mercantil será constituida por REE, * que suscribirá aquella parte del capital que no sea atendida por otros accionistas, debiendo en el plazo de seis meses proceder a la enajenación de dicha participación *. La presencia en ella de REE es, pues, puramente

2. Operador del Sistema

Esta encargado de garantizar una correcta coordinación del sistema de producción y transporte de electricidad a fin de asegurar la continuidad y la seguridad en el suministro de energía.

Las funciones del operador del sistema⁽¹⁵⁾ han sido encomendadas por la Ley a REE, a la que encarga asimismo de la gestión de la red de transporte de electricidad. El operador del sistema programa el funcionamiento diario de las instalaciones de producción a partir del “programa diario base” elaborado por el operador del mercado. Para ello, ha de tener en cuenta las restricciones técnicas existentes en la red

transitoria. Como actividad * regulada * su objeto social exclusivo debe ser la función de gestión económica del sistema, y en particular no puede tener intereses en el mercado. Se ha alegado que este objetivo podría ser incompatible con las participaciones de los agentes y que sería más adecuado el límite del 5% que establecía versiones anteriores del Anteproyecto para lograr la neutralidad de sus actuaciones. O incluso, como afirmaba el Informe de la CSEN, tal vez hubiera sido más adecuado la exclusión del accionario de todos los agentes del Mercado. En nuestra opinión, habrá que vigilar la independencia en su actuación, y sobre todo configurarlo como * servicio * al público (o SIEG) y no como negocio. Por ello, su composición accionarial debe permitir la representación de todos los sujetos interesados (no sólo los agentes del mercado), con intereses contrapuestos: un 40% en manos de los agentes, un 10-20% de participación pública y un 40-50% en usuarios y otros sujetos interesados, parecería razonable. Ahora bien, se debe señalar que el derecho de propiedad sobre las acciones de dicha sociedad no incorpora el poder de decisión sobre su actuación, sino que éste estará sometido a la Ley, a los reglamentos y a la supervisión del Ente Regulador. Se trata de una actividad regulada, con un Estatuto jurídico que debe garantizar su independencia y el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda.” Ver Ariño Ortiz y López de Castro, *op. cit.*, pp. 600-601-602.

- (15) “Según el art. 34.1, el OdS, * como responsable de la gestión técnica del sistema, tendrá por objeto garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte *. En el ejercicio de dicha actividad, el OdS se debe regir, según el mismo art. 34.1, por dos principios: coordinación con el OdM y transparencia, objetividad e independencia. Para lograr la transparencia, objetividad e independencia, el art. 34.1 del Proyecto establece que como OdS actuará *una sociedad mercantil de cuyo accionariado podrá formar parte cualquier persona física o jurídica siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere

de transporte, que pueden obligar a efectuar modificaciones en las "casaciones" entre ofertas y demandas de energía, y los resultados del mercado de servicios complementarios. Además elabora un programa diario viable provisional. Gestiona los programas de intercambios de electricidad a corto plazo con otros países necesarios para incrementar la seguridad y calidad del suministro. Es responsable de los planes de maniobra de reposición del servicio en caso de interrupciones.

el 10 por 100. Asimismo, la suma de participaciones, directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40 por 100, no pudiendo sindicarse estas acciones a ningún efecto *. Con ello se pretende, de nuevo, que, de acuerdo con las previsiones del Protocolo, ningún accionista tenga una posición de dominio directa o indirectamente y que el conjunto de accionistas garantice la neutralidad de su actuación. También en este caso se ha planteado el mismo debate sobre el carácter público/privado y la presencia o no, en el operador, de agentes del Sector. Ante dicho debate, debemos realizar las siguientes consideraciones, análogas a las efectuadas en relación con el OdM: 1) La independencia del OdS no viene determinada por su composición accionarial sino por su regulación: se debe someter a la Ley, reglamentos y la supervisión del ente regulador. Configurada como * servicio * y no como negocio, los accionistas no tendrán el poder de decisión sobre la sociedad, sino que ésta se somete a un Estatuto regulado, en el que se garantiza la independencia de gestión respecto de sus propietarios. 2) La actuación del OdS, aunque se someta a un régimen regulado, supone en ciertos momentos el ejercicio de * auctoritas * con poderes inapelables. Con criterios de apreciación técnica, emite órdenes de obligado cumplimiento y ejecutoriedad inmediata, siendo muy difícil su control jurisdiccional. Por ello, por el ejercicio de dicha autoridad, sería razonable una cierta presencia de la autoridad pública. Para instrumentar ésta se podrían utilizar algunos de los siguientes medios (o ambos): una participación significativa de capital público, en torno al 10 o 20%, y el establecimiento de la figura del Delegado del Gobierno en el OdS, al igual que éste ha existido en otros grandes servicios públicos. 3) Asegurada una cierta presencia pública en la sociedad y un Estatuto jurídico de sus actividades y procedimientos, la composición accionarial debe ser tal que permita la objetividad de su actuación, mediante la representación de todos los sujetos (no sólo los agentes del mercado) interesados. Un reparto razonable podría ser similar al propuesto para el OdM: 10-20% de capital público, 40% de agentes de mercado con el límite del 10% a cada uno, 40-50% de grandes usuarios, Cámaras de comercio y otras organizaciones interesadas." Ver Ariño y López, *op. cit.*, pp. 600-601-602-603-604.

Debe tener un grado importante de coordinación con el Operador del Mercado con el objetivo de hacer frente adecuadamente a situaciones excepcionales que puedan presentarse.

En este sentido, será **Red Eléctrica de España S.A.**, la encargada de la extensión, operación y mantenimiento de las líneas, transformadores, etc, de tensión igual o superior a 22 kv., así como de las interconexiones internacionales y de las que puedan establecerse en el futuro con los sistemas nacionales insulares y extrapeninsulares.

Las funciones del Operador del Sistema, las encontramos reguladas en el artículo 34.2 de la L.S.E. y dicen:

- a) Prever indicativamente y controlar el nivel de garantía de abastecimiento de electricidad del sistema a corto y mediano plazo.
- b) Prever en coordinación del Operador del Mercado la utilización a corto y mediano plazo del equipamiento de producción.
- c) Programar el funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir del resultado de la casación de ofertas.
- d) **Impartir las instrucciones necesarias para la correcta explotación del sistema de producción y transporte de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan, gestionar el mercado de servicios complementarios que sean necesarios para tal fin.**
- e) **Determinar la capacidad de uso de las interconexiones internacionales y establecer programas de intercambio de electricidad a corto plazo con los sistemas eléctricos exteriores...**
- f) Recibir la información necesaria sobre los planes de mantenimiento de las unidades de producción.
- g) **Coordinar y modificar, los planes de mantenimiento de instalaciones de transporte.**
- h) **Establecer y controlar las medidas de fiabilidad del sistema de producción y transporte.**
- i) Colaborar con el operador del mercado en la liquidación de la energía.

- j) **Ejecutar, en el ámbito de sus funciones, aquellas decisiones que sean adoptadas por el Gobierno en ejecución de lo previsto en el apartado 2 del artículo 10.**
- k) **Impartir las instrucciones de operación de la red de transporte, incluidas las interconexiones internacionales, para su maniobra en tiempo real.**
- l) Desarrollar aquellas otras actividades relacionadas con las anteriores y que sean convenientes para la prestación del servicio.

Como observamos, las funciones que señalamos con negrita, constituyen aquellas en que nuestro criterio tienen un tipo de relevancia (y similitud con una norma de carácter administrativa) y que las lleva posiblemente a categorizarlas de interés general. Únicamente reseñamos esta consideración, pues creo que es importante dejar constancia de esta situación, aunque no entremos a analizarla. Nos interesa resaltar eso sí, que la composición accionarial de ambas sociedades no parecen indicadas para garantizar tanto la neutralidad del Operador del Mercado como del Sistema ya que no se establece la necesaria participación pública que represente los intereses generales. Este criterio es esbozado en un primer momento por Gaspar Ariño (y seguido ya por otros) en un análisis sobre la Ley y estos dos operadores y que nosotros respaldamos.

Conclusiones

Iniciamos el presente ensayo, con la idea central de exponer cual era la realidad actual de la organización administrativa del Sector Eléctrico y si la misma respondía a las nuevas tendencias de liberalización y conformación de un mercado eléctrico, teniendo en consideración los aspectos esenciales que caracterizan a cada uno de los órganos que participan en este contexto. La respuesta a esta afirmación no puede ser definitiva, pues consideramos que apenas inicia la formación de un libre mercado eléctrico y la interrelación entre los distintos órganos o entes, ya sean de naturaleza pública o privada, apenas comienza, es por ello, que nos inclinamos por las siguientes reflexiones.

En cuanto a la primera afirmación consideramos que hemos cumplido el objetivo de mostrar cual es la situación actual del Sector Eléctrico, ahora bien, en relación a si la organización administrativa posibilita la apertura del libre mercado, consideramos que a nivel

legislativo se ha avanzado bastante pero será el transcurso del tiempo el que determine si realmente estos cambios en la organización han permitido un accionar fluido en el mercado de la electricidad. Eso sí, a nivel administrativo deberán hacerse los ajustes necesarios con el objetivo de evitar duplicidad de órganos y funciones dentro del sector, procurando de esta forma una menor intervención estatal según pregonaba la nueva legislación y dando como resultado una reducción importante de la burocracia, situación que no se ha cumplido. Dejando esto planteado pasamos a reseñar otros puntos de interés.

Es indudable la relación existente entre la evolución de la organización de la Administración Pública y la del Sector Eléctrico, pues nos hemos encontrado a través de su desarrollo con distintas formas de organización como la: desconcentración; centralización de funciones (en el M.I.E.) y la descentralización funcional; en especial, en organismos independientes autónomos que se han creado (cuya estructura se acerca más a corporaciones). Esta situación ha dado lugar a diferentes criterios que hemos expuesto a través de este trabajo como problemas de etapas de desconcentración y descentralización funcional en la organización eléctrica en forma concomitante y simultánea, situación que trae confusión e indeterminación en el sector. En este sentido, hemos hecho nuestras las palabras del Dr. Parejo en el sentido de que imperan todavía criterios de confusión, mayor nivel de conflictos competencial e indeterminación en el ámbito organizativo público, pese a que se han dado muestras de superación de estos problemas, situación que se ve dentro del Sector Eléctrico y en la Administración en general (por ejemplo: la Ley de Organización de la Administración General del Estado, normativa que regula la organización del Ministerio de Industria y Energía, Leyes de ordenación del Sector Eléctrico, entre otros), pero que no son suficientes.

El tema de la organización administrativa del Sector Eléctrico, es un tema complejo, el cual consideramos que es difícil que se mantenga estático, pues el mismo no responde únicamente a condicionamientos técnicos-administrativos, sino a una serie de factores externos entre los que podemos citar: el desarrollo de la tecnología; las políticas de la Unión Europea; el fortalecimiento de un mercado más libre, competitivo, transparente y objetivo; decisiones políticas (algunas circunstanciales), entre otros.

Hemos planteado una breve retrospectiva y observado que este no es un movimiento transformador únicamente que se presenta en España,

sino más bien, nos encontramos ante una internacionalización del problema, en donde Europa, América y demás continentes se ven sumergidos en la necesidad de un cambio de modelo.

Es de interés resaltar en este contexto, que la principales razones para entrar en procesos de privatización por parte de la Administración Pública española fueron en especial: mejorar los resultados económicos financieros de las sociedades; reducir el déficit público o las tensiones financieras del presupuesto público; estimular la competencia y en el caso del mercado eléctrico, estimularlo y fomentarlo; reforzar la actividad de los mercados de valores; promover una participación accionaria más amplia; reducir la burocracia y la corrupción estatal; mejorar la calidad de los productos, entendiéndolo por calidad, el adecuado grado de satisfacción de los usuarios; incremento del nivel de vida de los trabajadores y de la sociedad, etc.

Con la creación de la Comisión a partir de la L.O.S.E.N. se pretendió introducir una estructura administrativa novedosa por medio de la cual se agilizará la tramitación administrativa y se permitiera el incentivo de un mercado eléctrico más libre y competitivo. Pero es con la L.S.E. y ahora con la L.S.H. en donde encontramos mayores disposiciones que permiten un mercado competitivo.

Un aspecto que ha llamado la atención es el cambio de miembros directivos y de su presidente que se presenta con la aprobación de la Comisión Nacional de Energía, muchos han querido afirmar que este cambio de la L.S.E. a la L.S.H., en cuanto a la junta directiva de la Comisión es puramente político, como indicábamos anteriormente, no entramos a analizar esta situación, pues pretendemos exponer un estudio técnico-jurídico, pero si es importante dejar reseñado. Es por tal motivo que en nuestro criterio no se garantiza una verdadera independencia política a la actuación de la C.N.S.E. ni en la C.N.E., pues los miembros que componen estos órganos son nombrados a propuesta del M.I.E., siendo este el que deba de resolver los recursos ordinarios que se presentan. Además ambas Comisiones se mantienen adscritas y dependen jerárquicamente del Ministerio.

Observamos que los principios de objetividad, transparencia y libre competencia son introducidos en cada una de las leyes del sector eléctrico con el fin de brindarle a la libre iniciativa empresarial un espacio importante para su desarrollo, en especial en la L.S.E. y en la L.S.H.

Reiteramos que uno de los aspectos que más nos ha llamado la atención, es que entre menor intervención administrativa, menor debe ser el engranaje burocrático que se encuentre en el sector, pero ha sucedido todo lo contrario, la estructura administrativa del sector eléctrico ha aumentado en una gran proporción, encontramos muchos órganos que forman parte del Sector, es cuestión de ver la reforma al M.I.E. (que ya hemos abordado); la creación de organismos reguladores autónomos (Comisiones); los órganos de la Comunidades Autónomas, entre otros. Reafirmamos nuevamente lo dicho por Sebastián Retortillo, en ocasiones nos podríamos estar enfrentando a una duplicidad de estructura y funciones (alguna debe suprimirse). Y en fin, con estas políticas de privatización, de libre mercado se busca además un disminución del aparato estatal, es decir, menor intervención administrativa (que si podemos observar) pero no disminuye la burocracia como debería.

La organización del sector eléctrico es una muestra clara de lo que ha sucedido en la Administración Pública española, pues la ausencia sistematización, la existencia de normativa preconstitucional y otra serie de factores han provocado un desarrollo poco uniforme y a veces incoherente.

En este punto, debemos retomar, la idea que plantea Gaspar Ariño, pues en la realidad la configuración de la C.S.E.N. (y que se mantiene en las demás leyes, pese al cambio de su nomenclatura), encaja dentro de la descentralización funcional (como administración institucional), sometiéndose a la relación de jerarquía del Ministerio y apareciendo como órgano adscrito. Veremos que muchas de sus funciones y relaciones con el M.I.E. nos llevan a esta posible conclusión.

En cuanto al Operador del Mercado y Operador del Sistema, debemos retomar la idea planteada por Gaspar Ariño en el sentido de la regulación de las actuaciones de las nuevas figuras de OdS y OdM pueden lograr la objetividad y correcto funcionamiento de la gestión técnica y económica del sistema. Sin embargo, la separación de ambas actividades en dos entes aumentará los costes y la complejidad de la operación, mientras que su necesidad no está demostrada según razones técnico-económicas. Se debe vigilar –según este autor– en la práctica la adecuada coordinación de sus funciones, y plantearse cuanto antes la unificación de sus funciones en un único Gestor del Sistema. Además, las reglas sobre su composición accionarial no parecen indicadas para garantizar la neutralidad de su actuación ya que no se establece la necesaria participación pública que represente los intereses generales.

En fin, consideramos que estas últimas ideas planteadas en la conclusión de este ensayo tienden a reafirmar toda una serie de reflexiones que se deben de analizar al estudiar estas reformas organizativas al cual se ha visto sujeto tanto la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y el Sector Eléctrico en general. Esperamos que este breve estudio sea un aporte importante al planteamiento de este problema propio del Derecho Administrativo, pero con gran relevancia, en el ámbito privado. Consideramos que estas tendencias de liberalización del mercado son importantes para ajustar la economía del país, siempre y cuando, esto traiga consigo mayor bienestar para los ciudadanos y el mejoramiento del servicio que se le brinda.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS Y ENSAYOS

- Alvarez García, Vicente y Duarte Martínez, Rafael. *Administración Pública y Electricidad*. Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- Alvarez Rico, Manuel. *Principios Constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local. 1986.
- Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro, Lucía. *El sistema eléctrico español, regulación y competencia*. Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1998.
- Ariño Ortiz, Gaspar y otros. *El nuevo servicio público*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *La regulación económica*. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1993.
- Asenjo, Oscar de Juan. "Principios rectores de la actuación de la empresa pública en la Constitución española de 1978". **Revista Española de Derecho Administrativo**. Madrid, No. 25, abril-junio, 1980.
- Baena del Alcazar, Mariano. *Organización Administrativa*. Madrid, Editorial Tecnos, segunda edición, 1988.
- Bermejo Vera, José. *Derecho Administrativo*. Parte Especial. Madrid, Editorial Civitas, tercera edición, 1998.

- Betancourt Rodríguez, Andrés. *Las Administraciones independientes*. Madrid, Editorial Tecnos, 1994.
- Colom Piazuolo, Eloy. *El transporte de energía eléctrica* (Régimen jurídico de la nueva regulación de la energía). Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- Fernández, M.A. *El papel de la Agencia Reguladora Independiente*. Madrid, Revista Economía Industrial, No. 316, 1997.
- García de Enterría y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Tomo I, 1993.
- Gimeno Feliu, José María. *El servicio público eléctrico en el Mercado interior europeo*. Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo. *Administración Instrumental*. Madrid, Editorial Civitas, Tomos I y II, primera edición, 1994.
- López Nieto, Francisco. *La Administración Pública en España*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1ª. Edición, 1989.
- López Pina, Antonio. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Madrid, primera edición, Editorial Civitas S.A., 1991.
- Martínez Marín, Antonio. *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996.
- Morello, Augusto. *El proceso justo*.
- Muñoz Machado, Santiago. *Servicio Público y Mercado. El sistema eléctrico*. Madrid, Editorial Civitas, Tomos IV, primera edición, 1998.
- Muñoz Machado, Santiago. *Servicio Público y Mercado. Los fundamentos*. Madrid, Editorial Civitas, Tomo I, primera edición, 1998.
- Nebot Lozano, José María. *Competencia y sector eléctrico, un nuevo régimen jurídico*. 1998. Prólogo de Eduardo García Enterría.
- Nieto García, A. "La jerarquía administrativa." *Documentación Administrativa* núm. 229, enero-marzo, 1992.
- Palazzo, José Luis y otros. *La Transformación del Estado*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1992.
- Palomar Olmeda, Alberto. *La organización administrativa: tendencia y situación actual*. Granada, Editorial Comares, 1998.

- Parejo Alfonso, Luciano. *Mercado de Servicios en libre competencia y servicios de interés económico general en el orden comunitario europeo*. Anuario de la Competencia 1996. Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Eficacia y Administración. Tres estudios*. "Organización y actividad de la Administración Pública." Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Ariel Derecho, 5ª. Edición, 1998.
- Pérez Arriaga, J. *Fundamentos Teóricos de la Nueva Regulación Eléctrica*. Madrid, Revista Economía Industrial "La liberalización del Sector Eléctrico en España", Ministerio de Industria y Energía. No. 316, 1997.
- Piqué I Camps, Josep. "La liberalización del Sector Eléctrico en España". **Revista de Economía Industrial**. Madrid, Ministerio de Industria y Energía, No. 316, 1997.
- "Privatisation. Selling the State", The Economist, 21 de agosto de 1993, p. 16–18 tomado de la **Revista de Estudios Políticos de España**, No. 91.
- Retortillo, Sebastián–Martín. *Derecho Administrativo Económico*. "Organización Administrativa del Sector Eléctrico." Javier Salas Hernández. Tomo II, Editorial La Ley, 1991.
- Retortillo Baquer, Sebastián–Martín. De la Simplificación de la Administración Pública. Revista de Administración Pública. Madrid, No. 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre–diciembre de 1998.
- Rodríguez Chirillo, Eduardo. *Privatización de la Empresa Pública y Pos privatización*. Argentina, Abeledo Perrot, 1995.
- Salas Hernández, Javier. *Régimen jurídico–administrativo de la energía eléctrica*. Zaragoza, publicaciones del Real Colegio de España-Bolonia, 1977.
- Serra, J.M. *Aspectos jurídicos de la nueva ley del Sector Eléctrico*. Madrid. **Revista de Economía Industrial** "La liberalización del Sector Eléctrico en España", Ministerio de Industria y Energía. No. 316, 1997.
- Trillo-Figueroa, Jesús y otros. *La Regulación del Sector Eléctrico*. Madrid, Editorial Civitas, primera edición, 1996.

CONSTITUCION, TRATADOS, DIRECTIVAS Y LEYES

- Constitución Española y Reglamento del Congreso de Diputados.* Edición preparada por el Letrado de las Cortes Generales, Manuel Gonzalo. Madrid, cuarta edición, junio de 1993.
- Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de la Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario.* Incluye el Tratado de Amsterdam. Madrid, Editorial Tecnos, sexta edición, 1998.
- Derecho Administrativo. Normas Básicas.* Madrid, Editorial Mc Graw Hill, Tercera edición, actualizada a septiembre de 1998.
- Ley 40/1994 de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional* (BOE 313 publicado 31/12/1994).
- Ley 54/1997 de 27 de noviembre, Regulación del Sector Eléctrico.* (publicada en el BOE, No. 285, 28 de noviembre de 1997).
- Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.*
- Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social.*
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.*
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.*
- Ley 36/1988, de 5 de diciembre, sobre Arbitraje...*
- Real Decreto 26-12-1997, Núm. 2017/1997.* Organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.
- Real Decreto 26-12-1997, Núm. 2018/1997.* Aprueba el Reglamento de Puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica.
- Real Decreto 26-12-1997, Núm. 2019/1997.* Organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.
- Real Decreto 23-12-1998, Núm. 2818/1998.* Sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración.

Real Decreto 23-12-1998, Núm. 2819/1998. Por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica.

Real Decreto 23-12-1998, Núm. 2820/1998. Por el que se establecen tarifas de acceso a las redes.

Real Decreto 23-12-1998, Núm. 2821/1998. Por el que se establece la tarifa eléctrica para 1999.

Real Decreto 2031/1998, de 25 de septiembre, fija el ámbito de competencias de la Secretaría de Estado Industria y Energía.

Real Decreto 2100/1998, miércoles 30 de septiembre de 1998 (BOE, núm. 234).

Real Decreto 2366/1994 de nueve de diciembre, Producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables.

Directiva 96/1992/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, Sector Eléctrico Comunitario.

DOCUMENTOS

Página WEB de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.

Revista Economía Industrial. No. 316. La Liberalización del Sector Eléctrico en España. Madrid, Ministerio de Industria y Energía, 1997.

Conferencia de Jorge Fabra. *El Nuevo Sistema Eléctrico (Resumen Acrítico).* Universidad Carlos III, 14 y 18 de enero de 1999.

Conferencia de Marina Serrano González. Secretaria del Consejo de Administración. Directora de la Asesoría Jurídica de la CNSE. Universidad Carlos III, 21 de enero de 1999.

Entrevista a los abogados Eduardo Salinas y Mónica Baldivieso. Comisión Nacional del Sistema Eléctrico. Madrid, 28 de enero de 1999.

Otras referencias bibliográficas citadas por "J. Salas Régimen Jurídico-administrativo de la energía eléctrica, Bolonia, 1977."

Ariño, G. *La configuración jurídica del sector eléctrico*, en el Libro Homenaje a Juan Galván, Valencia, 1980.

García de Enterría, E. *El régimen jurídico de la electricidad durante el siglo de vida de la Compañía Sevillana de Electricidad*, en el libro colectivo Compañía Sevillana de Electricidad, en el libro colectivo, Compañía Sevillana de Electricidad, 100 años de Historia. Editado por Fundación Sevillana de Electricidad, 1994.

Díaz Caneja. *Regulación administrativa del sector eléctrico*, en *Economía Industrial*, mayo-junio 1989.

Leguina Villa, L. *Instalaciones Eléctricas y precariedad administrativa*, en R.A.P. No. 68.

Sudriá. *La industria eléctrica y el desarrollo económico de España en Electricidad y desarrollo económico, perspectiva histórica de un siglo* (publicado por Hidroeléctrica del Cantábrico, Oviedo, 1990).

**LA TRANSFERENCIA DE FONDOS PUBLICOS
A PERSONAS PRIVADAS: CASO PARTICULAR
DE LAS FUNDACIONES**

Máster Omar Rivera Mesén^()*

Abogado costarricense
Procurador Adjunto de la
Procuraduría General de la República



SUMARIO:

Introducción

- I. Marco legal y teórico
- II. Sobre el control y fiscalización de los fondos públicos
- III. Requisitos para la validez de las transferencias de fondos públicos a personas de derecho privado

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

En los últimos años se ha incrementado la transferencia de recursos públicos a personas de derecho privado, especialmente, fundaciones. La mayor parte de tales transferencias opera a través de normas presupuestarias, violentándose, en muchas ocasiones, el principio de especialidad presupuestaria, en orden al uso y control de los fondos públicos y el de la intransferibilidad de potestades públicas.

Tales transferencias, en muchos de los casos, tienen por objeto sustraer a la Contraloría General de la República del control y fiscalización que le corresponde realizar sobre los fondos públicos; evadir el uso de los procedimientos y principios de la Ley de Contratación Administrativa, toda vez que los entes privados a los que se les transfieren tales partidas no tienen que acudir a los procedimientos de contratación administrativa, a pesar de estar utilizando fondos públicos y a pesar de que lo hacen en ejercicio de funciones que corresponden al Estado o sus instituciones.

Por otra parte, el Estado y algunas instituciones públicas –tal y como es el caso de la Universidad de Costa Rica–, en procura de agilizar su funcionamiento, han propiciado el surgimiento y proliferación de tales entidades en las cuales delegan parte de sus atribuciones y funciones públicas, facilitándoles al efecto los recursos necesarios. Ello genera la violación de principios constitucionales tales como el de caja única y el de la indelegabilidad de atribuciones públicas.

El objeto del presente estudio se orienta a realizar un breve análisis del marco teórico y normativo que rige a las fundaciones, al régimen de control y fiscalización que corresponde realizar a la Contraloría General de la República y, particularmente, a los requisitos que, a la luz de la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, son necesarios para la validez de las transferencias de recursos públicos a tales entes privados.

I. MARCO LEGAL Y TEORICO

Las fundaciones en Costa Rica se rigen por lo dispuesto en la Ley Nº 5338, del 28 de agosto de 1973, en la cual se les conceptualiza como entes privados de utilidad pública, establecidas sin fines de lucro con el objeto de realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un

patrimonio, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social (artículo 1º).

Ahora bien, tal conceptualización como “entes privados de utilidad pública” ha provocado no pocas discusiones en cuanto al régimen de derecho que se les debe aplicar. Por ejemplo, para el Profesor Carlos Manavella tal definición “...ubica a las fundaciones en una especie de <<zona gris>> entre el Derecho Privado y el Derecho Público y, más específicamente, entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo y la tornan en una institución jurídica ubicua”.⁽¹⁾

Sin embargo, otros autores, dentro de los que destaca el conocido autor venezolano BREWER CARIAS, consideran que las fundaciones son personas jurídicas de derecho privado, en contraste con las personas jurídicas de derecho público, que sólo pueden crearse para desarrollar actividades que signifiquen bienestar social y utilidad general.⁽²⁾

En la misma obra, el citado autor nos indica que:

“Las fundaciones se constituyen mediante un negocio de Derecho Privado de carácter unilateral que es el acto de constitución o fundación, el cual puede ser adoptado tanto por personas naturales o por personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, estatales o no estatales”.⁽³⁾

Conforme se podrá apreciar, para el autor citado, no sólo los particulares o las sociedades civiles pueden constituir fundaciones, sino también las personas jurídicas de derecho público. Y ello es así por cuanto la legislación venezolana contempla la posibilidad de crear

(1) MANAVELLA CAVALLERO, Carlos. *Diagnóstico sobre el status quo de la legislación costarricense sobre las organizaciones sin fines de lucro*. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. San José, 1993, pág. 27.

(2) BREWER CARIAS, Allan. *Régimen Jurídico de las Fundaciones y la Ley de Organización y Salvaguarda del Patrimonio Público*. Instituto de Derecho Público, Volumen V, Universidad Central de Venezuela, 1985, pág. 179 y siguientes.

(3) *Ibid.*

fundaciones públicas. Ahora bien, para determinar si la fundación es pública o privada, no basta conocer la naturaleza y el aporte de sus fundadores, sino, fundamentalmente, quien se reserva la dirección de la fundación.

Del criterio doctrinario referido se desprende que en el caso particular de Venezuela, el régimen de derecho aplicable a las fundaciones dependerá de la naturaleza de éstas.

En Costa Rica, sin embargo, dado que, en principio, las fundaciones sólo pueden ser creadas por sujetos de derecho privado (artículo 2 de la Ley de Fundaciones), salvo norma especial en contrario –tal y como es el caso del artículo 94 de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico que faculta a las universidades estatales constiuir este tipo de entidad es para “mejorar y agilizar la venta de bienes y servicios”–, el régimen jurídico aplicable es el de derecho privado. Es decir, en nuestro país las fundaciones son personas jurídicas de derecho privado, sin importar la procedencia del patrimonio fundacional.

II. SOBRE EL CONTROL Y FISCALIZACION DE LOS FONDOS PUBLICOS

En los últimos años, el Estado costarricense ha procurado mejorar los mecanismos de control y fiscalización sobre el destino de los fondos públicos al sector privado. La aprobación de la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Nº 7428 del 7 de setiembre de 1994) es prueba de ello.

Como es de todos conocido, compete al Organo Contralor, fiscalizar el destino y manejo de los fondos públicos. En ejercicio de tal atribución ha emitido directrices indicando a los entes públicos que, cuando giren fondos públicos, exijan a las entidades privadas beneficiarias llevar cuentas contables separadas, con el propósito de lograr mayor claridad en la fiscalización del uso y destino de tales recursos.

En Costa Rica existen dos formas comunes para que las entidades privadas, como es el caso de las fundaciones y asociaciones, tengan acceso a los fondos públicos:

1. Por asignación concreta en las Leyes de Presupuesto Nacional a una determinada organización para un fin señalado en dicha Ley; y
2. Por asignación de una entidad pública para un previamente establecido por ésta o por la organización interesada”.⁽⁴⁾

Las dos formas de acceso del sector privado a los recursos públicos, implican sumas muy considerables que tienden a incrementarse año con año, lo cual amerita, sin lugar a dudas, una intervención más enérgica y directa de parte de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, se ha cuestionado mucho la transferencia de fondos públicos a las entidades privadas, tanto en lo relativo a la oportunidad y conveniencia, como en lo relativo a los controles que deben ejercerse, tendientes a lograr el mejor aprovechamiento de dichos recursos. Incluso se afirma en algunos sectores que la transferencia de fondos públicos a entes privados sustrae a la Contraloría General de la República del control y fiscalización que le corresponde realizar respecto de tales recursos y permite que los gastos sean substraídos de la aplicación de procedimientos y principios de la Ley de Contratación Administrativa. De modo que aunque dichas fundaciones utilizan fondos públicos y realizan funciones que corresponden al Poder Central, no tienen que acudir a los procedimientos de contratación administrativa.

En relación con el procedimiento de contratación administrativa, tenemos que la naturaleza de entes privados propia de las fundaciones, impide considerar que se está ante Administraciones Públicas aun cuando excepcionalmente ejerzan funciones públicas. Esa naturaleza determinaría la imposibilidad de realizar contratos administrativos, máxime en un sistema que, como ha sido tradicionalmente el nuestro, funda la distinción contratos administrativos-contratos privados en un criterio orgánico. Sin embargo, la ausencia de contratación administrativa no determina que los citados entes puedan contratar como quieran y sin control alguno. Procede recordar que a partir de la vigencia de la Ley de

(4) HIDALGO CUADRA, Ronald. “El control sobre organizaciones no gubernamentales en la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”. **Revista Fiscalización y Gestión Pública**, Vol. 2, N° 2. San José. Contraloría General de la República. Universidad de Costa Rica, 1995, pág. 62.

Contratación Administrativa, dichos entes en cuanto utilizan fondos públicos, están obligados a sujetarse y, por ende respetar, los principios de la contratación administrativa. Lo que significa que sus contratos deben tender a la satisfacción del interés público y respetar los principios de igualdad y libre competencia, de publicidad y de eficiencia, principios que son la esencia de la contratación administrativa con independencia del procedimiento o medio de selección del contratista. Dispone en ese sentido el artículo 1º, segundo párrafo de la Ley:

“Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta ley”.

En ese mismo orden de ideas, el Reglamento dispone:

“1.2 Quedan además vinculados por los principios del presente Reglamento, la actividad contractual financiada total o parcialmente con recursos públicos, independientemente de la naturaleza jurídica de la persona de que se trate.

1.3 Cuando en la presente reglamentación se utilice el término Administración, se entenderá que se hace referencia a los sujetos que deben someter su actividad contractual a los preceptos de la Ley de la Contratación Administrativa, independientemente de la circunstancia de que en sentido estricto no formen parte de la Administración Pública”.

Pero, además, la utilización de esos fondos no puede hacerse libremente, fuera de todo control. Desde la aprobación de la Ley de Fundaciones, Nº 5338 de 20 de agosto de 1973, el legislador dispuso:

“Artículo 15.–La Junta Administrativa rendirá, el primero de enero de cada año, a la Contraloría General de la República, un informe contable de las actividades de la fundación.

La Contraloría fiscalizará el funcionamiento de las fundaciones, por todos los medios que desee y

cuando lo juzgue pertinente. Si en el curso de algún estudio apareciere una irregularidad, deberá informarlo a la Procuraduría General de la República, para que plantee la acción que corresponda ante los tribunales de justicia, si hubiere mérito para ello”.

Las posibilidades de control por parte de la Contraloría son amplias. Corresponde a ella determinar cómo ejerce el control, lo que –obviamente– puede concernir la aprobación de un presupuesto en los términos que disponga el propio Organismo Contralor. De modo que no se violenta su competencia, ni puede afirmarse que las fundaciones pueden administrar fondos públicos fuera de todo control. Si ello llegare a ocurrir es por decisión de la Contraloría de no ejercer su competencia en los términos previstos legalmente. Máxime que el artículo 18 de la Ley de Fundaciones fue reformado para robustecer el control en caso de donaciones, transferencias o cualquier tipo de aporte económico público:

Artículo 18.–Toda donación, subvención, transferencia de bienes muebles o inmuebles o cualquier aporte económico del Estado o sus instituciones para que las fundaciones complementen la realización de sus objetivos, requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) (...)
- d) Contar, cuando corresponda, con el visto bueno escrito de la Contraloría General de la República, donde se muestre que las donaciones y transferencias recibidas fueron ejecutadas y liquidadas según los fines previstos y de conformidad con los principios de la sana administración.

Las fundaciones beneficiadas con lo dispuesto en este artículo deberán rendir ante la Contraloría General de la República, un informe anual sobre el uso y destino de los fondos públicos recibidos. De no presentarlo dentro del mes siguiente al surgimiento de la obligación, el ente contralor lo informará, de oficio, a la administración activa correspondiente. En este último caso, las fundaciones

quedarán imposibilitadas para percibir fondos del Estado o sus instituciones, hasta tanto no cumplan satisfactoriamente esta obligación". (Así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 7687 de 6 de agosto de 1997).

Conforme se podrá apreciar, la norma transcrita establece el deber de todas las fundaciones que reciban fondos públicos a informar sobre el uso y destino dado a esos dineros. En consecuencia, respecto a tales entidades no podría entenderse que el control de la Contraloría es facultativo, como es el caso respecto de los demás sujetos privados que administren fondos públicos (artículo 4º de su Ley Orgánica). No obstante, ello no es suficiente toda vez que, en la mayoría de los casos, la Contraloría se limita a archivar tales informes sin realizar verificación alguna.

Por otra parte, es oportuno señalar que en la actualidad se conoce en la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa un proyecto de reforma a la Ley de Fundaciones –expediente Nº 13326–, mediante el cual se pretende ampliar el control sobre tales entidades. En efecto, mediante el citado proyecto se introducen modificaciones importantes al texto vigente del artículo 18 de la citada Ley, por cuanto realiza algunos ajustes operativos en relación con el control de los fondos que reciban las fundaciones; además de establecer como sanción, ante la omisión de rendir el informe a que elude la norma, la suspensión de la personalidad jurídica de la fundación correspondiente.

Evidentemente, constituye una decisión de prudencia legislativa establecer mayores controles a los fondos que reciban las fundaciones y desde esta perspectiva, resulta claro que la modificación de este artículo tiende a ampliar las pautas a las que se ajustará tal control, que valga señalar, sigue recayendo en la Contraloría General de la República, por ser este órgano a quien constitucionalmente compete garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos (Artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y 1, 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Ahora bien, con la reforma al artículo 18, se plantea –en primer término– ampliar ese control específico con las donaciones o fondos provenientes de otros Estados u Organismos Internacionales. Ello parece acertado, tomando en cuenta la utilidad pública y los fines generales de ese tipo de organizaciones, así como al hecho de que mucha de la ayuda

internacional que antes era recibida directamente por el Estado y sus instituciones, actualmente es canalizada a través de fundaciones, algunas de ellas, constituidas como brazos operativos de las mismas entidades públicas.

Aunado a lo anterior, no debe olvidarse que los entes constituidos como fundaciones no encuentran obstáculo legal para recibir donaciones: "Podría decirse que la necesidad de recibir donaciones para operar resulta del hecho mismo de que está excluido a las fundaciones, en principio, el ejercicio de una actividad comercial y empresarial como giro normal, ya que son entes privados de utilidad pública y sin ánimo de lucro. Por otra parte, salvada la situación de los entes públicos para donar, no se establece ningún límite expreso en cuanto a la calidad del donador, por lo que bien podría ser una persona internacional".⁽⁵⁾

III. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LAS TRANSFERENCIAS DE RECURSOS PUBLICOS A PERSONAS DE DERECHO PRIVADO

En cuanto a los requisitos que deben contener las normas presupuestarias mediante las cuales el Estado transfiere recursos públicos a personas de derecho privado, tenemos que señalar que se reducen, esencialmente, a respetar el principio de especialización presupuestaria y el de la intransferibilidad de las potestades públicas.

a) En cuanto al principio de especialización presupuestaria

El principio de especialización presupuestaria encuentra fundamento en el artículo 180 de la Constitución Política, al especificar que el Presupuesto es el límite de acción de los poderes públicos en materia de gasto público. Conforme lo cual la autorización presupuestaria no se concede en forma genérica o indeterminada, sino que, por el contrario, se requiere que concrete la finalidad de cada crédito presupuestario y el monto correspondiente. Un monto que se entiende como máximo. De esa forma, la autorización presupuestaria define tanto el destino del gasto como la cantidad máxima que puede emplearse en su atención, así como su ámbito temporal.

(5) *Procuraduría General de la República*, Dictamen C-126-94, de 3 de agosto de 1994.

El referido principio de especificación preceptúa, así, un límite cualitativo, referido al destino específico del gasto. En orden a la competencia, tenemos, entonces, que el principio obliga al Parlamento a precisar la finalidad del gasto y correlativamente, impide que el Poder Ejecutivo realice esa determinación. En consecuencia, en la autorización presupuestaria no pueden existir créditos sin vínculo con un fin determinado por la Asamblea Legislativa.

Ciertamente, el principio ha sufrido diversas atenuaciones, derivadas de la evolución de las relaciones entre Parlamento y Poder Ejecutivo y ante todo, de la evolución misma del instituto presupuestario y del pensamiento financiero.

La circunstancia de que la Ley de Presupuesto sea considerada no como una simple autorización, sino como un instrumento de regulación e intervención financiera determine la flexibilidad del citado régimen y por ende, del principio de especialidad. Aspecto que se concreta particularmente en relación con las “transferencias de crédito”. Transferencias que permiten al Ejecutivo completar o incluso modificar la decisión parlamentaria en orden al empleo de los créditos, y que pueden concernir –según los ordenamientos y los funcionarios competentes– créditos de un mismo programa o créditos de programas diferentes.

Pero fuera de esos supuestos, el principio mantiene su fuerza reguladora, estableciendo la necesidad de precisar para qué se otorga la autorización presupuestaria. Puesto que el principio concierne fundamentalmente el fin u objeto del gasto, no puede considerarse que se respeta la especialidad si ese objeto no es determinado por la ley. En consecuencia, el principio no se cumple cuando se autoriza un gasto en relación con determinada persona jurídica sin precisar cuál es la finalidad de ese gasto. Debe exceptuarse, sin embargo, el caso de las transferencias a diversas entidades públicas, puesto que esas transferencias se motivan en obligaciones derivadas de la ley y tienden a financiar la generalidad de los gastos en que deben incurrir dichas entidades. Precisamente, esas entidades, al elaborar su presupuesto, tendrán que especificar qué destino darán a los recursos anteriormente transferidos por el Estado, de manera que se satisfaga el interés público.

Ahora bien, la Sala Constitucional ha considerado, al efecto, que si la disposición presupuestaria no precisa el destino específico de los fondos, la misma resulta inconstitucional. Así, por ejemplo, en la resolución N° 9192-98 de 12:30 hrs. del 23 de diciembre de 1998 señaló:

“...no es posible considerar legítima la inclusión, dentro de la Ley de Presupuesto, de partidas en las que no se especifiquen claramente todos sus elementos esenciales: valor, destinatario, fuente de ingreso y destino a ser dado a los recursos. Lo contrario implicaría trasladar al Poder Ejecutivo la labor de aprobación de las erogaciones públicas, cuya competencia es exclusiva de la Asamblea Legislativa. Al no indicarse el destino de los recursos, se permitiría al destinatario de la partida, emplearla en la forma que él estime apropiada, lo que no puede suceder tratándose del manejo de fondos públicos, para cuya correcta administración, la vinculación al fin del gasto es un principio esencial. En ese sentido, la consulta en cuanto a este extremo debe ser respondida en el sentido de que la inclusión de partidas presupuestarias sin destino específico es inconstitucional...”.

En la medida en que la decisión sobre qué aspectos financiar con la transferencia que se le otorga corresponde al beneficiario, se violenta la claridad y transparencia del documento presupuestario, así como el principio de publicidad en materia de gasto público, puesto que el ciudadano común y corriente no puede determinar, a partir de la Ley de Presupuesto, en qué serán empleados los recursos autorizados. El carácter público de los fondos determina que sea la autoridad pública competente, el Parlamento, y no la entidad beneficiaria del crédito, la que establezca el fin a que se debe destinar la partida. De allí que no basta que en la Ley de Presupuesto se consigne que se transfiera a X entidad X suma, sino que es necesario que el legislador, no un tercero, precise que esa entidad destinará dicha suma a un determinado fin. Ello permitirá controlar, de previo, el interés público presente en ese financiamiento y luego, el manejo que de la partida se haya hecho.

b) Intransferibilidad de las atribuciones y deberes públicos

Un segundo requisito o límite a la transferencia de recursos públicos a entes de derecho privado, a través de normas presupuestarias, es el que no implique la transferencia de deberes o atribuciones propias del Estado. En relación con este aspecto, la Sala Constitucional mediante voto Nº 5399-95 de las 15:54 hrs. del 3 de octubre de 1995, estableció:

...La transferencia de 3,578,844,500 colones a la Fundación de Cooperación Estatal (FUCE), para el pago de incentivos a funcionarios públicos por concepto de movilidad laboral y reestructuraciones, así como gastos asociados con el cierre de instituciones públicas, reentrenamiento a funcionarios y gastos de divulgación y promoción, es un caso de traslado de fondos públicos a un ente privado para que este último satisfaga obligaciones del propio Estado que se originan en las relaciones ordinarias de empleo que éste mantiene con algunos de sus funcionarios, o atienda rubros que regularmente es el propio Estado el que debe atender y pagar de manera directa. La disposición implica sustituir el régimen de pago de obligaciones públicas determinadas, singulares y concretas, previsto en la Constitución Política, que atribuye esa competencia a la Tesorería Nacional, por otro diverso y especial que configura un supuesto excepcional no autorizado por ese texto fundamental.

(...)

En razón de que en el caso que ahora se consulta la transferencia de fondos se hace a un ente privado para atender gastos del propio Estado, la hipótesis quizá es más grave que la que el tribunal examinó en la resolución últimamente citada (6240-93)...”.

Resulta inconstitucional, entonces, transferir fondos a un ente privado para que sea éste el que atienda obligaciones que competen al propio Estado.

Procede recordar que conforme el artículo 1º de la Ley de Fundaciones, esos entes pueden ayudar a realizar o realizar, actividades de diversa naturaleza: educativas, benéficas, artísticas, científicas, literarias o cualquier otra que produzca bienestar social. Pero esa ayuda se hace “mediante el destino de un patrimonio” que, en principio, se supone propio. Con base en lo cual, las fundaciones bien podrían destinar sus recursos a colaborar con el Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, realizando, entonces, diversas actividades que normalmente deberían ser o son del resorte del Estado. Pero esa ayuda se realizaría con sus fondos. El problema es que el Estado al trasladarle los

fondos para que cumpla obligaciones estatales le está con ello transfiriendo el ejercicio de los deberes en relación con esas obligaciones (pago de indemnizaciones, labores de diversa naturaleza en las áreas protegidas o de conservación). Lo que significa ni más ni menos que se desvirtúa el mecanismo de relación previsto legalmente Estado-Fundaciones. El solo motivo, por demás, que puede fundar esa alteración se encuentra, probablemente, en la necesidad de superar mecanismos que se imponen al Estado en orden al manejo de los fondos y, particularmente, de los procedimientos de contratación necesarios.

CONCLUSIONES

No cabe duda que a pesar de que las fundaciones son entidades de utilidad pública, su régimen jurídico en la actualidad es de derecho privado, aun cuando excepcionalmente ejerzan funciones públicas.

No obstante lo anterior, las posibilidades de control por parte de la Contraloría General de la República son muy amplias y aumentan en el tanto reciban y administren fondos públicos. De modo que no es válido afirmar que las fundaciones pueden administrarse fuera de todo control. Si ello llegare a ocurrir es por decisión de la Contraloría de no ejercer su competencia en los términos previstos por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en el tanto utilicen fondos públicos, las fundaciones están obligadas a sujetarse y, por ende, respetar, los principios de la contratación administrativa. Ello implica que sus contratos deben tender a la satisfacción del interés público y respetar los principios de igualdad y libre competencia, de publicidad y de eficiencia, principios que son la esencia de la contratación administrativa.

Finalmente, la transferencia de fondos públicos a las fundaciones –y a cualquier otra persona privada–, a través de normas presupuestarias, sólo es válida en el tanto no se infrinjan los principios de especialización presupuestaria y el de la intransferibilidad de potestades públicas.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR SEGURA, Ruth y otros. *Análisis de las relaciones entre la Universidad de Costa Rica y las Fundaciones*. Seminario de Graduación para optar al grado de Licenciatura en Administración Pública, Escuela de Administración Pública, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Costa Rica, 1997.
- BREWER CARIAS, Allan. *Régimen Jurídico de las Fundaciones y la Ley de Organización y Salvaguarda del Patrimonio Público*. Instituto de Derecho Público, Volumen V, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985.
- MANAVELLA CAVALLERO, Carlos. *Diagnóstico sobre el status quo de la legislación costarricense sobre las organizaciones sin fines de lucro*. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. San José, 1993.
- HIDALGO CUADRA, Ronald. "El control sobre organizaciones no gubernamentales en la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República". **Revista Fiscalización y Gestión Pública**, Vol. 2, Nº 2. San José. Contraloría General de la República. Universidad de Costa Rica, 1995.
- SANCHEZ MORA, Shirley María. *Marco Jurídico que regula a las Organizaciones sin fines de lucro en Centroamérica*. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. Serie El Derecho y la Sociedad Civil Nº 3. San José, Costa Rica, 1998.

LA PENA DE MULTA EN COSTA RICA

Alonso Salazar^(*)

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) Licenciado en Derecho, Especialista en Ciencias Penales. Legum Magister en Derecho Penal por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Aspectos metodológicos
- III. Antecedentes de la resolución N° 1054-94 de la Sala Constitucional
- IV. Argumentos de la Sala Constitucional para declarar inconstitucional la conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad
- V. La pena de multa como pena alternativa a la pena privativa de libertad
- VI. Conclusiones

La ventura va guiando nuestras cosas mejor de lo que acertáramos a desear, porque ves allí, amigo Sancho Panza, donde se descubren treinta o pocos más desaforados gigantes, con quien pienso hacer batalla y quitarles a todos las vidas, con cuyos despojos comenzaremos a enriquecer, que esta es buena guerra, y es gran servicio de Dios quitar tan mala simiente de sobre la faz de la tierra.

I. INTRODUCCION

Este acercamiento al tema de la pena de multa en Costa Rica, tiene como antecedentes dos hechos distanciados en el tiempo, pero íntimamente relacionados. El primero es la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (SC), de las 15:24 hrs. del 22 de febrero de 1994, N^o 1054-94. El segundo es el artículo del periódico La Nación del domingo 16 de julio de 2000, redactado por William Méndez Garita, intitulado: "Para resolver un vacío del Código penal. Tras sanción a delitos menores. 54.490 contravenciones durante 1999". Con esas dos fuentes he decidido poner en relieve una problemática que adolece el sistema penal costarricense, que afecta a lo más profundo de la sociedad, pero que sin embargo, no siempre es vista en su verdadera dimensión, sino que el enfoque de dicha problemática, parcial y poco científico produce una falsa imagen del problema que imposibilita su solución.

II. ASPECTOS METODOLOGICOS

El presente trabajo pretende hacer un análisis de la resolución judicial antes indicada, hecho poco común en la dogmática costarricense, que por lo general no se avoca al estudio y análisis de las sentencias que emiten los tribunales. La Sala Constitucional (SC) omite en la redacción de su fallo, toda referencia bibliográfica que posibilite una confrontación científica de las afirmaciones y referencias a las que recurre y por otra parte, el artículo periodístico que, más que como fundamento, sirvió como motivador de esta crítica, por su naturaleza informativa no incluye tampoco ninguna referencia de carácter científico, en todo caso, está claro que ese no es su cometido. Es en virtud de los dos aspectos antes mencionados, que me he permitido omitir toda referencia bibliográfica, no para evitar una discusión científica del tema, sino para poder circunscribir estas notas a un debate puro y simple en cuanto a la información suministrada y los planteamientos filosóficos y argumentativos

que el tribunal constitucional costarricense expresa en la sentencia de marras. Con ello pretendo demostrar la confusión de principios y valores en que incurre dicha sentencia. Iré esbozando uno a uno los puntos incluidos en la pieza jurídica, hasta establecer mi punto de vista con respecto al tema y toma de posición.

III. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCION N° 1054-94 DE LA SALA CONSTITUCIONAL (S. C.)

La resolución judicial citada resuelve de manera acumulada varias acciones de inconstitucionalidad que fueron planteadas básicamente contra el procedimiento en el juicio de faltas y contravenciones, contenido en el anterior Código de Procedimientos Penales, derogado por el hoy vigente Código Procesal Penal. El punto de interés en este caso, no son los diversos aspectos alegados en dichas acciones y resueltos por la SC, sino el problema que originalmente fuese planteado por la Procuraduría General de la República (PGR) y que la SC resolvió de oficio en el fallo citado. La PGR señaló en su oportunidad: “A juicio de la Procuraduría, al contraventor condenado que va a prisión por el no pago de la multa, debe concedérsele o bien el derecho de recurrir a una segunda instancia o bien que no se le aplique el artículo 56 del Código citado (se refiere al Código Penal); más bien recomienda la eliminación de la pena de prisión en caso de contravenciones y la utilización de penas alternativas en su lugar”.

La nota periodística de Méndez indicada, señala algunos aspectos que no deben de pasar inadvertidos para el lector inteligente:

- a) Frustración de las autoridades policiales, insatisfacción de los ciudadanos, impunidad de los delincuentes y aumento de la violencia.
- b) Estos componentes se unen alrededor del vacío legal existente en la sanción de contravenciones.
- c) Diversos sectores del país se han unido para buscar una solución, cuya versión final estará hasta dentro de algunas semanas.
- d) Se sabe que no está descartada la posibilidad de que las personas puedan ir a prisión y a otros se les apliquen sanciones alternas, como prestación de servicios de utilidad pública.

- e) Las contravenciones, conocidas también como delitos menores, son cerca de 123 en el Código penal y se vieron afectadas por una resolución de la Sala IV, que en 1994 dijo que no se podían convertir los días multas –así se castiga a este tipo de falta– en días cárcel.
- f) El efecto no se queda en este Código, pues podría extenderse a unas 70 leyes que contienen normas similares, según un reporte preliminar del estudio que efectúa la Procuraduría General de la República. Entre las afectadas están: la Ley forestal, la ley de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ley de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas y drogas de uso no autorizado, así como la Ley de conservación de vida silvestre.

IV. ARGUMENTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL LA CONVERSION DE LA PENA DE MULTA EN PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Estos son los principales argumentos esgrimidos por la SC y que a juicio de ésta justificaron la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase contenida en el artículo 56 del Código Penal que reza: “Artículo 56: Si el condenado no pagare la multa, *ésta se convertirá a razón de un día de prisión por un día de multa, sin perjuicio....*”

a. Las contravenciones protegen bienes jurídicos de menor importancia en la escala de valores que ha elaborado el legislador y en atención a ello, ha diseñado una respuesta político criminal diferente a la que elaboró para los delitos.

El primer argumento de la SC para hacer una diferenciación en cuanto a las contravenciones y los delitos en relación con el bien jurídico protegido, no es del todo correcto. Existen delitos y contravenciones que protegen un mismo bien jurídico, sin embargo, la diferencia en cuanto a la respuesta que prevé el ordenamiento jurídico en caso de un ataque a ese bien jurídico o su puesta en peligro, se determina en razón del daño que el autor le inflige a la víctima en términos económicos. No existe en tales casos diferencia alguna en cuanto al bien jurídico protegido, sino un reproche de menor envergadura a nivel de la culpabilidad del autor y no propiamente en relación con el bien jurídico tutelado. En otras palabras, la diferencia se origina en la función que el legislador le da a la pena y es

aquí donde la política criminal entra a jugar su papel, pues en tales casos, la agresión a un mismo bien jurídico debería generar una misma respuesta, hoy en día se le atribuye a la pena una función de prevención general positiva (reafirmación de valores). De este modo pretende limitar en lo mínimo posible los derechos fundamentales del imputado (como su libertad y patrimonio) y proteger la paz y convivencia social, por medio de la protección de ciertos bienes jurídicos que determinada sociedad considera dignos de tal protección, por lo que la pena cumple con un papel simbólico de reafirmación de esos valores de manera que quien comete un hecho sancionable reciba una pena adecuada a su contenido de culpa, que la sociedad como un todo reciba el mensaje de que, en caso de que alguien se decida a cometer conductas lesivas contra los bienes jurídicos protegidos, será sujeto de tales penas (fin disuasivo de la pena). En última instancia, se impone el carácter de *última ratio* del derecho penal, entendiendo como tal, que el derecho penal sólo debe actuar cuando no exista dentro del ordenamiento jurídico otra forma menos lesiva y adecuada para salvaguardar dichos bienes.

b. La mayoría de la población contraventora pertenece a una clase social baja o de escasos recursos, o a aquella que tiene valores y costumbres distintos a los de la clase predominante. Desde este punto de vista un importante sector de la doctrina considera que el sistema contravencional sirve como instrumento de control social, criminalizante y opresor de la población marginada. Si a esto aunamos el hecho de que la mayoría de los contraventores de esa clase, de no pagar la multa, deben cumplir el castigo con una pena de prisión, el problema se torna aún más grave y peligroso dentro de un contexto democrático de derecho.

Dicho argumento en sí mismo no tiene razón de ser. Debe señalarse que no se trata de que la mayoría de la clase contraventora pertenezca a una clase social baja o de escasos recursos, esta característica es válida para todo el sistema jurídico-penal; es lo que la doctrina ha denominado "clientela penal" y ha sido ampliamente criticada sobre todo por la criminología crítica y el interaccionismo simbólico. Uno de los argumentos fundamentales de las corrientes abolicionistas del derecho penal, se fundamenta precisamente en el carácter selectivo y discriminante que se le atribuye.

No pocos han afirmado que el derecho penal es un derecho al servicio de la clase poseedora en detrimento de los menos acaudalados

y que las cárceles están llenas de pobres, o que los ricos nunca van a prisión. También ha sido criticado tanto el carácter, como la naturaleza de la pena carcelaria y se ha llegado a afirmar que la pena cumple un fin de control de la mano de obra y que no es más que un producto de la Revolución Industrial, que la política criminal muestra una relación inversa a los ciclos económicos, así a mayor florecimiento económico, menor represión punitiva y viceversa. Más sencillo aún, se ha afirmado que el derecho como tal, no es más que una superestructura al servicio de una estructura económica dominante. Con base en lo anterior, no puede sostenerse el argumento expuesto en referencia exclusiva al sistema contravencional. Por otra parte, el hecho de que un determinado sujeto no pueda pagar una multa, no obedece a la contravención que comete o a la amenaza de que de no pagar irá a prisión (conversión de la pena), sino al modo de fijar la multa y hacer efectivo su pago, por lo que nos enfrentamos no a un fenómeno económico en sentido estricto, sino a una mala interpretación y aplicación de las leyes penales. Para demostrar lo anterior, basta con observar los mecanismos que la legislación pone a disposición del juez y que la misma sentencia que se analiza expresamente cita:

1. El pago inmediato, regulado en el artículo 53 del Código Penal, debe realizarse dentro de los 15 días posteriores a la firmeza de la sentencia.
2. El pago por cuotas, regulado por el artículo 54 del Código Penal, mediante el cual el juez, por medio de resolución posterior al dictado de la sentencia, si las condiciones económicas del imputado lo ameritan, puede autorizar el pago en cuotas, fijando la suma de cada una y los términos dentro de los cuales debe pagar, pudiendo exigirle una garantía real o personal para el caso de incumplimiento, o bien revocar el beneficio si las condiciones del imputado mejoran.
3. El pago diferido, regulado en la misma norma según, el cual el juzgador puede acordar un plazo para que el obligado pague la multa. Puede utilizarse en casos de que exista desocupación temporal, enfermedad o cualquier otra causa que afecte los ingresos del sentenciado en forma temporal.
4. Ordenar que se descuenta la multa con trabajo, a favor de la comunidad, conforme lo permite el artículo 55 del Código Penal, eso sí estando en libertad, fuera de un Centro Penitenciario, pero con control del Instituto Nacional de Criminología.

Como puede apreciarse el sistema otorga al imputado una serie de modalidades para el cumplimiento de la multa, las que hacen desaparecer y desvanecerse el argumento de que quien va a la cárcel por el no pago de la multa, lo hace por su condición de insolvencia económica, premisa fundamental por la que la SC declaró la inconstitucionalidad de la mencionada conversión.

El artículo periodístico de marras incorpora un par de elementos de juicio que hacen pensar sobre la importancia de las contravenciones o delitos menores como les denomina. Al respecto señala: “Este tipo de delito menor había tenido un comportamiento estable entre 1994 y 1998, pero dio un salto el año pasado, cuando se registraron 59.490 casos. En 1994 se presentaron ante el Poder Judicial 45.002 denuncias contravencionales; 47.944 un año más tarde y 44.585 en 1996; ingresaron 42.686 durante 1997 y en 1998 los casos llegaron a 42.855. El año pasado se presentaron 6.255 denuncias por amenazas, convirtiéndose en la contravención más frecuente. La siguió el hurto menor con 4.956 expedientes; las causas por golpes que fueron 4.814 y desórdenes que sumaron durante 1999 un total de 3.209”.

Con base en esas estadísticas, para las que se tomó como fuente el Departamento de Planificación del Poder Judicial, queda absolutamente demostrado que no es cierto que por la naturaleza de las contravenciones más frecuentes, éstas tengan connotaciones sociales específicas de una clase determinada. En todo caso, de ser así y que por consiguiente las contravenciones resultaren aplicables sólo a determinados estratos sociales (fenómeno de criminalización primaria), lo procedente es modificar el carácter discriminatorio de la norma y no el modo de ejecución general de la pena contravencional, pues lo que resulta inconstitucional no es la pena en sí, sino la descripción típica de la contravención en su caso.

c. Estudios en la materia revelan que casi la totalidad de los contraventores en prisión, se encuentran allí porque no pueden pagar la multa impuesta sin que el sistema les ofrezca una pena alternativa; se encuentran presos como sanción a su insolvencia personal.

Es lamentable que la sentencia en cuestión omita la fuente en que base sus afirmaciones, lo que permitiría verificar sus datos y por lo tanto constatar la veracidad de dicha afirmación. Lo primero que debe

apuntarse, es que en Costa Rica, tal y como se indicó líneas atrás, sí existen los mecanismos para otorgar al condenado suficientes oportunidades para pagar la multa, incluso por medio de trabajo a favor de la comunidad (art. 55 CP), lo que es ni más ni menos, que una pena alternativa. Desde luego el argumento expuesto cae por su propio peso, toda vez que la misma SC se contradice en sus afirmaciones.

Por otra parte, una pena de multa bien aplicada debe basarse en las condiciones económicas del imputado, así lo establece específicamente la ley (art. 53 CP) a saber: el importe del día de multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos y otros elementos de juicio, que el Juez considere apropiados. Con base en lo anterior, es absolutamente imposible dentro de los parámetros legales establecidos, imponer una pena de multa a un insolvente, pues el juez no tendría base para su determinación, con lo que le subsistiría la posibilidad de importar una pena de trabajo al servicio de la comunidad, tal y como lo contempla en art. 55 del CP. Además el legislador establece en el art. 53 del CP dos límites específicos a la multa. Por un lado, si el condenado viviere exclusivamente de su trabajo, el día de multa no podrá exceder el monto de su salario diario, y por otro, el límite máximo es de trescientos sesenta días multa. Si en la práctica son impuestas penas de multa de manera arbitraria y resultan imposibles de pagar por parte del condenado, ese es un problema que atañe a la administración de justicia, calificación y preparación de jueces y a la ejecución penal, pero nunca un problema de inconstitucionalidad de la norma. Sí puede resultar inconstitucional la práctica judicial de actuar de esa manera, como ya lo ha establecido la SC por vía de la declaratoria de inconstitucionalidad de una determinada interpretación jurisprudencial.

d. También se ha demostrado –como ya se indicó–, a través de múltiples estudios realizados por organismos internacionales y en investigaciones de campo, que la gran mayoría de los contraventores pertenecen a las clases sociales más marginales de nuestra sociedad, en consecuencia, lo más probable es que terminen en prisión, castigados por conductas que muchas veces censuran “lo que son” y no necesariamente lo que han hecho.

De nuevo sin citar la fuente, la SC recurre al argumento de la pertenencia social del contraventor, para justificar la declaratoria de

inconstitucionalidad de la conversión de la multa en prisión, punto que ya fue analizado supra. Sin embargo, lo más significativo es el “*argumento de probabilidad*” empleado como estandarte en defensa de los menos desposeídos a quienes, al decir de la Sala, se les juzga por lo que son y no por lo que hacen. Aquí hay que hacer un alto en el camino, para tratar de digerir esa argumentación carente de sentido y lógica formal. Si existe un derecho penal de autor y no de hechos, ese es un problema de constitucionalidad que deberá resolverse en el caso concreto (norma por norma) y no en general. Al eliminar por ese motivo la conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad, se está entrando en una confusión tremenda, puesto que dicha eliminación no se justifica en la conversión de la pena ni tampoco soluciona el problema del derecho penal de autor. Por otro lado, con base en la probabilidad infundada de no pago de la multa a que hace referencia la sentencia, no hace más que caer en un sinsentido al afirmar, que cómo es posible que las personas con escasos recursos o pertenecientes las clases bajas no paguen la multa, entonces debe eliminarse la posibilidad de convertir la multa en pena privativa de libertad, con lo que se deja de lado el hecho principal y este es, que la razón de la multa no es la pobreza del condenado sino el hecho que cometió y por el cual se le juzgó con observancia de todos sus derechos procesales, razón suficiente para descartar por completo la argumentación de la SC.

- e. No importa el fin que la doctrina haya pretendido darle a la conversión de la multa en prisión en esa materia, la realidad indica que esta sanción se convierte en una clarísima prisión por deudas, que afecta principalmente a los más desprotegidos de nuestra sociedad.**

Este es el principal argumento de la SC para declarar la inconstitucionalidad de la conversión. Si se lee con detenimiento y se analiza tal afirmación, se llega a la conclusión de que la sentencia adolece de falta de lógica. Ante todo la SC debe tener presente que por medio de una reducción teleológica como método interpretativo de las normas jurídicas, se puede concluir que el legislador lo que pretendió con la conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad, no es amontonar en las cárceles a los pobres, sino al contrario, la pena de multa es una pena alternativa a la prisión, la conversión no es ni más ni menos que un método de compeler su cumplimiento y que viene a ser una pena adicional no por el hecho cometido sino por la negativa a cumplir la pena más benigna que le fuera impuesta, para no dejar el cumplimiento de ésta a la libre voluntad del transgresor.

No puede afirmarse que desde todo punto de vista la conversión de la multa en pena privativa de libertad es por sí misma una prisión por deudas. La multa no es una deuda, es una pena, por lo que su naturaleza se enmarca dentro de lo que se conoce como derecho punitivo y no dentro del derecho civil. El instituto de la prisión por deudas encuentra sus orígenes en el derecho romano, el que autorizaba la reducción del sujeto a la condición de esclavo por no poder honrar sus obligaciones civiles. Esto es considerado en las sociedades modernas un instituto denigrante y violatorio de los derechos humanos, por lo que se encuentra expresamente prohibido en la Constitución Política costarricense (art. 38). No obstante, tal y como se señaló, la multa le es impuesta al sujeto como sanción, en virtud de un hecho tenido por demostrado en un proceso penal. El legislador ha determinado que el grado de reproche a tal hecho, sea menor en comparación con los delitos, sin embargo, tuvo en cuenta que de no ser cumplida la pena por el autor, éste se vería limitado en un derecho fundamental como lo es su libertad, pero no por carecer de medios, puesto que esta circunstancia ha de ser considerada al determinar el monto de la multa y su forma de pago, sino más bien, por demostrar un doble desprecio hacia los bienes jurídicos tutelados por la sociedad, al no cumplir con el pago dicha multa.

f. Indudablemente es inconstitucional que la pena sustitutiva, de diferente naturaleza a la pena sustituida, sea de mayor gravedad que ésta, atendiendo a razones ajenas a la culpabilidad o antijuridicidad del hecho, como son las condiciones patrimoniales del condenado.

No es válido afirmar que se trate de una conversión que resulte más gravosa que la pena original ni que sea denigrante y que por tanto resulte inconstitucional. Al recurrir a tales argumentos sólo demuestra una incomprensión absoluta del instituto de la conversión. De lo que se trata es precisamente de amenazar con un pena mayor a quien ha cometido una falta, en caso de que se niegue a cumplir una pena menor, porque demuestra un doble desprecio hacia los valores sociales. Dado que comete una falta contra un particular con lo que afecta la convivencia humana, además demuestra un menosprecio hacia el sistema jurídico. La reducción al absurdo del argumento expuesto por la SC por medio de su interpretación a *contrario sensu* pone en evidencia su falta de coherencia. La SC afirma que la sustitución de la pena resulta más gravosa que la pena original, *ergo* de no ser así sería constitucional, consecuentemente la solución al problema consistiría en que el legislador

en lugar de una pena de multa para las contravenciones, prevea una pena de prisión (más grave), pero dándole la posibilidad al juez de convertirla en pena de multa (pena menos grave), de ahí desaparece el escollo que encuentra la SC. No obstante, el incumplimiento de la pena menos grave (multa) produciría el efecto de que subsiste la pena más grave (prisión), así quien no paga la multa va a prisión, o sea, el mismo resultado, las mismas consecuencias. Sin embargo, en tal supuesto sería constitucional la conversión, pues el condenado incumplió la pena menos grave (en este supuesto alternativa) cuando la pena prevista era la más grave (prisión).

V. LA PENA DE MULTA COMO PENA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La pena de multa ha sido vista en otros sistemas jurídicos como una pena alternativa muy efectiva para el combate de ciertos delitos, sobre todo delitos económicos, tales como delitos societarios (la persona jurídica como autor), fraudes, delitos de bolsa y por supuesto, como alternativa a los delitos menores, sancionados con pena privativa de libertad no superior a seis meses de prisión y faltas administrativas.

El problema que presenta la pena de multa, no es la multa en sí, sino su determinación y ejecución, puesto que la multa por su naturaleza, no es ni más ni menos que una disminución del patrimonio del autor, con el propósito de eliminar la ganancia obtenida con el delito y desincentivar la realización de conductas delictivas, o el deseo de infligirle al autor, una disminución patrimonial aleccionadora. En el campo de los delitos económicos ha sido vista como una alternativa idónea para sancionar sobre todo a las personas jurídicas, ante la imposibilidad de imponer una pena privativa de libertad. Por otra parte constituye una importante fuente de ingresos para el sistema de justicia penal con el propósito de hacer frente a las demandas que la lucha contra la criminalidad.

Una característica del derecho penal en relación con otras áreas del derecho, constituye la ejecutabilidad de las sentencias penales. La multa por constituir una sanción de carácter civil, carece del elemento intimidante que contiene la pena privativa de libertad, así la ejecución de las sentencias emitidas por los tribunales civiles o administrativos, no contienen dicho carácter, amén de que éstas se limitan a la ejecución del patrimonio y bajo ciertos límites y condiciones. Precisamente, al

introducirse una sanción eminentemente civil dentro del proceso penal, con la intención de minimizar el carácter punitivo y exclusivamente carcelario de la sanción penal, con todos los efectos negativos para el autor que su reclusión engloba y la carga social que esto implica, se le otorgó a la falta de cumplimiento de dicha sanción (multa) un carácter especial, que posibilite el mayor aprovechamiento de la despenalización y la mayor eficiencia en cuanto a su cumplimiento y fines preventivo-criminales.

La SC al confundir la naturaleza de la conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad, ha hecho desaparecer el instituto en el derecho costarricense, con las graves consecuencias que ello significa. El artículo periodístico citado pone en evidencia los efectos de la resolución analizada, “cuando una persona es declarada como infractora contravencional se le impone como castigo la multa, pero si no paga nada sucede, pues no existe forma de ejercer coacción para que lo haga. El efecto de esta situación es la generación de un grado de insatisfacción social, pues encuentran la situación como una burla. Muchas veces un policía no ha terminado de llenar el parte de la detención, cuando se pone en libertad al delincuente y eso es desestimulante y más lo es para la ciudadanía”.

Lo más grave de esta circunstancia es, que a nivel mundial se trata de incentivar la introducción de penas alternativas a la prisión. La reforma procesal penal en Costa Rica introdujo una serie de institutos tendientes a dotar al proceso penal y la ejecución penal de paleativos que disminuyan los efectos criminológicos del encierro carcelario y la estigmatización. La reforma penal proyectada pretende introducir todo un elenco de penas alternativas a la prisión e incluso ir más allá, pues parte de la reforma tiende a despenalizar conductas y a hacer más efectiva la ejecución penal sin criminalización (carrera criminal) y con sentido social por medio de alternativas a la cárcel.

El problema fundamental de la pena de multa en Costa Rica se centra en dos hechos. Por un lado, el Código Penal se divide en tres libros. El primero trata de las disposiciones generales, conocido en doctrina como parte general. El segundo, trata de los delitos que la dogmática denomina parte especial. El tercero, trata de las contravenciones, y por decirlo de una forma clara y sin tapujos, no lo trata la doctrina y prácticamente nadie lo conoce. El segundo hecho, es que este tercer libro ni siquiera se estudia porque no se considera importante. No existe un solo curso dentro del curriculum universitario

de la carrera de derecho, que se dedique al estudio de las contravenciones y esto implica un gran desconocimiento y desprecio por la materia.

El éxito de las penas alternativas a la prisión radica en su cumplimiento coactivo, sólo de esta forma pueden cumplir su objetivo y transmitirán a la sociedad un sentido de normatividad, desarrollando la cultura jurídica necesaria para el respeto del ordenamiento jurídico. Ante la imposibilidad de exigir en cada caso garantías de cumplimiento de las penas impuestas por los órganos de administración de justicia penal, la conminación al encierro constituye la forma más efectiva de obligar al condenado a cumplir su sentencia y que ésta cumpla sus fines. De otra forma estaríamos soñando despiertos, si pretendemos pensar que el condenado estará dispuesto a cumplir voluntariamente, lo demuestra la experiencia de las contravenciones en Costa Rica a partir del fallo que aquí se critica.

VI. CONCLUSIONES

La conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad, no constituye una prisión por deudas, sino un reforzamiento de la sanción para el autor, que se niega al pago de la multa.

La insolvencia del autor, no es la causa de que no pueda hacer frente al pago de la multa impuesta, toda vez que el sistema jurídico otorga al juez diversas formas de hacerlo efectivo, facultades que de igual forma le son otorgadas al condenado para que solicite tales beneficios.

En los casos en que la multa resulte absolutamente imposible de cumplir para el autor, esto obedece no a la naturaleza de la pena de multa, sino más bien, a un error judicial en la determinación de su monto, pues la ley no establece parámetros imposibles de cumplir para ningún sujeto.

La determinación del monto de la multa deber ser establecido por el juez, el que deberá atender no sólo el daño causado por el infractor, sino el beneficio obtenido por la falta y su situación económica particular. Por ningún motivo se debe recurrir a montos fuera del alcance del infractor o que le signifique una carga imposible de cumplir, lo cual conlleve finalmente a una pena privativa de libertad.

La pena de multa constituye la principal pena alternativa de la prisión, debe incentivarse su aplicación en la medida de lo posible y ampliarse incluso a los delitos sancionados con penas de corta duración. La experiencia en otros sistemas jurídicos demuestra que es mucho menos perjudicial para el autor, desde un punto de vista criminológico, desincentiva la reincidencia, no estigmatiza, se cumple en libertad, es retributiva para la sociedad, elimina el costo social de la pena privativa de libertad y no es denigrante. Muchas veces, tratándose de nuevas formas de delincuencia económica es la única pena posible (contra personas jurídicas).

La pena de multa sin la posibilidad de conversión en pena privativa de libertad es una quimera.

¿Qué gigantes? –dijo Sancho Panza.

–Aquellos que allí ves –respondió su amo– de los brazos largos, que los suelen tener algunos de casi dos leguas.

– Mire vuestra merced –respondió Sancho– que aquellos que allí se parecen no son gigantes, sino molinos de viento, y lo que en ellos parecen brazos son las aspas, que, volteadas del viento, hacen andar la piedra del molino.

**EL INTERDICTO DE AMPARO DE POSESION
EN FAVOR DE LA ADMINISTRACION:
UNA FALACIA JURIDICA**

Máster César Hines^()*
Abogado costarricense

SUMARIO:

Introducción

1. El interdicto de amparo de posesión
2. Las personas jurídicas como titulares de derechos posesorios:
la persona jurídica
3. La persona jurídica privada como titular del derecho de posesión
4. La Administración Pública como titular de derechos reales
5. El principio de la autotutela administrativa
6. El interdicto de amparo para proteger la propiedad
7. El interdicto de amparo por la ocupación de la Administración
8. La posesión ejercida por la Administración

Conclusiones

INTRODUCCION

En el Derecho, como me imagino que también sucede en otras ramas del saber humano, para algunas personas es más fácil implantar condiciones, características o soluciones existentes pero creadas para determinadas circunstancias, que estudiar y analizar para configurar lo que efectiva y realmente procede en ciertos conflictos jurídico sociales.

No debemos perder nunca de vista, que las instituciones jurídicas obedecen y así ha sido siempre, a la intención clara de solucionar los problemas de la manera más acorde con las circunstancias que rodean cada uno de los casos sometidos a su escrutinio, por lo que no es posible aplicar a todas las situaciones los mismos procedimientos por igual, cuando existen ciertos elementos que configuran precisamente una desigualdad de tratamiento.

Situaciones como las planteadas no deben pasar inadvertidas porque se rompe el equilibrio que debe existir en la aplicación del Derecho, y por ende no podría ni siquiera insinuarse una búsqueda de justicia en esa materialización. Así por ejemplo, las normas que prohíben enjuiciar a los miembros de los Supremos Poderes como si fueran simples ciudadanos constituyen un fuero especial en favor de aquellos que no puede desconocerse, y el procedimiento instaurado para esos casos es único y singular, sin que por ello los sujetos a los que se refiere la norma adquieran una dimensión sobrenatural. Pero proceso legal implica recorrer un determinado iter y debe respetarse el espíritu del que está estructurado para conocer las razones por las cuales es diferente uno del otro y con ello se restringe la aplicación de acuerdo a los sujetos y al objeto del debate, ya que de lo contrario no tendría sentido crear varios y diferentes si uno de ellos podría ser aplicado en forma general para todas las situaciones posibles.

En este sentido, la aplicación de procesos desarrollados históricamente para resolver conflictos de cierta naturaleza y para litigantes de cierta calidad, no pueden ser utilizados en la resolución de problemas donde se carece de esa categoría en las partes y en ese sentido creo que se ha mal utilizado el interdicto de amparo de posesión con respecto a la Administración Pública, que por la posición privilegiada y de supremacía que ostenta, se le han estructurado otras formas para ejercer su autoridad.

Hacer una aplicación generalizada del proceso interdictal sin parar mientes en quienes son las partes, ha llevado a una situación –desde mi punto de vista–, incorrecta, pues se le reconoce a una figura sin derechos propios, aquellos derechos que solamente le son reconocidos a quienes jurídicamente pueden disfrutarlos, directa o indirectamente.

1. EL INTERDICTO DE AMPARO DE POSESION

Dice el artículo 457 del Código Procesal Civil en lo que interesa:

“Los interdictos sólo procederán respecto de bienes inmuebles, y de ninguna manera afectarán las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre los cuales no se admitirá discusión alguna...”.

De la norma supra transcrita se desprenden los dos elementos fundamentales sobre los cuales se asentará el presente estudio. La materia relativa a la posesión siempre ha sido considerada muy confusa y difícil, pero las nociones más elementales de semejante concepto no pueden parecer más sencillas, y la posesión, se nos dice, es palabra que elude a una relación de hecho, que expresa la adherencia física de la cosa a la persona, es el vínculo tangible entre aquélla y ésta, o bien, la disponibilidad en sentido material. En contraposición, podríamos afirmar que el **“derecho”** es algo que la mente concibe como existente aunque no deje huella en nuestros sentidos, y a diferencia de los estados posesorios, el estado de titularidad jurídica puede existir aunque la relación entre sujeto y objeto no sea perceptible por los sentidos. Esta es ciertamente una verdad, aunque sólo sea a medias. Puig Brutau nos dice que la posesión es ante todo, señorío de hecho sobre una cosa, el poder efectivo sobre ella,⁽¹⁾ y ello constituye un hecho y también un derecho, pues el primero se da en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de ese poder o dominación, pero es un derecho en la medida en que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión. Es decir, goza del contenido de los dos.

Ahora bien, existe un elemento que como fundamento de la situación reconocida como el **“hecho jurídico”** constituye el punto medular de la discusión. Nos referimos a la particularidad de que la posesión depende de la voluntad del sujeto que posee la producción de estas consecuencias previstas por la ley, entonces la posesión aparece y debe aparecer como un derecho subjetivo.

En razón de esas especiales connotaciones que tiene el instituto posesorio, la doctrina ha distinguido dos tipos de posesión: La mediata y

(1) Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, segunda edición, volumen 1. Bosch casa editorial, Barcelona, pág. 46.

la inmediata, siendo la primera aquella que se tiene por mediación de la posesión de otro. Wolff y Raiser⁽²⁾ dicen que entre el poseedor mediato y la cosa, media aquel que en contraposición al servidor de la posesión tiene la posesión misma; es el mediador posesorio o subposeedor; el poseedor mediato es poseedor superior, y al que posee sin mediador posesorio, se le llama poseedor inmediato.

Dos elementos fundamentales se sustraen de las consideraciones anteriores, y son que para que exista un efectivo reconocimiento de la posesión debe existir un “*animus domini*” de parte de quien la ejerce con una vinculación entre el poseedor y la cosa poseída de tal manera que la identificación entre ambos, poseedor y cosa, sea un vínculo cuasi insoluble. Esos dos elementos son el punto central del instituto, pues como se verá infra, en nuestro Ordenamiento Jurídico se ha permitido la legitimación procesal a entidades jurídicas que por su propia naturaleza carecen de ella, para luchar por un título que está reservado a otros sujetos.

2. LAS PERSONAS JURIDICAS COMO TITULARES DE DERECHOS POSESORIOS

• La persona jurídica

Como lo dice De Castro y Bravo,⁽³⁾ el afán sistematizador de los pandectistas, llevó a clasificar a todos los sujetos de derechos, llamando persona natural al hombre y persona jurídica a cualquier sujeto de derechos distinto del hombre. Pero en ningún caso autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de Sociedad fuese posible crear una persona jurídica. Doctrina lógica, pues para la técnica jurídica era y es includable que: a) el contrato de sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios; b) que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario –patrimonio colectivo o comunidad en mano común– que les separa el patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios. Podemos agregar otra razón, pero más de

(2) Wolff, Martin y Raiser, Ludwig. *Derecho de Cosas*. Tercera edición española. Traducción de la décima edición alemana. Bosch casa editorial. Barcelona, 1971, volumen I, pág. 55.

(3) De Castro y Bravo, Federico. *La Persona Jurídica*. Editorial Civitas, segunda edición, 1984, pág. 22.

carácter histórico pero importante a los efectos del presente trabajo, y es que la doctrina conforme a la tradición romana, sólo consideraba personas en el sentido mencionado, a las entidades que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público.

Precisamente los dos elementos primariamente enlistados, son los que hacen la diferencia legitimante entre una persona jurídica privada y una pública para poder acceder a ciertos institutos jurídicos, como el interdictal. Al no existir una división entre la voluntad de los socios con respecto a la de la persona jurídica, se entiende que las actuaciones de ésta está encaminada a satisfacer los intereses de aquellos, debidamente individualizados, pero con un fin común, que aunque perseguidos por un sujeto independiente en su estructura, es totalmente dependiente en su conformación y actuación sin posibilidad alguna de que varíen los criterios entre la entidad abstracta y quienes le dan vida real. Es decir, no existen objetivos distintos entre unos y otros, dado que la voluntad de unos es lo que le confiere significado existencial a la otra, sencillamente porque llevan vidas paralelas.

Esa especial connotación de la persona jurídica privada, le permite tener acceso a los mismos derechos y obligaciones que tienen las personas físicas, con las diferencias propias que un Ordenamiento contiene para especiales circunstancias jurídicas y sociales.⁽⁴⁾ Significa lo anterior que estas unidades jurídicas están dotadas de los mismos sentidos que las personas que las manejan y constituyen por sí un centro de imputación perfectamente discernible con respecto al grupo social.

3. LA PERSONA JURIDICA PRIVADA COMO TITULAR DEL DERECHO DE POSESION

Distinguida la naturaleza jurídica de la persona jurídica privada con relación a sus miembros constituyentes, nos resulta fácil concluir que es perfectamente posible que una entidad jurídica como ella, pueda ostentar derechos que por naturaleza le han sido reconocidos solamente a la persona natural, entre ellos el derecho de posesión, pues ella califica siguiendo el principio de la voluntad de quienes a su vez constituyen o son sus titulares, no siendo independiente la voluntad de una y otro.

(4) Nos estamos refiriendo a cierto tipo de derechos y obligaciones que solamente pueden concederse a las personas físicas, por la misma naturaleza de la que están conformados. En ese sentido y solamente a modo de ejemplo, podemos mencionar los tipos penales.

Pero aún más y tan importante como la voluntad, es la finalidad perseguida por las personas jurídicas, las cuales podemos ubicar dentro del contexto histórico de su formación. En el caso de las personas jurídicas privadas, aun con las diferentes denominaciones y objetivos que persiguen,⁽⁵⁾ la más común es aquella que persigue fines lucrativos, como en el caso de las sociedades, cualquiera que sea su naturaleza, como muy bien lo apunta nuestro Código de Comercio.⁽⁶⁾ Delimitadas las finalidades perseguidas por estas personas jurídicas, el ordenamiento jurídico las autoriza a realizar una serie de actos que les permitan lograr los objetivos propuestos, como es el caso de crear y acrecentar un patrimonio.⁽⁷⁾ Con la actuación material de los representantes de la persona jurídica privada, en cuanto a realizar actos de señorío sobre una cosa, se establece una íntima vinculación a ellos como directos y únicos interesados en los términos patrimoniales antes descritos, creándose una fusión entre los objetivos perseguidos a través de aquella entidad por sus propietarios, aun con distinción de las personas que actúan para lograrlos.

-
- (5) Incluimos en esta categoría a otro tipo de persona jurídica como lo son las Asociaciones, las Fundaciones y Cooperativas, que aunque privadas en su conformación y administración, al perseguir fines de carácter gremial, tienden más a socializar éstos, perdiendo interés el simple afán patrimonial.
- (6) El artículo 5 del Código de Comercio le otorga la condición de comerciante a toda persona jurídica que se constituya de conformidad con ese Código, independientemente de su actividad, confirmado por el artículo 17 *ibidem* que considera mercantiles independientemente de su finalidad, las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. Si a eso se le agrega la definición doctrinaria de comercio, tenemos que la actividad de la empresa como persona jurídica privada se incardina dentro del proceso económico de producción, y cambio de bienes y servicios.
- (7) Fernando Mora indica que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a un sujeto jurídico determinado en un momento determinado, o conjunto de relaciones jurídicas en cabeza de un sujeto de derecho. Y agrega, aún el que no tenga y deba tiene un patrimonio, y en todo caso desde el punto de vista práctico sería quizá imposible encontrar un sujeto que no tenga algunos derechos de contenido patrimonial. Mora Mora, Fernando. *Introducción al Derecho Comercial*. Editorial Juricentro, 1982, pág. 114.

4. LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO TITULAR DE DERECHOS REALES

- **Los derechos subjetivos de las entidades públicas**

Por las características propias de su naturaleza intrínseca, las personas jurídicas públicas no fueron diseñadas ni creadas para acometer actividades que generaran beneficios para sí o en función de sí mismas, sino que su funcionalidad estaba en proporción a la satisfacción de las necesidades de los administrados, basada esa búsqueda de objetivos en los principios del servicio público, que como es de todos conocido, fue la base sobre la que se asentó la doctrina del derecho administrativo. Por ello sería contradictorio que se les reconocieran “**derechos subjetivos**”, estructurados para quienes por su condición de sujetos de derechos, puedan ostentar intereses particulares y oponibles ante todos los demás, y es precisamente es el Estado el que está llamado a darle esa protección especial a aquellos.

La primera hipótesis de la que tenemos que partir, es la de definir cuáles son los fines de toda Administración Pública —en el sentido lato del término—, y una vez delimitado ese contenido proceder a analizar la posibilidad de reconocerle el instituto posesorio. Para no inmiscuirnos en una discusión innecesaria por lo difundida que está la doctrina en ese sentido, y además por ser impropia para estos efectos, debemos decir con simpleza llana, que los fines de la Administración Pública son todos aquellos tendientes a satisfacer un interés público, el interés general de los administrados, y que para lograrlo se les ha dotado de todos los medios instrumentales y materiales que para el desarrollo y ejecución de los mismos requiera la actividad, pero que a pesar de las diversas formas de actuación, siempre deberá ser bajo un marco delimitado por la legalidad, en aras de no incurrir en una desviación de poder con la potencial posibilidad de ejecutar competencias que ya están asignadas a otra entidad. Por ser el Estado un muy complejo cuerpo organizacional, se le hace imposible presentarse bajo una misma apariencia para ejercitar todas las potestades que le fueron conferidas, y que no tienen otra utilidad más que la de satisfacer esas necesidades generales de las que hablamos supra. Es decir, al Estado no le asisten derechos para satisfacer sus propios intereses dado que estos no existen, sino que constituyen un haz de facultades que le permiten dirigir y coordinar el armónico desarrollo social administrados.

El territorio, la población y la organización jurídica son los tres elementos que sirven para reconocer la existencia de un Estado, por lo que prescindiendo de los dos últimos elementos mencionados, deberíamos decir que toda la tierra comprendida en ese territorio, le

pertenece al Estado, y que éste a través de actos de desprendimiento regulados por el mismo Ordenamiento Jurídico, permite que los particulares vayan adquiriendo la titularidad de los derechos sobre porciones determinadas del mismo, lo que significa que esos actos de disposición inmobiliaria cuentan con su venia.

No obstante lo dicho anteriormente, y precisamente por los mismos objetivos que el Estado debe perseguir, algunas de las áreas de su vasta propiedad, no pueden quedar a disposición de terceros, pues por su naturaleza o por sus fines están destinadas al uso público y sobre ellas, siempre tendrá potestades imperiales para hacer valer su poder de mando y disposición, independientemente de quien pretenda su apropiación. Sobre esas especiales áreas no cabe ningún género de acto de desprendimiento ni es permitida la omisión del Estado en permitir la desposesión.

5. EL PRINCIPIO DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Teniendo claro que los fines del Estado –entendido y comprensivo como toda la Administración Pública– son fines públicos escindimos entonces los modelos de los que se vale éste para lograrlo. En primer término todas las figuras organizativas del Estado son creadas por un mandato legal cuyo objetivo es llenar una necesidad social y en el contenido de ese mandato se le asignan especiales cometidos que son los que precisamente justifican su presencia dentro de la estructura del Estado. Toda creación jurídica de una entidad necesariamente debe obedecer a la satisfacción de una necesidad pública no cubierta o cubierta deficientemente. Significa lo anterior que creada la entidad se le otorga competencias y se le dote de todos los medios instrumentales y materiales a través de los cuales podrá llegar a cumplir los objetivos tomados en consideración para su creación, e inmediatamente queda ligada a esos cometidos sin posibilidad legal de tomar otros derroteros distintos ni aún conexos con aquellos, si no existe norma jurídica que la habilite en forma expresa.

A la recién creada entidad se le entregan los bienes materiales y la titularidad sobre ellos para el ejercicio y cumplimiento de sus competencias, así como también los remedios procesales para hacer valer sus derechos en las vías administrativa y judicial si fuera del caso, sin que pueda extenderse más allá de los límites normativos ni materiales recibidos, y en ese sentido, la **“posesión”** como instituto jurídico queda totalmente fuera de toda posible acción en favor de la Administración Pública. Efectivamente, los bienes públicos lo son por la titularidad que de ellos ostenta el Estado, y no pueden salir de su dominio si no existe

una norma que lo permita. Aún con la posibilidad de acceder a la usucapión que tienen los administrados, solamente podrán acceder a ese título cuando el Ordenamiento expresamente lo autorice. El artículo 262 del Código Civil dispone:

“Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándola del uso público a que estaban destinadas.”

La norma contempla la necesidad de una estructura legal que permita la inclusión de los bienes públicos al régimen privado común, lo que se conoce en doctrina como la **“desafectación”**. Esa norma se complementa con el artículo 261 *ibídem* que dice relacionándose con el tema:

“Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona”.

Dentro del esquema normativo que incardina a la autotutela no sólo como un principio sino también como una facultad de la Administración, la Ley General de la Administración Pública lo plasma con expresividad máxima al indicar que:

“La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar”.

Comprendido lo anterior debemos darle un giro a esas articulaciones para concluir en el punto de arranque. No podría entonces, una Administración Pública alegar la posesión sobre bienes que no son públicos y ni aún siéndolos, sino en virtud de una

pertenencia legal, deslegitimándose así para interponer procesos interdictales.

El principio de la autotutela administrativa es aquel por el cual la Administración tiene el poder de revocar sus propios actos o de ejecutarlos sin necesidad de recurrir a otras autoridades, y comprende también el de fiscalizar la dominialidad pública. Por consiguiente, el instituto de la autolimitación consiste en una vigilancia continua que se ejerce sobre los actos administrativos y sobre los bienes públicos, en el sentido de preservarlos de deterioros, distorsiones o desvíos.⁽⁸⁾

La Sala Constitucional ha reiterado en sus resoluciones, que sobre los bienes demaniales los particulares no pueden derivar derechos, siendo potestad de la Administración la de remover a sus ocupantes libremente, con la excepción de que los ocupantes lo sean por permiso o autorización de aquella. También se ha establecido, que en los casos en los que se pretenda ejercer la ocupación por las vías de hecho, ya sea en forma pacífica o mediante la fuerza, bien puede la Administración desalojar al invasor por la misma vía, sin que sea necesario acudir a expediente alguno, ni a reglas del debido proceso, incluyendo la facultad de retirar los bienes de los sitios públicos ocupados, a reserva de ser devueltos a sus propietarios...⁽⁹⁾

Bien que los particulares pueden poseer y hasta llegar a ser titulares de bienes públicos, una vez que la legislación permita esa desafectación, siendo susceptibles de apropiación particular, en cuyo caso dejan de ser bienes públicos por lo que la expresión resultaría incorrecta. Eso trae como corolario, que la afectación de un bien a un fin público, solamente puede serlo por disposición normativa o bien por la propia naturaleza de las cosas que no permiten una calificación contraria. Si la afectación o la desafectación de los bienes a fines públicos o particulares es normativa, no tendría sentido reconocerle a la Administración Pública la legitimación procesal para reclamar actuaciones posesorias sobre bienes ajenos que no podrá incluir dentro de su patrimonio, sin una norma legal habilitante en ese sentido.

(8) Fernández Vásquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Astrea, 1981.

(9) Voto 4472'92 de las dieciséis horas del ocho de setiembre de mil novecientos noventa y dos, que menciona a su vez los votos 1245-92 de las doce horas con seis minutos del ocho de mayo y 3433-92 de las dieciséis horas con quince minutos del once de noviembre, ambos de mil novecientos noventa y dos, y el voto 1207-93 de las quince horas con treinta y seis minutos del dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Resulta inicuo pues que una entidad pública realice actos posesorios sobre bienes ajenos, pues nunca podrá afectarlos a los fines que por ley está obligada a cumplir y por supuesto tampoco incluirlos dentro de su patrimonio por carecer de la capacidad de derecho para usucapir, derecho que tendría cualquier otro sujeto con la posesión de un inmueble por el transcurso del tiempo, de modo que la posesión como título de dominio para adquirir posteriormente la propiedad no entra en los supuestos de la actividad administrativa que deviene reglada al menos en alguno de los elementos caracterizadores.

6. EL INTERDICTO DE AMPARO PARA PROTEGER LA PROPIEDAD

No pareciera que el interdicto de amparo de posesión sea el mejor instituto para proteger la titularidad de los inmuebles de la Administración Pública, para defenderlos de la posesión ejercida por terceros, pues con las potestades imperiales que el Ordenamiento le confiere, esa medida judicial es innecesaria y más bien resulta inoperante. Es un hecho unánimemente aceptado que ciertas áreas del dominio público –en sentido genérico– no pueden nunca ingresar al patrimonio de los hombres, como se señaló en los artículos 261 y 262 del Código Civil; dominio público que tiene características propias e independientes de los predios o fundos que no tanto por su pertenencia a la Administración Pública, sino que por su destino, no se enmarcan dentro de ese concepto de demanialidad, con lo que quedan sujetos a la prescripción decenal en favor de los poseedores de buena fe que demuestren el título justo para acceder a la titularidad.

Toda la institución del dominio público gira como es sabido, sobre un *critérium* esencial: la llamada afectación, destinación, destino de las cosas particulares que integran sus dependencias. Diremos que esta afectación es precisamente a la utilidad pública que la Administración directamente representa y gestiona, pues una cosa ingresa en el dominio público en cuanto queda afectada a esta utilidad; cesa en cuanto tal afectación deja de serlo. Es pura y simplemente la doctrina del Código Civil en sus artículos 261 y 262.

En estos mismos términos la institución viene configurada del Derecho Romano, sobre el concepto de *publicatio* o *dicatio ad populum*, a su vez una transposición de la *consagratio* eclesiástica sobre las res divini iuris. Rigurosamente la afectación o *publicatio* explica, justifica y mide el conjunto íntegro de las particularidades dogmáticas del dominio público, y entre ellas las fundamentales de su inalienabilidad y su imprescriptibilidad. Así, una cosa en cuanto pierde la

publicatio o afectación, ingresa automáticamente en el patrimonio privado de la Administración y es susceptible, en consecuencia, de una comerciabilidad ordinaria, y, por ende pasa a ser objeto de una potencial prescripción en los términos comunes.⁽¹⁰⁾ Con ello entonces la distinción entre bienes de dominio público y bienes públicos de dominio privado está centrada en la utilidad general que los mismos contengan intrínseca o extrínsecamente.

En el Derecho romano, las cosas ingresaban a la categoría de públicas sin precisión de fórmula de magistrado, sino por la apertura al público –para utilizar una terminología o expresión actual–, como circunstancia fáctica era un modo normal de afectación. Al suceder con la publicatio o afectación, igualmente debe darse con la **expublicatio** que marca el fin del carácter público de las cosas. Debe admitirse en Derecho Romano la posibilidad de remitir a una situación fáctica la cesación de la demanialidad de una cosa, sin precisión de solemnidades, por lo que la afectación o desafectación de las cosas al uso público resultará simplemente y de modo ordinario de las puras circunstancias de hecho del uso, sin precisión de fórmulas sacramentales, con lo cual el principio de la imprescriptibilidad no será enunciado propiamente como un **privilegium populus**, como una excepción singular en el ordenamiento jurídico, sino que correlativamente se afirmará por razones igualmente de hecho: por el hecho de que las cosas que están en el uso público no son susceptibles de posesión individual, requisito primero de una prescripción.⁽¹¹⁾

Partiendo de ello, resultaría innecesario que la Administración Pública recurra al instituto interdictal para volver a poner a disposición de la comunidad, los bienes que le pertenecen a ésta, pues nunca han salido de su dominio, titularidad ni posesión, y con las potestades que ostenta queda legalmente autorizada a imponerse, aún por la fuerza si fuera necesario en aras de recuperar no sólo la titularidad –nunca perdida– sino la libre disposición de ellos en favor de la sociedad.⁽¹²⁾

(10) García de Enterría, Eduardo. *Dos Estudios sobre la usucapción en el Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos. Madrid, 1974, págs. 95-96.

(11) *Ibidem*, pág. 99.

(12) A título de ejemplo podemos mencionar la Ley General de Caminos Públicos, en sus artículos 6, 7, 19, 28 y 32, entre otros, donde queda patentizada la inviabilidad de acceder al dominio público.

Diferente resulta la situación cuando nos encontramos en presencia de un fundo público incardinado dentro del dominio privado, es decir, susceptible de individualización y apropiación por parte de particulares. La cuestión es, si para la defensa de esos bienes, a la Administración Pública se le debe reconocer, visto procesalmente, la posibilidad de recurrir al interdicto de amparo de posesión como ha sucedido en nuestro país?

Por las características propias de la figura de la posesión, pareciera que dicho instituto no es susceptible de aplicación en favor de las entidades públicas que, desde mi perspectiva carecen de los elementos subjetivos que les permita calificar procesalmente frente a este instituto, tal y como lo vimos arriba, por carecer de ese elemento subjetivo que determina la existencia y voluntad efectiva de poseer, acompañada de una autorización legal, ejecutada por los representantes de esas Administraciones y a nombre de ella, conjuntamente con los requisitos legales que dicho acto requiere para su protección interdictal. Si bien es cierto el artículo 261 del Código Civil hace una equiparación de las entidades públicas a los particulares a efectos de defender los derechos sobre bienes públicos de dominio privado, al decir con respecto a los que no están afectos a un fin público que:

“Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona”.

Este párrafo lo interpretamos en el sentido que las entidades públicas tienen facultades de disposición sobre esos bienes diferentes a las que ostentan sobre aquellos otros en los que el servicio público los tiene afectados a un único y específico fin; son facultades de disposición que ostentan por su condición de titular de los mismos, pero no a título de poseedora sino de propietaria, pues lo contrario sería extender más allá de lo razonable, la imposibilidad del particular de poseer bienes pertenecientes al Estado o sus instituciones, contrariando todos los principios constitucionales que reconocen la posesión.

Si se le reconociera la condición de mera poseedora a la Administración Pública, por su condición de titular del inmueble, los administrados no tendríamos nunca la posibilidad de acceder a la propiedad por medio de la Usucapión con el procedimiento de la información posesoria, pues habría que reconocer en favor de la Administración, un principio de imprescriptibilidad inmemorial no sólo

sobre el título de propiedad. Y ello en nuestro ordenamiento pareciera no tener cabida. El artículo 2 de la Ley de Informaciones Posesorias, contiene en su segundo párrafo un reconocimiento a la posibilidad de poseer con intenciones de apropiación legal, fondos pertenecientes al Estado o sus instituciones, aún inscritos en el Registro Público, y en el artículo 8 ibidem, se encuentra el remedio procesal que tiene la Administración para defender esos dominios, que no son precisamente el interdicto. El Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo parece que compartió en alguna ocasión nuestra tesis, al indicar que:

“Sobre las cosas públicas la posesión la ejercen los entes titulares del derecho por el uso o el servicio a la que la cosa está destinada o dedicada; los particulares no ejercen posesión sobre esas cosas, ya que de hecho ni de derecho las tienen bajo su poder y voluntad, sólo las pueden usar o disfrutar del servicio que prestan, conforme a la ley y los reglamentos... Así las cosas no pueden los aquí apelantes pretender la propiedad sobre un terreno destinado al uso público, alegando para ello posesión decenal, ya que conforme a la normativa y los fundamentos esbozados, esa situación no es jurídicamente posible, por ello, la orden impartida por la Municipalidad, tendente a recuperar el terreno detentado por los apelantes, para destinarlo al fin público a que por ley está destinado, es perfectamente legítima y en consecuencia el acuerdo que así lo consignó, apegado a derecho, por lo que debe ser confirmado...”⁽¹³⁾

Lo resuelto por dicho Tribunal contiene dos valiosas conclusiones que vale la pena mencionar. 1) Para la defensa de la posesión de los bienes destinados al uso público, la Administración Pública no requiere recurrir a la sede judicial. 2) Para la defensa de los bienes públicos no destinados al uso general, la defensa de ellos está reservada a procesos especiales, pues parece, de la lectura del último numeral mencionado supra, sea el 261, que la defensa institucional de los bienes privados de la Administración, se centra en la oposición procesal a todo acto de consolidación de derechos sobre dichos bienes provenientes de un

(13) Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, número 10418 de las 10:10 horas del 11 de agosto de 1988.

particular y a la pretensión de su inscripción; oposición autorizada por su condición de propietaria y no de simple poseedora, por lo que la figura del interdicto en favor de la Administración, no parece tener sustento jurídico procesal para su atención jurisdiccional, precisamente por carecer de los elementos que lo componen partiendo de los esenciales criterios subjetivos que componen la posesión.

La acción de la que dispone la Administración para recuperar el pleno dominio de sus bienes sería la plenaria en aquellos casos en los que el derecho del particular haya adquirido algún reconocimiento legal por la consolidación de sus actos, dada la escasa posibilidad de demostrar el dominio pleno en fundos sobre los cuales no ha ejercido los actos en el cumplimiento de los fines determinados por ley. Ha dicho la Sala Primera:

“En otras palabras para ejercer la acción reivindicatoria con éxito no basta ser propietario con base en el Registro Público de la Propiedad, pues ello implica una mera titularidad. Ser dueño significa haber ejercido en el bien reclamado los atributos del dominio, y en particular haber sido poseedor, demostrando la existencia de actos posesorios efectivos y estables conducentes a demostrar ser propietario en la realidad, sea por sí o por anteriores transmitentes. Ser dueño no significa solamente serlo conforme a un documento sino haber realizado además actos de ejercicio y de goce. En cuanto al ejercicio a través de actos de disposición y concretamente a través de una posesión, suficientes para demostrar que la protección judicial se da respecto de quien en un momento determinado tuvo completos todos los atributos del dominio, en forma plena...”⁽¹⁴⁾

Nos dice con claridad meridiana la Sala, que no sólo basta el título sino otros elementos materiales para obtener la protección judicial efectiva, y precisamente son esos actos complementarios al título los que impiden la acción interdictal en favor de la Administración propietaria del fundo de que se trate, por carecer de esa relación indisoluble entre los actos de posesión y el poseedor. Pero, cuidado, que no estoy diciendo

(14) Sala Primera de la Corte, número 146 de las 15:00 horas del 30 de octubre de 1992.

que existe desprotección judicial para impedir la pérdida de su patrimonio, pero esos privilegios deben ser utilizados en tiempo y en forma bajo sanción de no ser atendida. Existen institutos jurídicos creados para ser aplicados en ciertas situaciones y para casos específicos, sin que se puedan extender más allá por medio de interpretaciones extensivas o analógicas, tratando de equiparar sujetos u objetos. No es nuevo que el legislador haya instaurado procedimientos judiciales específicos cuando se trata de conflictos entre particulares y otros diferentes para los conflictos en los que está de por medio una organización pública, y en ese sentido se debe tener un criterio no sólo amplio sino bien definido de cada una de esas creaciones procesales.

El interdicto de amparo de posesión para la defensa de bienes públicos o privados de la Administración Pública no existe como remedio jurisdiccional para este sujeto, por no necesitarlo en el primer caso y por tener otros remedios en el segundo, bien delineados en cuerpos normativos específicos en la materia.

El interdicto de amparo pasamos a analizar la procedencia del interdicto de amparo en favor de la Administración por la supuesta posesión que ejerce sobre fundos ajenos. Tal como lo indica el artículo 457 del Código Procesal Civil, el interdicto de amparo solamente versa sobre cuestiones de mera posesión sin que en ningún caso se pueda entrar a conocer cuestiones de propiedad. Partiendo de esos límites procesales, tampoco cabría la posibilidad para una entidad pública de acceder al interdicto para lograr protección de una posesión que ejerce sobre un fundo ajeno, por carecer ya sólo de los elementos sustanciales de la figura sino también por ser un acto contrario a derecho.

7. LA POSESION EJERCIDA POR LA ADMINISTRACION

El artículo 11 de la Constitución Política (CP) y 11 de la Ley General de la Administración Pública, (LEGAP) establecen que la Administración Pública y los funcionarios públicos no pueden ejecutar actos más allá de lo que las leyes les autoricen, comúnmente denominado principio de legalidad, lo que quiere decir que la Administración está sometida al denominado por la doctrina "*bloque de legalidad*" quedando impedida de hacer o ejecutar cualquier actividad que no está expresamente autorizada. Es principio general que la manera más común y reconocida de conocer la voluntad administrativa, es a través de los actos administrativos, que pueden gozar de la doble condición de formales y materiales o solamente de una de ellas, pero en ambos casos o en cualquiera de ellos, siempre dentro de un recuadro

DERECHO AMBIENTAL(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez(**)*

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

A: los maestros españoles, profesores Drs. Ramón Martín Mateo, Luis Ortega Alvarez y Andrés Betancor Rodríguez.

(*) *Agradezco al Dr. Gabriel Macaya, Rector, y al Dr. Luis Baudrit, Decano a.i. de la Facultad de Derecho, Oficina de Asuntos Internacionales y Cooperación Externa, de la Universidad de Costa Rica; y, al Rector, Dr. Gregorio Peces-Barba y al Vicerrector Dr. Luciano Parejo-Alfonso, de la Universidad Carlos III de Madrid y a la Agencia Española de Cooperación Internacional, el haberme permitido participar en labores de investigación en una estadia académica durante el invierno del curso lectivo 2000-2001 en la Universidad española citada. Este trabajo de investigación, es parte de los estudios que realicé en este centro madrileño. Las restantes investigaciones se publicarán a corto plazo. Este estudio es parte de los trabajos que realizo como material didáctico del curso de Derecho Administrativo II, en el capítulo perteneciente al **Derecho Ambiental**, de la Licenciatura de Derecho de la Universidad de Costa Rica.*

(**) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

Se reproduce el artículo del abogado Juan José Sobrado sobre este tema:

HELECHOS

Acata, no cumple

Mi "discordia" con el señor Ministro de Salud no es sobre "helechos", ni se debe a razones estéticas de "contaminación visual" en mi "descanso", como pretende hacer creer en su respuesta. Su cartera no es de agricultura, ambiente, turismo o cultura, ante las que esas cuestiones se pudieran plantear. Tampoco estoy contra el cultivo de los helechos, mucho menos contra los cultivadores respetuosos de la ley, sino de quienes, contra toda norma, lo hacen encima de fuentes de agua de las que se abastece la población, concretamente las ciudades de Alajuela, San Pedro de Poás y Atenas y las localidades de Prendas y Tacares: grave e importante problema de salud pública para cerca de medio millón de costarricenses. Este es el caso de la "discordia", serio y urgente para su cartera, que no obstante desatiende o no atiende como es debido, que es lo que denuncié y no puede refutar, por lo que busca esos escapes.

En el caso de Poás, el empresario empezó el cultivo sin observar la *Ley general de agua potable*, que ordena un estudio previo (para el caso, astronómico e hidrogeológico) y una demarcación de la zona de retiro en función de ella. Denunciado, lo prosiguió, no obstante la orden inmediata de suspensión dada por la Dra. Yeli Víquez, delegada regional del Ministerio de Salud, y la intervención del Tribunal Ambiental, que prontamente hizo una inspección ocular en el lugar. En vista de que, los niveles superiores del Ministerio no quisieron, o no supieron utilizar los poderes de ejecutoriedad forzosa que les otorga la *Ley general de la administración pública*, me vi obligado a establecer un recurso de amparo contra el empresario.

Pública y notoria. La Sala Constitucional desde noviembre del 2000 ordenó al empresario suspender la actividad y encomendó ejecutarlo al señor Ministro. Pese a que las resoluciones de la Sala son vinculantes desde que se vota la decisión, y no desde que se notifica toda su fundamentación, tal como ésta lo ha dicho; de que al haber trascendido y ser pública y notoria, legalmente no necesitaba notificación formal; de que le envíe certificación del voto y de que, en cualquier caso, en protección del orden público el Ministerio está obligado a actuar de inmediato, el señor ministro admite en su respuesta que no ordenó la clausura sino hasta nueve meses después.

Lo que tampoco aún se ha ejecutado, según lo puede comprobar cualquiera que pase por el lugar. Al ritmo de las eras terrestres en la protección de la salud pública, pese el respaldo y el mandato de la Sala Constitucional.

En el caso de Alajuela, que es más antiguo, el ministerio y la municipalidad se aliaron con el cultivador, por lo que fueron condenados por la Sala, y en la ejecución siguen tan complacientes como en el primer caso.

El cultivo de helechos es concentrado e intensivo, por lo que requiere gran cantidad de sustancias biocidas y venenosas, así como de fertilizantes, también infitrantes y contaminantes del suelo, por lo que se debe realizar en sitios apropiados y no encima de fuentes de agua.

Su peligrosidad para las aguas subterráneas está ampliamente documentada aquí y en el extranjero. Entre otros, véanse los estudios de la Universidad de Florida para prevenir la contaminación de acuíferos por siembras de helechos en ese estado.

Denuncia aplastante. Y aunque no tiene que ver con helechos, pero sí con el mismo abandono del interés público, la denuncia, en relación con la fuente Zamora, que en campo pagado hicieron los profesionales de AyA, de que, desde 1986 esa institución se opuso a la operación del trabajo que la dañó, es aplastante.

El Ministro, al igual que los funcionarios coloniales españoles frente a las leyes del Rey en protección de los indios, acata, pero no cumple la ley y el orden público sanitario. ¿Quién nos va a defender entonces de un capitalismo desbocado, que amenaza la principal fuente de vida de toda la población? (*La Nación*, 10 de setiembre de 2001).

INTRODUCCIÓN

Es indudable la relevancia para la vida del planeta proteger el ambiente. De ahí que a lo largo de las última décadas el derecho ambiental se ha consolidado como una nueva y vital rama del derecho público.

Los votos que aquí se indican son de la Sala Constitucional.

1. DEFINICION

Se pueden indicar algunas de las posibles definiciones del derecho ambiental, entre ellas las siguientes:

A.- Es el derecho que regula el ambiente.

B.- Conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.

C.- Es el conjunto de normas que tienen por objeto regular las conductas que inciden directa o indirectamente en la protección, preservación, conservación, explotación y restauración de los recursos naturales bióticos y abióticos.

D.- Es el conjunto sistemático y ordenado de normas jurídicas que regulan la protección, conservación, preservación y utilización de los recursos naturales y del equilibrio ecológico del *hábitat*.

E.- Conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos (*Brañes, 2000, pág. 29*).

2. PRINCIPIOS

Se pueden indicar algunos de los principios del derecho ambiental. Así por ejemplo:

A.- Ubicuidad

Se refiere a las exigencias de proteger al ambiente por todos los instrumentos jurídicos e institucionales existentes.

B.- Sostenibilidad

Atañe a la idea de que debe existir una política y una estrategia de desarrollo económico y social continuo, que no vaya en detrimento del ambiente ni de los recursos naturales de cuya calidad depende la continuidad de la actividad y del desarrollo de los seres humanos.

C.- Globalidad

Existe una sola tierra que proteger. Así, **debemos pensar globalmente y actuar localmente**. O sea, lo que hagamos en un país para mejorar el ambiente beneficia a todo el planeta.

D.- Subsidiaridad

Si se dice que hay que **pensar globalmente y actuar localmente**, ello –también– significa que la acción corresponde a las asociaciones, municipios, regiones, ONGs, etc.

E.- Solidaridad

Debe existir una solidaridad entre los seres humanos para la defensa y protección del ambiente.

F.- Igualdad

La constatación fáctica de la *desigualdad en el uso de los recursos naturales* no priva de virtualidad o de vigencia este principio de la igualdad. La justicia entre los seres humanos implica la positividad de la *igualdad* en el uso de tales recursos para las personas.

G.- Publicidad

Es de interés público el conocimiento de los datos o de la información que afecten la *biosfera*. Sin ese conocimiento público de la *datología* sobre el ambiente, no se puede ejercer derecho alguno en el campo del derecho ambiental.

H.- Criterio amplio de legitimación

Los seres humanos son titulares del derecho sustantivo y procesal para acudir al Poder Judicial (tutela judicial) en la defensa y protección

del ambiente. *El artículo 50 de nuestra Constitución Política* garantiza este acceso al Poder Judicial, prácticamente, como una acción popular, al amparo de los intereses difusos o colectivos (**voto 3705-93**).

Votos SC 95-95, 31-95, 1763-94:

- La preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental y da cabida a la legitimación para acudir a la vía de amparo.
- En el derecho ambiental toda persona tiene el presupuesto procesal de la legitimación.
- Tratándose de protección al ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma –en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana–, convirtiéndose en un verdadero “*derecho reaccional*”: apodera a su titular para “reaccionar” frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos.
- Cuando se trata del derecho ambiental, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental, la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular (**voto 503-94**).

*En este aspecto es conveniente recordar el **voto 2008-96** por el cual se declaró sin lugar el recurso de amparo, con base en el informe que presentó el Estado. Este amparo se relacionó con la poda de árboles en Heredia autorizada por el Ministerio del Ambiente. Ante esta situación, se hace necesario que las asociaciones no gubernamentales y afines de carácter ambiental unan sus esfuerzos, experiencias y conocimientos para fortalecer (solidariamente) las gestiones ante la Sala constitucional, en materia ambiental; pues de lo contrario se perderían los amparos e inconstitucionales, con base en los informes oficiales hechos por funcionarios técnicos y expertos en esta materia en defensa del Estado y por los informes elaborados por la empresa privada.*

I.- Restaurabilidad

La **restauración** del ambiente dañado o destruido puede hacerse por la introducción en el ambiente del equivalente a esos componentes afectados, en la medida de lo posible.

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

J.- Extraterritorialidad

Muchas de las normas que se aplican en un país o una región, tienen consecuencias mucho más allá de esos espacios, dado que es la **Naturaleza** el referente empírico inmediato.

Así, por ejemplo, **el numeral 2 de la Declaración de Río (1992) afirma:**

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho Internacional, los estados tiene el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

K.- El que contamina, paga

Este principio, cuando se acuñó, existió la creencia de que las empresas nacionales y transnacionales contaminantes, lo captarían con preocupación y temor. Pero, a lo largo de los años, lo tradujeron esos empresarios destructores del ambiente, como: **contamino y qué, si luego pago**; ya que con lo que obtengo de ganancias al contaminar, logro más beneficios que lo que el Estado me obliga a pagar por la contaminación que provoco. Así, compran el derecho a contaminar y destruir el ambiente. Esto sin agregar, las políticas de corrupción en las esferas estatales para contar con las influencias políticas necesarias con el fin de seguir devastando el ambiente.

L.- In dubio pro naturaleza

Este principio es esencial, pues establece que en caso de duda se debe resolver en favor de lo que más beneficie a la Naturaleza.

M.- Principio precautorio

Indica que se deben tomar las medidas de prevención (precautorias) que aseguren la protección de los derechos y valores contenidos en la Constitución Política, en general; y, en lo específico, en lo que atañe a la materia ambiental (**voto 2219-00**).

N.- El derecho al ambiente como presupuesto de los derechos a la vida y a la salud.

Para disfrutar de los derechos a la vida y a la salud, necesariamente debe tutelarse, de manera efectiva, el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (**voto 4423-93**).

La calidad ambiental es un parámetro fundamental de la calidad de vida (**voto 3705-93**).

El derecho a un ambiente libre de contaminación y a la salud son derechos fundamentales (**voto 1763-94**).

O.- El desarrollo sostenible como mecanismo de protección al ambiente.

Se precisa, que el desarrollo de actividades productivas, aún cuando y influyan de manera positiva en la economía nacional, no puede darse en contraposición al ambiente (**voto 5906-99**).

P.- La efectiva aplicación de los Tratados Internacionales vigentes en nuestro país, como fuentes normativas de protección al ambiente

Dichos tratados o convenios internacionales que protegen nuestra riqueza ecológica son legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa (**voto 6240-93**).

Q.- Obligación del Estado de proteger el ambiente

Existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el ambiente (**voto 132-99**).

R.- Rechazo de la falta de recursos como justificación para no aplicar medidas que resguarden el ambiente

La insuficiencia de recursos económicos, no puede justificar que un ente o un órgano público no adopte las medidas que sean necesarias para preservar el ambiente o para suspender cualquier actividad que atente contra ese fin (**votos 695-96, 915-95, 4149-95, 1499-96, 726-98**).

La falta de recursos económicos, administrativos, de personal o la carencia de capacidad no es excusa aceptable para que el Estado viole sus deberes y competencias constitucionales en cuanto a proteger la salud y el ambiente (**votos 2728-91, 1293-92, 2527-93**).

S.- Obligaciones de los sujetos de derecho privado en materia ambiental

También, la protección y defensa del ambiente es una obligación de los sujetos privados. De ahí que el administrado no perjudique a las demás personas con los actos que lleva a cabo (**votos 240-92, 5858-97, 353-96, 5716-96**).

T.- El silencio positivo no se aplica en materia ambiental

En el campo de permisos, autorizaciones, licencias, etc., que tengan relación con el ambiente, la doctrina del silencio administrativo positivo no se aplica, debido a que ello perjudica o daña los recursos ecológicos (**votos 1730-94, 2233-93, 6836-93, 1731-94**).

El silencio positivo no opera en materia ambiental por el interés público que está en juego, ya que el interés privado cede frente al interés público (*protección al ambiente para lograr una mejor calidad de vida*) (**votos 6332-94, 5506-94, 2954-94**).

U.- Necesidad de realizar estudios de impacto ambiental

El hecho de que se reconozcan tanto el derecho a la salud como el derecho a gozar de un ambiente ecológicamente equilibrado, como derechos fundamentales, obliga a la Sala a precisar que la solución del problema no puede estar fundamentado en soluciones rápidas; ya que, para adoptar una decisión en este campo, debe contarse con los estudios técnicos que garantizan que la solución que se propone, en cada caso concreto, no será el origen de un problema de salud pública o de alteración indebida del ambiente (**votos 2671-95, 4423-93, 2231-96, 133-98, 132-99, 1299-99**).

V.- Principios de razonabilidad y proporcionalidad en la explotación de los recursos naturales

Esos principios deben prevalecer cuando se trate de la explotación de los recursos naturales para que no se ponga en peligro de extinción las diferentes especies animales y vegetales (**votos 3208-97**).

3. CARACTERES

A.- Derecho humano

El derecho ambiental es un derecho humano, es un derecho fundamental de las personas a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental y da cabida a la legitimación para acudir a la vía del amparo (**votos 1730-94, 503-94**).

B.- Derecho predominantemente público

El derecho ambiental se ubica en el campo del derecho público. El Estado lo impone, ejerce fiscalización, establece sanciones, organiza oficinas ambientales estatales, etc. Existe una regulación del ser humano en relación a su entorno.

C.- Dimensión colectiva de los bienes ambientales

Los bienes ambientales tienen un disfrute comunitario, societario, fundamental para el desarrollo de la vida.

D.- Multidisciplinarietà

El enfoque del ambiente se debe hacer desde diversas (y coincidentes) perspectivas profesionales: biológica, sociológica, jurídica, química, geográfica, física, ecológica, etc.

Y, al interior del Derecho, las disciplinas del derecho minero, agrario, público, social, privado, etc., deben contribuir a su conocimiento, comprensión y análisis para la debida protección y defensa del ambiente.

E.- Vocación universalista

Las normas ambientales desean proteger el entorno a nivel planetario, pues, la casa (***oikos***) de los seres humanos en la tierra, el planeta, el orbe.

F.- Intereses colectivos

El derecho ambiental protege y tutela intereses colectivos. Los intereses de la sociedad (bien común, social; interés público, colectivo, general) a contar con un ambiente equilibrado y sano (**artículo 50 de la Constitución Política**).

G.- Constitucionalización

El derecho ambiental, como protector del ambiente, ya tiene rango constitucional en diversos países del Mundo y la tendencia es hacia su incorporación constitucional global.

Artículo 45. (Carta Magna, España)

1.- Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2.- Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Carta Magna, Costa Rica

Artículo 46, párrafo final: Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará a los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

Artículo 50: Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado (párrafo segundo).

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes (párrafo tercero).

Este deber del Estado es frecuentemente violado por el propio Estado, ya que existe impunidad e inmunidad de la cúpula política del país no solo en materia ambiental, sino también en las demás materias o campos.

Esta es la realidad del deterioro del Estado de Derecho y del sistema democrático. Lo demás es un mero falaz discurso oficial y gubernamental.

De acuerdo con el *expediente 4119-01* de la Sala Constitucional, se le ha dado curso a una acción de inconstitucionalidad presentada por la **Defensoría de los Habitantes** en contra del decreto ejecutivo No. 29415-MP-MIVAH MINAE (*Gaceta No. 75 del jueves 19 de abril del 2001*), ya que viola los artículos 11, 21, 50, 169 y 170 de la **Constitución Política** y que tiende a permitir la urbanización en zonas especiales de protección bajo el argumento de que se necesita construir viviendas para gente pobre. Por mi parte he presentado, también, una acción de ese tipo por esta misma razón, la cual ha sido admitida y acumulada al citado expediente, teniéndose como una ampliación.

I.- Vinculación a los datos o a la información científica y técnica

El derecho ambiental está íntimamente vinculado al desarrollado de la información científica y tecnológica.

4. EL DERECHO AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Seleccionaremos algunos de los votos de la Sala Constitucional sobre este campo del derecho ambiental.

* *El desarrollo sostenible* como mecanismo de protección al medio ambiente (planes de explotación de recursos mineros, forestales, marítimos, etc.) (**Voto 1763-94**).

* El desarrollo de *actividades productivas* en contraposición al medio ambiente. Desarrollos turísticos que vierten contaminantes al mar (**votos 1888-95, 5906-99**).

* Este fenómeno de *internacionalización* del derecho ambiental, ha seguido, por cierto un patrón de desarrollo similar al de los derechos humanos, pues ha pasado de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados a ser parte de la jurisdicción internacional (**voto 2485-94**).

* No puede entenderse que el *silencio positivo* opere simplemente por el transcurso del plazo dentro del cual la Administración debió

pronunciarse sobre el permiso de explotación forestal, sin que lo hiciera, pues ello implicaría poner en inminente peligro el patrimonio forestal del país al permitirse, por esa vía, su explotación irracional e indiscriminada (**voto 1730-94**).

* *La contaminación* es la presencia en el medio ambiente de uno o más contaminantes o combinación de ellos, en concentraciones tales y con un tiempo de permanencia tal, que causen en dicho ambiente características negativas para la vida humana, la salud o el bienestar del ser humano, la flora o fauna, o produzcan en el *hábitat* de los seres vivos, aire, agua, suelos, paisajes o recursos naturales en general, un deterioro importante. *Contaminar* es introducir sustancias o elementos extraños al ambiente en niveles y con una duración tales, que produzcan contaminación en el sentido expuesto (**voto 5654-95**).

* La vida humana sólo es posible en *solidaridad con la naturaleza* que nos sustenta y nos sostiene, no sólo para alimento físico, sino también como bienestar psíquico. Constituye el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación, que es la base de una sociedad justa y productiva. (**voto 5654-95**).

* El *artículo 21 de la Constitución Política* manda que la vida humana es inviolable. Es de este principio constitucional de donde innegablemente se desprende el *derecho a la salud*, al bienestar físico, mental y social, derecho humano que se encuentra indisolublemente ligado al derecho a la salud y a la obligación del estado de proteger la vida humana (**voto 5654-95**).

* Desde el punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre es obligación su preservación y conservación. Aspecto este último que está protegido en el **artículo 89 constitucional**, el cual manda:

entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico.

Por ello, *proteger la naturaleza* desde el punto de vista estético no es comercializarla ni transformarla en mercancía; es educar al ciudadano para que aprenda a apreciar el paisaje estético por su valor intrínseco (**voto 5654-95**).

* Existe un conjunto de reglas generales tendientes a crear una *situación ambiental* que facilite, lo más posible, el ejercicio de libertades y el goce de los derechos fundamentales (**voto 3705-93**).

* Es importante analizar el **derecho a la vida**, ya que, sin duda alguna, la vida es el fundamento, la condición necesaria y determinante de la existencia de la *persona humana*; es inherente a la persona humana. De ello se deriva el principio de la inviolabilidad de la vida humana, de modo que es deber de la sociedad y el Estado su protección. Es el más elemental y fundamental de los derechos humanos y del cual se despliegan todos los demás (**voto 4423-93**).

* El más inmediato derecho vinculado al *derecho a la vida* es el derecho a la *integridad física y psíquica*. El *derecho a la vida* demanda condiciones de salud en su más amplio sentido, de forma que el derecho a la salud, sin perder su autonomía, casi viene a presentarse como un aspecto del derecho a la vida. Así, la *relación vida-salud* está en la vida misma y en el tratamiento que cada sociedad de la persona, según la prioridad que asigne a su protección. El anterior análisis nos permite concluir que es necesario que se tome conciencia, a nivel gubernamental y colectivo, acerca de la importancia del ambiente para la salud humana y animal en la economía nacional regional y mundial por medio de la conservación de la naturaleza y de la vida misma en su más amplia acepción (**voto 4423-93**).

* Del desarrollo efectuado por la Sala en sus diferentes resoluciones, queda entendido que la protección al ambiente, debe encaminarse a su utilización adecuada e integrada con sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicos y de orden político, para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y venideras (...) como se desprende de lo anterior, esta Sala ha establecido que el derecho a un *ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho fundamental*, como tal ya consagrado y garantizado por el Derecho de la Constitución (**voto 1394-94**).

* El *artículo 50 de la Constitución Política* fue reformado a fin de declarar expresamente la obligación del Estado de proteger el ambiente y otorgar a los ciudadanos plena acción para defenderlo (**voto 5527-94**).

* De la necesidad de disfrutar plenamente de los derechos humanos, surgen normas directamente derivadas de las fundamentales –entendidas como las ya consagradas en el texto constitucional– que

operan como condiciones instrumentales para su preservación y ejercicio. Por ello, las condiciones necesarias para la protección de los *derechos fundamentales*, se constituyen en verdaderos derechos independientes y exigibles con autonomía de aquéllos. Son verdaderas normas subconstitucionales como las denomina la doctrina, surgidas de la interpretación armónica del derecho de la Constitución (**voto 5527-94**).

* El término “bellezas naturales” era el empleado al momento de promulgarse la Constitución (*de noviembre de 1949*) que hoy se ha desarrollado como una especialidad del derecho: el *derecho ambiental*, que reconoce la necesidad de preservar el entorno no como un fin cultural únicamente, sino como una necesidad vital de todo ser humano. En este sentido, el concepto de *derecho al ambiente sano*, supera los intereses recreativos o culturales, que también son aspectos importantes en la vida en sociedad; sino que además, constituye un requisito capital para la vida misma. Ningún resultado racional puede producir la negación de nuestra fragilidad como seres animados, dependientes del entorno para nuestra subsistencia y la de generaciones futuras (**voto 5527-94**).

* Podemos afirmar que del *derecho constitucional a la vida* (*artículo 21*) y el de la obligación estatal de “*proteger las bellezas naturales*” (*artículo 89*), surgen otros derechos de obligada protección e igual rango como son los de la salud y a un ambiente sano, en ausencia de los cuales o no sería posible el ejercicio de los primeros o su disfrute se vería severamente limitado (**votos 5527-94, 56-90, 1755-90, 1580-90, 1833-91, 2362-91, 2728-91, 1297-92, 2233-93, 4894-93, 6240-93, 2485-94**).

* En relación con la tutela que en esta jurisdicción se ha dado a los derechos a la salud y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es importante señalar que han sido protegidos por la Sala como derechos fundamentales aún antes de haber sido, como en el caso del derecho al ambiente, establecidos expresamente en la Constitución. En resoluciones tales como las números **3705-93, 6240-93, 4423-93**, que corresponden a una época anterior a la reforma del artículo 50 de la Constitución, se reconocieron el derecho a la salud y a un ambiente libre de contaminación como derivados de la interpretación de otras normas de carácter constitucional que regulan el *derecho a la vida y la obligación del Estado de proteger las bellezas naturales* –artículos 21 y 89 de la Constitución–.

* Se dijo que en ausencia de un estado de completo bienestar físico, mental y social, que es como se define la salud, y de un ambiente sano, el disfrute del *derecho a la vida* se vería severamente restringido (**voto 1154-96**).

* Se señaló que el *derecho a un ambiente sano* supera los intereses meramente recreativos y culturales y se constituye en un requisito fundamental para la salud y la vida misma, entendida esta última en una acepción más amplia que la sola existencia biológica (**voto 1154-96**).

* También se ha dicho que en razón de que esos derechos han sido reconocidos como *derechos fundamentales*, es obligación del Estado proveer a su protección y a su goce, ya sea mediante políticas generales que procuren ese fin, o bien, actos concretos. En caso de que ese deber se incumpla se configura una infracción que alcanza a lesionar derechos de naturaleza constitucional y que puede ser declarada por este tribunal en el procedimiento de amparo (**voto 1154-96**).

* El *derecho a la salud* reconocido en los artículos 21 de la Constitución Política, 1 y 11 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 4 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y 10 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos económicos, sociales y culturales*, se encuentra íntimamente ligado al derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, consagrado en el artículo 50 constitucional. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de la calidad de vida; al igual que la salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, entre otros. (**voto 705-99**).

* El Estado tiene la obligación de procurar una *protección adecuada al ambiente*, para lo cual debe tomar las medidas necesarias a fin de que el *ambiente esté libre de contaminación* (**voto 705-99**).

5. TRATADOS, CONVENIOS, PACTOS, DECLARACIONES Y CARTAS SOBRE MATERIA AMBIENTAL

Algunos de estos documentos ambientales son:

* ***Convenio sobre la prevención de la contaminación de mar por vertimiento de desechos y otras materias:*** firmado en México el 29 de diciembre de 1972 y aprobado por la Asamblea Legislativa por ley No. 5566 del 13 de agosto de 1974.

* **Convenio para la protección y desarrollo del medio marino y su protocolo de cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la región del gran Caribe:** firmado en Cartagena de Indias el 24 de marzo de 1983 y en Bogotá del 25 de marzo de 1983 al 23 de marzo de 1984; aprobado por la Asamblea Legislativa por ley No. 7227 del 12 de abril de 1991.

* **Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono:** adoptado en Viena el 22 de marzo de 1985, aprobado por ley N° 7228 de 22 de abril de 1991, y su **Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono** suscrito en Montreal el 16 de setiembre de 1987 y aprobado por ley N° 7223 de 2 de abril de 1991, que protegen la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono.

* **Convención de las Naciones Unidas –ONU– sobre derecho del mar,** suscrita en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982 y aprobada por Ley N° 7291, publicada el 15 de Julio de 1992, que regula lo concerniente a la explotación de los recursos naturales en la plataforma continental.

* **Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas,** suscrito en Ramsar –Irán– (el 2 de febrero de 1971 y aprobado por ley N° 7224 de 2 de abril de 1991, por el que se protegen los humedales entendidos como “extensiones de marismas, pantanos, aguas de régimen natural o artificial, temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas incluyendo las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”; así como a las aves acuáticas que son aquellas que dependen de las zonas húmedas. (Art. 1).

* **Convención para la protección del patrimonio cultural y natural.** Suscrita en París el 23 de noviembre de 1972 y aprobada por ley N° 5980 de 26 de octubre de 1976, por la que se obliga a la conservación del patrimonio cultural, definido como la protección de monumentos de un valor excepcional universal como cavernas; de conjuntos de edificaciones; de lugares como obras de la naturaleza. Además de comprender como patrimonio natural a las formaciones físicas o biológicas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas.

* **Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América.** Adoptada en Washington el 3 de marzo de 1973 y aprobada por ley N° 3763 de 19 de octubre de 1976, que define las diferencias entre los parques nacionales, reservas naturales, los monumentos naturales, las reservas de regiones vírgenes; y, prohíbe alterar los límites de los parques nacionales sino es por ley y explotar sus riquezas con fines comerciales. En cuanto a las reservas de regiones vírgenes permite un uso compatible con las mismas. (*Artículos 1 y 2*).

* **Convenio sobre la diversidad biológica**, suscrito en Rio de Janeiro en 1992. Define la diversidad biológica como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas (*artículo 2*).

* **Convención sobre comercio internacional de especies en peligro de la fauna y la flora silvestres.** Firmada en Washington DC (USA) en 1973.

* **Conservación sobre la conservación de las especies migratorias de los animales silvestres.** Firmada en Bonn (Alemania), en 1979.

* **Declaración Universal de Derechos Humanos:** las Naciones Unidas la aprobó el 10 de diciembre de 1948. *Artículo 3:* toda persona tiene los derechos a la vida, libertad y seguridad. *Artículo 25:* toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le garantice la salud, bienestar, alimentación en sentido amplio (...).

* **Declaración Americana de Derechos y Deberes del ser humano:** promulgada el 5 de mayo de 1948 por la Novena conferencia internacional americana (Bogotá, Colombia). *Artículo 1:* todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad e integridad de su persona. *Artículo 11:* derecho a la salud.

* **Pacto internacional de derechos civiles y políticos:** acordado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966: *artículo 5:* no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales. *Artículo 6:* el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Nuestra Asamblea legislativa lo aprobó por ley 4229 del 11 de diciembre de 1968.

* **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales:** adoptado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Nuestra Asamblea Legislativa lo aprobó por ley 4229 del 11 de diciembre de 1968. *Artículo 12:* se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

* **Convención americana sobre derechos humanos:** Pacto de San José, Costa Rica. Firmada por nuestro país el 22 de noviembre de 1969. Aprobada por nuestra Asamblea Legislativa por ley 4534 del 23 de febrero de 1970. *Artículo 4:* toda persona tiene derecho a que se respete su vida. *Artículo 5:* toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Protocolo adicional a esta Convención americana (firmado en El Salvador), en materia de **derechos económicos, sociales y culturales:** adoptado el 17 de noviembre de 1988. *Artículo 10:* derecho a la salud. *Artículo 11:* derecho a un medio ambiente sano.

* **Carta de la Organización de Estados Americanos:** adoptada en Bogotá (Colombia) el 2 de mayo de 1948. Aprobada por nuestra Asamblea Legislativa por ley 159 del 7 de setiembre de 1948. *Artículo 44,a:* todos los seres humanos tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.

* **Convención sobre los derechos del niño:** aprobada por nuestra Asamblea legislativa por ley 7148 de 1990. *Artículo 6:* todo niño tiene el derecho a la vida. *Artículo 27:* todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. *Artículo 29,e:* la educación debe estar encaminada a inculcar al niño el respeto del medio ambiente.

* **Convenio sobre los pueblos indígenas tribales en países independientes:** aprobado por Ley 7316 del 3 de noviembre de 1992. *Artículo 7, párrafo 4:* los Gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. *Artículo 15:* los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente.

* **Convención sobre la defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas:** aprobado por ley 6360 del 20 de agosto de 1976.

* **Declaración de Estocolmo:** se aprueba en junio de 1972, en sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente. Se llama Declaración sobre el medio humano. *Principio 1:* el humano tiene derecho fundamental a la libertad, igualdad y el fruto de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad (...). *Principio 2:* los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, agua, tierra, flora y fauna (...), deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras (...). *Principio 8:* el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un medio de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida.

* **Carta mundial de la Naturaleza:** las Naciones Unidas la aprueban el 28 de octubre de 1982. *Principios generales 1:* se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales; 2: no se menudará la viabilidad genética en la Tierra (...).

* **Declaración sobre el derecho al desarrollo:** aprobada por las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986. Se indica que el desarrollo es un proceso integral, que tiende a favorecer a las personas. *Artículo 1:* el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, el cual se deben realizar plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales (...). *Artículo 2:* la persona humana es el sujeto central del desarrollo.

* **Declaración de Río (Brasil): sobre el medio ambiente y el desarrollo.** Firmada en junio de 1992. *Principio 1:* los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. *Principio 11:* los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. *Principio 25:* la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.

* **Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático,** Nueva York (USA), 9 de mayo de 1992. *Artículo 3.2:* las partes deben proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras(...). *Artículo 3.3:* las partes deben tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos (...).

*** Protocolo de Kyoto (Japón) de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático**, Kyoto el 11 de diciembre de 1997. *Artículo 2.1. a. ii:* promoción de prácticas sostenibles de gestión forestal, la forestación y la reforestación. *Artículo 2.2:* las partes procurarán limitar o reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (...)

6. **NORMATIVA NACIONAL**

En este aparte me referiré sólo a la Constitución Política, las leyes de biodiversidad y orgánica del ambiente.

CONSTITUCION POLITICA

Artículo 21: La vida humana es inviolable.

Artículo 46, párrafo final: Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará a los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

Artículo 50: Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

Artículo 89: entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico.

LEY DE BIODIVERSIDAD, No. 7788 de 1998 (Gaceta del miércoles 27 de mayo de 1998).

Artículo 3: Esta ley se aplicará sobre los elementos de la biodiversidad que se encuentran bajo la soberanía del Estado, así como sobre los procesos y las actividades realizadas bajo su jurisdicción o control, con independencia de aquellas cuyos efectos se manifiestan dentro o fuera de las zonas sujetas a la jurisdicción nacional. Esta ley regulará específicamente el uso, manejo, conocimiento asociado y la distribución justa de los beneficios y costos derivados del aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad.

Artículo 8: Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental.

Artículo 9: Constituyen principios generales para los efectos de la aplicación de esta ley: respeto a la vida en todas sus formas, los elementos de la biodiversidad son bienes meritorios, respeto a la diversidad cultural, equidad intra e intergeneracional.

Artículo 10: Los objetivos de esta ley son: integrar la conservación y el uso sostenible de los elementos de la biodiversidad, promover la participación activa de todos los sectores sociales en la conservación y el uso ecológicamente sostenible de la biodiversidad, promover la educación y la conciencia pública sobre la conservación y utilización de la biodiversidad (...).

LEY ORGANICA DEL AMBIENTE, No. 7554 - 1995, Gaceta del lunes 13 de noviembre de 1995.

Artículo 1: La presente ley procurará dotar a los costarricenses y al Estado, de los instrumentos necesarios para conseguir un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El Estado, mediante la aplicación de esta ley, defenderá y preservará ese derecho, en busca de un mayor bienestar para todos los habitantes de la Nación. Se define como ambiente el sistema constituido por los diferentes elementos naturales que lo integran y sus interacciones e interrelaciones con el ser humano.

Artículo 2: Los principios que inspiran esta ley son: el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según el numeral 50 de nuestra Constitución Política; el Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, quien contamine el ambiente o le ocasione daño, será responsable; el daño al ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad, económico porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas, cultural porque pone en peligro la forma de vida de las comunidades y ético porque atenta contra la existencia de las generaciones presentes y futuras.

Artículo 6: El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente.

ALGUNAS OTRAS LEYES RELACIONADAS CON MATERIA AMBIENTAL

Código de minería	No. 6797, 1982
Código penal	No. 4573, 1970
Código municipal	No. 7794, 1998
Ley forestal	No. 7575, 1996
Ley de conservación de vida silvestre	No. 7317, 1992
Ley de protección fitosanitaria	No. 7664, 1997
Ley general de salud	No. 5395, 1973
Ley de hidrocarburos	No. 7399, 1994
Ley de aguas	No. 276, 1942
Ley general de agua potable	No. 1634, 1953
Ley de uso, manejo y conservación de suelos	No. 7779, 1998
Ley de planificación urbana	No. 4240, 1968
Ley de construcciones	No. 833, 1949

7. NORMATIVA CONSTITUCIONAL EXTRANJERA

Argentina

Artículo 41: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y, tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.

Colombia

Capítulo 3, artículos 78 a 82.

Artículo 79: Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Chile

Artículo 19.8: La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es un deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Cuba

Artículo 27: El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.

Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo rico potencial de la naturaleza.

Ecuador

Artículo 19.2: El Estado le garantiza a las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

El Salvador

Artículo 117: Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible.

Se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales, en los términos que establezca la ley.

Se prohíbe la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

España

Artículo 45: 1. Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Honduras

Artículo 145, párrafo tercero: El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.

Guatemala

Artículo 97: El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional, están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación.

México

Artículo 4, párrafo 5: Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Artículo 27, párrafo tercero: La Nación dictará las medidas para preservar y restaurar el equilibrio ecológico.

Perú

Capítulo II, del ambiente y de los recursos naturales

Artículo 66: Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es el soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 67: El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68: El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Artículo 69: El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonia, con una legislación adecuada.

Venezuela

Artículo 107: La educación ambiental es obligatoria en los niveles y modalidades del sistema educativo, así como también en la educación ciudadana no formal.

Capítulo X, de los derechos ambientales

Artículo 127: Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Todos tienen derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es un deber fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el agua, los suelos, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Artículo 128: El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo a las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento.

Artículo 129: Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas. En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, se considerará incluida aún cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

CONCLUSION

1.- En nuestro país ha crecido la conciencia por la protección al ambiente; sin embargo las normas jurídicas (que son abundantes) y las oficinas del Estado (que son muchas), en el plano real (de los hechos) se sienten poco, ya que la destrucción del ambiente continúa (actualmente queda solo un 12% de bosque en el territorio nacional). La cúpula política del país (aquellos que mandan en el plano político) no le importa la destrucción del ambiente. El Estado hace poco por proteger y conservar el ambiente; al contrario, contribuye a su destrucción al igual que el sector privado nacional y transnacional.

COSTA RICA: BOSQUES^(*)

Año	% de destrucción	% de bosques
1950	30	70
1970	50	50
1980	60	40
1988	80	20
2001	88	12 (estimación)

(*) Alexander Bonilla. *Crisis ecológica de América Central* (San José: Ed. Guayacán, 1989, págs. 10, 71, 72).

2.- En el plano político, no hay partidos verdes. Y, en lo que respecta a los partidos mayoritarios –representantes orgánicos de la empresa (*capital y su reproducción*) privada local y extranjera– el ambiente no les interesa. Los llamados “programas de Gobierno”, que son redactados de prisa de cara a las futuras elecciones, tienen unos

8.- De esta manera lo único que queda es colaborar en la organización y movilización de la sociedad para la defensa del ambiente y de los demás aspectos vitales para la sobrevivencia humana; ya que del Estado y sus efectivos dueños, lo que cabe esperar es destrucción ambiental y un ejercicio del poder público globalmente contaminado. (Ver **Fuerte corrupción estatal**, periódicos *La Nación*, jueves 28 de junio del 2001; **Corrupción crece en el país**, *La República*, viernes 10 de agosto del 2001; **Tala es incontolable; sector forestal a la deriva** (*La República*, 3 de setiembre del 2001).

9.- Interesa destacar el movimiento ecologista, entre otros, que se hace presente en las acciones sociales protestatarias contra la globalización en diversas ciudades del mundo. La defensa del ambiente es una bandera social internacional que organiza, aglutina y moviliza a sectores importantes de la sociedad mundial.

Interesa destacar aquí que la potencia mundial de los Estados Unidos se niega ratificar el **Protocolo de Kyoto**, lo cual es parte de los hechos que motivan la movilización y protestas indicadas.

10.- Cabe hacer mención de la importante y meritoria labor en el campo del Derecho Ambiental que realizan en nuestro país los juristas Roxana Salazar Cambroner, Rafael González Ballar, Jorge Cabrera-Medaglia y Patricia Madrigal Cordero, entre otros.

*La tierra no pertenece al hombre;
el hombre pertenece a la tierra.
Todo va enlazado, como la sangre que une a una
familia. Todo va enlazado.
Todo lo que ocurra a la tierra le ocurrirá
a los hijos de la tierra.
El hombre no tejió la trama de la vida;
él es solo un hilo. Lo que hace con la trama,
se lo hace a sí mismo.
Jefe Seattle: 1786? - 1866; 1854.*

GLOSARIO

Ambiente: El conjunto de los elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en un espacio y tiempo determinado.

Áreas Naturales Protegidas: Zonas del territorio nacional y aquellas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, en que los ambientes no han sido significativamente alterados por la actividad del hombre, y que han quedado sujetas al régimen de protección.

Aprovechamiento racional: La utilización de los elementos naturales en forma que resulte eficiente socialmente útil y que procure su preservación y la del ambiente.

Área protegida: Área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

Basura doméstica: Residuo generado en la vivienda del ser humano.

Biodegradable: Propiedad de una sustancia química compleja por la que se descompone en otras sencillas mediante procesos naturales.

Biodiversidad: La variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos los ecosistemas terrestres y marinos así como otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Biología: Ciencia que estudia los seres vivos.

Biomasa: Cantidad de materia viviente que hay en determinada área, ya seas de tipo animal o vegetal.

Biosfera: Región de la Tierra donde se encuentran los seres vivos.

Biotecnología: Toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.

Biótico: Relativo a la vida.

Botánica: Ciencia que estudia los vegetales.

Cadena trófica: Cadena alimentaria. Es la sucesión de los distintos seres vivos en que uno de ellos se alimenta de otro.

Contaminación: La presencia en el ambiente, de uno o más contaminantes o de cualquier combinación de los que cause desequilibrio ecológico. Es un cambio perjudicial en las características físicas, químicas o biológicas de nuestro aire, agua o tierra que puede afectar o afectará nocivamente la vida humana o las especies beneficiosas, nuestros procesos industriales, condiciones de vida o acervo cultural o que puede malgastar o deteriorar nuestros recursos de materias primas. En general, es toda presencia de cuerpos extraños en la composición de los elementos de la Tierra.

Clases de contaminación: Sónica o acústica (por ruidos extremos), visual (debida al exceso de mensajes o signos visibles), atmosférica (contaminación del aire), térmica (generada por el constante aumento de la temperatura de la Tierra por el efecto invernadero o recalentamiento global) también la que se da en el agua y en el suelo; y, la provocada por el transporte de vehículos (principalmente en las ciudades).

Contaminante: Toda materia o energía en cualesquiera de sus estados físicos y formas, que al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier elementos natural, altere o modifique su composición y condición natural. Son los residuos de cosas que hacemos, utilizamos y arrojamos, como producto secundario del transporte, industria y la agricultura.

Contingente ambiental: Situación de riesgo, derivada de actividades humanas o fenómenos naturales que puede poner en peligro la integridad de uno o varios ecosistemas.

Control: Inspección, vigilancia y aplicación de las medidas necesarias para el cumplimiento de las disposiciones establecidas en este ordenamiento.

Corta sanitaria: Medida para prevenir y evitar la propagación de la contaminación por algún agente patógeno, en especies de árboles, arbustos y otras plantas.

Criterios ecológicos: Los lineamientos destinados a preservar y restaurar el equilibrio ecológico y proteger el ambiente.

Cumbre de Río (Brasil): Reunión de jefes de gobierno en materia ambiental, celebrada en junio de 1992.

Deforestación: Pérdida de masa forestal.

Delito ecológico: En términos generales, violación de las normas jurídicas de protección a la naturaleza o al ambiente.

Depredación: Relación biótica que consiste en la captura y muerte subsiguiente que ejerce un individuo depredador sobre otro llamado *presa*.

Desarrollo sostenible: Aprovechamiento racional de los recursos naturales de tal forma que las futuras generaciones puedan disfrutar de ellos. Se da cuando se extraen racionalmente recursos de la naturaleza, sin dañarla.

Desequilibrio ecológico: La alteración de las relaciones de interdependencia entre los elementos naturales que conformen el ambiente, que afectan negativamente la existencia, transformación y desarrollo del hombre y demás seres vivos.

Destrucción ecológica: La actividad que elimina la base natural que la sustenta, consume recursos no renovables, consume los recursos renovables (pero no se encarga de favorecer su renovación), consume recursos renovables a un ritmo superior al de su recuperación natural, produce residuos o contaminación que la naturaleza no puede absorber.

Ecología: *Ernst Haeckel* (biólogo alemán, 1834- 1919, definió la ecología como el conocimiento referente a la economía de la naturaleza, la investigación de todas las relaciones del animal con su medio inorgánico y orgánico. Originada en el griego, ecología significa estudio de los hogares o las casas, en el sentido de que la Tierra es nuestra casa u hogar.

Ecosistemas: La unidad de interacción de los organismos vivos entre sí y de éstos con el ambiente, en un espacio y tiempo dados. Es un complejo dinámico de comunidades, animales y de microorganismos y su medio no viviente, que interactúan como una unidad funcional.

Efecto invernadero: El aumento de la temperatura de la Tierra debido a las emisiones de “gases de invernadero”, en especial dióxido de carbono, metano, óxidos de nitrógeno, ozono, etc., al nivel del suelo, formados por las reacciones entre los hidrocarburos, los óxidos de nitrógeno y la luz solar.

Elemento natural: Los elementos físicos, químicos y biológicos que se presentan en un espacio y tiempo determinados, sin la inducción del hombre.

Emergencia ecológica: Situación derivada de actividades humanas o fenómenos naturales que al afectar severamente a sus elementos, pone en peligro a uno o varios ecosistemas.

Equilibrio ecológico: La relación de interdependencia entre los elementos que conforman el ambiente que hace posible la existencia, transformación y desarrollo del hombre y demás seres vivos.

Especie: (*Biológica*). Son grupos de poblaciones naturales de entrecruza que se reproducen aisladamente de otros grupos, que ocupan un nicho específico en la naturaleza. (*Morfológica*). En una o varias comunidades relacionadas, cuyos caracteres morfológicos son lo suficientemente claros para asignarle(s) un nombre específico. (*Evolutiva*) Es un único linaje.

Especie (o subespecie) amenazada: La que podría llegar a encontrarse en peligro de extinción si siguen operando factores que ocasionen el deterioro del hábitat o que disminuyan sus poblaciones. En el entendido de que especie amenazada es equivalente a especie vulnerable.

Especie (o subespecie) endémica: Aquella cuya área de distribución natural se encuentra circunscrita únicamente a una zona, área o región en particular.

Especie (o subespecie) en peligro de extinción: Especie o subespecie cuyas áreas de distribución o tamaño poblacional han sido disminuidos drásticamente, poniendo en riesgo su viabilidad biológica en todo su rango de distribución por múltiples factores tales como la destrucción o modificación drástica de su hábitat, restricción severa de su distribución, sobre-explotación, enfermedades y depredación, entre otros.

Especie (o subespecie) rara: Aquella cuya población es biológicamente viable, pero muy escasa de manera natural pudiendo estar restringida a una área de distribución restringida o hábitats muy específicos.

Especie (o subespecie) sujeta a protección especial: Aquella sujeta a limitaciones o vedas en su aprovechamiento por tener poblaciones reducidas o una distribución geográfica restringida, o para propiciar su recuperación y conservación de especies amenazadas.

Fauna silvestre: Las especies animales que subsisten sujetas a los procesos de selección natural, cuyas poblaciones habitan temporal o permanentemente en el territorio nacional y que se desarrollan libremente, incluyendo sus poblaciones menores que se encuentran bajo el control del hombre, así como los animales domésticos que por abandono se tornen salvajes y por ello sean susceptibles de captura y apropiación.

Flora silvestre: Las especies vegetales terrestres, así como hongos, que subsisten sujetas a los procesos de selección natural y que se desarrollan libremente en el territorio nacional, incluyendo las poblaciones o especímenes de estas especies que se encuentran bajo control del hombre.

Flora y fauna acuáticas: Las especies biológicas y elementos biogénicos que tienen como medio de vida temporal, parcial o permanente las aguas, en el territorio nacional y en las zonas sobre las que la nación ejerce derechos de soberanía y jurisdicción.

Hábitat: Es el sitio específico en un medio ambiente físico y su comunidad biótica ocupado por un organismo, especie o comunidades de especies en un tiempo particular. Lugar o tipo de ambiente en el que existe naturalmente un organismo o una población.

Impacto ambiental: Modificación del ambiente ocasionada por la acción del hombre o de la naturaleza.

Jerarquía: Sistema general integrado que comprende dos o más niveles; el superior o superiores controlan en algún grado las actividades de los niveles inferiores. Serie de categorías subordinadas consecuentemente que forman un sistema de clasificación.

Lluvia ácida: Lluvia con grandes cantidades de sustancias que dañan la Naturaleza.

Manifestación de impacto ambiental: El documento mediante el cual se da a conocer, con base en estudios, el impacto ambiental significativo y potencial que generarla una obra o actividad, así como la forma de evitarlo o atenuarlo en caso de que sea negativo.

Medio ambiente: Conjunto de los organismos vivos, de las propiedades biológicas, físicas y químicas que los rodean y de las interrelaciones.

Mejoramiento: El incremento de la calidad del ambiente.

Ordenamiento ecológico: El proceso de planeación dirigido a evaluar y programar el uso del suelo y el manejo adecuado de los recursos naturales en el territorio nacional y en las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, para preservar el equilibrio ecológico y proteger el ambiente.

Ozono: Gas que se encuentra en el aire. En las capas superiores de la atmósfera el ozono es indispensable para filtrar los rayos ultravioleta.

Plástico: Polímero sintético fácilmente moldeable por calor o compresión. Es un residuo contaminante por su larga vida, ya que es muy difícil de eliminar.

Polución: Alteración de las condiciones de equilibrio de un ecosistema, por entrada o salida de elementos.

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

- Preservación:** El conjunto de políticas y medidas para mantener las condiciones que propician la evolución y continuidad de los procesos naturales.
- Prevención:** El conjunto de disposiciones y medidas anticipadas para evitar el deterioro del ambiente.
- Protección:** El conjunto de políticas y medidas para mejorar el ambiente y prevenir y controlar su deterioro.
- Radiación:** Propagación de energía en forma de ondas. Emisión electromagnética.
- Reciclar:** Proceso de aprovechamiento de materiales, tantas veces como sea posible, con lo que se evita la producción de algo nuevo.
- Recursos biológicos:** Recursos genéticos, organismos o parte de ellos, poblaciones o cualquier otro tipo de componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la Humanidad.
- Recursos genéticos:** El material genético de valor real o potencial.
- Recurso Natural:** El elemento natural susceptible de ser aprovechado en beneficio del hombre. Los *renovables*, se pueden usar una y otra vez; los *no renovables*, una vez extraídos de la Tierra no se pueden volver a integrar a ella.
- Región ecológica:** La unidad del territorio nacional que comparte características ecológicas comunes.
- Residuo:** Cualquier material generado en los procesos de extracción, beneficio, transformación, producción, utilización, consumo, control o tratamiento cuya calidad no permita usarlo nuevamente en el proceso que lo generó.
- Residuos peligrosos:** Todos aquellos en cualquier estado físico, que por sus características corrosivas, tóxicas, venenosas, reactivas, explosivas, inflamables, biológicas, infecciosas o irritantes, representen un peligro para el equilibrio ecológico o el ambiente.
- Restauración:** Conjunto de actividades tendientes a la recuperación y restablecimiento de las condiciones que propician la evolución y continuidad de los procesos naturales.
- Vocación natural:** Condiciones que presenta un ecosistema para sostener una o varias actividades, sin que produzcan desequilibrios ecológicos.
- Zoología:** Estudio de los animales.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- Aguilera, Jesús. **Ecología** (Caracas: Monte Avila, 1975).
- Alvarez, Marianella et al. **Jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente** (San José: IJSA, 2001).
- Arenas, José. **Diccionario técnico y jurídico del medio ambiente** (Madrid: McGraw Hill, 2000).
- Aylesworth, Thomas. **La crisis del ambiente** (México: Fondo de Cultura Económica, 1982).
- Barahona, Rodrigo et al. **Aportes del sector justicia al derecho ambiental** (San José: Conamaj, 1997).
- Betancor Rodríguez, Andrés. **Instituciones de derecho ambiental** (Madrid: La Ley, 2001).
- Bifani, Pablo. **Desarrollo y medio ambiente** (Madrid: Cifra, tomos II y III, 1981).
- Boff, Leonardo. **La dignidad de la Tierra** (Madrid: Trotta, 2000).
- Bonilla, Alexander. **Situación ambiental en Costa Rica** (San José: Imprenta Nacional, 1985).
- Crisis ecológica de América Central** (San José: Guayacán, 1988).
- Bórquez José. **Introducción al derecho ambiental chileno y comparado** (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1993).
- Brañes, Raúl. **Manual de Derecho ambiental mexicano** (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- Cabrera, Lucio. **El amparo colectivo, proyectos del derecho ambiental y de otros derechos humanos** (México: Porrúa, 2000).
- Cabrera-Medaglia, Jorge. **Sobre la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental en Costa Rica** (San José: UACA, revista Acta Académica, No. 27, 2000).
- Cabrera, Claudio y Oscar Maldonado. **Política, economía y ambiente** (Guatemala: FLACSO, 1992).
- Calvo, Rosario. **Evaluación estratégica ambiental de planes y programas** (Madrid: Ed. La ley: *Revista mensual de gestión ambiental*, diciembre 2000).

Cano, Guillermo. **Derecho, política y administración ambientales** (Buenos Aires: Depalma, 1978). ✓

Carmona, María. **Derecho ecológico** (México: UNAM, 1991).

Derechos en relación con el medio ambiente (México: UNAM, 2001).

Cárdenas, Marta (editora). **Política ambiental y desarrollo** (Bogotá: Inderena, 1986). ✓

Castro, Benjamín. **Cuencas y ríos de Costa Rica** (San José: s.p.i. 1998).

De Castro, Josué. **Ensayos sobre el subdesarrollo** (Buenos Aires: Siglo Veinte, 1965).

El hambre, problema universal (Buenos Aires: La Pléyade, 1969).

Diep Rosas, Jorge. **Marco constitucional del Derecho ambiental** (México: Ed. Porrúa, en *Temas selectos del Derecho corporativo*, 2000).

Eckholm, Erick. **La Tierra que perdemos** (Barcelona: Ed. Tres tiempos, 1977).

Fallas, Luis (coordinador). **Principales indicadores ambientales en Costa Rica** (San José: Midiplan, 1996).

Figueroa, Aimée. **Fiscalidad y medio ambiente en México** (México: Porrúa, 2000).

Fournier, Luis. **Desarrollo y perspectiva del movimiento conservacionista** (San José: EUCR, 1991).

Frankel, Mauricio. **Manual de anticontaminación** (México: Fondo de Cultura Económica, 1982).

George, Pierre. **El medio ambiente** (Madrid: Ed. Orbis, 1985).

Goodland, Robert et al (editores). **Medio ambiente y desarrollo sostenible** (Madrid: Trotta, 1997).

González Ballar, Rafael et al. **Hacia una nueva legislación ambiental en Costa Rica** (San José: Cejul, 1991).

El derecho público y el medio ambiente en Costa Rica (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 46, 1982, UCR).

Guerra, Tomás (compilador). **Ecología y política en América Latina** (Heredia: Cedal, 1984).

- Gudling, Lothar et al. **Memoria del I congreso nacional de derecho ambiental** (San José: s.p.i., 1992).
- Gutiérrez, Raquel. **Introducción al estudio del derecho ambiental** (México: Porrúa, 1998).
- Jovane, Juan. **Ajuste y medio ambiente** (Panamá: Cecades, 1992).
- Hedstrom, Ingemar. (editor) **¿Volverán las golondrinas?** (San José: Dei, 1988).
- La situación ambiental en Centro América y el Caribe** (San José: Dei, 1989).
- Somos parte de un gran equilibrio** (San José: Dei, 1985); y,
- José Gómez, **El desafío ecológico en América Latina** (Bogotá: Ed. El búho, 1991).
- Lemkow, Luis y Fred Buttel. **Los movimientos ecologistas** (Madrid: Alambra, 1982).
- Loperena, Demetrio. **El derecho al medio ambiente adecuado** (Madrid: Civitas, 1996).
- Los principios del derecho ambiental** (Madrid: Civitas, 1998).
- López Portillo, Manuel. **El medio ambiente en México** (México: Fondo de Cultura Económica, 1982).
- Madrigal, Patricia. **Convenio sobre la diversidad biológica** (San José: Ed. Norma, 1998).
- Derecho ambiental en Centroamérica** (San José: Escuela Judicial, 1996).
- Manauella, Carlos. **Los fenómenos jurídicos ambientales** (San José: Iustitia, Nº 143-144, 1998).
- Martín Mateo, Ramón. **Manual de derecho ambiental** (Madrid: Trivium, 1998).
- Derecho ambiental** (Madrid: IEAL, 1977).
- Mata, Alfonso et al (compiladores). **Contaminación ambiental** (Cartago: Ed. Tecnológica, 1980).
- McCloskey, H. **Ética y política de la ecología** (México: Fondo de Cultura Económica, 1988).
- Meadows, Donella et al. **Los límites del crecimiento** (México: Fondo de Cultura Económica, 1975).

Midiplan. **Plan nacional de política ambiental**. Eco 2005 (San José: Midiplan-Minae, 1996).

Encuesta sobre medio ambiente (San José: Midiplan-Minae, 1997).

Miller, Shirley. **La ecología** (San José: EUNED, 1978).

MINAE. **Plan de sobreesimiento ambiental** (San José: Imprenta Nacional, 2001).

Murillo, Luis. **Memoria del simposio de desarrollo sostenible** (San José: Universidad de Costa Rica, 1997).

Novoa, Eduardo. **Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional** (México: Fondo de Cultura Económica, 1975).

Novatti, Ricardo. **Ecología** (Buenos Aires: Kapeluz, 1975).

Olivier, Santiago. **Ecología y subdesarrollo en América Latina** (México: Siglo XXI, 1986).

Ortega Alvarez, Luis (Director). **Derecho del medio ambiente** (Valladolid: Lex Nova, 2000).

Parejo Alfonso, Luciano. **Derecho ambiental comunitario** (Madrid: McGraw-Hill, 2000).

Pasquelot, Maurice. **La Tierra intoxicada** (Barcelona: Plaza & Janés, 1973).

Pérez, Efraín. **Derecho ambiental** (Bogotá: Mc Graw Hill, 2000).

Perspectivas de Desarrollo S.A. **Encuesta nacional sobre medio ambiente, desarrollo sostenible** (San José: MIDIPLAN, 1997).

Perea Francisco. **Derecho y medio ambiente** (Medellín: Diké, 1998).

Pigretti, Eduardo et al. **Derecho agrario y recursos naturales** (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983).

Derecho ambiental (Buenos Aires: Depalma, 1993).

Porras, Anabelle y Beatriz Villarreal. **Deforestación en Costa Rica** (San José: ECR, 1986).

Quesada, Carlos y Viviente Solis (editores). **Estrategias de comparación para el desarrollo sostenible de Costa Rica** (San José: Ministerio de Recursos naturales, 1989).

Quiroga, Rayén. **El tique sin selva** (Santiago de Chile: Instituto de ecología política, 1994).

Ramade, Francois. **Dictionnaire de L' Ecologie** (Paris: Encyclopaedia Universales, 1999).

- Ramírez, Miguel. *Diccionario de ecología* (Alajuela: Ed. Esfera, 1995).
- Ramírez, Yesid. *El derecho ambiental* (Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 1998).
- Ramonet, Ignacio et al. *Soulager La Plànete*. (Paris: Le Monde diplomatique, mars-avril, 2000).
- Redclift, Michael. *Los conflictos del desarrollo y la crisis ambiental* (San José: Midiplan - Minae, 1996).
- Rodríguez, Silvia y Emilio Vargas. *El recurso forestal en Costa Rica* (Heredia: EUNA, 1988).
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Consideraciones jurídicas en torno del ambiente* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 65, UCR, 1990).
- Medio ambiente y derecho* (Baja California Norte: Revista Occidental, No. 20, 1990).
- El canje de deuda externa por naturaleza*. (Baja California Norte: Revista Occidental, No. 34, 1994).
- Romero Prida, Bernardo; Isabel García Gutiérrez. *La gestión integrada de la calidad y el medio ambiente* (Madrid: *La Ley*, revista mensual de gestión ambiental, diciembre del 2000).
- Ruckelshaus, William (presentación). *El desarrollo sostenible* (Ginebra: Centro para nuestro futuro, s.f.)
- Sagot, Alvaro. *Manual de legislación ambiental* (San José: IJSA, 2000).
- Los principios del derecho ambiental en las resoluciones de la Sala Constitucional* (San José: s.p.i. 2000).
- Saiegh, Ricardo. *¿Qué es el medio ambiente y la contaminación?* (Barcelona: Gaya Ciencia, 1977).
- Salazar, Roxana. *El derecho a un ambiente sano* (San José: Libro Libre, 1993).
- Legislación y ecología en Costa Rica* (San José: Libro Libre, 1993); y,
- Rodolfo Saborío. *Manual de derechos humanos y ambiente* (San José: Fundación Ambio, 1994).
- et al. *Biodiversidad* (Heredia: EUNA- Fundación Ambio, 1994).
- et al. *Comercio y ambiente* (San José: Fundación Ambio, 1994).
- Sánchez, Carlos. *Nuevo régimen jurídico del ambiente* (Medellín: Eds. Rosaristas - Diké, 1994).

- Schumacher, E.F. **Lo pequeño es hermoso** (Madrid: Blume, 1994).
- Seoanez, Mariano y Federico Mayor. **El gran diccionario del medio ambiente** (Madrid: Mundi-Prensa, 1991).
- Still, Henry. **El animal sucio** (México: Novaro, 1975).
- Téllez, Luis. **Nueva legislación de tierras, bosques y aguas** (México: Fondo de Cultura Económica, 1993).
- Terrabas, Jaime. **Ecología boy** (Barcelona: Ed. Teide, 1971).
- Thant, U et al. **La contaminación del planeta** (Caracas: Monte Avila, 1976).
- Turk, Arnos et al. **Ecología, contaminación y medio ambiente** (México: Interamericana, 1973).
- Valerio, Carlos. **Conservación del medio** (San José: EUNED, 1979).
- Historia natural de Costa Rica** (San José: EUNED, 1980). ✓
- Valls, Mario. **Derecho ambiental** (Buenos Aires: ciudad argentina, 1999).
- Vargas, Alex. **Derecho ambiental comparado** (San José: Editec, 1995).
- Vicen, Marta y Carlos Vicen. **Diccionario de términos ecológicos** (Madrid: Paraninfo, 1996).
- Voigt, Jurgen. **La destrucción del equilibrio ecológico** (Madrid: Alianza, 1969).
- Ward, Bárbara y René Dubos. **Una sola tierra** (México: Fondo de Cultura Económica, 1975).
- et al. **¿Quién defiende la Tierra?** (México: Fondo de Cultura Económica, 1975).
- Weidner, Helmut y Toens Hilker (compiladores). **Hacia una conciencia ecológica** (Caracas: Nueva Sociedad, 1989).
- Wilson, Carroll et al. **La influencia del hombre en el medio global** (México: Fondo de Cultura Económica, 1976).
- Zamora, Olhedyis. **El impacto ambiental por la minería en Costa Rica** (Heredia: EUNA, 1989).
- Zeledón Ricardo (compilador). **Código ambiental** (San José: Ed. Porvenir, 2001).
- (compilador). **Código agrario** (San José: Ed. Porvenir, 2001).
- y Roxana Salazar (compiladores). **Código ambiental internacional** (San José: Ed. Porvenir, 2001)

LAS REFORMAS JURIDICAS EN AMERICA CENTRAL

Dr. Arturo Fournier Facio^(*)

Abogado costarricense

^{*)} Ponencia para el Seminario-Taller “*Fortalecimiento de la justicia en Nicaragua: prioridades, perspectivas y soluciones*”, auspiciado por la *Fundación Konrad -Adenauer-*, en cooperación con la Embajada de la República Federal de Alemania, PNUD y la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

INTRODUCCION

Agradezco a los organizadores de este evento, la invitación que se me ha cursado para participar en tan importante actividad, en especial a la Fundación Konrad Adenauer y al Lic. Reinhard Junghanns, por su interés en cooperar con países como los nuestros, que estamos deseosos de avanzar, mejorar y modernizar nuestras administraciones de justicia.

Actitudes como éstas y la española a que haré referencia, son una muestra de lo que es la cooperación internacional responsable, y presenta algunas de las facetas positivas de la globalización, con el intercambio de experiencias, y una ayuda internacional dirigida a mejorar lo mejor de los países en desarrollo: su afán por conseguir una verdadera justicia.

Además, en el caso particular, me unen estrechos lazos de amistad y de trabajo con el hermano pueblo nicaraguense, por lo que el seminario reviste doble interés.

El objetivo fundamental de mi participación, reside en que comparta con Uds., un arduo trabajo de casi cinco años de duración, durante el cual varias organizaciones centroamericanas, como la que represento: ***Asociación Americana de Juristas***, conjuntamente con la Asociación Costarricense de la Judicatura, cooperamos de forma estrecha y ardua con hermanos españoles de la Asociación Catalana de Profesionales para la Cooperación y Jueces para la Democracia de España, con el auspicio de la Unión Europea y la Generalitat de Catalunya, a fin de elaborar un ***LIBRO BLANCO SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN CENTROAMERICA***.

En sus diferentes etapas participaron –aparte de las indicadas en el párrafo anterior, por España y Costa Rica– las siguientes organizaciones:

Por EL SALVADOR:

Comisión de Derechos Humanos
Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho

Por GUATEMALA:

Fundación Myrna Mack
Asociación Guatemalteca de Juristas

Por HONDURAS:

Colegio de Abogados
Consultorio Jurídico Popular
Comité para la Defensa de los Derechos Humanos

Por NICARAGUA:

Asociación de Juristas Democráticos
Centro de Derechos Constitucionales Carlos Téllez

Por PANAMA:

Colegio de Abogados
Centro de Asistencia Legal Popular

El proyecto contó con tres etapas:

- 1) *Pre-diagnóstico por estudios de campo, de la situación y legislación existente en cada uno de los países centroamericanos, para “detectar, mediante estudios de la realidad jurídica y social de cada uno de los países, los problemas que presentan sus mecanismos judiciales para hacer efectiva la aplicación de Leyes”.*
- 2) Celebración de seminarios-talleres (como el que hoy hacemos acá) en cada país, para *“analizar los resultados obtenidos en la fase anterior y profundizar en el estudio de aquellos aspectos que se consideran clave para la mejora de la actual situación”*, y el conocimiento sobre la realidad de la aplicación de la normativa vigente, a través de la administración de la justicia, y las posibilidades de acceso a la misma, por parte de la ciudadanía.
- 3) Concluyendo con un Foro o seminario regional en Ciudad de Guatemala, del 26 al 30 de julio de 1999, con la participación de expertos de los distintos países, y de los cooperantes españoles, del cual se extrajeron una serie de discusiones, sugerencias y recomendaciones, que se compilaron y publicaron en lo que ahora se conoce como **“EL LIBRO BLANCO”**, que todos Uds. pueden consultar en las oficinas de la Fundación que hoy gentilmente nos reúne, a quienes hemos donado algunos ejemplares.

El fin era el *“de contrastar los datos obtenidos sobre las características de la situación... en cada país, establecer los problemas y las soluciones comunes y específicas para una mejora de su funcionamiento, hacer públicas las conclusiones de dichas jornadas ante todos los sectores implicados y las autoridades y la opinión pública de cada país y divulgarlas en el ámbito internacional, a fin de recabar los medios regales, técnicos y materiales más adecuados para ese objetivo.”*

El objetivo, que cumplimos, fue –como bien lo dice su nombre– corroborar el funcionamiento y la eficacia de la administración de justicia y la independencia del poder judicial en el área centroamericana, inmersa *“en una situación política de frágiles democracias en unos países y de dificultosos acuerdos de paz en otros”* en los cuales, considerábamos, *“es imprescindible asegurar el fortalecimiento y la independencia judicial para garantizar la efectiva aplicación de unas leyes aprobadas democráticamente, que ayuden a superar la situación de injusticias históricas que han llevado a confrontaciones bélicas en la mayoría de dichos países, ya que **SIN JUSTICIA ES IMPOSIBLE EL DESARROLLO DE UN ESTADO DE DERECHO NI LA CONSOLIDACION DE LA PAZ.**”* (Resaltados y mayúsculas no son del original)

El desarrollo de las actividades, fue además muy útil, porque sirvió para demostrar sobre bases prácticas, que la integración centroamericana es posible y realizable; que en la realidad los países de la región tenemos más similitudes que desigualdades, y que una vez comprometidos responsable y constructivamente con un objetivo común, y con una sana intervención diplomática y una ayuda solidaria de la comunidad internacional, como la de ayer por España, la que hoy nos brindan la *Konrad –Adenauer– Stiftung* y la Embajada de Alemania en Nicaragua, podemos unirnos fuertemente y trabajar sin preocuparnos por las artificiales fronteras que nos dividen.

Los años de común esfuerzo, nos hicieron también reflexionar a todos, sobre cuál es el tipo de justicia que queremos y buscamos, así como qué entendemos por la misma, preocuparnos por definir cuál es el bien jurídico tutelado.

Cicerón decía que *“...La finalidad de la justicia es dar a cada quien lo que se merece... nada más opuesto a la justicia que la violencia...”*

Por ello, debemos preguntarnos ¿cuál debe ser el interés gubernamental para reestructurar el Sistema Judicial, y cuáles son los factores que han incidido en ese proceso de reestructuración en toda la región?: Como lo manifestó el jurista salvadoreño Francisco Eliseo Ortiz Ruiz, en su libro “Diez Años de Reforma Judicial en El Salvador”: Debemos encaminarnos a “buscar una solución política al conflicto, a lograr una paz duradera y establecer un Estado de Derecho, objetivos cuyo logro pasa por varios requisitos, uno de los cuales es indudablemente que los ciudadanos recobren la confianza en la ley, como producto del respeto y cumplimiento de la misma”.

De ahí que tenemos que concluir que, sin una sana, equitativa, eficiente, transparente, pronta y cumplida administración de justicia, que garantice plenamente los derechos fundamentales, así como los principios de seguridad jurídica para toda la población, se lesiona y altera el Estado Democrático de Derecho, porque las personas pierden la fe en el sistema jurídico, y tienden a buscar las vías de hecho, la guerra civil, la venganza personal, a tomar la justicia en sus propias manos (como los sicarios de Colombia o los linchamientos en Guatemala), o devienen proclives en aceptar la arbitrariedad y una tiranía que restablezca el orden, aunque sea el orden de los sepulcros.

La administración de la justicia tiene que buscar siempre la calidad del servicio, la confianza mediante el acceso universal y la honestidad de sus funcionarios, así como credibilidad en su accionar. Por tales razones, aparte de analizar aspectos de fondo sobre las diferentes ramas del Derecho, la especialización de los Tribunales por materia, etc., le dedicamos mucho tiempo a resaltar la importancia de la oficina judicial, como ente administrativo de gestión y administración.

Lo anterior, me lleva también a compartir con Uds. algunos de esos resultados y ciertos principios generales que extrajimos en el “Libro Blanco”, como conclusiones del trabajo:

1. IMPORTANCIA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Garantizar el debido proceso, nutrir las garantías judiciales para hacer efectivo el acceso a la jurisdicción, también llamado derecho de acción.

En la realidad esto no es otra cosa que uno de los derechos humanos fundamentales, contenidos en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: ***“Toda persona puede recurrir ante los tribunales para hacer valer sus derechos”***; o en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: ***“Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella...”***.

Este derecho es la llave para ejercitar con igualdad y justicia todos los demás derechos humanos y judiciales (igualdad procesal, defensa, juicio público, etc.)

Como ha manifestado la profesora Dinah Skelton en la Revista de la Comisión Internacional de Juristas: “El derecho plasmado en este artículo ...reconoce un principio fundamental del Imperio del derecho que, en parte, dimana de la máxima *nemo index in sua causa* ...fomenta el interés de la sociedad por la solución pacífica de los litigios; es más probable que las partes sometan sus diferencias a consideración judicial si esperan que se les proporcione un procedimiento equitativo y un fallo basado en los hechos presentados y la aplicación de la ley.

Además, hoy en día el acceso a la justicia, debe también garantizarse a nivel de tribunales internacionales, con un funcionamiento adecuado, sin politización o presiones inequitativas de ciertos estados poderosos.

2. CARRERA JUDICIAL

Evidentemente, lo anterior no puede existir sin un debido acceso, por parte de los jueces y funcionarios, a la carrera judicial, con la adecuada formación por medio de Escuelas Judiciales para prepararlos continuamente en el ejercicio de sus funciones, indelegabilidad de la función, inamovilidad y estabilidad en sus puestos, garantías de ascensos con criterios objetivos y por concursos de antecedentes con oposición, inmunidad funcional, con la garantía de un sano e independiente sistema de escogencia y de un imparcial régimen disciplinario especializado, que esté separado de la jerarquía jurisdiccional.

En Costa Rica se critica el nombramiento de las altas magistraturas, por parte de los dos partidos mayoritarios de la Asamblea Legislativa, y en Honduras la ingerencia de diputados, alcaldes y gobernadores en el nombramiento de todo tipo de jueces.

Los jueces deben estar nombrados en propiedad, no interinos, y profundizar la especialidad de sus materias. No puede ser que, como en Costa Rica, la estabilidad en el trabajo dependa de cuotas de sentencias que deban cumplir, por encima de la importancia y complejidad de los asuntos tramitados.

Debemos seguir el ejemplo de los Consejos de la Magistratura, como funcionan en Europa.

En Honduras se promulgó la carrera judicial en 1980, pero se reglamentó hasta 7 años después; en Nicaragua se estableció en la Constitución de 1995, pero su aplicación se ha retardado muchos años.

El Salvador es el único país que nombra a sus jueces por tiempo indefinido (como también se hace en Alemania), pero el Consejo de la Judicatura no gobierna el Poder Judicial, porque la Corte Suprema tiene el control sobre los nombramientos, presupuestos y demás.

Igual sucede en todos los demás países de la región, donde la Corte Suprema concentra las jerarquías jurisdiccional y administrativa, lo que dificulta y obstruye, en muchos casos, la carrera judicial, y por ende la independencia de criterio.

Soy de la opinión que la carrera judicial debe estar separada, y debe incluir desde los puestos mas bajos del escalafón, hasta las Magistraturas de la más alta jerarquía de la Corte Suprema.

3. INDEPENDENCIA JUDICIAL

El Juez costarricense Francisco Dall'Anese insistió en Guatemala, que “un Estado Constitucional de Derecho, basado en el sistema republicano de división de poderes, debe contar –entre sus principales aspiraciones democráticas– con jueces independientes. Este atributo de la judicatura no es un capricho de los administradores de justicia, sino una necesidad estructural del Estado y un derecho de cada ciudadano.”

Al ser el órgano jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos sociales, y también el encargado del control de legalidad de los actos de los otros poderes o instituciones estatales, la separación de poderes debe ser rotunda y categórica, para generar independencia con respecto a las presiones y persecuciones políticas, a los partidos, y a las presiones, económicas.

Como afirma Kelsen: *“el acto de jurisdicción es un acto creativo de derecho”*. Con su accionar, lo(s) jueces(as) van creando derecho, y sus interpretaciones nutren la norma existente, respaldan y delinean las garantías y derechos de los ciudadanos. Ese espacio no puede ser rellenado por el legislador.

Lo anterior ha llevado al maestro Walter Antillón a afirmar que no existe uno, sino varios poderes judiciales, uno por cada Juez que administra justicia.

Tenemos trágicos ejemplos en nuestros países, como el del Salvador, cuando la Asamblea Legislativa, como represalia por una resolución judicial que afectó intereses político-partidistas, amenazó con iniciar una investigación del Poder Judicial, tendiente entre otras cosas a la destitución de jueces. En ese hermano país también se denunció el generalizado temor de los jueces con relación a la jerarquía de la Corte, y el tráfico de influencias.

Este punto tiene dos aristas, la interna y la externa; porque también debemos garantizar la independencia de criterio del(a) juzgador(a), con relación a las presiones o imposiciones internas, por parte de la jerarquía o de otros(as) funcionario(as) con mayor poder.

En Guatemala el congreso nombra inclusive a los jueces de los tribunales de apelación, lo que fomenta la ingerencia política y la solicitud de compromisos; o vaivenes inaceptables como las reacciones indignadas ante una decisión judicial, como el reciente asesinato del juez de paz en Senahú: Hugo Martínez.

También debemos asegurar la solidez e independencia del(la) juzgador(a), con relación a los medios de comunicación y sus presiones. Por ejemplo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al referirse a las limitaciones a la libertad de expresión, en el artículo 10.2, incluye entre ellas las encaminadas a mantener la autoridad e imparcialidad del(la) juez(a).

En todas partes del mundo, lo(s) jueces(as) y lo(s) abogado(s) están sujeto(as) a diversas formas de presión e intimidación. Por ejemplo sólo para el año 1995, poco antes de que empezáramos nuestro trabajo, el Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA, en su publicación *Attacks on Justice - The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers*, pag. 9) registró 337 casos de juristas, en 52 países, perseguidos a raíz de sus actividades profesionales: 22 fueron asesinados, 142 detenidos, 30 víctimas de agresiones, 58 amenazados de violencia física, 4 desaparecieron, y a otros 44 se les sancionó profesionalmente o se pusieron trabas a su carrera.

Finalmente es bueno recordar que la independencia de criterio y de su accionar, no debe confundirse con impunidad de las acciones judiciales, ni con la ausencia de controles presupuestarios, ni la revisión posterior de sus decisiones como efecto de la interposición de recursos, ni dejar al margen las eventuales responsabilidades civiles y/o penales de su accionar.

4. ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA O PATROCINIO LETRADO

En Nicaragua no se comprende en la Constitución, sino en la Ley Orgánica del Ministerio Público; en Panamá y Honduras es una obligación del Estado para los pobres, menores e incapaces; en El Salvador la Constitución lo dispone para la materia penal, y en las otras materias se infiere; en Guatemala tampoco tiene rango constitucional, pero se desprende por la existencia de los derechos de libre acceso a los tribunales y de inviolabilidad del derecho de defensa; y en Costa Rica se estipula en la Carta Magna como el derecho individual de defensa, que luego es recogido por leyes especiales, para ciertas materias.

Lo que impera en la práctica –salvo el caso de Nicaragua– es la combinacind de defensorías públicas con el sistema de defensores de oficio, a través de instituciones con autonomía (El Salvador y Guatemala), y dependientes del Poder Judicial en los demás países.

La mayoría de las legislaciones, a excepción de Nicaragua y Honduras, comprende la exención de impuestos en materia de defensa pública, y también de timbres de timbres y cobros por el servicio.

En Europa, por ejemplo se entiende la ayuda legal como un servicio público.

Al ser un sistema integral, no debemos dejar de lado otras instituciones que cooperan con la administración de justicia y sus objetivos, como la Procuraduría General de la República, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes (o del Pueblo = Ombudsman), organizaciones no gubernamentales (O.N.G.'s) defensoras de los derechos humanos, etc.

5. FINANCIAMIENTO DEL PODER JUDICIAL

Para que la gratuidad sea eficaz, es indispensable contar con legislación clara, que disponga de porcentajes mínimos asignados en los presupuestos, a favor del Poder Judicial: 2% Panamá, 3% Honduras, 4% Nicaragua, El Salvador y Costa Rica 6%, y no hay información clara en Guatemala.

Valdría la pena comparar este financiamiento con el porcentaje otorgado a las fuerzas armadas, y con la puntualidad de cumplimiento.

En El Salvador se alegan errores en la distribución interna de esos recursos, en Guatemala insuficiencia de recursos humanos y materiales, en Honduras y en Nicaragua, que casi nunca se les concede la totalidad del presupuesto, ni se gira puntualmente.

En casi todos los países, la entrega de estos recursos se utiliza como un medio de presión del Poder Ejecutivo contra el Judicial.

Debe analizarse también que algunos poderes judiciales, como en Costa Rica, mantienen con el mismo presupuestos, todo el aparato judicial, más la defensa pública, al ministerio público y a la policía judicial.

También estas deficiencias se pueden suplir mediante servicios jurídicos alternativos a los que presta el Estado, como los Consultorios Jurídicos de las Facultades o Escuelas de Derecho, o la buena red de Bufetes Jurídicos Populares de Nicaragua, a través de una organización no gubernamental (ONG.).

El buen financiamiento garantiza también la independencia del administrador de justicia, que no debe ser vulnerable en razón de sus ingresos económicos, de su protección y seguridad.

Como verán, muchos de los puntos citados son principios, garantías o normas generales que todos compartimos, pero cuyos problemas no radican tanto en su aceptación, o en la ausencia de normativa (que en el caso costarricense sobra), sino en razones de oportunidad, costo, conveniencia o de simple aplicación práctica.

Aun así, debemos reconocer, como lo hace el libro ***“La Protección Constitucional del Ciudadano”***, publicado por la Fundación Konrad Adenauer con el CIEDLA, que América Central, al igual que *“América Latina ha venido realizando, en los últimos años, importantes esfuerzos tendientes a modernizar diversos aspectos de su sistema judicial. Las reformas abarcaron diferentes ámbitos como son las propias instituciones de la justicia, pero también reformas del derecho sustantivo y de los códigos de procedimiento.”*

El Derecho comparado se vuelve un instrumento esencial, para analizar nuestras instituciones y nuestro proceder en la realidad, valorar las cosas buenas que tenemos, tratar de modificar los aspectos negativos, e incorporar institutos o reformas jurídicas que nos ayuden a avanzar y mejorar. Siempre es más fácil decir que funciona mal, en lugar de proponer que nos hace falta y cómo lograrlo.

Por ello, tenemos que tener claro que los(as) operadores(as) de la justicia somos todos(as), que el resultado y eficiencia del sistema no es una tarea exclusiva de la Judicatura, por lo que no podemos separar artificialmente las funciones y responsabilidades, y pensar que los(as) académicos(as), los(as) litigantes y los(as) procuradores(as) no tienen nada que hacer, ni por qué preocuparse del destino de la administración de justicia. No somos contrincantes, no estamos aislados(as) los(as) unos(as) de los(as) otros(as).

Publio Sirio advertía: “*Multis minatur, qui uni facit iniuria*” (amenaza a muchos quien comete injusticia con uno sólo). Por ello todos(as) debemos pensar al unísono con la máxima popular anónima anglosajona: “*rather suffer an injustice than commit one*” (mejor sufrir una injusticia que cometerla); porque la capacidad de las personas por la justicia hace posible la democracia, ***pero su propensión a la injusticia la hace necesaria.***

Es un reto mejorar y modernizar entre todos(as), es un desafío hacer que la justicia impere, con eficiencia y racionalidad, porque es un servicio público esencial, como la salud, para la sanidad y estabilidad de la democracia.

Como manifestó la Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Dra. Yadira Centeno: “tenemos fe en el Derecho para la convivencia humana”.

Así, los grandes esfuerzos que se hacen hoy en día en Nicaragua, son una garantía para el resto de la región, ya que la estabilidad política y el mejoramiento del Estado de Derecho en este país, nos favorece y estimula a mejorar a todos(as) los(as) hermanos(as) centroamericanos(as).

Muchas gracias.

**LOS TRATAMIENTOS HONORÍFICOS
EN EL DERECHO COSTARRICENSE**

Jorge Francisco Sáenz Carbonell

Profesor de Historia del Derecho,
Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

En la legislación indiana y castellana que regía en Costa Rica en el momento de su separación de la Monarquía Española, en 1821, eran abundantes las normas sobre los tratamientos honoríficos que debían darse a autoridades civiles, militares y eclesiásticas.

De conformidad con una serie de leyes y pragmáticas promulgadas en Castilla durante los siglos XVI, XVII y XVIII, y recogidas en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805*, debían emplearse los tratamientos de *Majestad* para los Reyes; de *Alteza* para el Príncipe heredero y los Infantes; de *Excelencia* para el Arzobispo de Toledo, Primado de España; los Grandes de España, los Virreyes, los Embajadores extranjeros y españoles, los Secretarios y Consejeros de Estado, los Capitanes Generales del ejército y la armada y otros funcionarios militares; de *Señoría Ilustrísima* (o *Reverendísima*) para los Cardenales y los Presidentes de los Consejos de Castilla y de Aragón y el Inquisidor General; de *Señoría* para los demás Arzobispos, los Obispos, los Presidentes de los demás Consejos, los nobles titulados (Marqueses, Condes, Vizcondes, etc.), los Coroneles y otros oficiales, los Oidores de las Cancillerías y Audiencias, los oficiales de las Secretarías de Estado y otros muchos funcionarios; de *Paternidad* o *Reverencia* para los religiosos, etc.

Una Pragmática de Don Felipe IV, emitida en 1636, imponía drásticas penas a las personas que diesen tratamientos a quienes no les correspondían, a las que los aceptasen e incluso para el tercero que los oyese emplear indebidamente y no avisase a las autoridades. La primera infracción castigaba con una multa de doscientos ducados; la reincidencia con una de cuatrocientos, y en caso de que hubiese tercera infracción se imponía una multa de mil ducados y un año de destierro de los lugares donde se habían quebrantado las normas.

La Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, emitida en 1680, recogió también diversas normas con respecto a los tratamientos de palabra y por escrito que debían emplear entre sí las autoridades indianas. Estas normas específicamente dictadas para Indias eran ligeramente más sencillas que las castellanas, ya que por ejemplo disponían que a los Capitanes Generales y Gobernadores no se les diese tratamiento de *Señoría*, reservado a los Virreyes, y prohibían que a éstos se les diese el de *Excelencia*. Sin embargo, las normas indianas tenían también sus complicaciones, ya que el tratamiento podía variar según quién se dirigiese a quién o si el dignatario estaba presente o ausente. La costumbre desarrolló además otros tratamientos, como el de *Alteza* para las Reales Audiencias, el de *Muy Poderoso Señor* para sus Presidentes, el de *Noble* para los Ayuntamientos, etc.

La tradición de los tratamientos se mantuvo sin alteraciones cuando la Monarquía absoluta dio paso a la constitucional, ya que por

ejemplo las Cortes Constituyentes de Cádiz se atribuyeron el tratamiento de *Majestad*, las Diputaciones Provinciales recibieron el de *Excelentísimas*, etc. El Pacto Social Fundamental Interino de la Provincia de Costa Rica de 1821 y los dos Estatutos Políticos de 1823 se hicieron también eco de ella, al disponer que a las juntas gubernativas se les diese el tratamiento de *Excelencia* y a sus miembros el de *Señoría*.

Como puede imaginarse, tanto en Costa Rica como en otros lugares las confusiones y los errores en materia de tratamientos fueron frecuentes, y dieron lugar a no pocas controversias y molestias. Contra todo ello reaccionó la Asamblea Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América que se reunió en Guatemala el 1° de julio de 1823. El 23 de ese mes, fundamentada en el principio de igualdad, la Asamblea aprobó una ley mediante la cual se suprimían todos los tratamientos utilizados hasta la fecha, incluso el de *Don*, y sólo dispuso que se llamase *Supremo* al Poder Ejecutivo y *Alta* a la Corte de Justicia. La ley fue sancionada por el Ejecutivo el 30 de julio.

Al unirse Costa Rica a la Federación centroamericana en marzo de 1824, quedaron también suprimidos los tratamientos en el ordenamiento costarricense. Hasta se dejaron de utilizar durante un tiempo el *Don* y el *Doña*, y en su lugar se hablaba del *Ciudadano A* o la *Ciudadana B*, al estilo de la Revolución Francesa.

La situación empezó a cambiar durante la primera administración del Doctor Don José María Castro Madriz (1847-1849), amigo, según escribió Don Cleto González Víquez, “de todo formulismo de re-lumbrón”. El 9 de noviembre de 1848 el Poder Legislativo, a partir de una iniciativa presentada por el Diputado Don Nazario Toledo, aprobó un proyecto de ley mediante la cual se establecía el tratamiento de *Excelentísimo* para el Presidente del Estado, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia. Al día siguiente el proyecto fue sancionado por el Presidente Don José María Castro Madriz y el Ministro de Relaciones y Gobernación Don Joaquín Bernardo Calvo.

La ley se utilizó con frecuencia durante el resto del gobierno del Doctor Castro y las administraciones de Don Juan Rafael Mora Porras (1849-1859), a quien incluso algún periódico acusó de que “no consentía ya en ser tratado sino de *Excelentísimo*”, pero después de la caída de Mora esas fórmulas parecieron ser un resabio de *l'Ancien Régime* y ya para 1862 prácticamente habían dejado de emplearse.

Durante la época de Don Tomás Guardia, que dirigió los destinos del país desde 1870 hasta 1882, resucitaron con todo vigor los tratamientos establecidos en la ley de 1848 para el Presidente, el Congreso y la Corte, y ello llevó al parecer a que se generase también la costumbre de dar a los Secretarios de Estado el tratamiento de *Honorable* o *Usía Honorable*.

El abuso en los estos formulismos, que debió originar muchos equívocos, fue satirizado por Don Manuel González Zeledón en su cuadro de costumbres *Un discurso imperecedero*, referido a un maestro de escuela que atribuía a diversos funcionarios gubernamentales tratamientos tales como *Lindísimo, Ilustrísimo y Encantadorcísimo*.

En mayo de 1886, al iniciarse la segunda administración del Licenciado Don Bernardo Soto Alfaro, el Poder Ejecutivo decidió dar pasos concretos terminar de una vez por todas con la normativa de los tratamientos. El Secretario de Gobernación y carteras anexas Don Carlos Durán Cartín presentó al Poder legislativo un sencillo proyecto de ley, dirigido a suprimir esas fórmulas. La iniciativa fue aprobada sin dificultades por el Congreso Constitucional el 19 de ese mes, y al día siguiente el Presidente Soto y el Secretario Durán sancionaron la ley correspondiente.

Con la promulgación de la ley N° 7 de 20 de mayo de 1886 quedaron definitiva y totalmente suprimidos los tratamientos para las corporaciones y funcionarios públicos costarricenses. Los únicos que subsisten válidamente en nuestro ordenamiento son los que, por norma consuetudinaria *obligatoria* del Derecho Internacional, deben darse a autoridades extranjeras, tales como Jefes de Estado, Cancilleres y agentes diplomáticos y consulares.

DECRETO 68 DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1848

El Presidente del Estado de Costa Rica

Por cuanto el Poder Legislativo ha decretado y sancionado lo siguiente:

El Congreso Constitucional del Estado de Costa Rica: para dar a los Supremos Poderes del Estado el lustre y respetabilidad que les corresponde,

DECRETA:

Art. único. Al Congreso Constitucional en cuerpo, al Presidente del Estado, al Vicepresidente en ejercicio del Poder Ejecutivo y a la Suprema Corte de Justicia, también en cuerpo, se les dará de palabra y por escrito el tratamiento de *Excelencia* y respectivamente el de *Excelentísimo* o *Excelentísima* en todos los casos en que pueda tener lugar, lo mismo que el de *Señor* en todos los actos públicos u oficiales del orden político, y se les harán por las tropas los honores que las ordenanzas designan para el Soberano.

Al Poder Ejecutivo. - Dado en la ciudad de San José á los nueve días del mes de noviembre del mil ochocientos cuarenta y siete.- Nazario Toledo, Diputado Vicepresidente.- Joaquín Carrillo, Diputado Prosecretario, - Juan Rafael Reyes, Diputado Secretario.- Por tanto EJECÚTESE. San José, noviembre diez de mil ochocientos cuarenta y siete.- José María Castro. - Al Ministro de Relaciones, y Gobernación Señor Don Joaquín Bernardo Calvo.

DECRETO N° 7 DE 20 DE MAYO DE 1886

EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
DE COSTA RICA,

Considerando: que los tratamientos honoríficos dados a las corporaciones y empleados públicos no se avienen con la sencillez que requieren las formas republicanas,

DECRETA:

Art. único.- Quedan abolidos tales tratamientos y derogadas las leyes que los establecieron.

AL PODER EJECUTIVO.- Dado en el salón de sesiones del Palacio Nacional, en San José, a los diez y nueve días del mes de mayo de mil ochocientos ochenta y seis.- A. ESQUIVEL, *Presidente*.- A. VENEGAS, *Secretario*.- MÁXIMO FERNÁNDEZ, *Secretario*.- Palacio Presidencial.- San José, a veinte de mayo de mil ochocientos ochenta y seis.- Ejecútese.- BERNARDO SOTO.- *El Secretario de Estado en el despacho de Gobernación*, -CARLOS DURÁN.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Trejos Salas, Gerardo y Hubert May Cantillano. **Constitución y Democracia Costarricense** (San José: Juricentro, 2001. 283 páginas).

Esta importante obra está dividida en cuatro partes:

- I. La democracia costarricense y sus orígenes ideológicos.
- II. La Constitución Política y la necesidad de su reforma.
- III. La construcción de la democracia es asunto de todos. A propósito de los derechos constitucionales al trabajo y al medio ambiente.
- IV. Nuevas perspectivas para la Constitución política y para la democracia costarricense.

En la *Introducción*, el Dr. Trejos y el Máster May, señalan que el desarrollo democrático nuestro y el origen de las instituciones costarricenses, debería ser objeto de mayor discusión y análisis (pág. 25).

En su *reflexión final*, los autores nos afirman que Costa Rica se caracteriza por su estabilidad política fundada en la existencia de una democracia liberal consolidada, cuyas instituciones políticas han funcionado en forma estable, legítima y permanente (pág. 265).

La democracia, *agregan los autores*, es el principal producto de exportación costarricense. Un producto de alta calidad (pág. 267).

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. **Jurisprudencia constitucional**. Recopilación de las sentencias de constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena. Tres tomos. *Primer tomo*: sentencias Corte Plena, 1890-1936; 198 páginas; *segundo tomo*: sentencias - Corte Plena, 1938-1982, 627 páginas; *tercer tomo*: 1983-1990; 865 páginas, (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2000).

Córdoba Ortega, Jorge. ***Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa***, con jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa; incluye resoluciones sobre interdictos (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2001; 337 páginas).

Obregón Quesada, Clotilde. ***El proceso electoral y el Poder Ejecutivo en Costa Rica***. (San José: Universidad de Costa Rica y Tribunal Supremo de Elecciones, 2000, 467 páginas).

El contenido de este valioso libro es el siguiente:

- * La problemática de independencia, 1808-1924
- * La República Federal de Centro América, 1824-1848
- * La República, 1848-1871
- * La República, 1871-1902
- * La República, 1902-1924
- * La República, 1924-1948
- * La República, 1948-1974
- * La República, 1974-1998

La autora, en *Anotaciones sobre el tema*, nos dice que investigar sobre el proceso electoral costarricense ha sido un camino lleno de sorpresas, no todas inesperadas y que nos ha dejado una experiencia enriquecedora. Costa Rica empezó su experiencia electoral desde finales de su época colonial, desde el año 1808 cuando se ordenó elegir a los miembros de los Ayuntamientos y luego al representante ante la Junta Central y a Cortes. Las votaciones se intensificaron con la puesta en vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812 (pág. 17).

En el caso de nuestro país, expresa la autora, existen una serie de gobiernos producidos por un golpe de Estado, que han sido legitimados por una Constituyente (pág. 22).

Esta obra es un significativo aporte a este tema electoral en Costa Rica.

Salinas Durán, Edwin. ***El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000; 60 páginas).

García de Enterría, Eduardo et al. **Revista de Administración Pública** (Madrid: Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 153, 2000, 591 páginas).

Este número 153 de la Revista está dedicado al Maestro de Derecho Administrativo **Alejandro Nieto García**, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

El Director de la Revista, *Dr. Eduardo García de Enterría*, nos dice que expresar a este magnífico universitario e intelectual nuestra admiración y nuestro aprecio más sinceros, con ocasión de su jubilación universitaria, es el propósito de cuantos colaboramos en el presente número de esta Revista, a la vez que le expresamos nuestros mejores deseos de futuro –un futuro evidentemente prometedor y abierto–, como es permitido esperar de su mente poderosa, penetrante y original, así como de su espíritu indomable, que la edad no ha hecho sino afilar y afirmar más cada día (pág. 11).

Los Profesores de Derecho Administrativo que participan en este homenaje al Dr. Alejandro Nieto son:

S. Martín - Retortillo Baquer
L. Martín - Retortillo Baquer
R. Martín Mateo
J. R. Parada Vázquez
T. R. Fernández Rodríguez
F. González Navarro
S. Muñoz Machado
L. Parejo Alfonso
T. Font I Llovet
A. Blasco Esteve
L. Ortega Alvarez
M. Beladiez Rojo
J. V. González García
E. García de Enterría
R. Gómez-Ferrer Morant
T. Quintana López
F. Sosa Wagner
A. Embid Irujo
E. Gómez - Reino y Carnota
J. A. Carrillo Donaire
J. Leguina Villa

Dr. Enrique Rojas Franco. **Código Administrativo** (San José: Editorial Porvenir, 2001, 438 páginas).

Sagot Rodríguez, Alvaro. **Manual de Legislación Ambiental. Ley Orgánica del Ambiente, concordada con jurisprudencia constitucional y legislación relacionada, en anexos** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000, 363 páginas).

El contenido de este importante manual es el siguiente:

- * Ley orgánica del Ambiente
- * Textos de leyes relacionadas con el ambiente, en lo que corresponde:

Constitución Política

Código Penal

Código de Minería

Código Municipal

Ley de conservación de vida silvestre

Ley de biodiversidad

Ley forestal

Ley general de salud

Ley de protección fitosanitaria

Ley de hidrocarburos

Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones

Ley de la zona marítimo terrestre

Ley de planificación urbana

Ley de construcciones

Ley general de agua potable

Ley de aguas

Ley de uso, manejo y conservación de suelos

Este autor también publicó otro relevante texto. **Los principios del Derecho Ambiental en las resoluciones de la Sala Constitucional** (San José: s.p.i., 2000, 358 páginas), en la cual realiza la selección, clasificación y comentarios de resoluciones o votos de dicha Sala en esa materia.

Hess Araya, Christian; y, Ana Lorena Brenes Esquivel. **Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal. Incluye guía práctica para la preparación de recursos de amparo y guía práctica para la preparación de acciones de inconstitucionalidad** (San José: Investigaciones Jurídicas, IJSA, 2001, 407 páginas).

Rodríguez Echeverría, Miguel Angel et al. **Derecho Constitucional y Administrativo** (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2001, 264 páginas).

Esta importante obra presenta este contenido:

Dr. Miguel Angel Rodríguez Echeverría

La importancia de la protección de los habitantes en un Estado democrático y social de Derecho

Lic. César Zúñiga R.

El Estado y los habitantes. ¿Una dicotomía?

Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel

Los principios constitucionales del Derecho Administrativo

Lic. Juan Carlos Castro Loría

El papel de la jurisdicción contencioso administrativa en la tutela efectiva de los derechos fundamentales

M. Sc. Leonel Fonseca Cubillo

La regulación de los servicios públicos, como garantía para los habitantes

Lic. Ronald Hidalgo Cuadra

La fiscalización superior de la hacienda pública como garantía de los habitantes

Dr. Manrique Jiménez Meza

La problemática impugnatoria de los intereses difusos

M. Sc. Carlos Loría Chaves

La calidad en la prestación de los servicios públicos

Licda. Jenny Philipps Aguilar

La inactividad de la administración

Lic. Luis Ricardo Rodríguez Vargas

Los instrumentos que ofrece la justicia constitucional para la protección de los habitantes

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

La eficiencia administrativa y la protección de los habitantes

Bolaños González, Jimmy. **Estatuto de servicio civil y su reglamento. Comentado con jurisprudencia y legislación conexas** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2001; 586 páginas).

Quesada Pacheco, Jorge Arturo. **El texto jurídico: la alteración textual y contextual** (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2000; 130 páginas).

Su contenido es el siguiente:

- * Prefacio
- * El lenguaje jurídico
- * Alteración textual y contextual
- * ¿Errores de interpretación o juego de estrategia?
- * Versiones contradictorias
- * Conclusión
- * Bibliografía

En el *Prefacio* su autor nos dice que por la preponderancia del lenguaje en el campo del derecho, se hace cada vez más relevante el análisis del discurso dentro de esa disciplina. Conforme la lingüística se ha venido desarrollando, sus especialidades se han comenzado a extender al ámbito interdisciplinario. Tal vez el mejor ejemplo de esta situación sea el desarrollo del análisis del discurso, tanto oral como escrito, aplicado al campo judicial.

El Dr. Quesada *concluye* que el análisis del discurso jurídico es una valiosa herramienta en la administración de justicia. Tiene gran relevancia el manejo de los textos: la alteración textual y contextual. Logramos demostrar que cuando se altera el texto, también se modifica el contexto de los hechos, con graves consecuencias. Parte de esa alteración textual consiste, en variar y omitir información, lo cual causa indefensión y erosiona la confianza del pueblo en la administración de justicia (pág. 123).

– o –

Duncan - Lynch, Pablo; Jiménez Vargas, Fabio; y, Rodríguez, Juan Carlos. **Código de Propiedad Intelectual. Concordado y con anotaciones.** (San José: Investigaciones Jurídicas IJSA, 2001; 311 páginas).

Jiménez Meza, Manrique. **Teoría del Estado** (*Nietzsche, Derecho y antisemitismo*). (San José: Ed. Jurídica Continental, 2001; 266 páginas).

En el *Prólogo* el Dr. Víctor Pérez Vargas señala que el autor de este libro nos ha legado valiosos frutos en los campos del Derecho Público y en el de la filosofía (pág. 11).

El contenido de esta atrayente obra es el siguiente:

- * Panorama histórico
- * Voluntad de vida y voluntad de poder
- * La anti-religión
- * Inversión de la moral
- * El eterno retorno
- * El superhombre
- * Nietzsche y el antisemitismo
- * Nietzsche y el nacional socialismo
- * Nietzsche y el Estado aristocrático
- * Conclusión
- * Bibliografía

En su *conclusión*, el Dr. Jiménez expresa que el Estado de Derecho implica el Estado con su raíz y vida en las normas jurídicas que respetan y hacen respetar a la persona antes de nacer y después de morir. Sus características son: a) imperio de la ley, b) división de poderes (Legislativo, Judicial y Ejecutivo), c) legalidad de la Administración y d) derechos y libertades fundamentales (pág. 242 y 243).

– o –

Sánchez Boza, Roxana (editora). **El protocolo de Kyoto** (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2000; 182 páginas).

Antillón, Walter. **Teoría del proceso jurisdiccional** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2001; 443 páginas).

El autor nos indica que este manual ha sido pensado y escrito para los estudiantes. Lo cual no significa, que es un texto elemental, donde no comparecerán las muchas dificultades con que se enfrenta la ciencia del Derecho en este comienzo del Siglo XXI (pág. 13).

Este libro analiza, *entre otros temas*, los siguientes:

- * Normas y principios del ordenamiento Jurídico
- * Fuentes e interpretación del Derecho
- * Situaciones jurídicas
- * Fuentes reales y normativas del Derecho Procesal
- * La potestad de jurisdicción
- * El poder de la acción
- * El proceso jurisdiccional
- * Los principios del Proceso

En el *epílogo*, el autor cita a Salvatore Satta cuando expresa que la realidad es que "*quien mata no es el legislador, sino el juez*". El Profesor Antillón, indica que el Derecho es el proceso (pág. 414).

Fernández Argüello e Ileana Sánchez Navarro. ***Las consultas populares a nivel cantonal y distrital. Plebiscitos, referendos y cabildos.***- Incluye, además: *Manual para la realización de consultas populares a nivel cantonal y distrital*, del Tribunal Supremo de Elecciones (San José: Investigaciones jurídicas S.A., IJSA, 1999; 111 páginas).

Nieto García, Alejandro. ***El arbitrio judicial*** (Barcelona: Ariel, 2000; 444 páginas).

El Dr. Nieto en su Introducción nos afirma que este libro pretende recuperar una vieja figura –el arbitrario judicial– desafortunadamente oscurecida por una doctrina hostil que refleja una ideología ilusa y que cae (aunque no siempre, claro es) en el error capital de confundir arbitrio con arbitrariedad y en otro, aún mayor si cabe, de creer que es posible desarrollar una actividad judicial sin su ejercicio lícito (pág. 15).

Lo que pretende esta obra, no es reintroducir el arbitrio en la práctica forense (ya que nunca llegó a desaparecer de ella), sino en librarle de la clandestinidad y devolverle la condición legal que ahora frívolamente se le niega (pág. 16).

El *contenido* del excelente libro del *Maestro Alejandro Nieto García*, se divide en capítulos, los cuales desarrollan en su orden, estos temas:

- * *Falacias del paradigma jurídico tradicional*
- * *El método judicial*
- * *Motivación*
- * *El arbitrio judicial*
- * *Enjuiciamiento de la sentencia*
- * *Más allá de la Ley: irracionalidad, irrazonabilidad y arbitrariedad*
- * *La conciencia positiva de la inevitable subjetividad*

Su apéndice desarrolla lo que el autor denomina “*parábola del portal de Belén*”: en los primeros días del año 1 de nuestra era, acudió al Juez de Belén el propietario de un portal o establo denunciando que había sido éste ocupado por una pareja de forasteros, llamados José y María, quienes se habían instalado en él sin pagar renta y sin intención, al parecer, de abandonarlo con el pretexto de que les había nacido un niño y no estaban en condiciones de reanudar el viaje; solicitaba en consecuencia una resolución de desahucio y lanzamiento de los intrusos (pág. 405).

— 0 —

Salinas Durán, Edwin. ***La actio libera in causa en el Derecho Penal costarricense*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2000; 52 páginas).

Jiménez Castro, Wilburg. ***La reforma administrativa, la reforma del Estado y la privatización de instituciones, empresas y programas públicos*** (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2000; 304 páginas).

El contenido de este relevante libro es:

- * Reforma administrativa
- * ¿Qué es reforma del estado?
- * Privatización de empresas, instituciones, funciones y programas públicos
- * Privatización de empresas, instituciones, funciones y programas públicos.

El autor nos señala —en la *Introducción*— que la reforma del Estado, ha sido para muchos, el mecanismo propicio para la reducción de sus actividades, poniendo especial hincapié y prioridad en la privatización de instituciones, empresas y programas públicos; así como también, se han emprendido acciones de movilidad laboral orientadas a lograr reducciones considerables del personal público, y, asimismo se cometieron atropellos contra los regímenes de pensiones y jubilaciones del personal público (pág. XV).

Artavia Barrantes, Sergio. **Normativa sobre arbitraje nacional e internacional** (San José: Editorial Porvenir, 2001, 252 páginas).

Solís Fallas, Alex. **Control político y jurisprudencia constitucional** (San José: Comisión nacional para el mejoramiento de la administración de Justicia, 2000; 304 páginas).

En su *Prólogo* la *Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda*, nos dice que este libro será de obligada referencia y que dará pie a un debate nacional respetuoso pero profundo (pág. 17).

Por su parte, el *Máster Albán Bonilla Sandí* –Director Académico del Colegio de Abogados–, nos informa que el Premio Alberto Brenes Córdoba es el máximo galardón académico que otorga el Colegio de Abogados de Costa Rica, a la mejor obra jurídica inédita presentada a su consideración en cada convocatoria. El Doctor Alex Solís Fallas, obtuvo la versión del año 1999-2000 con el ensayo que hoy se publica bajo los auspicios de la Comisión nacional para el mejoramiento de la administración de Justicia (pág. 21).

En la *Presentación*, el *Dr. Enrique Rojas Franco*, afirma que la presente obra es de obligada consulta para el estudioso del Derecho Público, porque verdaderamente enriquece y vivifica el Derecho Público en general, y el Derecho Parlamentario en especial, pero ante todo demuestra que la doctrina jurídica nacional es coherente y sobre todo, valiente (pág. 46).

Este importante libro está dividido en las siguientes partes:

Primera: la Asamblea Legislativa

Segunda: el control político

Tercera: el control político y el control jurisdiccional

Cuarta: control político y jurisprudencia constitucional

Conclusiones generales

Bibliografía

Vargas Chavarría, Eugenio. **Legislación sobre riesgos de trabajo y salud ocupacional, con jurisprudencia** (San José: Investigaciones Jurídicas, IJSA, 1998, 299 páginas).

Alvarez, Marianella Molina; Yazmín Aragón Cambroner, Jennifer Flores Stoviak y Gustavo Solís Vega. **Jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente. Principios, análisis evolutivo y crítico de la jurisprudencia.** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2001, 195 págs.)

El **Dr. Rubén Hernández Valle** en el *Prólogo* afirma que esta obra comenta y analiza críticamente la jurisprudencia dictada por la Sala Constitucional en materia de derechos ambientales hasta marzo del 2000. Añadiendo que este libro tiene innegables méritos que aconsejan su publicación y su lectura por quienes se interesan en las materias ambientales y constitucionales: capacidad de sistematización, síntesis de la doctrina que emana de las sentencias recopiladas; y, sobre todo un análisis sistemático y crítico de los contenidos jurisprudenciales y doctrinarios estudiados.

El contenido de este valioso libro es el siguiente:

- * Sistematización de la jurisprudencia constitucional
- * Análisis de la jurisprudencia constitucional
- * Estudio de los principios generales y específicos del derecho ambiental

Oficina Jurídica. Universidad de Costa Rica. **Compendio de normativa universitaria** (San José: Editorama, 2001, 512 págs. *Presentación:* Rector Dr. Gabriel Macaya Trejos y Director Oficina Jurídica Lic. Rolando Vega Robert).

Meoño Segura, Johnny. **Crisis nacional, Estado y burocracia** (Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 2001, 422 págs.)

En el *Prólogo* su autor indica que es preciso descentralizar para abrir nuevos espacios verdaderos para que la población civil del país pueda influir más directamente en los asuntos nacionales y locales que determinan su desarrollo particular exigiendo cuentas de maneras más cercanas y precisas a quienes han sido socialmente designados para que representen al costarricense en el ejercicio del poder político y administrativo.

Esta importante obra presenta estos contenidos:

- * Burocracia pública, cultura y privatización
- * Hacia un Estado-burocracia moderno para el Siglo XXI

El **Dr. Johnny Meoño** en la *Conclusión* señala que se debe configurar un sistema político institucional fuerte y saludable, que requiere ser sólido en los pesos y contrapesos.

Córdoba Ortega, Jorge. **Reglamento de la Asamblea Legislativa**, con Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (San José: Investigaciones Jurídicas, IJSA, 2001, 379 págs.)

Código civil francés. Código Napoleón (San José: Investigaciones Jurídicas, IJSA, 2001).

En la **Presentación** de esta obra clásica, el Profesor Wálter Antillón indica que el Código Civil francés de 1804, también llamado “Código Napoleón”, es sin duda uno de los monumentos legislativos más importantes de todos los tiempos. Su influencia no se limitó a la esfera de Occidente (donde fue y sigue siendo enorme), sino que se propagó también por otros ámbitos culturales, como Japón, Turquía, Egipto y otros países musulmanes, así como en varios Estados africanos de la órbita cultural francesa. Y, tampoco se limitó al campo legislativo, sino que tuvo una fuerte repercusión en la filosofía, la sistemática y el método jurídicos.

Agregando, que en lo que hace a Europa, con excepción de Gran Bretaña y algunos Estados de cultura germánica, se puede decir que toda ella siguió sus lineamientos durante el transcurso del Siglo XIX. E igual destino sufrieron, aunque en medida variable, las nacientes Repúblicas Latinoamericanas, la provincia de Québec en Canadá y el Estado de Louisiana en Estados Unidos.

Nos informa el Profesor Antillón que la presente versión en español de este Código Civil es la de la antigua “Colección de Códigos Europeos” (Madrid: 1875) dirigida por Don Alberto Aguilera y Velasco. Y, respecto del *Discurso preliminar* del Código Napoleón, debido a la pluma de Jean - Etienne - Marie Portalis, uno de sus redactores, se ha usado la versión española del Profesor Don Manuel de Ricacoba y Ricaboba (Edeval, Valparaíso, 1978).

Es un valioso acierto la publicación de esta importante obra clásica en nuestro país.

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
 Ensayos:	
La organización administrativa del sector eléctrico español. Funciones y potestades públicas. Un estudio normativo. II. <i>Lic. Jorge Córdoba Ortega</i>	9
La transferencia de fondos públicos a personas privadas: caso particular de las fundaciones <i>Máster Omar Rivera Mesén</i>	51
La pena de multa en Costa Rica <i>Prof. Alonso Salazar</i>	67
El interdicto de amparo de posesión en favor de la administración: una falacia jurídica <i>Máster César Hines</i>	83
Derecho ambiental <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	103
Las reformas jurídicas en América Central <i>Dr. Arturo Fournier Facio</i>	145
Los tratamientos honoríficos en el Derecho costarricense <i>Prof. Jorge Francisco Sáenz Carbonell</i>	157
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	163