

340
R

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
89



SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
1999



25 NOV 1999



340 R
c.A

4 DIAS

SI SALE

No. 89
Ene. - Abr
1999

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 89 - Cuatrimestral
enero - abril - 1999 - 164 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 José Delgado Zúñiga (*Presidente*)

Lic. Marco Antonio Jiménez Carmiol (*Vice Presidente*)

Licda. Lilliana Alfaro Rojas (*Prosecretaria*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino

Lic. Jorge Sáenz Carbonell

Lic. Federico Sosto



Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

(Institución)

(Calle y Número) (Código Postal)

(Ciudad y País)

(Teléfono)

01
24
1981

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

89

SAN JOSE, COSTA RICA
1999
ENERO-ABRIL

**JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS**

1999

Presidente:

Lic. Juan José Delgado Zúñiga

Vicepresidente:

Lic. Marco Antonio Jiménez Carmiol

Secretaría: _____

Prosecretaria:

Licda. Lilliana Alfaro Rojas

Tesorera:

Licda. María Emilia Solera Flores

Fiscal:

Lic. Rolando Dobles Montero

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

Vocal 2:

Lic. Federico Sáenz de Mendiola

Vocal 3:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 4:

Licdo. José Aquiles Mata Porras

Vocal 5:

Licda. Virginia Beckles Maxwell

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Ing. Roberto Trejos Dent

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Luis Camacho Naranjo

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:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

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

Dejamos constancia del agradecimiento merecido y sincero a los Profesores de la Universidad de Costa Rica, Doctores Víctor Pérez y Rodrigo Barahona, los cuales durante un largo período académico dieron su mejor esfuerzo, dedicación y compromiso con las tareas de esta revista desde sus puestos de miembros de su Consejo Asesor o Editorial.

Su responsabilidad, sentido del deber, y solidaridad contribuyeron esencialmente, al buen rumbo, permanencia, continuidad y calidad de esta publicación.

Muchas gracias por su noble labor y ejemplo.

En este número se publican ensayos sobre los temas de Derecho Informático, Registral, Constitucional, Administrativo, contratación pública; además, se incluyen la sección de documentos para la Historia del Derecho Costarricense y, el Dictamen sobre esta revista del Dr. Javier Llobet; y, reseñas bibliográficas.

El director y editor

**PROTECCION DE DATOS
Y MODERNO PROCESO PENAL
ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES⁽¹⁾**

Dr. Alfredo Chirino Sánchez LL.M.
Director de la Escuela Judicial
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica

-
- (1) Conferencia presentada en el Seminario "Nuevo Ministerio Público y Crisis de la Justicia Penal", que se celebró en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, auspiciado por la Procuraduría General de la Nación, los días 14 y 15 de diciembre de 1998. El autor agradece al Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia de Argentina, Programa del BID-1082/OC-AR-UEC, y a la Procuración General de la Nación, por la amable invitación a presentar esta conferencia en Argentina y por propiciar la discusión de este tema en el contexto de la Reforma Judicial de ese país.

SUMARIO:

Abstract

1. Introducción.
 - a. El Problema
 - b. El contexto
 - c. ¿Habeas Data o Autodeterminación Informativa?
2. El tema del derecho de protección de datos y la situación del proceso penal moderno. Una posible tematización
3. Enfrentamiento del derecho a la protección de datos con diversas figuras argumentativas de la política de la prevención. Las oportunidades de este derecho en el momento actual
4. Las oportunidades del derecho a la protección de datos para lograr la crítica del derecho procesal penal moderno
5. Medios para la reducción del derecho a la protección de datos en el proceso penal. Una crítica
6. El papel de un derecho procesal penal liberal como posible salida a estas tendencias
7. Nuevos Medios de Investigación y la validez del derecho a la protección de datos en el derecho procesal penal moderno
8. El futuro de la protección de datos en el proceso penal alemán
9. Posibles Futuros y conclusiones del trabajo
10. Bibliografía

RESUMEN

El presente artículo trata de analizar los problemas de la protección de la persona frente al tratamiento electrónico de sus datos personales en el contexto del proceso penal. Esta es una discusión que en América Latina apenas se inicia y que en la República Federal de Alemania adquiere en los últimos años una especial dimensión. Por ello, es que se hace en el texto una frecuente referencia a la problemática de la Ordenanza Procesal Penal Alemana a la luz del derecho de la protección de datos, a fin de extraer algunas conclusiones que puedan ser útiles para el desarrollo de instituciones que puedan enriquecer el proceso de reforma legislativo en nuestro margen. El texto tiene como punto de partida que en América Latina la tendencia de reforma se orienta más bien hacia el reconocimiento constitucional del Hábeas Data, sin embargo, creemos que es necesario aclarar que el objetivo del hábeas data como tutela procesal de la autodeterminación informativa es precisamente garantizar que el ciudadano pueda ejercer derechos constitucionales como el derecho a la realización de su plan de vida, de su escogencia libre de valores y creencias, así como de su derecho a recibir informaciones sobre temas de interés público y, por supuesto, otros derechos como el de reunión y de expresión de opiniones. Todos estos derechos están en peligro cuando exista una amenaza de que el ejercicio de esos derechos sean observados, cuantificados, anotados y controlados con fines que muchas veces escapan al control del ciudadano. El hábeas data como garantía procedimental de tutela de la autodeterminación informativa del ciudadano pretende crear esta posibilidad de control por parte del ciudadano, sin embargo, es sólo un primer paso en un largo camino hacia el reconocimiento amplio de garantías para el ciudadano en el momento actual del desarrollo de la así llamada sociedad de la información.

1. INTRODUCCION

El presente trabajo se plantea como tema principal la relación existente entre el derecho a la protección de datos y las nuevas formas asumidas por el moderno derecho procesal penal, las cuales han creado problemas nuevos y de extraordinaria relevancia para los derechos de los ciudadanos, tanto de aquellos que son objeto de una persecución

por parte de los órganos del control penal, como también de aquellas personas inocentes sobre las cuales no pesa sospecha de haber realizado ninguna conducta punible.⁽²⁾

En muchas de las obras aparecidas en el último tiempo sobre la esencia y proyecciones del nuevo modelo del proceso penal, sobre todo en la República Federal de Alemania –donde este problema despierta una particular sensibilidad– se habla acerca de ciertos temas clave como lo son, por ejemplo, el tema de la necesidad y conveniencia de aumentar las competencias policiales para intervenir en la esfera de derechos de los ciudadanos, de reducir los límites constitucionales tradicionales para la acción del control estatal, como también de la necesidad de reducir el ámbito de relevancia procesal del derecho a la protección de datos.⁽³⁾

Palabras clave de este desarrollo lo son, por ejemplo, la idea de la “eficiencia” en la justicia penal; la propuesta de un así llamado “derecho fundamental a la seguridad;⁽⁴⁾ y la sustitución del concepto de “derecho procesal penal” por el concepto de “lucha contra la criminalidad”. Estas ideas crean algunas confusiones⁽⁵⁾ y llevan a pensar, que entonces el derecho procesal penal no es más “derecho constitucional aplicado” sino que se va convirtiendo en otra cosa distinta, mucho más maleable, dúctil a las transformaciones del discurso político ubicado detrás de los esfuerzos de reforma planteados por la llamada política de la seguridad interna, que responde, según ella, a los temores de los ciudadanos a los riesgos de una criminalidad sin fronteras, poderosa y lista a tomar en sus manos a una sociedad que no termina de darse cuenta del grave peligro que vive.

El tema de la “funcionalidad de la administración de la justicia” como un derecho fundamental del Estado y de la colectividad, de idéntico rango que otros derechos fundamentales de carácter individual, parece estar destinado a triunfar sobre estos últimos y a justificar las

(2) Cfr. al respecto Jacob, *Strafverfahren*, p. 22; Lilie, ZStW 106 (1994), pp. 625 y ss.; Lammer, *Verdeckte Ermittlungen*, pp. 16 y ss.

(3) Ver, entre otros, Wolter, ZStW 107 (1995), p. 813 y s.; Gössner, *Waffengleichheit*, p. 71.

(4) Esta propuesta proviene del trabajo de Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1983.

(5) Köhler, ZStW 107 (1995), p. 10.

No 89
Ene - Abr.
1999

340 R
C. 4

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

transformaciones enormes sufridas en el estilo y forma del proceso penal moderno, que apuesta fuertemente a la utilización de medios de la tecnología de la información para mantener vivos sus chances en la lucha abierta que ha declarado a la criminalidad.

Estos cambios en el proceso penal están marcados también por los objetivos y fines de la política de seguridad, fuertemente dirigida a la prevención, que ha provocado un tránsito hacia el abandono de garantías y principios del estado de derecho que hasta la fecha habían orientado el desarrollo del proceso penal. El nuevo estilo del proceso penal será medido por la amplitud y gravedad de las justificaciones para permitir ataques en posiciones individuales, así como por sus efectos en la libertad de los ciudadanos y por sus efectos de orden simbólico.⁽⁶⁾ Estos aspectos son características de la política populista que se ha convertido en la política de seguridad actualmente dominante.⁽⁷⁾

La utilización de nuevos métodos de investigación criminal significa de hecho una nueva dirección o una nueva "vía" en el desarrollo del derecho penal. Se trata de la así llamada "quinta vía" que ha sido acondicionada con contornos de derecho penal material, procesal y de ordenación jurisdiccional.⁽⁸⁾ Todo ello ha ocurrido sin que se haya dado ninguna información acerca del éxito o fracaso de los métodos tradicionales de investigación y sin constatar si estos nuevos métodos pueden alcanzar lo que sus propulsores y lo que los políticos dicen que pueden lograr.

Esta incorporación de medios de investigación propios de las nuevas tecnologías lleva a preguntarse si estas poderosas herramientas de observación, de constatación de hechos, de elaboración perfiles, de anotación y comparación de costumbres y desviaciones, de seguimiento de tendencias y de movimientos no han de ser también equilibradas en el juego de pesos y contrapesos del Estado de Derecho, o si la protección de la dignidad del hombre no sigue siendo también aquí un límite fáctico y real para la construcción de un derecho procesal penal.

-
- (6) En relación con el tema del uso simbólico del derecho penal puede consultarse el trabajo de Prittwitz, StV 9/1991, p. 439 y s.
 - (7) Cfr. a este respecto Albrecht, Strafrecht, S. 429 ff.
 - (8) Plantea esta interpretación en un trabajo reciente Naucke, Wolfgang, Privilegierung, p. 79.

a. El Problema

La recopilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos personales se ha venido convirtiendo, sobre todo, en una lucrativa actividad, que hace uso de los sistemas informáticos más avanzados, lo que ha permitido la descentralización de los procesos en aparatos cada vez más pequeños y poderosos. La transmisión de los datos puede realizarse desde cualquier parte, y los datos obtenidos pueden compararse y analizarse en cuestión de segundos con otras informaciones a fin de lograr perfiles de los ciudadanos, de una claridad y especificidad extraordinarias.

La información ha adquirido un valor económico extraordinario,⁽⁹⁾ y esto se puede notar en todos los países, sobre todo en aquellos que sirven, sin saberlo, de emporios para el procesamiento de datos personales sin límites, produciendo grandes dividendos a los encargados del procesamiento de datos, y tremendas lesiones a la intimidad y libertad de los ciudadanos, quienes, en gran medida, no tienen noticia ni siquiera del hecho de la recopilación de sus datos personales, ni son tampoco informados de los objetivos del procesamiento y del destino final de los datos entregados. Sin embargo, las consecuencias del intercambio de información y de la elaboración de perfiles de los ciudadanos sí son sentidas, tanto desde el bombardeo inmisericorde de publicidad de la más variada índole, que nadie sabe de dónde puede venir, hasta del hecho de ciertas limitaciones de crédito, negativas para obtener un trabajo o incluso también la vinculación a una determinada investigación criminal en curso.⁽¹⁰⁾

Los países que reciben informaciones de la más variada índole, desde información de compra de tiquetes de avión y de reservaciones de hotel, hasta de los perfiles de uso de las tarjetas de crédito, que arrojan importante información sobre pautas de consumo, utilización del tiempo libre, nivel de ingresos, entre otros, se convierten de esta

(9) Las informaciones que antes eran solamente un producto colateral de la generación de bienes terminados y servicios, pasó a formar parte de un factor económico independiente. Cfr. Dronsch, Nochmals: Datenschutz in der Informationsgesellschaft, ZRP 1996, p. 206.

(10) Puede consultarse sobre los problemas relacionados con el manejo de datos en el proceso penal, y sus consecuencias para los ciudadanos: Leuthardt, Beat, *Leben on Line. Von der Chipkarte bis zum Europol-Netz: Der Mensch unter ständigem Verdacht*, Reinbeck bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1996.

manera en plataformas de trabajo a destajo para la elaboración de complejos cuadros de las personas que facilitan la toma de decisiones en los más variados campos, así como el fortalecimiento de la moderna sociedad de mercado, que es hoy, más que nunca, dependiente del número de informaciones que puedan obtenerse.⁽¹¹⁾ Para el ambiente de la información en la sociedad de mercado, todos los datos son importantes, no existen aspectos sin interés, cualquier aspecto que pueda ser sabido y consignado en la memoria de una banco de datos, tiene una especial consideración.

Nuevos progresos como la informatización de las historias clínicas de los ciudadanos, el desarrollo de sistemas de análisis, grabación y lectura de huellas genéticas,⁽¹²⁾ la utilización de medios informáticos para el control de los movimientos de los ciudadanos en vehículos⁽¹³⁾ y a pie, han traído nuevos problemas. Por un lado se facilitan enormemente gran número de trámites, y se pueden reducir costos en muchos servicios estatales, pero al mismo tiempo aumenta la posibilidad de que los ciudadanos sean controlados, hasta en sus actividades más insignificantes, llevando muchas veces a que principios tradicionales del Estado de Derecho se transformen por el influjo de la técnica, y se tienda a ceder en aspectos de libertad y democracia, ante la promesa simbólica e irreal de mayor seguridad a través de la utilización de medios técnicos en manos del Estado. La fórmula, no

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

- (11) Ruiz Miguel, Carlos, *La Configuración Constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 34.
- (12) Utilizadas últimamente para las investigaciones de paternidad y para complejas investigaciones criminales, pero que también pueden ser utilizadas para identificar personas mediante traducción de los datos genéticos en códigos de barras. Sobre esta problemáticas y sus consecuencias de derecho constitucional, consultar: Lavranos, Nikolaos, DNA-Profiling and Information Technology: A new Weapon for Crime Detection and Prevention?, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 2, Issue 2, 1994, p. 359 ss.
- (13) Resulta interesante en este contexto mencionar la experiencia con los peajes electrónicos, los cuales originaron una importante discusión en la República Federal de Alemania, a raíz de que los sistemas que serían eventualmente instalados permitían un control exacto de los movimientos de los diferentes vehículos, en una medida insoportable desde la perspectiva del derecho a la protección de datos alemán. Sobre este tema cfr. Hassemer, Winfried, *Datenschutz und Datenverarbeitung Heute*, Wiesbaden, 1995.

obstante, ha ido teniendo mucho éxito en los países centrales,⁽¹⁴⁾ donde el canje de libertad por seguridad, ha funcionado a pesar de los riesgos enormes que esto implica para el Estado de Derecho, y sin lograr las promesas de seguridad que se ofrecen.⁽¹⁵⁾

Es de esta manera que es posible valorar el estado actual del ambiente de información de una manera positiva, como una etapa del desarrollo humano donde se empiezan a labrar muchas de las formas en que será posible alcanzar metas cada vez más altas, pero al mismo tiempo se producen nuevos riesgos de ataques a los derechos humanos, a la vez sutiles y seductores, no siempre de mano de los órganos del estado, sino ahora también de los particulares.

b. El contexto

Los cambios tecnológicos que han promocionado estos cambios demostraron rápidamente que los temores de los años 70 acerca de la centralización y control estatal del procesamiento de datos eran infundados. El desarrollo de la tecnología ha llevado a que este procesamiento de datos se haya convertido en un tratamiento descentralizado y por medio de máquinas cada vez más pequeñas, rápidas y con mayor capacidad de almacenamiento. La transmisión de las informaciones puede hacerse virtualmente desde cualquier rincón del planeta, permitiendo que la versatilidad tecnológica abra nuevas puertas y se produzcan cambios extraordinarios en la forma en que se produce la comunicación entre las personas, sus relaciones de trabajo y probablemente también su vida social.

Las autopistas de información surcan todos los confines del planeta, poniendo al alcance de las personas una gran variedad de servicios, datos y posibilidades, que han obligado a una reflexión muy concreta sobre los problemas jurídicos que estas "autopistas" han traído consigo.

(14) Al respecto, y con un análisis de la problemática en el proceso penal puede consultarse: Hassemmer, Winfried, *El destino del ciudadano en un derecho penal "eficaz"*, en: **Revista Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, Marzo de 1994, Año 5, No. 8, pp. 3 ss.

(15) Cfr. Albrecht, Peter Alexis, *Kriminalpolitik im Präventionstaat. Referat für die Frankfurter Tage der Rechtspolitik*, 3. Dezember 1996, Manuskript, 1996.

Estos y otros muchos hechos, que pueden ser leídos casi todos los días en la prensa, causan la impresión de que el problema de la intimidad tiene una serie de aristas normalmente no incluidas en la versión tradicional de este concepto, el cual con razón, y a pesar de este acercamiento limitante, sigue observándose como uno de los bienes jurídicos más importantes en la modernidad.

El tratamiento automatizado de datos personales en bancos de datos públicos y privados; la negociación con estos datos personales; la observación y escucha de los movimientos y actividades de los ciudadanos; así como también la necesidad de crear medios más eficientes para cumplir con las tareas estatales, parecen ser la punta del iceberg de una problemática más compleja que pone en peligro y en cuestionamiento los basamentos democráticos de la actual forma de convivencia, y obliga, por ello, a observar con más cuidado los constantes cambios en el actual ambiente de la información.

El procesamiento electrónico de datos ha hecho posible superar todas las fronteras: tanto geográficas como materiales a fin de crear panoramas completos de la convivencia humana, de la vida de los seres humanos en cada uno de sus más elementales detalles, pudiendo grabarse todo este conocimiento a gran velocidad y en cada vez mayores y más eficientes memorias. A esta inmenso depósito automático de datos que todo lo recuerda, se le añaden cada vez más sutiles y poderosas herramientas para la observación y la vigilancia que extienden los sentidos del observador hasta límites más allá de la imaginación, abriendo la puerta a un mundo sin secretos, a un mundo sin el refugio de la soledad.

La intimidad como bien jurídico exige, entonces, y ante el actual desarrollo tecnológico, un replanteamiento, que permita conciliar las evidentes promesas de progreso y avance material que este camino muestra, con los intereses de los ciudadanos de que los ámbitos en que solía concretar sus decisiones, sus sueños y aspiraciones, en una palabra: su autodeterminación, sigan libres del control estatal o de los particulares.

El análisis encaminado a lograr tal equilibrio se viene produciendo en algunos países desde la década de los años sesenta, lo que hizo posible un interesante movimiento legislativo tendiente a dotar al ciudadano de una serie de garantías frente a los riesgos a sus libertades que ofrecía el tratamiento de datos automatizado, el cual empezaba a perfilarse como la herramienta poderosa que haría posible alcanzar una serie de objetivos estatales dentro de la organización del Estado Social y Benefactor, como también para satisfacer las ansias de control y vigilancia estatales que con el tratamiento manual de los datos se hacían más difíciles por los costos y el tiempo involucrado para alcanzar tales objetivos.

En América Latina se ha iniciado con algún retraso la reflexión sobre estos problemas, no obstante ya se empiezan a observar diversos intentos legislativos y doctrinales por producir mecanismos eficientes de tutela, mientras que en Europa se reflexiona sobre la crisis de la protección de datos, la cual se debate entre criterios desfasados con el avance tecnológico, y la evidente necesidad de aprovechar las novedosas herramientas de la tecnología de la información para producir una más efectiva tutela, sobre todo en lo que se refiere al desarrollo de "chips" que pueden guardar enormes cantidades de datos sobre los ciudadanos, que podrían estar a disponibilidad de cualquiera que se interese por ellos, sin límite y sin conocimiento de la persona afectada.

Argentina⁽¹⁶⁾ al igual que algunos otros países latinoamericanos,⁽¹⁷⁾ inicia el camino hacia la incorporación del derecho a la autodeterminación informativa en su legislación, y con ello se denota el interés que empieza a tener el legislador en las nuevas tecnologías.

c. ¿Habeas Data o Autodeterminación Informativa?

En América Latina, siguiendo una tendencia distinta a la de Europa, se ha escogido la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, por medio del recurso de habeas data, el cual permite la ciudadano un acceso a la jurisdicción a fin de obtener conocimiento de los datos que a él se refieran y que se encuentren en manos de particulares o del estado, y de solicitar la supresión, rectificación o actualización de las informaciones que sean imprecisas o incorrectas o dañosas de la intimidad. Como remedio procesal, se entiende doctrinalmente al "habeas data" como la realización del derecho a información del ciudadano frente al tratamiento de sus datos, y de la facultad de revisión y control de las informaciones a fin de impedir o quizá prevenir lesiones a la intimidad o a otros derechos fundamentales.

(16) Hemos tenido a la vista para la revisión final de este trabajo el Proyecto de "Ley de Protección de los Datos Personales", presentado al Senado el 26 de noviembre de 1998, el cual introduce aspectos muy importantes para la regulación jurídica de esta materia, dando además especial relevancia a los principios del tratamiento de los datos personales, lo que le ubica dentro de las propuestas legislativas más modernas de la región.

(17) Entre los que se ubican Brasil, Ecuador, Colombia y Costa Rica, entre otros.

La propuesta de introducir una tutela integral de los “datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos”,⁽¹⁸⁾ tal y como lo postula Argentina, resulta ser una manifestación más de la necesidad de llenar un vacío grave en la tutela del ciudadano frente a los riesgos de la moderna sociedad de la información; donde esta última adquiere un valor indudable, abriendo la puerta a nuevas formas de desarrollo humano, pero también a nuevos peligros de construcción de una sociedad panóptica sin lugar para el ocultamiento o para el secreto.

El pre-legislador argentino propone entonces no sólo obtener una forma amplia de tutela que provea no sólo al acceso a los bancos de datos públicos y privados, sino también a determinar la forma y calidad del tratamiento electrónico de los datos, y opta por aceptar como posible que se tutele también la autodeterminación informativa de los ciudadanos, que es también un bien jurídico en sí mismo, originado en la intimidad, pero vinculado profundamente con el concepto de libertad y de autodeterminación en una sociedad democrática.⁽¹⁹⁾ Sólo esta sugerencia merece una alabanza de la doctrina constitucional, pero también un afinamiento conceptual que ponga el proyecto en las vías directas a alcanzar una efectividad real, a pesar de los intereses económicos poderosos que se le oponen y que actúan de manera sutil y hasta atractiva para producir las violaciones que este tipo de legislaciones pretende evitar.

La argumentación del Hábeas Data pone en juego, entonces, un doble concepto: o alcanzamos un mero acceso a los datos (habeas data) o realizamos el ideal de autodeterminación informativa del ciudadano, esto es, no sólo la facultad de obtener los datos e informaciones que circulan, sino también tomar contacto con ellos, saber que sucede con ellos, conocer los objetivos que respaldan el procesamiento, también su destino y además con la transparencia necesaria que produzca también una visibilidad de todas las etapas del tratamiento de la información. La autodeterminación informativa no es un derecho a tener los datos, no es un derecho patrimonial, ni se puede reducir a sus estrechos límites. La autodeterminación informativa es un

(18) Artículo Primero acerca del “Objeto” de la Ley de Protección de Datos Personales (Proyecto de 1998).

(19) Sobre el desarrollo del concepto de “Autodeterminación Informativa” cfr. Hassemer, Winfried y Chirino, Alfredo, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento electrónico de datos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1997.

moderno bien jurídico que pretende garantizar al ciudadano una tutela frente a un estado totalizante y panóptico y frente a un procesamiento de datos privados que, con el lema de la “producción de libertad” en la sociedad de mercado, pretende canjear nuestra libertad por una “cómoda” personalidad de cristal, transparente para cualquier fin de interés económico o de cualquier otra clase.

2. El tema del derecho de protección de datos y la situación del proceso penal moderno. Una posible tematización

El tema de la protección de la persona frente al tratamiento electrónico de sus datos personales desde la perspectiva del proceso penal puede observarse desde diversas ópticas: una puramente técnica, otra ideológica y otra desde la perspectiva puramente político-criminal. Esta perspectiva tridimensional puede ser contrapuesta a otras problemáticas derivadas como lo son el problema de la autonomía privada y las permisiones concedidas por la ley para que el Estado realice intervenciones en derechos fundamentales. Resulta claro que una completa visión de las implicaciones de este tema solamente puede ser alcanzada si se toman como punto de partida todos estos aspectos.

El tema del derecho procesal penal moderno se haya vinculado necesariamente con problemas tales como el del combate de la criminalidad organizada y el de la llamada política de la seguridad, entendida como una reacción del derecho penal en diversas áreas donde únicamente se alcanza un efecto simbólico sobre la criminalidad. Estos temas pertenecen no sólo a los más discutidos en la actualidad en sede procesal y constitucional, sino que también refieren a los difíciles tópicos de la política general del Estado dirigida a la prevención.⁽²⁰⁾

Dentro del contexto de la discusión de estos temas surge como eje fundamental de la discusión los aportes diversos sobre la función simbólica del derecho penal y de la aceptación legislativa de la utilización de medios técnicos a fin de alcanzar la eficiencia y funcionalidad de la Administración de Justicia Penal. El derecho penal y procesal penal se convierten en esta discusión en un ámbito de

(20) Al respecto cfr. Albrecht, *Kriminalpolitik*, pp. 1 y ss.

experimentación que sigue las reglas de la prueba/error,⁽²¹⁾ en la cual se investiga cómo es posible alcanzar la verdad a cualquier precio.⁽²²⁾

En el debate actual sobre el derecho de la protección de datos en este eje de problemas se observa como un obstáculo o barrera para alcanzar los fines de la política de prevención y de eficiencia de la administración de justicia, ya que según los defensores de estas tendencias populistas en el derecho procesal, sólo mediante el acopio de ingentes cantidades de información sobre las personas es que es posible garantizar un amplio esfuerzo en el combate de la criminalidad y una mejoría sustancial del trabajo de las agencias del control penal.⁽²³⁾ Estas ideas, observadas desde el espejo de la famosa sentencia sobre la

(21) Así Bernsmann, StV 1/98, p. 46.

(22) Esta tendencia fue criticada ya en un fallo de 1960 del Tribunal Federal Alemán (BGH), en el famoso fallo BGHSt 14, 358, 365; también se denota esta línea en la sentencia visible en el tomo No. 31, 309. Según esta jurisprudencia del Tribunal Federal no existiría ningún principio procesal que permita o impulse que se alcance la verdad a cualquier precio. Este planteamiento ha sido recogido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, cfr., por ejemplo, BVerfG, NSTZ 1984, 82. Críticos acerca de un posible principio procesal que busque la verdad a cualquier precio se manifiestan, por ejemplo, Hassemer, KritV 90, 270; y Wolter en: en el Comentario Sistemático a la Ordenanza Procesal Penal Alemana, SK-StPO, Vor § 151, Rdnr. 30.

(23) Una posición crítica acerca de esta tendencia puede ser encontrada, por ejemplo, en Blankenburg, Sicherheit, p. 11. Un análisis psicológico de los miedos de la población no es posible de realizar en un trabajo como éste, sin embargo, y esto como un interesante cuestionamiento podría plantearse la posibilidad de que el Estado está creando más inseguridad y miedo mediante estos procedimientos de acumulación masiva de información con el fin de lograr un combate más efectivo de la criminalidad. Los ciudadanos pueden tener –y con razón– miedo a este creciente poder informativo en manos del Estado. En la República Federal de Alemania, por ejemplo, la reciente decisión de incorporar en la Constitución Política la posibilidad de utilizar instrumentos de escucha de la palabra hablada en el hogar de los ciudadanos, ha generado reacciones muy claras de las personas, que se revelan ante este poder enorme de las autoridades, las cuales pueden ingresar a los hogares, por medios técnicos sutiles y poderosos en la búsqueda de criminales, afectando, seguramente, en tal búsqueda a muchos ciudadanos inocentes que no tienen medios eficientes para protegerse de esta interferencia en sus vidas. Este problema es planteado de forma particularmente clara por el Comisionado de la Protección de Datos del

Ley de Censos Alemana de 1983, contradicen el espíritu del derecho a la protección de los datos y exigen una corrección a partir de los principios que inspiran este derecho, muy especialmente del principio de proporcionalidad y de su derivado natural: el principio de necesidad.

Todo esto conduce a una paradoja, ahora conocida en el debate actual sobre el futuro de la protección de datos con la ayuda de la tecnología de la información, una paradoja que se manifiesta en el hecho de que sólo será posible un proceso penal "informativo" con la ayuda de la protección de datos, y esta vinculación requiere, si desea tener perspectivas de futuro, una aceptación de los medios tecnológicos que a pasos agigantados y constantes se mejoran y especializan cada vez más.

La actual sociedad de la información depende cada vez más de los mecanismos propios de la tecnología, no sólo para garantizar y afianzar las nuevas formas de comunicación entre los seres humanos, sino para ampliar y efectivizar los intercambios de información que hacen posible nuevas formas de producción del conocimiento. Los modernos desarrollos tecnológicos alcanzan ahora también al proceso penal, el cual, en la búsqueda de más eficientes medios de combatir la criminalidad y de hacer posible la averiguación de la verdad real, acude ahora a una autorización genérica y amplia de todos los medios que prometen algún éxito en esta lucha, sin tomar en cuenta las graves reducciones de derechos fundamentales que son necesarios para autorizar legalmente estos mecanismos tecnológicos en una rama del derecho que siempre había sido caracterizada como "el derecho constitucional aplicado". Y es que el derecho procesal no debe perder su vinculación con los principios constitucionales si no quiere perder su derrotero de defensa de derechos fundamentales, y su legitimación en la presente época de desarrollo de la sociedad de la información.

Land Berlin, Gartska, en la página de Internet que la Oficina del Comisionado tiene prevista al efecto y donde se manifiesta enérgicamente ante este cambio desproporcionado e injustificado de los parámetros constitucionales hasta ahora conocidos en la lucha contra la criminalidad organizada. Cfr. Gartska, Einigung über den Lauschangriff. Schlag gegen den Rechtsstaat, Presseerklärung des Berliner Datenschutzbeauftragten, vom 14.01.1998, en: <http://www.datenschutz-berlin.de/aktuelle/presse98/presse01.htm>

3. Enfrentamiento del derecho a la protección de datos con diversas figuras argumentativas de la política de la prevención. Las oportunidades de este derecho en el momento actual

La tematización jurídica del problema de la protección de la persona frente al tratamiento electrónico de los datos que se hace en el proceso penal se caracteriza por la confrontación con dos elementos argumentativos aparecidos en las últimas décadas: la "funcionalidad de la administración de la justicia" y el así denominado "derecho fundamental a la seguridad".

Estos elementos argumentativos caracterizan el espíritu actual de la política populista, y exigen en consecuencia una actividad legislativa manifiesta y contundente. Ambos argumentos aparecen en la discusión jurídica acompañados del fenómeno rutilante de la criminalidad organizada,⁽²⁴⁾ un fenómeno que nadie ha definido, que nadie ha investigado con profundidad, ni se conoce en sus correctos contornos, pero que "justifica" todos los esfuerzos legislativos por dismantelar el núcleo duro de libertades y garantías que constituyen la base del así llamado derecho procesal liberal. Sin considerar investigaciones de campo sobre la verdadera dimensión de la problemática derivada de la criminalidad organizada se le identifica a esta como el "inmenso pulpo" que consume a las sociedades, que las sume en corrupción y miedo y contra el que debe combatirse con denuedo, sin medir consecuencias en dismantelamiento del Estado de Derecho.⁽²⁵⁾

Actualmente pueden considerarse muy amplias las posibilidades con las que cuenta la policía para la investigación criminal. Dentro de las redes de investigación no sólo se consideran los datos personales de los sospechosos y de las personas objeto de un proceso sino también de todas aquellas personas inocentes, que no han tenido ninguna vinculación con la producción de un hecho criminoso (por ejemplo, testigos, víctimas, amigos del sospechoso que han tenido con él un

(24) Acerca del desarrollo general de este tipo de criminalidad puede consultarse el trabajo de Sieber/Bögel, Logistik, pp. 15 y ss.

(25) Ejemplificativa sobre esta forma de argumentar en cuanto a la lucha contra la criminalidad puede citarse la Resolución adoptada por el Partido Social Cristiano Alemán (CDU) en Berlín, en el mes de setiembre de 1994, publicada en el libro de: Müller-Heidelberg, Till (Edit.), "Innere Sicherheit" Ja - aber wie? Plädoyer für eine rationale Kriminalpolitik, München, Humanistische Union e.V, 1994, pp. 224 y ss.

contacto ajeno a la actividad criminal o simples terceros que se relacionan con aquél de manera fortuita o momentánea), pero que son consideradas a “beneficio de inventario”, ya que estas informaciones referidas a ellas podrían ser después útiles. Estas otras personas no tienen ninguna posibilidad de controlar qué datos de sus personas están siendo manejados en bancos de datos policíacos. Esto implica, en esencia, una derogación del principio de presunción de inocencia a partir de la utilización abusiva de datos personales.

Los métodos policíacos son tan complejos como sus nombres lo indican: “investigación de rastros”; “comparación de datos”; “investigación de la red de pescar”. Nombres sugestivos que refieren a una actividad exagerada de recopilación de datos personales ya sea mediante observación, mediante comparación de diversos bancos de datos públicos y privados; mediante la agrupación de datos obtenidos en redadas y consultas públicas o exámenes biológicos y genéticos realizados en grupos de personas amplios (como en el caso de investigaciones genéticas en pequeñas poblaciones donde se toman las muestras de sangre o saliva de todos los varones de un lugar para efectos de identificar al culpable, el cual se sospecha proviene de esa población). La agrupación y tratamiento de estos datos personales no sólo desafían sino que también ponen en entredicho principios básicos del derecho a la protección de datos, como lo son el principio de sujeción al fin, el principio de necesidad, o la prohibición de recopilar datos a beneficio de inventario. Otros principios como la prohibición de entregar o comparar datos sin la voluntad o conocimiento de quien los entrega se ponen en entredicho también con el único propósito de aumentar la “eficiencia” del trabajo policíaco.

Por ello, la crítica de estas prácticas y métodos de la policía puede hacerse de manera provechosa desde la perspectiva del derecho a la protección de datos. Los argumentos provenientes de los principios de esta joven rama jurídica permiten aquilatar y cuestionar las tendencias de la política populista de la prevención y permiten alcanzar conclusiones sobre el grado de deterioro del Estado de Derecho en la búsqueda de una batalla “sin cuartel” contra la criminalidad organizada, ya que bajo el estandarte de esta lucha, no sólo la criminalidad organizada será objeto de combate, sino el amplio grupo de delitos “comunes” que forma el amplio marco de actividad del sistema de justicia penal. A través de definiciones legales amplísimas se pretende acoger conceptualmente todas las formas de criminalidad organizada, pero en realidad con ello se logra solamente nombrar cualquier tipo de criminalidad, lo que implica que medios que son justificados e implementados sólo para esa criminalidad luego son utilizados en cualquier caso criminal.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley de Censos de 1983 es considerada la "carta fundamental" del derecho a la protección de datos, y no por casualidad, ya que es en ella donde se hace no sólo una reflexión sobre los peligros de una absoluta recopilación de los datos personales para propósitos públicos o privados, sino que se cuestiona cuándo el tratamiento de los datos se hace en abierta violación a los principios básicos del derecho a la protección de datos: como el principio de proporcionalidad, el de sujeción al fin o el de producción de normas claras y precisas, que son los fundamentos trascendentales no sólo de todo el actuar estatal, sino, y sobre todo, en el campo del manejo de informaciones sobre los ciudadanos.

4. Las oportunidades del derecho a la protección de datos para lograr la crítica del derecho procesal penal moderno

En los últimos años es que se ha producido en Alemania una crítica profunda a la realización incompleta e insatisfactoria de los principios del derecho a la protección de datos, sobre todo en el marco de las últimas reformas del proceso penal impulsadas con el fin de lograr una mejor y más eficiente lucha contra la así denominada criminalidad organizada.

El derecho a la protección de datos se ha separado del viejo concepto de privacidad, logrando con ello un esquema conceptual mucho más amplio, en donde es posible hablar de otros fenómenos de interés para el desarrollo del tratamiento de datos también en la administración de la justicia penal. Conceptos tales como la "pérdida de contexto"; "multifuncionalidad de la valoración y selección de los datos"; "autodeterminación informativa", entre otros, cumplen ahora un importante papel de definición del tipo de tutela que se debe de proveer. No obstante, resulta necesaria una adecuada re-programación de esta tutela a nuevas tendencias y a nuevas circunstancias del moderno tratamiento de datos, sobre todo en el ámbito de la administración de justicia penal.

Para lograr esta "re-programación funcional" del derecho a la protección de datos, resulta necesario que cada una de las medidas coercitivas del proceso penal sea observada desde la perspectiva de una lesión al derecho a la personalidad del individuo, tal y como lo ordena la relación de los artículos primero y segundo de la Constitución de Bonn de 1949, y esto se puede hacer observando el fin, la forma y la configuración de la medida procesal que puede causar una lesión al derecho fundamental.

El procesamiento de datos en sede de la administración de la justicia penal que se realiza con fines imprecisos o no definidos debe ser, entonces, prohibida, ya que al no contarse con un fin específico para el tratamiento de los datos, no podrá valorarse ni el alcance del tratamiento, como tampoco si en efecto fue alcanzado el fin de ese tratamiento. No basta simplemente con decir que los datos que van a ser procesados son adecuados y correctos para el fin de investigación que se quiere realizar, sino que resulta indispensable la pregunta de si esos datos son necesarios para realizar la tarea que desea lograr la sede o órgano de la administración de justicia de la que se trate.

5. Medios para la reducción del derecho a la protección de datos en el proceso penal. Una crítica

Ha sido precisamente en el campo de la criminalidad organizada donde se ha desatado la controversia más seria y compleja en contra del papel del derecho a la protección de datos en el proceso penal. Se ha argumentado, por parte de los críticos que tanto para la “eficiencia de la administración de la justicia”; como para lograr el “derecho a la seguridad”, resulta indispensable que el valor del derecho a la protección de datos sea reducido.⁽²⁶⁾

Ya en los comienzos de la década de los noventa, cuando las discusiones sobre el combate de la criminalidad organizada empezaron a tomar una forma más agresiva en la República Federal de Alemania, es que se nota que en el discurso político se tomaba como una verdad absoluta que un combate de esta criminalidad debía seguir nuevos caminos, los cuales conducían directamente hacia un proceso penal

(26) Acerca de la necesidad de reducir el derecho a la autodeterminación informativa con la ayuda de la idea de la “funcionalidad de la administración de justicia penal” y del “derecho fundamental a la seguridad” puede consultarse Aulehner, Josef, Wandel der Informationskompetenz bei der Erfüllung der staatlichen Kernaufgaben, en: Haratsch, Andreas; Kugelman, Dieter und Repkewitz, Ulrich (Edit.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, Richard Boorberg Verlag, 1996, p. 207; en este mismo sentido también puede consultarse: Pitschas, Verfassungsrechtliche Spielräume des Gesetzgebers für Informationseingriffe und andere Maßnahmen der Verbrechensbekämpfung - Zur Fortentwicklung des Polizeirechts nach dem Volkszählungsurteil (VZU), en: Kuratorium der Polizei-Führungsakademie (Hrsg.), 10 Jahre, pp. 77 y s.

secreto y sutil, con muchas posibilidades de investigación en manos de la policía. Todo esto sucedía y sucede en el marco de una política dirigida a fortalecer las posiciones de un Estado Investigador poderoso y con incontables facultades para acceder cualquier información personal de los ciudadanos.

Reformas recientes del derecho procesal, como las que se dieron en el marco de la "Ley de Combate del Tráfico Ilegal de Estupefacientes y de Formas de Aparición de la Criminalidad Organizada, en sus siglas alemanas (OrgKG) y en la "Ley de combate del Delito" (Verbrechensbekämpfungsgesetz) manifiestan una clara tendencia hacia una transformación del proceso penal, para convertirlo en una herramienta de combate de la delincuencia. Son Leyes en donde el Parlamento Federal ha sido generoso en prerrogativas investigativas para la policía y el ministerio público. Se trató de dar forma legal y de legitimar todos los medios de investigación que ya, de todos modos, utilizaba la policía aún sin contar con un marco legal idóneo. Por ello, sistemas de procesamiento de datos personales, como lo son: el "tratamiento de datos de red de pescador"; el "estudio de rastros" o la autorización para el procesamiento de datos obtenidos en razzias y otros medios de recopilación masiva de información policíaca, así como también la autorización de los medios de investigación especial como lo son la utilización de agentes encubiertos, resultan en estas leyes jugando el papel central y obtienen una amplia aunque defectuosa legitimación legislativa. Sin embargo, su uso en la práctica policíaca ya había tenido para esa fecha un papel trascendental.

Los medios de comunicación masiva en la República Federal, así como otros grupos de presión exigían una respuesta contundente contra la criminalidad organizada, y estos medios de investigación policíaca eran vendidos como la herramienta por antonomasia para combatir esta criminalidad organizada. No se discutía si eran eficientes o si los medios tradicionales eran aún efectivos para combatir esa criminalidad, solamente se exigía la entrada de estos medios de investigación sin mayor discusión y mejor antes de que el "pulpo de la criminalidad organizada" acabara con la sociedad.

Esta política de corte populista solo logró una producción de más derecho penal con efectos simbólicos, tratando de que la respuesta del sistema de justicia penal diera solución a diversos ámbitos de la vida social que manifestaban situaciones de peligro para la comunidad. El discurso del combate de la criminalidad organizada solo utilizó al efecto la propaganda que ya había sido esparcida para justificar el papel del derecho penal en la lucha contra los daños ecológicos o contra los riesgos en la producción de bienes y servicios peligrosos.

La criminalidad organizada solo fue otra forma de crear consciencia en la comunidad de que la política de seguridad interna del Estado debía asegurar también éxitos en este campo, si se deseaba dar alguna esperanza al desarrollo de la sociedad.

Las soluciones eran sencillas y encaminadas directamente a alcanzar este objetivo: agravación de las sanciones, fortalecimiento del papel del ministerio público y de la policía, reducción de garantías del proceso penal, escuchas telefónicas y de los hogares y ampliación de las posibilidades de procesamiento de datos en manos de las autoridades del control penal. Según los objetivos de esta política de seguridad no existe ninguna diferencia entre la criminalidad común y la organizada, y los medios de persecución de una sirven para perseguir la otra.

Esta lucha contra la criminalidad a cualquier precio va directamente en contra de los objetivos y metas de un Estado de Derecho, al convertir al ciudadano inocente y no sospechoso también en un enemigo que debe ser observado e investigado.

En este contexto se convierte la criminalidad organizada en una verdadera cuarta vía del derecho penal, que garantiza legitimación para reducir derechos fundamentales y para producir una lucha frontal contra los enemigos, lo que tiñe toda la política de seguridad del Estado alemán de un lamentable simbolismo, que es, en realidad, una extensión de las justificaciones a inicios de los años setenta de las luchas contra el terrorismo.

Es así como se empieza a justificar que el proceso penal tenga lugar en una antesala totalmente contingente a la producción de una efectiva lesión al bien jurídico o incluso al de una sospecha fundada de que se ha cometido alguno delito. El principio de inocencia se reduce y se convierte más bien en una garantía inversa, donde el ciudadano, con sus actuaciones debe demostrar que no hay razón para suponer que ha realizado alguna conducta criminal, lo que implica que debe ser observado y debe recopilarse toda la información posible sobre él para garantizar ese resultado.⁽²⁷⁾

(27) El proceso penal debe cumplir la tarea de realizar el derecho penal material. En el tanto que cumple esta tarea, el proceso penal debe de partir del concepto de “sospecha de haber realizado una conducta punible”, es decir, de un concepto propio del derecho penal material, a partir del cual debe plantearse el funcionamiento del aparato de investigación criminal propio de un proceso penal democrático. Esta orientación se ha perdido en la República Federal de Alemania a partir del acomodo que se ha venido realizando del proceso penal a partir de las ideas de “defensa frente a peligros” (Gefahrenabwehr) y hacia la

De esta manera y con el fin de garantizar la eficiencia del proceso penal y el derecho fundamental a la seguridad, se busca reducir el Estado de Derecho para combatir una criminalidad que al momento de escribir estas líneas aún no ha sido definida ni entendida criminológicamente hablando.

La "funcionalidad de la administración de la justicia penal" y el "derecho fundamental a la seguridad" han sido elevados al rango de derechos fundamentales, que en el juego de balances del análisis de proporcionalidad de un eventual ataque a alguna zona esencial de garantías justifican que se reduzcan libertades de los ciudadanos, aún cuando ninguna de estas dos construcciones tengan los elementos mínimos para caracterizarlas como verdaderos derechos fundamentales, sobre todo cuando ellos no refieren a una libertad del ciudadano sino del Estado, quien nunca ha sido titular de derechos fundamentales.

6. El papel de un derecho procesal penal liberal como posible salida a estas tendencias

Una posible salida a estas tendencias peligrosas para el Estado de Derecho está constituida precisamente por el regreso a un derecho procesal penal munido de garantías, esto es, a producir una reestructuración de las garantías y principios del Estado de Derecho que habían sido desde un inicio concebidas a favor del acusado, y para garantizar que la verdad en el proceso penal no sería alcanzada a cualquier precio.

El papel de un derecho penal liberal se comprende cuando se observa que precisamente en la actualidad no ha cambiado el papel amenazante del Estado, sino que simplemente se ha hecho más sutil y más secreto con el uso de herramientas del procesamiento electrónico de datos.⁽²⁸⁾ Ahora el acusado no siente en su cuerpo las acciones

prevención. Al respecto, más profundamente, Hassemer, *KritV* 1988, p. 261, también pueden confrontarse, Denninger, *Recht*, p. 127 y ss.; Riegel, *Sicherheitsbehörden*, p. 131; Wanner, *CuR* 1986, p. 216; Wittig, *JuS* 1997, p. 968.

(28) Cfr. en este sentido la Declaración del Comité Especializado del Sindicato de Juezas y Jueces, Fiscales acerca de la Ley de Combate de la Criminalidad Organizada, BT-Drs. 12/989, publicada en la revista: *Betrifft Justiz* 1992, p. 208; consultar también Lilie, *ZStW* 106 (1994), pp. 627 y ss.; Müller-Heidelberg, *Plädoyer*, en la obra editada por él mismo, *Innere Sicherheit*, p. 40; también Gusy, *StV* 1993, pp. 270 y ss.

injustas de los órganos de investigación, sino que las herramientas de control tecnológico lo siguen, lo observan, lo perfilan, sin que él se dé cuenta. En esta nueva etapa del desarrollo del proceso penal resulta necesario tener en cuenta que esta sutileza y falta de violencia del proceso penal no cambia sus riesgos y peligros, sino que se acentúan cuando se reducen las libertades de los ciudadanos con ciertos parámetros “cuasi-constitucionales” fortalecidos que permiten que, en el caso de balancear derechos fundamentales y posibilidades de control, triunfen estos últimos.

Muy concretamente el derecho a la protección de datos debe de ser garantizado en el proceso penal, no sólo porque es la garantía directa del ciudadano que está siendo lesionada constantemente con este nuevo estilo de proceso, sino porque el proceso penal también debe realizar este derecho fundamental, si desea alcanzar algún grado de legitimidad en el momento actual del desarrollo tecnológico.

7. Nuevos Medios de Investigación y la validez del derecho a la protección de datos en el derecho procesal penal moderno

Aún cuando se acepte que estos llamados “modernos medios de investigación” han ingresado al proceso penal, éstos no han perdido su vinculación a la doctrina sobre los ataques o intervenciones a la esfera privada o individual de los ciudadanos.

No se les puede tildar de medidas sutiles y que por ello carecen del nivel de violencia de otros medios de investigación que van más directamente al cuerpo del sospechoso, sino que también éstas implican un ataque directo a la esfera de derechos del ciudadano. En concreto, pueden citarse aquí las diversas formas de entrega de información a diversos órganos y autoridades del control penal; y entre éstas y otras organizaciones públicas y privadas, las cuales, para poder realizarse, deben cumplir con muy complejos y detallados requisitos para poder ser declaradas admisibles como medios probatorios.

En concreto debe tenerse en cuenta que en el ámbito del manejo de la información en manos del Ministerio Público, pero también en el de la policía, deben respetarse principios básicos de garantía como lo son el principio de sujeción del procesamiento de datos a los fines concretos para los que fue ordenado, como también el principio de división material de los poderes informáticos y, por supuesto, el de información al afectado. Estos principios no han perdido su valor en el proceso penal, al contrario, deben ser redimensionados para garantizar su funcionamiento dentro de este contexto.

Un ejemplo muy especial de este conjunto de problemas es el del Registro de procedimientos de la fiscalía regulado en los parágrafos del 474 al 477 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, que fueron incorporados por la Ley de Combate de la Criminalidad del 28 de octubre de 1994,⁽²⁹⁾ la cual abre enormes posibilidades para el uso de informaciones recopiladas por el Ministerio Público con el objeto de ser introducidos en el procedimiento penal, así como también ser comunicados a los aparatos de seguridad del Estado. Lo que hace que el ciudadano se convierta en un mero objeto de recopilación de información, y no pueda controlar efectivamente la información que sobre él manejan estos diversos órganos del Estado, cuya clave de trabajo lo es el secreto.

Otros problemas del proceso penal alemán como es la recopilación de información para prevenir futuras persecuciones penales significa en realidad una acumulación de informaciones personales de los ciudadanos, cuyo fin es facilitar y mejorar el proceso de esclarecimiento de delitos en el futuro.⁽³⁰⁾

Estos dos importantes formas del proceso penal alemán moderno necesitan de una reestructuración desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, ya que la ausencia absoluta de regulaciones sobre este tema abre las puertas al abuso y al control de los ciudadanos, aún de aquellos que no han cometido aún ninguna conducta que pueda ser criminalizable. Una de las formas para lograr este manejo de la información dentro de los cauces de legalidad es concebir un apego a los fines del procesamiento dentro del marco mismo del proceso penal. Dos problemas se observan aquí. En primer lugar, es la policía la que tiene los mejores medios técnicos para realizar el procesamiento de datos necesarios para garantizar datos que puedan servir para esta persecución futura de hechos criminales, lo que lleva a enormes dificultades para comprender la forma de lograr un estricto apego al fin del procesamiento de datos, ya que es muy fácil para la policía evitar los controles del procesamiento de datos, como por ejemplo, mediante el uso de bancos de datos dobles, que le permitan usar las informaciones de las personas tanto para fines “represivos”, como

(29) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz –VBG–) v. 28.10.1994, 1.12.1994 in Kraft getreten, BGBl I, 3186.

(30) Crítico sobre este Registro en manos de la Fiscalía Wolter, ZStW 107 (1995), pp. 802 y ss. En contra, por ejemplo, Kalf, StV 1997, pp. 610 y ss.

también para fines “preventivos”, y la comparación de los datos puede hacerse para diversos fines, en un tiempo reducido, en las poderosas herramientas de recopilación que actualmente utiliza la policía, sobre todo en sistemas como el del INPOL, que no es más que un banco de datos con fines policíacos de la más variada especie. La policía tendrá acceso a todas estas informaciones sin ningún control y probablemente la fiscalía se vea en dificultades para saber que es lo que en realidad la policía conoce sobre determinadas circunstancias del hecho. La separación misma de los datos para fines represivos y preventivos ha desatado en Alemania acaloradas discusiones, las cuales no han amainado todavía.

En estos medios de recopilación de información no se parte de principios básicos como la sospecha sobre una determinada persona, como tampoco es la sospecha el punto de partida para un proceso penal, sino simplemente consiste todo en la implementación de la medida misma, sin ninguna reflexión sobre las consecuencias del manejo de las informaciones.

Idéntica problemática ofrece la “investigación de rastros” o “Rasterfahndung”, la cual ofrece acceso a acopios de informaciones que han sido recopiladas para fines distintos al proceso penal, lo que produce un cambio de destino que lesiona directamente el derecho a la autodeterminación informativa. Los mismos medios técnicos que han abierto estas posibilidades extraordinarias de investigación, son los mismos medios que hacen posible que se pueda tener acceso a cualquier banco de datos, y que de esa manera los fines para los cuales originalmente fue recopilada la información puedan ser quebrantados con el único fin de lograr una “defensa frente a peligros” o incluso el combate de la criminalidad organizada.

La “investigación de rastros” ha estado en el centro de la crítica de la literatura científica alemana, y con razón, ya que las propias estipulaciones legales no superan ni un análisis superficial de sus características desde la perspectiva del derecho a la protección de datos.

Los modernos medios de investigación como esta “investigación de rastros” involucran ciudadanos inocentes, los tratan como sospechosos, hasta que los criterios de “búsqueda” electrónicos queden satisfechos con una serie de “solicitudes de información positivas” que den el camino a la obtención de un sospechoso, lo que invierte totalmente el juego democrático del proceso penal.

Idénticos problemas se encontraron en el sistema de investigación por medio de red de pescar “Schleppnetz fahndung”, y también en la utilización de agentes encubiertos o incluso en la utilización de medios de vigilancia de escucha y observación. Todos estos métodos

no han considerado todavía una infraestructura mínima para brindar tutela al ciudadano frente al tratamiento electrónico de datos en que se ha convertido el proceso penal.

8. El futuro de la protección de datos en el proceso penal alemán

La reflexión sobre el futuro de la protección de datos en el próximo siglo debe comenzar con la INTERNET, la que ha extendido sus caminos por todo el mundo y a ella se encuentran unidos millones de usuarios. Por ella transitan datos e informaciones de todos los tipos: visuales, sonoras, de texto, etc., que han llevado el conocimiento en todos los campos a todos los rincones del planeta, haciendo que el acceso y la lectura de tales magnitudes de información se haga depender de la instalación y pericia en el manejo de equipo computacional. Hoy casi que no se habla en círculos tecnológicos y de negocios de otra cosa, y no en vano se ha convertido INTERNET en tema de variadísimos debates jurídicos, cuya intensidad es directamente proporcional a la inmensa difusión de esta red y a la evidente bondad y también a la perversidad de muchos de sus servicios y a los beneficios presentes y futuros que promete a quienes están presentes en ella.

Contrariamente a los presagios esparcidos en los años setenta, el procesamiento de datos se realiza hoy de manera descentralizada, en cada vez más poderosos aparatos, los cuales se empuerqueñecen conforme avanza a velocidades impresionantes la miniaturización de los procesadores y otros elementos imprescindibles de esta herramienta de cálculo. Hoy en día se pueden realizar complejos procesos en máquinas que poseen miles de veces el poder computacional que tenían los computadores que echaron andar la informatización de la administración pública a principios de los años setenta. El tamaño de estos computadores es incomparable con el de aquellos monstruos pertenecientes ya a la prehistoria de la informática.

Esta miniaturización ha permitido que el procesamiento de datos se divorcie de la administración centralizada y que ésta no dependa más de la generación de ingentes bancos de datos, sólo debe asegurarse el acceso a los datos almacenados por los particulares, quienes realizan, hoy más que nunca, un inmenso y detallado acopio de todos los datos imaginables sobre las personas.

Los consumidores de servicios de INTERNET son viajeros que dejan una huella indeleble de su paso, como lo ha afirmado

recientemente el Comisionado Federal de la Protección de Datos de la República Federal de Alemania Joachim Jacob. Infinidad de datos personales pueden ser recolectados de los diversos lugares donde el usuario ha hecho entrada para auscultar la oferta inmensa que está a disposición de aquellos que entran a los llamados "Web Sites". No sólo los importantes datos relacionados con la actividad financiera o los mismos números de tarjeta de crédito están a disposición de quien, con la pericia necesaria, quiera apoderarse de ellos, sino también información, podríamos llamar inferencial, sobre aspiraciones, uso del tiempo libre, filiaciones políticas, y hasta sobre la escogencia sexual, todos ellos datos que pueden ser referidos a una persona o grupo de personas por medios tecnológicos. Tenemos, en este sentido, una "presencia virtual" absolutamente transparente para el control.

Nuestra personalidad se ha hecho transparente para aquellos que desean conocer nuestros gustos y apetencias, para los que eventualmente nos podrían emplear o asegurar, también para aquellos que deciden en gran medida sobre la obtención de créditos y posibilidades de financiamiento. Somos importantes también como electores, por lo que nuestra intención de voto y nuestras inclinaciones políticas han adquirido también, como las otras informaciones, un enorme valor económico. Estos perfiles de las diversas facetas de la personalidad social e individual de los ciudadanos han cobrado un valor esencial y su manejo en banco de datos encuentra usos en todos los campos, también en el de la administración de justicia.

El intercambio de informaciones, la comparación de datos, la conformación de perfiles de personalidad, son actividades no sólo tecnológicamente posibles, sino también necesarias para perfilar la sociedad de mercado en la que estamos viviendo. Nuestras informaciones, en todos los campos, son necesarias para la toma de decisiones. Interesan a la administración pública como también a los particulares, y tanto unos como otros están apertrechados tecnológicamente para realizar una ingente acumulación de datos en forma descentralizada, que pueden ser consultados, comparados y transmitidos en fracciones de segundo a cualquier lugar del mundo. Tal poder no es más un tema de novelas de ciencia-ficción como la premonitoria alegoría de George Orwell en su obra "1984". El estado total que puede realizar una vigilancia cuidadosa de todos nuestros movimientos, escogencias, inclinaciones, virtudes, pecados y esperanzas es hoy una realidad, gracias a la herramienta de la tecnología de la información y de la comunicación.

Las autoridades del proceso penal han sabido valorar estas posibilidades enormes de la INTERNET, por lo que no sólo están

presentes en ella, sino que también han empezado a hacer uso de ella poniendo al servicio de la investigación de los delitos el aspecto sin fronteras de la INTERNET, por supuesto sin valorar la carencia de regulaciones concretas para permitir este tipo de usos para la investigación criminal, como la utilización de la red para avisar que se busca a un determinado sospechoso, sin poner mientes en los grandes problemas de seguridad y certificabilidad de la red.

En el discurso sobre la reforma constitucional en la República Federal de Alemania para permitir la escucha de la palabra hablada en la habitación de un hogar se ha convertido en el paradigma por sí mismo de la confianza de un mecanismo de investigación que puede poner como objeto de análisis cualquier ciudadano, sin importar si ha cometido o no un delito. Tampoco se plantea aquí la necesidad de valorar la necesidad y oportunidad de eliminar importantes barreras democráticas al poder informativo del Estado y se apuesta fuerte a un demoledor ataque a las bandas organizadas. Sin embargo, poco o nada puede hacerse diciendo que ya esas bandas de la delincuencia organizada actúan a buen recaudo de los medios de investigación que escuchan lo que se habla o se hace en una casa, y serán vulnerables precisamente los ciudadanos, es decir, las personas que no tienen ni idea de que pueden ser víctimas en cualquier momento de un proceso penal que no hace diferencias, y que tampoco le interesa hacerlas. Todo el discurso populista de la seguridad se manifiesta aquí en toda su intensidad, dificultando o haciendo imposible que cualquier propuesta del derecho a la protección de datos tenga alguna posibilidad de calar hondo en la ciudadanía acerca de los riesgos de este desmantelamiento del Estado democrático de Derecho.

En el tema de la criptografía no se detectan nuevas versiones del discurso, es exactamente el mismo, y la idea general es que si el Estado ya puede escuchar las conversaciones telefónicas y lo que se dice en una habitación para propósitos del proceso penal, por qué no tener también acceso a lo que se discute y se transmite en la INTERNET. Por ello se ha promocionado sistemas de control de los medios para codificar y encriptar informaciones a fin de garantizar que los órganos del Estado puedan tener acceso a lo que allí se discute y se dice. La contrapropuesta, esto es, la que dice que la confidencialidad debe protegerse también en la red, es considerada simplemente una tesis de libertinaje, que no debe alentarse y que lo que pretende, en realidad, es proteger las actividades de la criminalidad en la INTERNET. Sin embargo, los defensores de una regulación de las herramientas criptográficas nada dicen acerca de los medios que en este momento la criminalidad organizada utiliza para proteger sus comunicaciones, y de

nuevo es el ciudadano común y corriente el que es víctima de todas estas regulaciones. A fin de cuentas la criminalidad organizada encontrará siempre algún medio técnico eficiente de evitar cualquier control estatal. Lo que devuelve el discurso al principio.

9. Posibles Futuros y conclusiones del trabajo

En esta apretada síntesis no se ha podido relatar con detalle los complejos problemas tecnológicos y legales involucrados en la temática, sin embargo, puede considerarse que el futuro legislativo del derecho a la protección de datos está en la picota, no sólo por la coyuntura que se vive en los países llamados centrales, sino también porque algunas de las propuestas del derecho a la protección de datos aún no han valorado suficientemente una relación directa con la tecnología para lograr los fines de protección, algo que es posible y necesario.⁽³¹⁾ Mediante el uso de herramientas técnicas, como la criptografía, es posible que el ciudadano pueda, él mismo, avanzar en el camino de lograr una adecuada autodeterminación informativa.⁽³²⁾

Se ha propuesto adicionalmente que los órganos de la investigación penal desistan, conscientemente, de determinadas informaciones, que desistan de acceder a determinados contextos informativos y que retornen al concepto de sospecha para abrir un proceso penal. Un principio que ha sido ensayado ya, por ejemplo, en la nueva Ley de protección de datos en las Telecomunicaciones de la República Federal de Alemania, la que ofrece, por lo menos, un primer camino en este sentido.

El déficit de regulación en la Ordenanza Procesal Penal Alemana parece que no va a ser llenado en el corto plazo, a pesar de algunas iniciativas que se han hecho para remediar la lamentable situación de

(31) El Comisionado de la Protección de Datos Walz incluso se refiere a la necesidad de dar espacio a una "perspectiva total de los sistemas de protección de datos". El afirma que existe un déficit empírico muy serio sobre la percepción de riesgo técnico de los ciudadanos y sobre la verdadera eficiencia del sistema de control que ha sido implementado, por ejemplo, en la República Federal de Alemania. Este autor alienta a la reflexión desde el punto de vista tecnológico con el fin de llenar estas graves carencias y lagunas en el conocimiento acumulado sobre el derecho a la protección de datos. Cfr. Walz, DuD 3/1998, p. 153.

(32) Cfr. al respecto Tinnefeld, DuD 1997, p. 139.

la protección de datos en el proceso penal alemán más de quince años después de la Sentencia sobre la Ley de Censos de 1983. No obstante, debe anotarse en favor de las tendencias, que, por lo menos, desde una perspectiva legislativa hay una mayor sensibilidad por algunos problemas, aún cuando no se detecten medios verdaderamente idóneos para dar una efectiva realización a los principios jurídicos que orientan esta materia.

Va en contra de una efectiva regulación, por ejemplo, el facilismo con que se acude al uso de todos los medios que la técnica pone en manos de la policía para investigar, las regulaciones jurídicas omisas y abiertas dan también el caldo de cultivo necesario para mayores lesiones constitucionales y para que la problemática sobre el almacenamiento, transmisión, comparación de datos personales se haga más profunda y grave.

La discusión doctrinal sobre el uso de datos preventivos y represivos, sin orden ni concierto y para cualquier fin policial da una muestra clara que hay mucho que hacer para lograr que un futuro para la protección de datos en el proceso penal sea halagüeño.

Aún cuando la crítica de estas tendencias parta de perspectivas distintas puede resumirse su punto de partida diciendo que todas ven en el proceso penal moderno una forma de destruir los principios del derecho de la protección de datos, lo que conlleva a su vez a una destrucción de las formas básicas de la construcción de garantías en la Constitución Política.

La crítica puntualiza que el combate contra la criminalidad organizada con todos los medios técnicos a disposición de la policía no ha contribuido a mejorar en nada las ya desafortunadas tendencias iniciadas con la legislación contra el terrorismo de los años setenta, y todo parece indicar que la crítica se mantendrá contra los actuales panoramas para introducir permisos constitucionales para la escucha por medios técnicos en las hogares de los ciudadanos.

Los llamados "métodos novedosos" de investigación simplemente han potenciado las herramientas de manejo de datos personales y han hecho posible que su uso no tenga límites en el contexto del proceso. Una separación de cada uno de los métodos sólo sirve para encontrar mayores problemas de constitucionalidad de éstos, pero se aceptan con la certeza de que es el único medio de combate, sin analizar concienzudamente si los medios tradicionales de investigación efectivamente han fracasado en combatir una criminalidad que nadie ha definido aún.

El uso generalizado de medios técnicos tanto de observación, como de grabación de la palabra, la observación permanente y la

comparación de datos de todo tipo de acervos con fines de investigación criminal, junto con todas las herramientas dirigidas a producir la síntesis y el análisis de datos en concreto, sólo ponen en el tapete de la discusión que todo el camino andado en el derecho de la protección de datos es de alguna manera olvidado por no convertirse en defensores de la criminalidad, pero en dicha actitud no hay más que un conformismo que puede dar al traste con el proyecto político democrático que ha necesitado de tantas luchas y esfuerzos.

La agenda de la reforma penal de los futuros años tiene escrita muy adelante en las prioridades perentorias la de atacar los problemas detectados en cuanto a la vigencia de los principios del derecho de la protección de datos en el proceso penal. Las discusiones en torno al proyecto de ley de 1996 para producir una reforma parcial de la Ordenanza han manifestado algo de confianza en que es posible alcanzar algunas metas, la pregunta sigue siendo si aún estos pasos son suficientes.

En todo caso las propuestas deben enrumbarse hacia el camino de la realización del principio de necesidad, observado como un imperativo de análisis, que oriente hacia el desmantelamiento de la actual política criminal de la seguridad. Así mismo debe utilizarse la tendencia actual en otras ramas de la protección de datos dirigidas a utilizar los principios de ahorro de información y de evitación de datos, a fin de que no se convierta el proceso penal en una puerta abierta para el procesamiento de informaciones a beneficio de inventario. También podría ser una propuesta razonable lograr, por medios técnicos, una separación entre datos con fines policíacos y los datos con fines de represión, sobre la base de un control amplio de los órganos de la fiscalía y los jurisdiccionales.

Igualmente pueden ser útiles las propuestas para regular el uso y obtención de informaciones de casualidad (Zufallsfunde), así como introducir reglas concretas para prohibir la demostración de hechos con usos abusivos de datos personales. Sobre este tema habrá mucho que discutir y hablar en el futuro cercano.

El camino hacia la discusión doctrinal en América Latina sobre estos temas, queda abierto para los próximos años, ya que se detecta en nuestros países una trágica tendencia hacia la política de la seguridad y hacia el eficientismo sin un correlativo interés en el papel de la tutela de la persona frente al tratamiento electrónico de sus datos personales, lo que puede generar no sólo una grave carencia o déficit en el eje de garantías en el Estado de Derecho, sino que también un lastre insoportable para el desarrollo económico y social de nuestro país.

10. Bibliografía

- Albrecht, Peter-Alexis. *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, en: *Institut für Kriminalwissenschaften*, Frankfurt am Main (Edit.), Von unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1995, pp. 429 y ss.
- Albrecht, Peter Alexis. *Kriminalpolitik im Präventionstaat. Referat für die Frankfurter Tage der Rechtspolitik*, 3. Dezember 1996, Manuskript, 1996
- Albrecht, Peter-Alexis. *Kriminalpolitik im Präventionstaat. Referat für die Frankfurter Tage der Rechtspolitik*, 3. Dezember 1996, Manuscrito, 1996.
- Aulehner, Josef. *Wandel der Informationskompetenz bei der Erfüllung der staatlichen Kernaufgaben*, en: Haratsch, Andreas; Kugelmann, Dieter und Repkewitz, Ulrich (Edit.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, Richard Boorberg Verlag, 1996, pp. 195 y ss.
- Bernsmann, Klaus. *Geldwäsche (§ 261 StGB) und Vortatkonkretisierung*, StV 1/98, 46 ff.
- Blankenburg, Erhard (Edit.). *Politik der inneren Sicherheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1980.
- Chirino, Alfredo. *Las tecnologías de la Información y el Proceso Penal. Análisis de una crisis anunciada*, en: **Revista de la Asociación de Ciencias Penales**, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales, Diciembre 1997, No. 14, pp. 41 y ss.
- Chirino, Alfredo. *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. San José, Costa Rica, Comisión Nacional para la Administración de la Justicia, 1997.
- Chirino, Alfredo. *Algunas Reflexiones acerca de la tutela de la autodeterminación informativa. El caso del Proyecto de Código Penal de Costa Rica de 1995*, en: **Revista Nueva Doctrina Penal** (NDP), Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1997/A, pp. 87 y ss.
- Denninger, Erhard. *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, in: Hohmann, Harald (Edit.), Freiheitssicherung durch Datenschutz, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, pp. 127 y ss.
- Dronsch, Nochmals. *Datenschutz in der Informationsgesellschaft*, ZRP 1996, p. 206

- Jacob, Joachim. *Strafverfahren und Datenschutz - aktuelle Forderungen*, en: Hamm, Rainer/Möller, Klaus Peter (Edit.), *Strafrecht und Datenschutz - ein Widerspruch in sich?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, pp. 21 y ss.
- Hassemer, Winfried y Chirino, Alfredo. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento electrónico de datos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1997.
- Hassemer, Winfried. *Datenschutz und Datenverarbeitung Heute*, Wiesbaden, 1995.
- Hassemer, Winfried. *El destino del ciudadano en un derecho penal "eficaz"*, en: **Revista Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, Marzo de 1994, Año 5, No. 8, pp. 3 ss.
- Hassemer, Winfried. *Menschenrechte im Strafprozeß*, KritV 1988, pp. 336 y ss.
- Lammer, Dirk. *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß*, Berlin, 1992.
- Lilie, Hans. *Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, ZStW 106 (1994), pp. 625 y ss.
- Wolter, Jürgen. *Datenschutz und Strafprozeß*, ZStW 107 (1995), pp. 793 y ss.
- Gössner. *Waffengleichheit mit dem "Organisierten Kriminalität"? Kritik der Gesetze zur Bekämpfung der "Organisierten Kriminalität"*, en: Gössner, Rolf (Edit.), *Mythos Sicherheit. Der hilflose Schrei nach dem starken Staat*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Auflage, 1995, pp. 65 y ss.
- Gusy, Christoph. *Polizei und Nachrichtendienste im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität*, KritV 1994, pp. 242 y ss.
- Hassemer, Winfried. *Grundlinien einer rechtsstaatlichen Strafverfahrens*, KritV 1990, p. 260 y ss.
- Isensee, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freibeitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1983.
- Kahlf, Wolfgang. *Das Strafverfahrensregister im System der StPO*, StV 1997, pp. 610 y ss.
- Köhler, Michael. *Prozeßverhältnis und Ermittlungseingriffe*, ZStW 107, 1995, pp. 10 y ss.
- Lavranos, Nikolaos. *DNA-Profiling and Information Technology: A new Weapon for Crime Detection and Prevention?*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 2, Issue 2, 1994, p. 359 ss.

- Leuthardt, Beat. *Leben on Line. Von der Chipkarte bis zum Europol-Netz: Der Mensch unter ständigem Verdacht*, Reinbeck bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1996.
- Müller-Heidelberg, Till (Hrsg.), "Innere Sicherheit" Ja - aber wie? Plädoyer für eine rationale Kriminalpolitik, München, Humanistische Union e.V, 1994.
- Naucke, Wolfgang. *Die Straffuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1996.
- Pitschas, Rainer. *Verfassungsrechtliche Spielräume des Gesetzgebers für Informationseingriffe und andere Maßnahmen der Verbrechensbekämpfung - Zur Fortentwicklung des Polizeirechts nach dem Volkszählungsurteil (VZU)*, in: Kuratorium der Polizei-Führungsakademie (Edit.), 10 Jahre nach dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts (Schriftenreihe der Polizei-Führungsakademie), Lübeck, Verlag Schmidt-Römhild, 1995, pp. 71 y ss.
- Prittwitz, Cornelius. *Funktionalisierung des Strafrechts*, StV 9/1991, pp. 435 y ss.
- Riegel, Reinhard. *Datenschutz bei den Sicherheitsbehörden*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1992.
- Ruiz Miguel, Carlos. *La Configuración Constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Sieber, Ulrich und Bögel, Marion, Logistik der Organisierten Kriminalität. Wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz-Verschlebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glücksspiel, Wiesbaden, Bundeskriminalamt (BKA-Forschungsreihe Bd. 28), 1993.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Frankfurt am Main, Luchterhand, Stand: 17. Aufbau-Lieferung, Dezember 1997. (Se cita según el autor que comenta los artículos y la referencia se hace al SK-StPO)
- Tinnefeld, Marie-Theres, Teilhabe an Information in der offenen Gesellschaft, DuD 1997, pp. 136 z ss.
- Walz, Stefan, Lauschangriff contra Grundgesetz, DuD 1997, p. 684 y s.
- Wittig, Petra, Schleppnetzfahndung, Rasterfahndung und Datenabgleich, JuS 1997, pp. 961 y ss.
- Wolter, Jürgen, Datenschutz und Strafprozeß, ZStW 107 (1995), pp. 793 y ss.

**NECESIDAD DE APLICAR EL CONCEPTO DE BASES DE
DATOS MEDIANTE LA IMPLEMENTACION DE UN
SISTEMA DE INFORMACION TERRITORIAL**

Lic. Mario Alberto Zamora Cruz^()*

Abogado Costarricense

(*) Profesor de Legislación en Administración, en la MAESTRIA EN ADMINISTRACION DE CENTROS Y SERVICIOS DE SALUD. ESCUELA AUTONOMA DE CIENCIAS MEDICAS "Dr. Andrés Vesalio Guzmán Callejas" U.A.C.A.

SUMARIO:

Resumen

- I. Estado actual de la Información sobre la Tierra en Costa Rica.
- II. Informatización del Registro de la Propiedad y del Catastro Nacional. Desvinculación de los conceptos principales de las bases de datos en el Registro Nacional.
- III. Las Municipalidades, relación con el Registro Nacional y con la Información Territorial.
- IV. Presencia de datos, pero ausencia de información; característica del sub-desarrollo informático costarricense.
- V. A modo de Conclusión.
- VI. Bibliografía Básica de Referencia.

RESUMEN

Se emplea la diferencia entre datos e información, así, como la clasificación de dato, registro y archivos, en ese sentido es ineludible aclarar que esos términos están empleados en el sentido estrictamente informático, lo cual se aclara adicionalmente en el texto.

Se procura aplicar en forma práctica el concepto de base de datos y de sistemas de información con relación al tema inmobiliario en Costa Rica.

I. Estado actual de la información sobre la tierra en Costa Rica. Importancia de la información sobre la tierra e ineficacia de los datos sobre la misma

Existen multitud de Instituciones que duplican datos sobre la tierra en nuestro país, ello conlleva un sub-desarrollo informático que afecta sensiblemente el desarrollo nacional.

Así las cosas, Instituciones como la Dirección General de Tributación Directa, las Municipalidades, el Registro Público de la Propiedad Inmobiliaria, El Catastro Nacional, el Instituto Geográfico Nacional, El Instituto de Desarrollo Agrario, La Dirección General de Parques Nacionales y Areas Reservadas, duplican constantemente la recolección de datos sobre la tierra, sin que tales datos puedan integrarse y fusionarse de manera tal que produzcan información.

II. Informatización del Registro de la Propiedad y del Catastro Nacional. Desvinculación de los conceptos principales de la bases de datos en el Registro Nacional

La mayor cantidad de datos sobre la titularidad y descripción de las tierras se encuentran en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Catastro Nacional, respectivamente, sin embargo los datos que recogen ambas instituciones no se encuentran debidamente relacionados lo cual produce que la gran cantidad de software y hardware que poseen ambas instituciones sea sub-utilizado. El Registro Público de la Propiedad Inmueble y el Catastro Nacional resultan en virtud de la Ley de Creación del Registro Nacional y de la práctica, ser dos instituciones independientes y en esa forma se han organizado como dos grandes archivos con poca o ninguna relación entre sí.

pagaban las tasas de recolección de basura y limpieza de calles, a pesar de que disfrutaban de esos servicios.⁽⁴⁾

IV. Presencia de datos, pero ausencia de información; característica del sub-desarrollo Informático costarricense

La Dirección General de Tributación Directa cuenta con datos acerca del valor de las fincas, los cuales tampoco se encuentran relacionados con las otras Instituciones referidas, el Instituto de Desarrollo Agrario cuenta con detalles sobre uso de la tierra, así como la Dirección de Parques Nacionales del Ministerio de Energía y Minas tiene algunos datos sobre recursos naturales, el Instituto Geográfico Nacional cuenta con datos geográficos, red vial y también sobre coordenadas nacionales; Acueductos y Alcantarillados cuenta con datos sobre la ubicación de acueductos; el Instituto Costarricense de Electricidad cuenta con datos acerca de la red telefónica y la red eléctrica; las Municipalidades actualmente reiteran detalles sobre propiedad de inmuebles, números de fincas, valores declarados de las fincas, todos estos datos mencionados se encuentran desligados entre sí lo cual produce que la poca información resultante sea de poca utilidad, en las más de las veces, porque al no haber una actualización en línea de ninguno de los datos referidos, estos resulten inadecuados al momento de su utilización. Los ejemplos concretos de este tipo de situaciones abundan, sólo uno aclarará con mayor propiedad la situación: el Municipio inicia un proceso ejecutivo contra un deudor moroso en el pago de los impuesto que le corresponde, sin embargo a la fecha de inicio del proceso el inmueble pertenece a otro propietario, por la cual hay que rectificar el proceso contra el nuevo propietario, en virtud de que la municipalidad en la actualidad no tiene como enterarse del cambio de titularidad del bien.

Este panorama de datos sin estructura y aislados con los que cuenta el Estado Costarricense es lo que produce la mayor cantidad de decisiones incorrectas en cuanto a una gran partida de temas y además produce hacia los habitantes la inevitable sensación de que en nuestro país, cada quien hace lo que se le antoje con relación al territorio, produce interminables disputas con relación a los límites de las

(4) RUIZ MORA (Marco Antonio). Entrevista, *Hacia la actualización catastral de los ayuntamientos*. **Revista El Valor de lo nuestro**. San José, Registro Nacional, 1996, pp. 7-8.

parcelas, causa un deterioro sostenible de gran parte de los recursos naturales y como no, si no sabemos como país cuáles son esos recursos naturales; origina una pésima recaudación de los impuestos nacionales y municipales, estimula que el caos urbano sea la regla, que la distribución de la tierra sea ineficaz y que en fin no exista posibilidad de planificación alguna ni de ordenamiento territorial.

La legislación del País en contraposición al caótico panorama presentado cuenta con gran cantidad de disposiciones muy positivas que permitirían el desarrollo, así la Ley de Planificación Urbana, establece efectivas limitaciones para el uso inadecuado del suelo que permitirían imponer el ordenamiento territorial, La Ley Forestal contiene normas programáticas con relación a la conservación del Bosque y de los recursos hídricos, La Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles tiene el germen de una legítima justicia tributaria inmobiliaria, La Ley de Creación del Instituto de Desarrollo Agrario regula adecuadamente la planificación agropecuaria, La Ley del Catastro Nacional tiene gran parte de la solución de disputas relacionadas con la titularidad de los bienes, más por más voluntad política que existiera de aplicar toda esta legislación, esta se va a quedar necesariamente en el papel, si no se cuenta con información debidamente integrada que permita a los Gobernantes tomar decisiones acertadas.

Así se mantiene una gran cantidad de datos cuyo costo de recolección ha sido alto, lo cual ha conducido a una innecesaria reiteración de datos, con el desperdicio de recursos que ello implica, la única solución es establecer una base de datos que reúna y concilie todos estos datos en un Sistema de Información Territorial que permita tomar decisiones acertadas con relación al ordenamiento territorial, la planificación territorial, y el uso racional y sostenible de los recursos naturales y a cuya actualización estén abocadas todas las instituciones relacionadas. Así el software para los Sistemas de Información Territorial, que está concebido como un Sistema para la toma de decisiones o como un Sistema Estratégico,⁽⁵⁾ puede relacionar, documentos, imágenes, tablas, textos, gráficos, hojas de cálculo, mapas, multimedia y dibujos CAD de manera integrada y comprensible. A través de ese tipo de relación se pueden obtener los más variados tipos de información: Control Urbanístico y planificación, Registro Inmobiliario, Obras Públicas, Administración de Servicios, Conservación

(5) COHEN KAREN (Daniel). *Sistemas de Información para la toma de decisiones*. México, Editorial McGRAW-HILL, Segunda Edición, 1997, páginas 8-9.

de los Recursos Naturales, Evaluación del impacto ecológico y determinación justa de los impuestos. En otros países estos Sistemas de Información Territorial permiten por ejemplo: “promover la mejoría del tráfico mediante la aplicación de técnicas informáticas”.⁽⁶⁾

En Holanda el acceso con relación a un inmueble se puede hacer: “a través de la identificación catastral de la parcela, el nombre de su titular o la dirección postal, aunque puede entrarse también especificando las coordenadas o de un polígono que comprenda varias parcelas”;⁽⁷⁾ en contraposición en Costa Rica el acceso a la base de datos del Registro Nacional sólo puede hacerse de dos maneras: indicando el número de finca o en su defecto indicando el nombre y el número de cédula del propietario.

V. A MODO DE CONCLUSION

He adelantado a lo largo de las páginas que anteceden algunas conclusiones, sin embargo, la más importante es que de cara al siglo venidero, la globalización impone cambios radicales de la Costa Rica fragmentada y desorganizada que conocemos.

La informática ofrece soluciones de las que actualmente puede obtenerse una relación costo beneficio verdaderamente positiva, la cantidad de dispositivos disponibles, los medios de almacenamiento actuales, las capacidades de procesamiento existentes, hacen inexcusable no desarrollar un moderno sistema de información territorial que permita a las instituciones y los particulares contar con información que les permita tomar decisiones acertadas para el desarrollo de nuestro país.

(6) Centro de Gestión Catastral y Tributaria. *El Catastro en Europa*. Madrid, 1980, pág. 197.

(7) Centro de Gestión Catastral y Tributaria. *Op. cit.*, pág. 147.

**LA NULIDAD DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES
POR DESVIACION DE COMPETENCIAS (II) (*)**

Lic. César Hines Céspedes
Abogado costarricense

(*) La primera parte se publicó en la revista anterior N° 88.

SUMARIO:

1. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional
 - a) Valor social
 - b) Valor jurídico
2. La materia objeto del examen constitucional
3. Efectos de la sentencia estimatoria
 - a) Declarativos
 - b) Ejecutivos
4. El valor de cosa juzgada en las sentencias constitucionales
 - a) Formal
 - b) Material
5. La cosa juzgada en sentencias estimatorias de inconstitucionalidad
6. La cosa juzgada en sentencias dimensionadas declarativas de inconstitucionalidad
7. Características del proceso de ejecución
8. Los efectos de una resolución constitucional como objeto de proceso plenario
9. Resoluciones constitucionales como objeto y materia del proceso contencioso
10. La nulidad de la sentencia como sanción al exceso competencial
11. Remedios procesales contra sentencias materialmente nulas
 - a) Delimitación del derecho protegido
 - b) Una línea jurisprudencial definida en razón de la materia

Conclusiones

1. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional

Para evitar problemas semánticos que se originan en el lenguaje cuando se le pueden atribuir a las palabras significados no ajustados a la utilización que se está dando, podemos hablar de dos tipos de valores en las sentencias provenientes de los Tribunales Constitucionales: i) El valor social de la sentencia, y, ii) El valor jurídico de la sentencia, lo que nos obliga a una pequeña explicación al respecto.

a) El valor social de la sentencia constitucional

Como la justicia constitucional surge como una reacción ante la crisis del concepto clásico de Constitución, para tratar de configurar una tendencia racionalizadora del poder, especialmente en Europa después de las experiencias fascistas, pretendiendo que la Constitución deje de ser una mera declaración de principios y se convierta en Derecho directamente aplicable, el valor de las sentencias de los Tribunales Constitucionales para la sociedad, trasciende la mera interpretación jurídica de la Norma, para convertirse en la verdadera piedra angular sobre la que se sienta toda la doctrina del respeto a los derechos fundamentales de la persona, frente a cualquiera. Es decir, la resolución de una controversia constitucional, no solamente está resolviendo un conflicto específico, sino que está anunciando hacia el futuro todo un comportamiento que debe ser seguido no sólo por el responsable sino por toda la sociedad; tiene una función escolástica, didáctica, en el desarrollo de las relaciones entre la sociedad civil y el Estado.

b) El valor jurídico de la sentencia constitucional

A diferencia del anterior, pero sin que sean excluyentes entre sí, el valor jurídico de las resoluciones constitucionales, está referido con exclusividad a la relación existente entre el conflicto constitucional propiamente dicho, las normas aplicables en la solución de ese conflicto y la interpretación jurídicamente procedente de estas normas para resolverlo. Esa vinculación entre los tres elementos es insoluble y en su respuesta al pedido de intervención, el Tribunal Constitucional no puede apartarse de los postulados estrictamente jurídicos inmanentes en las normas constitucionales, de tal manera que en la resolución no se cree otro conflicto. En otros términos el valor jurídico de las sentencias del Tribunal Constitucional no sólo debe estar dado por la aplicación del

Derecho en la solución del conflicto, sino en la más fiel interpretación que de él se haga, de manera que sus resoluciones estén acuerpadas por esa legitimidad normativa.

2. La materia objeto del examen constitucional

La justicia constitucional es una consecuencia del principio de supremacía de la Constitución, lo cual ha llevado a la generalidad de la doctrina a afirmar que solamente es posible su reconocimiento en aquellos sistemas políticos dotados de Constitución rígida. Sin embargo, ello no obsta para que en los sistemas de Constitución flexible pueda producirse su existencia, aunque bien es verdad que en éstos no desarrolla toda su virtualidad, especialmente por lo que a la constitución formal se refiere. Al propio tiempo, la justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de legalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la configuración moderna del principio de división de poderes, tanto en el aspecto horizontal como vertical.⁽¹⁾ Ello significa que aún presente el principio de la supremacía constitucional, no es procedente la interferencia competencial del Tribunal Constitucional en relación a otros órganos que la ostentan legal y constitucionalmente, para ejercitarlas en otro tipo de conflictos diferentes a los constitucionales.

No existe ninguna discrepancia doctrinaria ni práctica sobre cuál es la materia que puede ser sometida al examen de constitucionalidad a través de los recursos de Hábeas Corpus, Amparo y Acciones de Inconstitucionalidad. En una ocasión anterior⁽²⁾ hablábamos de la disyuntiva existente para puntualizar con exactitud cuál es la materia y el objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional; si las normas infra constitucionales o la Constitución. Es importante aclarar tal situación por cuanto en ella se centra toda la sustancia de sus competencias y en ello le va toda la legitimación constitucional de la que debe estar revestida. Pareciera que a los Tribunales Constitucionales les corresponde interpretar la Constitución en relación con los efectos que sobre ella puedan tener las normas de inferior rango, pues son éstas las que tienen que adecuarse a aquélla y no al contrario. Ello pareció entenderlo a

(1) Alvarez Conde, *op. cit.*, página 274.

(2) Véase nuestro artículo “*La Interpretación Constitucional*” (San José: Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, número 71, 1998).

cabalidad nuestra Sala Constitucional en el voto 3435-92 cuando resolvió sobre la discriminación existente en el artículo 14 de la Constitución en relación con el género masculino.⁽³⁾ Bocanegra Sierra⁽⁴⁾ manifiesta que al Tribunal Constitucional le corresponde no sólo el deber de interpretar la Constitución como una "*Ley Ordinaria*", sino también de desarrollarla, completarla y depurarla, y que el papel atribuido a dicho Tribunal sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, que, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tienen inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas muchas veces de importancia decisiva, aún cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos y en ningún caso manifestaciones políticas. Veamos como se explica. Cuando se solicita la intervención de los Tribunales Constitucionales, se hace con dependencia específica de un acto u omisión de un poder del Estado que violenta o amenaza violentar un derecho fundamental, reconocido por la Carta Política. Es precisamente ese Derecho Primario el que le da acceso a la actuación judicial del elevado órgano, pues ante la inexistencia de una violación a un derecho que tenga ese rango, le queda excluida su competencia en favor de órganos de carácter ordinario, de los comprendidos en la Jurisdicción Común.

Hacemos el planteamiento desde otra arista. Las únicas actuaciones fiscalizables en un Tribunal Constitucional, son aquellas en las que están de por medio derechos y normas constitucionales o aquellos que aunque no se encuentren positivizados en ella, están reconocidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, nada más, dada la competencia exclusiva que la Constitución y su ley orgánica le ha otorgado en ese sentido. Eso trae como consecuencia directa, que en el análisis de los conflictos sometidos a su consideración, según las potestades otorgadas para ese ejercicio jurisdiccional,⁽⁵⁾ no puedan

(3) Debemos dejar claro, que si bien en ese voto se confirma nuestra tesis sobre que la materia objeto de interpretación por parte de la Sala es la constitucional, en modo alguno afirmamos compartir la tesis esgrimida por la Sala en dicho voto, pues en esa resolución se arrogó competencias que no le corresponden. Véase in extenso a Murillo Arias, Mauro, *Ensayos de Derecho Público*, (San José: Iuritexto, tomo II, 1995, página 162), en el cual realiza una crítica puntual a los excesos cometidos por ese órgano jurisdiccional.

(4) Bocanegra Sierra, *op. cit.*, página 19.

(5) Nos estamos refiriendo a las competencias que se le atribuyeron a través del artículo 10 de la Carta Política y 2 de su Ley Orgánica.

hacer una interpretación de los actos, resoluciones o normas cuestionadas, por escapar a sus facultades. No pueden interpretar la Ley por cuanto eso es materia exclusiva de la Asamblea Legislativa, según lo establece el artículo 121 inciso 1) de la Constitución, y tampoco pueden interpretar las resoluciones administrativas por ser del resorte exclusivo de la Administración que las emitió; es obvio entonces, que su misión se centraría en interpretar o deducir, si los efectos de tales actos infra constitucionales congenian con la Norma base o son contrarios a ella en su texto y en sus principios. Lo anterior es particularmente cierto y hasta reconocido por el propio órgano, cuando leemos el voto 3309-94 de las quince horas del cinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro, donde la Sala Constitucional dijo en el considerando X que:

“Esta norma de la ley impugnada, resulta pues, plenamente constitucional en la medida en que se interprete y aplique correctamente; es decir, en tanto la actuación de la Autoridad Presupuestaria permanezca en el campo del diseño y posterior ejecución de las directrices generales sobre política, pero no desde luego en la medida en que su aplicación interfiera en la ejecución concreta de esas directrices.”

Y en el considerando XII de la misma sentencia reafirmó la tesis expuesta al expresar que:

“...En este sentido el artículo 1° de la ley, resultaría inconstitucional si se entendiese y aplicase de manera literal. Esto es, interpretando que la Autoridad Presupuestaria, ha adquirido la facultad de dictar directrices vinculantes para el sector descentralizado del Ejecutivo”.

En ambos párrafos transcritos, la resolución de comentario se hace acompañar de una frase cuyo verbo tiene una posición “sugestiva” para la actuación de un tercero. Así en la primera transcripción la Sala dice “en la medida en que se interprete” y en la segunda expresa “si se entendiese”, con lo que el Tribunal Constitucional está insinuando y refiriendo a un modelo de actuación que deberían seguir otros órganos públicos, legitimados para realizar la interpretación y aplicación correcta de esas normas inferiores a la Constitución partiendo de esa fórmula

previamente dada por ese órgano de control constitucional, para adecuar así la norma infra legal a la Superior sin crear un bache normativo en la actuación administrativa.

Al llegar a este punto de la disquisición doctrinaria, se concluye pues que la materia objeto de análisis en la jurisdicción constitucional es la que tenga relación con ese ámbito única y exclusivamente. Basados en lo anterior, no le es posible a un Tribunal Constitucional, resolver sobre cuestiones en las cuales no medie un conflicto de aquella naturaleza, siendo una violación a su propia competencia, cualquier intromisión y/o resolución que se aparte de ese postulado.

Si la Constitución se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica, todas las demás normas infra constitucionales y/o supra legales, las simples actuaciones administrativas, así como cualquier acto, deben estar coloreadas con el tinte constitucional para su validez. Ello es una consecuencia lógica de la obligatoria necesidad de adecuar todo el conglomerado jurídico a la Constitución, partiendo de la hipótesis que no existe acto o norma válida si no está acorde con la Superior, lo que no equivale a decir, aceptar o interpretar, que todas esas actuaciones deben tener origen en un mandato o directriz directa de un texto constitucional.

Delimitada así la competencia de los tribunales constitucionales a las posibles, eventuales e irrestrictas violaciones de la Constitución, es que nos planteamos nuevamente la pregunta: ¿Qué valor y eficacia jurídica se le puede conceder a una sentencia constitucional en la que el Tribunal quebrantó el ámbito de su propia competencia?

La respuesta es difícil desde una perspectiva procesal y sustantiva, pues el valor de esas resoluciones se lo dan las leyes, pero débense tomar en consideración otra serie de situaciones que entran en conflicto en relación con la contestación a esa pregunta, que las expondremos más adelante. No existe en nuestro Ordenamiento Jurídico, ningún remedio procesal para desaparecer de la vida jurídica una sentencia absolutamente nula por incompetencia orgánica, como sí lo hay para otras jurisdicciones. Esa limitación procesal de por sí sería suficiente para otorgarle a esa sentencia materialmente nula, un carácter de intangibilidad absoluta, por la validez y eficacia que la ley le da, pero el diferendo no se queda allí, sino que tiene implicaciones más amplias y de otra naturaleza muy distinta a la simple oratoria doctrinal.

Procederemos a establecer un caso hipotético para llegar al quid del asunto. De acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional:

“La ejecución de las sentencias corresponde a la Sala Constitucional, salvo lo relativo a la liquidación y cumplimiento de las indemnizaciones y responsabilidades pecuniarias, o en otros aspectos que la propia Sala considere del caso, en que se hará en la vía contencioso administrativa por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en la ley reguladora de esa jurisdicción.”

Entendemos que lo expresado por la norma en relación con la ejecución que puede ser realizada dentro del ámbito de la misma Sala, está referido a la suspensión, paralización o desaparición definitiva del mundo jurídico, del acto vejatorio impugnado y que dio origen al recurso de que se trate en concreto. Corresponde en consecuencia a la propia Sala, indicarle al recurrido a solicitud del recurrente, que proceda a suspender cualquier alteración del conjunto de derechos fundamentales que por su resolución le proveyó de protección al accionante, y obligarlo a respetarlos bajo las sanciones legales en su omisión. Además de esa facultad otorgada a ese órgano, tiene otras relacionadas con la anterior, en el sentido que puede tomar todas las provisiones necesarias y hacerlas ejecutar, para que el recurrente sea restablecido en el pleno goce de sus derechos fundamentales.⁽⁶⁾

Pero lo que no está en discusión ni puede estarlo por las razones lógicas y jurídicas que se pueden esgrimir, es que en tratándose de las indemnizaciones económicas, la competencia es exclusiva de las jurisdicciones contencioso administrativa y la civil común, cuando se está en los supuestos de los capítulos segundo y tercero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las resoluciones de la Sala Constitucional no tienen ulterior recurso, y el artículo 13 expresa que la jurisprudencia emanada de su seno tiene efectos vinculantes y *erga omnes*, salvo para sí misma. De la conjunción de esos dos numerales parece desprenderse que las sentencias de la Sala Constitucional producen cosa juzgada material, pero un análisis más armónico con la misma Constitución, nos lleva a una solución diferente. El artículo 9 *ibídem* dice en cuanto interesa:

(6) Entre esas provisiones pueden incluirse las establecidas en los artículos 71 y 72 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en relación con el artículo 53 *ibídem*, que faculta a la Sala a recurrir directamente al Ministerio Público cuando sus mandatos no fueren cumplidos dentro de los plazos concedidos a tales efectos.

“La Sala Constitucional rechazará de plano cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada... en este caso siempre que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión”.

Esa facultad de modificación unilateral de sus decisiones anteriores, deja abierta la posibilidad de concluir, que solamente algunas resoluciones de la Sala Constitucional pueden gozar del privilegio de la cosa juzgada material, como lo serían las resoluciones que acogen las acciones de inconstitucionalidad, y aun en ellas, encontramos algunos supuestos en los que la misma declaratoria de inconstitucionalidad permite la discusión de las normas inconstitucionales en otros procesos específicos y distintos del de constitucionalidad. Ello lo analizaremos más adelante. En las demás situaciones, solamente podría tener valor de cosa juzgada entre las partes en conflicto, pero difícilmente con efectos *erga omnes* como lo indica el numeral 13, y aun tratándose de esos efectos entre las partes, estarían circunscritos exclusivamente en cuanto se refieren a la violación constitucional. Ello es así —la condición de cosa juzgada entre las partes— ante un evidente principio de seguridad jurídica que debe prevalecer en la sociedad. Si el artículo 9 autoriza implícitamente a la Sala a variar de criterio, aun sobre una misma cuestión anteriormente debatida y ello se refuerza con el artículo 13 *ibídem*, no puede más que interpretarse que la cosa juzgada material queda limitada al recurrente y al recurrido en una misma causa, —entiéndase por causa *“violación constitucional”*— pero que la anormal situación constitucional puede ser debatida por otros recurrentes,⁽⁷⁾ con un resultado potencialmente diferente, según lo permiten los artículos 9 y 13 mencionados arriba. Igual situación se presenta con las acciones de inconstitucionalidad, cuando son rechazadas, pues esa inadmisibilidad de la pretensión de fondo, no impide una nueva interposición fundada en razones distintas a las rechazadas, lo que nos lleva a la inexistencia de la cosa juzgada material, tratándose de la misma norma cuestionada, cuando la nueva

(7) Tal es el caso de las resoluciones de la Sala Constitucional nacidas ante recursos de amparo presentados por funcionarios del IDA, que ante la desjerarquización laboral que sufrieron con el cambio de Gobierno, en algunos casos acogió el amparo y en otros los remitió a la jurisdicción común, siendo en ambas situaciones, el mismo acto administrativo con diferente destinatario.

acción se interponga por otras violaciones no contempladas en la anterior.

Muy distinta es la situación que se presenta en aquellos casos, que como en el inciso a) del artículo 161 de la Constitución española, se interpone la acción de inconstitucionalidad contra la interpretación jurisprudencial de una norma jurídica con rango de ley, que sea contraria a la Carta. En esa circunstancia, la interpretación que realice el Tribunal Constitucional, será la única viable para las posteriores aplicaciones de ella, sin necesidad de una nueva declaratoria en cada caso, modificándose así en forma absoluta, la demás jurisprudencia que llegue a darse con la interpretación de la norma interpretada por el Tribunal Constitucional.

Rubén Hernández⁽⁸⁾ dice que, en el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de la supremacía constitucional, por lo que existen procesos diferentes para tutelar necesidades diferentes ante los distintos intereses que se encuentran en juego. Es por ello que el reconocimiento de cosa juzgada a las resoluciones de la Sala Constitucional, debe ponderarse a la luz de cada caso concreto y no en forma genérica como el alcance que hasta ahora se ha pretendido darles, dado que es el derecho tutelado y según el recurso utilizado, el que marcará la pauta para abdicar en favor o en contra de la cosa juzgada.

3. Efectos de la sentencia estimatoria

Las sentencias estimatorias de la Sala tienen dos efectos, en razón de la nueva reglamentación que han sufrido los institutos jurídicos estudiados: declarativos y ejecutivos. Con la anterior regulación legal de los recursos de amparo y Hábeas Corpus, las resoluciones estimatorias de cualquiera de ambas figuras, eran solamente declarativas, dado que se limitaban a declarar el derecho del recurrente a que se le restituya la libertad o el derecho constitucional conculcado, sin ninguna otra responsabilidad para los recurridos más que de cumplir con el mandato contenido en la sentencia de marras. Esa situación varió sustancialmente con la Ley de la Jurisdicción Constitucional que estableció el derecho al resarcimiento cuando declare con lugar la pretensión constitucional, lo que constituye

(8) Hernández Valle, Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Editorial Juricentro, 1994, página 35.

una declaración de principios que se materializará únicamente si efectivamente se comprueba la existencia de esos daños y perjuicios.

a) Declarativos

En el primer caso, lo que hace la Sala es reconocer la violación constitucional de parte del recurrido y ordenar la cesación de los efectos perniciosos de aquélla, en aras de armonizar el estado de la relación administrativa con la Norma base. Esta declaración de la Sala tiene carácter de cosa juzgada material entre las partes y no puede ser discutida nuevamente en otra sede; nos referimos a la imposibilidad de ventilar la cuestión constitucional en otro proceso, sea las violaciones a los derechos fundamentales, no así las consecuencias económicas de la declaración, que siempre deberá darse en otra sede jurisdiccional, según lo establece la misma Ley Orgánica. Nuestra legislación no le confiere a las sentencias desestimatorias ese carácter de cosa juzgada, pues la reclamación puede ser ingresada nuevamente, con nuevos argumentos y por nuevas o reiteradas violaciones, a la luz de los artículos 9 y 13 de la LJC y también, –a opción del recurrente– puede acudir a otra sede jurisdiccional a ventilar y buscar reparación. Queda claro que cuando se dice, que puede reinterponerse la acción que corresponda, no sólo es dable en razón de otros argumentos, sino preferiblemente por una nueva violación acompañada de una incorrecta interpretación administrativa de sus potestades.

b) Ejecutivos

Con respecto a estos efectos, se trata de cumplimentar lo fallado en cuyo caso no sólo se debe tener en cuenta la cesación de la violación, sino las consecuencias perniciosas que la actuación ilegítima produjo en el administrado, las cuales deben ser indemnizadas en forma adecuada y ajustada a los efectos reales de los actos vejatorios. Es decir, la ejecución del fallo debe estar razonablemente ajustado con la violación constitucional y el daño causado. Eso debería ser el contenido del fallo en cuanto a los daños y perjuicios a los que siempre condena la Sala en las acciones estimatorias.

4. El valor de cosa juzgada en las sentencias constitucionales

Existen, doctrinaria y normativamente reconocidos, dos tipos de efectos jurídicos que irradian las sentencias que emanan de los

Tribunales de Justicia, que las diversas consecuencias que dimanaban de ellas obligaron a todo un replanteamiento en los Ordenamientos Jurídicos –básicamente en los de descendencia germánico-romanos– para determinar hasta dónde deben llegar unas y otras. Se trata de la: i. Cosa juzgada formal, y ii. cosa juzgada material.

a) La cosa juzgada formal

Se entiende por cosa juzgada formal, a los efectos que adquiere la sentencia dictada en ciertos tipos de procesos diferentes al ordinario, que no cierran el portillo de discusión del mismo asunto, de modo que las pretensiones de las partes no satisfechas con lo resuelto en esos procesos, pueden ser discutidas con amplitud en un proceso plenario.

b) La cosa juzgada material

Siempre ha sido de reconocimiento general, doctrinario, jurisprudencial y normativo, que las únicas sentencias que pueden producir cosa juzgada material, son las provenientes de un proceso ordinario. Así el artículo 899 del Código de Procedimientos Civiles derogado, disponía que:

“Contra las resoluciones enumeradas en el inciso 2) del artículo 81, que dictare la Sala Civil en juicios ordinarios, o que produzcan cosa juzgada, no se dará otro recurso que el de Casación”.

Por su parte, el derogado artículo 722 del Código Civil, disponía que:

“Solamente las sentencias definitivas dadas en materia de jurisdicción contenciosa y en vía ordinaria, pasan en autoridad de cosa juzgada”.

Doctrina positiva que fue retomada en su momento por el jurista Antonio Picado Guerrero, quien en sus comentarios al Código de Procedimientos Civiles del 13 de julio de 1922 nos dice que:

“Los juicios, pues, a que se refería el artículo 966, son o de naturaleza sumaria, o de jurisdicción voluntaria... Por eso el legislador no elevó a la

categoría de cosa juzgada sino las sentencias dictadas en juicio ordinario, salvo excepciones expresamente indicadas por la ley o por la naturaleza de la resolución.”

Y agrega, siempre en referencia a juicios diferentes al ordinario:

“Por supuesto, considero que para que una resolución de esa naturaleza pueda pasar en autoridad de cosa juzgada, es necesario que la ley, de un modo expreso o implícito, determine que queda resuelto definitivamente el punto por ella contemplado, es decir, sin posibilidad de discusión en juicio ordinario.”⁽⁹⁾

Estas apreciaciones normativas transcritas se ratifican con la definición que de cosa juzgada nos da el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales que la define como:

“Autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo, convirtiéndola en firme. Es característico de la cosa juzgada que la misma sea inmutable e irreversible en otro procedimiento judicial posterior. Se dice que la cosa juzgada es formal cuando produce sus consecuencias en relación al proceso en que ha sido emitida, pero que no impide su revisión en otro distinto; cual sucede en los procedimientos ejecutivos y en otros sumarios, puesto que el debate puede ser reabierto en un juicio ordinario.”⁽¹⁰⁾

Atenidos a las definiciones anteriores referentes a la cosa juzgada, pareciera colegirse por la índole de sus efectos, que las sentencias constitucionales no gozan de la intangibilidad de la cosa juzgada

(9) Picado Guerrero, Antonio. *Jurisprudencia del Recurso de Casación*. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1933, páginas 186-188.

(10) Osorio Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1984.

material, pues no se colige ni se desprende por disposición expresa o implícita de ninguna de las normas que regulan la jurisdicción constitucional, como lo veremos infra.

5. La cosa juzgada en sentencias estimatorias de inconstitucionalidad

Consideramos oportuno hacer algunas acotaciones a la condición de cosa juzgada formal y material, de las sentencias que estimen la inconstitucionalidad de una norma o grupo de normas infra constitucionales, por la simple estimatoria. Eso dice el artículo 88 LJC al expresar que:

“Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuyente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento. Esa eliminación regirá a partir de la primera vez que se publique el aviso a que se refiere el artículo 90, lo cual se hará constar en él.”

Esa desaparición y desaplicación de la norma anulada, no puede ser tan simple como algunos operadores del Derecho lo han considerado, pues el mismo cuerpo legal contiene otra norma que le da otro sentido al numeral transcrito. Dice el artículo 91 *ibídem*:

“La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.”

Dos son las consideraciones que obtenemos de ambas normas. A) No es totalmente cierto que la eliminación de la norma declarada inconstitucional regirá a partir de la primera vez que se publique el aviso en el Boletín Judicial, pues el artículo 91 ubica esa temporalidad al momento de la incorporación de tal declaratoria a la fecha de inserción de la norma impugnada, en el ordenamiento jurídico. En

consecuencia lo que se impondría sería interpretar el artículo 88 en el sentido que la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, conlleva la desaplicación de la norma, o lo que es lo mismo, dejarla sin efectos, a partir de la primera publicación, pero anulando la norma desde su nacimiento; y, B) La potestad de dimensionar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una determinada norma o acto o grupos de normas o de actos, deja abierta la posibilidad para su discusión en algunos procesos, de aquellos asuntos en los que la aplicación de la norma tenga relevancia procesal y sustancial, para la resolución del conflicto, siempre y cuando el dimensionamiento no los afecte. En esos casos, el Juzgador Ordinario no puede negarse a aplicarla, pues para ese caso específico, nacido con anterioridad a la declaratoria y por el dimensionamiento que de ella hizo el Tribunal Constitucional, la norma inconstitucional tiene plena vigencia y eficacia. Ese razonamiento está íntimamente ligado al principio denominado "*Pervivencia del Derecho Derogado*", e igualmente reconocido, bajo la estereotipada frase que con harta frecuencia se inserta en algunos textos normativos para reconocer y proteger los "*derechos adquiridos de buena fe*".⁽¹¹⁾

Queremos aquí llamar la atención sobre el tópico de la cosa juzgada y remontarnos al artículo 164 de la Constitución Española, que contiene una nota aclaratoria. Dice:

"Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tiene plenos efectos frente a todos."⁽¹²⁾

(11) Lo de buena fe sale sobrando, porque cuando una norma declara un derecho, no hace diferenciación en cuanto a la forma de adquisición del mismo. Piénsese por ejemplo, en el caso de un derecho adquirido por un grupo de trabajadores, que a través de una huelga declarada ilegal, obligaron al patrono a negociarlo. Una vez negociado y plasmado en una convención, la calificación del derecho es irrelevante, sólo su existencia adquiere interés.

(12) *Constitución Política de España de 1978*. Boletín Oficial del Estado, octubre de 1985.

La norma indicada nos confirma la tesis, que en resoluciones cuyos efectos son individuales, como las nacidas de un recurso de amparo o de hábeas corpus, la cosa juzgada únicamente tiene sentido entre las partes, no así ante terceros, por más que el artículo 13 de la LJC así lo indique, pues existe una imposibilidad procesal para que se constituya como tal, como lo sería la necesaria igualdad de partes y de *causa petendi*.

Sin embargo, y haciendo una más profunda abstracción de la potestad de dimensionar los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, para evitar grandes dislocaciones sociales, según reza la norma, no es abusado por nuestra parte afirmar, que en un proceso plenario aun no nacido al momento de la declaratoria, cabe la posibilidad de fundamentar la pretensión en la(s) norma(s) derogada(s) Así es, el artículo 868 del Código Civil expresa que todo derecho con su correspondiente acción prescriben a los diez años, lo que contemplaría la posibilidad procesal, para que toda persona titular de un derecho subjetivo, declarado por la norma declarada posteriormente como contraria a la Constitución, incorporado a su patrimonio con anterioridad a dicha declaratoria, podrá solicitar –salvo que norma especial lo impida por caducidad de la instancia– la ejecución de los efectos de ese derecho con fundamento en que la dimensión de los efectos de la norma por parte de la Sala, dejó indemne la norma en sus efectos hacia el pasado, consolidando los derechos adquiridos con base en ella.

6. La cosa juzgada en sentencias dimensionadas declarativas de inconstitucionalidad

La facultad que el artículo 91 de la LJC le concede a la Sala Constitucional, de dimensionar en el tiempo y el espacio, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, tiene otras consecuencias más, y diferentes a la pretensión de evitar dislocaciones sociales. Parece natural y sin ningún esfuerzo interpretativo, que si la Sala determina que los efectos de la anulación de una norma se contraen a un determinado período y en un específico espacio, eso significa que las situaciones jurídicas que se encuentran fuera de esos supuestos, no varían con la resolución constitucional, lo cual permitiría aceptar la posibilidad muy real, de que la cosa juzgada para esas situaciones no contempladas en la declaratoria, no existe y consecuentemente las normas inconstitucionales pueden ser aplicadas o desaplicadas, según el muy claro entender del operador del derecho, para esos casos concretos sometidos a su arbitrio.

Entenderlo de otra forma, sería conceder implícitamente a otros órganos diferentes a la Sala Constitucional y en forma paralela a la potestad de ésta, la facultad de dimensionar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, a contrapelo de la competencia única y exclusiva que se le ha otorgado a aquélla, lo que evidentemente contraría el orden jurídico que nos regula. Piénsese por ejemplo, en los Decretos de Emergencia Agrícola que fueron declarados inconstitucionales por la Sala a solicitud del Contralor General de la República. Si en dicha declaratoria se dimensionan los efectos y se declare que los mismos empezarán a correr a partir del momento de la publicación de la sentencia en el Boletín Judicial, los derechos que por tales decretos se adquirieron quedan resguardados y deberían ser reconocidos en todos los procesos que nacieron a la vida jurídica antes de tal declaratoria en los cuales se está exigiendo la reparación económica fundada precisamente en esos textos normativos, y también en los que, con prescindencia de los procesos caducos, se interpongan, para que con base en esos Decretos se proceda a indemnizar a quienes tengan el derecho. No hacerlo así y aplicar la resolución constitucional que ordena la anulación de los Decretos mencionados en esos procesos, sin reconocer el dimensionamiento de los efectos declarado por el órgano competente, sería aplicar retroactivamente la declaratoria de inconstitucionalidad por otros órganos jurisdiccionales y administrativos distintos al Tribunal Constitucional, lo que sería un acto absolutamente nulo, por violación expresa de la ley, en este caso, del artículo 91 de la LJC, en relación con el 93 *ibídem*.⁽¹³⁾

Si en la ejecución de la sentencia que planteamos, como caso hipotético, ante la Sala, ésta entra a conocer lo que es la contabilidad de la indemnización de los daños y perjuicios a los que generalmente condena en las resoluciones de amparo o Hábeas Corpus, estaríamos en presencia de una virtual nulidad de esa resolución ejecutoria emanada del Tribunal Constitucional por haber traspasado las vallas legales que

(13) El primero de los artículos mencionados, exceptiona de los efectos retroactivos de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, a quienes tienen derechos adquiridos de buena fe, ratificado por el artículo 93 que dice: “La disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe; todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo”.

imponen esa facultad jurisdiccional a otros órganos del Poder Judicial. Dos son las consecuencias de una resolución de la Sala que ordena al Estado el pago de los daños y perjuicios de acuerdo a un sistema contable por ella impuesto. A) En primer lugar se está en presencia de una potencial nulidad de la resolución de ejecución comentada, pues tendríamos una resolución extra limitada en su contenido, que legalmente sólo puede tener un objetivo expreso: suspender los efectos violatorios del acto purgado del ordenamiento. B) Es un exceso de ejercicio competencial, ejecutar y hacer valer las consecuencias económicas de la sentencia por un órgano distinto a los que la ley expresamente comisionó para tales efectos. Efectivamente, la LJC constitucional es clara y expresa al indicar que para la ejecución de las sentencias, tratándose de la determinación de los daños y perjuicios, solamente los Juzgados Contenciosos Administrativos o Civiles, según sea el caso, tienen la competencia para conocer de ellas, y actuar contrario a ese mandato legal, conlleva a una Nulidad Absoluta de lo resuelto según el artículo 11 constitucional.

En los procesos de ejecución de sentencias, la Jurisdicción Ordinaria expresamente comisionada, tramitará lo relacionado, partiendo de la condenatoria en abstracto, pero los montos solicitados por el recurrente ganancioso, las ecuaciones financieras utilizadas para estimarlos, y las pruebas en las que están basados, son del conocimiento exclusivo de esos órganos. En ese sentido, el proceso de ejecución tiene que cumplir con el procedimiento que el Código de Rito establece para su tipología para que el crédito tenga sustento legal. Es decir, la obligación de indemnizar en daños y perjuicios declarada por la Sala, no constituye *per se*, la existencia de esos daños, sino que los mismos deben existir y ser efectivamente probados.

Al decir de Zeledón,⁽¹⁴⁾ las sentencias que declaren con lugar un recurso de amparo contra órganos y servidores públicos dictadas por la Sala Constitucional conllevan, de pleno derecho, la condenatoria en daños y perjuicios. Es una condenatoria en abstracto sin ningún tipo de consideración fáctica, pero no prejuzga, por no haber sido objeto de análisis, la existencia de daños y perjuicios, ni su nexo de causalidad, su realidad o su cuantificación. Es decir, en la tramitación del recurso ante la Sala Constitucional solamente se entra a conocer la violación constitucional y a ella deben limitarse las sentencias. En el amparo no

(14) Zeledón Zeledón, Ricardo. *La Casación en ejecución de sentencias de amparos constitucionales*. (San José: Revista **Iustitia** número 130-131, 1997, páginas 14 y 15).

existen siquiera hechos probados, salvo —obviamente— los relacionados con la violación constitucional propiamente dicha. Correcta posición doctrinaria del Magistrado Zeledón, y hay que agregarle que, precisamente por esa falta de discusión de los efectos materialmente dañosos de la violación constitucional —que en muchos casos no existen más allá de los que por estereotipo normativo se aluden en la condena— obliga a que dicha discusión se traslade a otra sede, pues en la ejecución de la resolución constitucional, el nexo de causalidad entre los daños y perjuicios a los que condena la Sala deben guardar íntima relación con los acusados, de ser reales y ser debidamente probados, pues no basta con la sola afirmación de su existencia, de donde en la apreciación de la prueba en este tipo de procesos, se regula según los términos establecidos en el Código Procesal Civil, con la excepción de la prueba en relación con el daño moral.

El Juzgador ejecutante una vez analizadas las probanzas aportadas al expediente, determinará por resolución fundada, la procedencia de la indemnización y el quantum de la misma, con base en todo el acervo probatorio recabado a través del proceso de ejecución. No puede ser de otra manera. Es claro que no se discute el derecho a la indemnización, el cual ya fue declarado en la sede constitucional, pero si no se demuestra la existencia del daño ni del perjuicio como efecto directo de la violación constitucional, ese derecho indemnizatorio mencionado en la resolución, quedaría como una mera declaración de principio.

Vista así la situación, nos queda por determinar una cosa más. Con una resolución a todas luces nula por extralimitación de competencias, como aquella en la que el mismo Tribunal Constitucional impone los modelos contables o de bajos costos bajo los cuales debe guiarse el Estado para una indemnización de daños y perjuicios, ¿podrá el recurrido discutir el monto de la condenatoria ilegalmente impuesta por la Sala Constitucional, en la sede que jurídicamente corresponda o quedará sin solución a todas luces improcedente?

7. Características del proceso de ejecución

Existen dos tipos de procesos de ejecución: los provenientes de un juicio plenario en el cual todos los elementos ya están totalmente agotados y no queda más que la liquidación de los montos correspondientes, sin discusión sobre ellos, pues precisamente esa controversia ya fue resuelta en el principal, y los provenientes de la ejecución de sentencias llamémoslas, constitucionales por haberse tramitado ante un Tribunal Constitucional.

El primer caso no tiene ninguna relevancia para nuestro estudio, y en el caso del segundo, se ha convertido en fuente inagotable de controversia, al menos académica, que nos lleva a hipotizar que es factible la discusión en otra vía distinta a la constitucional. En el caso específico de Costa Rica y tratándose de la ejecución de las sentencias de la Sala Constitucional por ella misma, en la que atribuyéndose competencias que la ley no le confiere, hace la condenatoria puntual de los daños y perjuicios que le deben ser reconocidos al recurrente, es nuestra tesis que los montos por ella establecidos pueden ser discutidos y modificados, en el proceso de ejecución que al efecto se interpondrá por el administrado, y en el cual éste, indefectiblemente deberá demostrar la existencia no sólo de los daños y perjuicios para acceder a ellos, sino la forma en que ellos deben ser valorados. Es decir, aunque la Sala Constitucional haya determinado los principios contables que debe seguir la Administración para la liquidación de los daños y perjuicios que se le deben indemnizar al agraviado, esta fórmula no constituye por sí misma, el reconocimiento a ellos, si no se logra demostrar que efectivamente sucedieron y fueron ocasionados con ocasión del acto violatorio del derecho fundamental.

8. Los efectos de una resolución constitucional como objeto de proceso plenario

En el párrafo anterior, planteamos la única forma que puede ser aceptada una ejecución de sentencia proveniente de la Sala Constitucional cuando se refiera al modelo de costos aplicable para cumplimentar su mandato; nos referimos a la directriz que como ecuación financiera indica se debe utilizar para determinar los montos de la indemnización. Dijimos, que esa regla establecida en la resolución, no obliga a la Administración a pagar montos específicos que no hayan sido efectivamente probados bajo los procedimientos que para la recepción y ponderación de las pruebas establece el Código respectivo.

Sin embargo, no aceptamos esa tesis. No la aceptamos porque es una competencia que la LJC reservó a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y/o los Civiles, en forma exclusiva y ante la existencia de una norma especial para situaciones concretas, no cabe la interpretación extensiva, sobre todo cuando las normas por su claridad no lo requieren.

Asentados en lo anterior, somos del criterio, que los asuntos sometidos a la Sala Constitucional y resueltos por sentencias constitucionales que adolecen del vicio de la extralimitación en el ejercicio de

las competencias, pueden ser objeto de conocimiento en un proceso plenario, en el cual sin entrar a discutir la supuesta violación constitucional que le dio apertura a la actuación de la Sala, se pueden analizar con amplitud, todas las demás cuestiones accesorias o consecuentes de aquélla sin que ello constituya un quebranto a la sacralidad de la cosa juzgada, que como vimos *supra*, está reservada única y exclusivamente, en el proceso de amparo, a las partes en conflicto pero únicamente en cuanto a la restitución del derecho lesionado y a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, y en las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, hacia el futuro a partir de la declaratoria, eso sí, con efectos *erga omnes*, que es la consecuencia más ajustada a la lógica, si se está desapareciendo de la vida jurídica una determinada normativa, establecida esta temporalidad según sean dimensionados sus efectos; retrotraídos al nacimiento de la norma anulada o en otro tiempo posterior, por la utilización de las facultades que le confiere el artículo 91 de la LJC, e igualmente, y tratándose del juicio de amparo, esa cosa juzgada tiene carácter solamente formal, porque los procesos constitucionales tienen limitadas sus competencias al orden estrictamente constitucional, y en ellos hay impedimento de analizar contradictoriamente, todas las cuestiones posibles de debatir en un específico caso, ajenas a las puramente constitucionales.

Esta postura lógica ha sido respaldada en algún momento, por la misma Sala, que en el voto 0233- 95 de las 14:28 minutos del 10 de mayo de 1995, dijo en el considerando IV:

“En otro sentido, la cosa juzgada corresponde a los efectos jurídico-procesales del proceso, en su alcance declarativo, que tiene que ver con la imposibilidad de que cualquier órgano jurisdiccional dicte un nuevo fallo sobre el mismo asunto. La doctrina constitucionalista señala que la sentencia una vez firme despliega sus efectos, y se desenvuelve indefinidamente a través de todas las situaciones ulteriores que pueda afectar la decisión pronunciada, pero se expresa a la vez, que el desenvolvimiento de la cosa juzgada queda sujeta a ciertos límites: los subjetivos (identidad de sujetos), los objetivos (identidad de cosa) y los causales (la misma causa o razón de pedir) y la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todas las cuestiones resueltas, aun cuando no hubiesen sido planteadas por las partes, o lo que es igual, se

extiende a las declaraciones realizadas por el tribunal en la sentencia en relación con los hechos que se han expuesto y al derecho que se ha invocado."

En la resolución de comentario, aparte de que por el contenido no se infiere que se esté refiriendo con exclusividad, a las sentencias constitucionales, –en materia de cosa juzgada– la Sala fue conteste en aceptar la imposibilidad de darle un alcance mayor a las resoluciones salidas de su seno, pues es consciente que el alcance tiene los límites subjetivos, objetivos y causales. No obstante ese reconocimiento, se contradice en la misma sentencia, cuando en la primera parte de ese considerando expresó que:

"De los principios que se derivan de los artículos 10, 42, 48, 153 y 154 de la Constitución Política, desarrollados por los artículos 11, 12 y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las sentencias que dicta la Sala en los asuntos que conoce, carecen de recursos, tienen el carácter de cosa juzgada formal y material y además, vinculan erga omnes produciendo efectos generales."⁽¹⁵⁾

Discrepamos de esa orientación jurisprudencial plasmada en el segundo párrafo transcrito, en razón que no le encontramos el fundamento constitucional sobre el que se ampara. Efectivamente, el artículo 10 de la Constitución es una norma procesal que le confiere las competencias al órgano, el artículo 42 contempla una limitación subjetiva al ejercicio de la jurisdicción en una especial situación, sin tomar en cuenta los elementos sustanciales del proceso en los que se base la prohibición. De otra forma, el numeral mencionado, lo que establece es una limitación funcional independientemente de los fundamentos procesales o de fondo que se aplican al proceso, que se refieren más a las prohibiciones en el ejercicio de las competencias judiciales, que al resultado de la controversia. Por su parte el artículo 48 es una representación casi gráfica de lo que debe darse en un Estado de Derecho, y establece las acciones procesales a las que tiene acceso el ciudadano, cuando son conculcados sus derechos constitucionales; al

(15) La contradicción surge, cuando establece y acepta que la cosa juzgada tiene los tres límites mencionados, y anteriormente había ampliado las consecuencias de sus resoluciones en forma *erga omnes*.

igual que el 49 *ibidem*, le instruye y le indica cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre las cuestiones de ilegalidad en la actuación administrativa, para garantizar la correcta y sana administración. De ninguna de esas normas ni de sus principios se extrae la potestad de ningún órgano en particular, de resolver con carácter de cosa juzgada formal y material, como lo expresó la Sala en el voto mencionado. Lógico es aceptar, que si la Sala Constitucional es el único órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma infra constitucional, —porque así lo dispuso la Constitución— las resoluciones que en ese ejercicio emita, tienen ese carácter, pero no por el contenido sino por la exclusividad de las competencias en el control constitucional, no obstante que los efectos secundarios de sus resoluciones sí pueden ser analizados en otra sede con diferente pretensión. Es una consecuencia consustancial a su condición de órgano único para interpretar la Constitución. Ese principio no podría aplicarse en ordenamientos como el norteamericano donde el control de constitucionalidad es difuso.

Las únicas normas de las que se podría inferir el carácter de cosa juzgada de las resoluciones de la Sala, son los artículos 153 y 154, no obstante que es corriente doctrinaria común, considerar que ese carácter preclusivo de la sentencia, el constituyente y el legislador común, se lo reservaron únicamente para las resoluciones provenientes de procesos ordinarios como lo indicamos líneas arriba.

Definidos los requisitos de una sentencia para que pase con autoridad de cosa juzgada, no es prematuro concluir que las sentencias emanadas de la Sala Constitucional no tienen el carácter de cosa juzgada material, tanto porque los efectos de los asuntos sometidos ante ella pueden ser objeto de posterior impugnación, cuanto que ella misma puede variar la interpretación inicial dada, y con ello obviamente también varían los efectos.⁽¹⁶⁾

Las sentencias constitucionales, por su propia naturaleza, solamente conocen de conflictos que se crean por la aplicación y/o ejecución de los actos de jerarquía inferior a la Constitución en relación a ésta, de manera que las consecuencias de esos actos no relacionados con la Norma, escapan al estudio de ese órgano. Es decir, la Jurisdicción Constitucional resuelve sobre la legitimidad constitucional del acto, y su

(16) No sobra agregar que los efectos mencionados como objeto de un posterior y diferente proceso, constituyen la única cuestión posible de ser discutida, por las mismas razones indicadas con anterioridad en cuanto a la concentración del control de constitucionalidad que existe en Costa Rica.

declaración lo será únicamente en ese sentido. Esa peregrinación procesal entre el derecho debatido y los efectos de los actos cuestionados, trae como consecuencia lógica que el órgano administrativo recurrido puede, sin violar la condición de cosa juzgada formal, —que es la única que pueden ostentar las sentencias constitucionales con excepción de la declaratoria de inconstitucionalidad en los términos que comentamos *supra*— volver a dictar el acto impugnado, pero apegado al precepto Constitucional en su texto o a su correcta interpretación, y con ello le queda vedado al Tribunal Constitucional desplegar sus competencias para asumir el conocimiento sobre la validez y eficacia de dicho acto, las que sí pueden ser objeto de discusión en otro proceso.

9. Resoluciones constitucionales como objeto y materia del proceso contencioso

Para ir cerrando el círculo temático de nuestro ensayo, queremos exportar algunas notas sobre las consecuencias procesales de una resolución constitucional en la que se deniega el acceso a la instancia por razones extra jurídicas. Nos referimos al hipotético caso en el cual el Tribunal declina de su competencia por considerar que la impugnación está carente de contenido jurídico. En esos casos, ¿Cómo se podría anular un acto inconstitucional cuando el único órgano con competencias para hacerlo se negara a conocerlo por razón de la materia?

Para comprender mejor la hipótesis que manejamos, la ubicaremos dentro de un contexto real en nuestro sistema, que ha generado dudas en algunos sectores involucrados, y por la importancia que tiene en una época donde el común denominador es la apertura de fronteras, la desgravación arancelaria, en fin, la globalización.

a) En Costa Rica, por razones de política económica, totalmente ajenas al concepto jurídico de la potestad regulatoria del Estado, —pero enmarcadas dentro del contexto político de la obligación que tiene el Estado de procurar el mayor bienestar a la población, establecido en el artículo 50 de la CP— a través de Decretos Ejecutivos se han establecido restricciones a la libre importación de ciertos productos alimenticios, que podríamos llamar de primera necesidad en la dieta reconocida del costarricense. Un eventual encarecimiento de dichos productos alimenticios, por escasez de la oferta nacional y ante el obstáculo o impedimento de importarlo a un costo menor, podría llevar a un

cuestionamiento constitucional de la medida en relación con la posible violación a los artículos 28 referido al principio de libertad de hacer lo no prohibido, el 33 por la desigualdad en el trato a un cierto sector de la economía en relación al grupo protegido, el 45 al obligar al administrado a disponer en una mayor medida de su patrimonio, y el 46 al restringir la libertad de comercio, comprensiva de la libre importación y exportación. Las razones de fondo de la Administración en la toma de dichas medidas, no tienen basamento jurídico sino político, que podrían ser la protección de un determinado sector productivo nacional; solamente que en dichas decisiones no se tomó en consideración los derechos e intereses de otro sector, todavía más amplio como es el de los consumidores, que merecen igual tratamiento y protección por parte del Estado. Duverger decía que el nombre tradicional de *economía política* tiende a ser sustituido por la ciencia económica, y definía la economía política como la ciencia que estudia la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios materiales.⁽¹⁷⁾ No obstante agrega que, actualmente se considera que la ciencia económica se basa en una noción fundamental: la de escasez, es decir, de desproporción entre las necesidades humanas y los bienes y servicios susceptibles de satisfacerlas, y por ello se la define como la ciencia de la administración de los recursos escasos en una sociedad humana.⁽¹⁸⁾ Partiendo de los conceptos anteriores, se debe interiorizar en las razones que a título de móvil, llevan a imponer dichas reglas en la distribución de bienes de consumo, e interpretar la realidad económica a partir del individuo y tejiendo una red de relaciones interindividuales, en aras de asumir la justificación de los cuerpos normativos que contienen esa reformulación de la ciencia económica.

En otros términos, toda actuación del poder público debe estar centrada, primeramente, en el individuo en el tanto que miembro de una colectividad, con lo que se está a su vez, reafirmando la existencia de ésta, dándose una separación entre las alternativas micro y macro económicas en la actuación de la Administración Pública, que en ambos casos tienen injerencia en la esfera de acción de aquél en cuanto destinatario individual y como miembro de una sociedad determinada, y amparada a un Ordenamiento Jurídico que permea toda la actividad externa del hombre.

(17) Duverger, Maurice, *op. cit.*, 1976, página 65.

(18) *Ibidem*. Página 65.



b) No tenemos la menor duda, que la interpretación constitucional está motivada en gran medida, por la ideología política en dos facetas, a saber: a) La imperante en el momento histórico de la creación de la Norma, y, b) la que prevalece en el momento de su aplicación, que eventual pero no necesariamente, podrían ser coincidentes. Decía Kelsen que la despolitización que la teoría pura del derecho exige, se refiere a la *ciencia del derecho*, no a su objeto el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor, pero la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como se ha afirmado erróneamente.⁽¹⁹⁾ Pero a ese planteamiento de Kelsen, podemos agregar los indicadores jurídico sociales a los que hace referencia el autor Romero Pérez,⁽²⁰⁾ al contemplar dentro de las complicaciones exógenas que se den al momento de realizar la tan difícil labor de interpretar la CP, elementos tales como, clase social en la que nacieron los jueces, a la que pertenecen en la actualidad, la forma de acceder al cargo, la influencia política determinante para llegar a él, su relación con el poder económico, y muchos otros del mismo calibre.⁽²¹⁾

c) Es muy común en el proceso de interpretación de una norma, que el operador del Derecho, acuda a consideraciones separables de la norma, como lo son, procurar llegar a la intención del legislador al dictaminarla, o el bien jurídico que la misma pretende tutelar, pero en cualquiera de los métodos utilizados, tomar en cuenta el contexto histórico en que fue promulgada tanto la Norma base como el orden normativo cuestionado, es fundamental para llegar a su más cercana orientación legislativa.

Tratándose de la Constitución, existen ciertas peculiaridades que varían las formas interpretativas, pues al ser una norma general, con un sentido del todo y para todo, y por las características de la que está revestida, debe ser ajustada a los tiempos de su actuación material. Arguedas Ramírez al referirse al tema, expresó que *“la Constitución no es un texto rígido e inmutable. No lo es porque la Constitución por una*

(19) Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?* (San José: Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, 1958, páginas 31-32).

(20) Romero Pérez, Jorge Enrique. *La Sociología del Derecho en Max Weber*. Publicaciones Universidad de Costa Rica, Segunda edición, 1980, páginas 256-257).

(21) En el mismo sentido Gutiérrez, Carlos José, *op. cit.*, página 194.

parte habilita el medio para su propia reforma y no lo es porque la interpretación progresiva de la Constitución trata constantemente de ajustarla a la realidad y en ocasiones trata de ajustar la realidad a la Constitución".⁽²²⁾

d) En ese orden de ideas, si el Estado marcó un sendero en el plano económico o político, a través de ordenamientos particulares y órganos de control específicos para un área de acción debidamente reseñada, pareciera que está puntualizando algunos de sus objetivos en política económica, partiendo de una base ideológica, y en la interpretación de la Constitución se debe cavilar, si esa base ideológica permite armonizar con los objetivos propuestos en la Carta, para si la respuesta es afirmativa, actuar de conformidad.

e) De ese modo, si el Estado a través de la legislación –en sentido lato– promueve la libre competencia, y establece órganos de control para hacer valer ese postulado económico y los principios que lo comprenden, parece extraerse que de esa actuación, se está efectuando reforma conceptual a lo que se conoce como Estado Social para inclinarse por un Estado Liberal, donde en el juego de la oferta y la demanda, es donde se establecen las reglas. Es ahí donde la ideología imperante obliga a una interpretación constitucional amplia o restrictiva según sea el caso, pero sin dejar de verificar dentro del contenido, si la Constitución permite esa modificación sin una expresa reforma de sus textos.⁽²³⁾

Entonces, la pregunta es ¿Podría la Sala Constitucional negarse a conocer de una acción de inconstitucionalidad contra algún cuerpo normativo que imponga límites o prohibiciones a la importación de ciertos productos, fundada en que el mismo obedece a lineamientos de política económica y están fuera de su competencia? O bien, ¿Podría ser atacado ante ese órgano, un texto normativo que no establezca la prohibición, pero que eleve los aranceles de importación a tales niveles,

(22) Arguedas Ramírez, Carlos. *Loc. cit.*, página 123.

(23) La Constitución de España en sus artículos 42, 43, 45, 47, 49, 50 y 51, tienen un contenido que es expresamente limitante a cualquier decisión política de dejar a las fuerzas del mercado o de la libre competencia, una serie de actividades en las que existe mandato expreso para el poder público. Eso significa que en cualquier conflicto constitucional entre las políticas económicas del Estado español con sus ciudadanos, no hay la menor duda de que es lo que prevalece.

que hacen imposible la materialización del derecho? Y por último, en caso de que la Sala declinara su competencia, ¿Cuáles serían los órganos competentes para entrar a conocer de la violación a esos derechos estimados como violados?

f) Creemos firmemente que un Tribunal Constitucional no podría declinar su competencia para conocer sobre cualquier acto acusado de inconstitucionalidad, y en todos los casos, una vez cumplidos los requisitos procesales o formales de la reclamación, deberá entrar a analizar el fondo de la controversia, declarando la conformidad o disconformidad de aquéllos con la Carta. Es decir, no consideramos aplicable a la jurisdicción constitucional, la teoría de los actos políticos, como aquellos excluidos del control jurisdiccional; doctrina que ha sido reconocida y aplicada en la jurisdicción ordinaria contencioso administrativa.⁽²⁴⁾

g) La sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de tales textos, no crea ningún conflicto, como sí lo crea la desestimatoria, pues además de que esta sentencia carece de la potencia de la cosa juzgada, no sólo porque el mismo asunto puede ser replanteado ante ella misma, sino también porque la conformidad constitucional de las normas impugnadas, no cierra la discusión sobre sus efectos; discusión que se puede continuar en otra vía, con diferentes pretensiones, pero siempre fundadas en la irregularidad de los efectos del acto, como lo veremos de seguido.

h) Parece consustancial a todo el planteamiento, aceptar que los Tribunales Ordinarios quedan disponibles para conocer de la impugnación de los cuerpos normativos que imponen límites a derechos constitucionales, pero con la salvedad, que ante ellos, el administrado podrá alegar la inconstitucionalidad, no para obtener una declaratoria en ese sentido y consecuentemente su posterior desaparición del Ordenamiento Jurídico, –por carecer de competencias ex profeso en ese sentido– sino para que con su desaplicación para el caso concreto, lograr una satisfacción a sus particulares

(24) Si bien es cierto, es una teoría que ha estado en constante transformación, lo cierto que es que el acto político puro, carece de recurso jurisdiccional; no así, las consecuencias individuales que el mismo pueda causar, que solamente pueden traducirse en una retribución pecuniaria a título de indemnización, pero nunca la anulación y posterior desaparición del acto.

intereses.⁽²⁵⁾ De otra forma, en los Juzgados Contenciosos –a los que dejo identificados por la materia– el administrado que se sienta legitimado para accionar en contra de las normas limitantes, podría pretender en un proceso común, no su anulación, sino su desaplicación concreta con una pretensión de resarcimiento por los daños y perjuicios que le ocasiona los efectos de dichos actos normativos, y aún más; podría solicitar la indemnización de que se trate, sin pedir la desaplicación del acto, si la convicción del juzgador es que éste está conforme con la Constitución.

10. La Nulidad de la Sentencia como sanción al exceso competencial

La jurisdicción constitucional está preñada de ciertos elementos metajurídicos, que la convierten en piedra angular para el mantenimiento del Estado Democrático de Derecho, y más todavía en nuestro caso, que goza de la confiabilidad que en un alto porcentaje se mantiene en el Poder Judicial, en el cual está incardinada. Esa posición genera sentimientos contrapuestos tanto en la ciudadanía como en los operadores del Derecho que acuden a ella, pues tanto le reconocen su capacidad para reordenar el dislocado poder público, como su incapacidad para dar esa seguridad que requiere toda sociedad. En el primer supuesto desde su creación y a través de los años, ha ido delineando una formación en la actividad administrativa, que redundará –esperamos– en una mengua en las violaciones a los derechos fundamentales del ciudadano; pero en el segundo caso, la ausencia de una línea jurisprudencial definida en los procesos de aplicación de la Constitución, han llevado a una cierta incertidumbre jurídica que, la sociedad aunque resentida por esa ausencia, no deja de acudir a ella en procura del “*milagro*”. Decía Romero Pérez, que “*poder*” significa la

(25) Ello es más que probable, fundado en lo preceptuado en inciso 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a la letra dice: “Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1) Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional”.

Dos son las consecuencias materiales de la norma transcrita. 1) La orden tajante de no aplicar leyes o actos de cualquier naturaleza que sean inconstitucionales. De la frase “cualquier naturaleza”, queda claro que el

probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra la resistencia, y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.⁽²⁶⁾ Esa definición de poder nos permite recrear una idea de la posición sociológica que ostentan los Tribunales Constitucionales en sus respectivas jurisdicciones, porque a partir del manejo del objeto de estudio, como lo es la Constitución Política, tienen la probabilidad de imponer los criterios valorativos y ejecutivos en una determinada sociedad. Como la *racionalidad material* significa que, en la decisión de los problemas jurídicos deben influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas,⁽²⁷⁾ en la interpretación constitucional se deben tener presentes esas dos características, presentes en las competencias del órgano, en el acto consciente de dar la línea que se considera correcta.

La determinación de los fines públicos y de las necesidades colectivas que han de ser satisfechas, es una decisión que corresponde en cada caso al legislador ordinario o constituyente, en cuanto depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. El interés público concreto, en razón del cual se justifica el ejercicio de cada potestad, resulta así, indisponible, de suerte que si se aparta del fin cuyo cuidado se encomienda, sustituyendo con su propia voluntad la opción teleológica realizada por el legislador –en sentido lato– viene a colocarse en la posición constitucional de este último, subvirtiendo el equilibrio de poderes y degradando la supremacía de la ley.

Por ello la desviación de poder –como sinónimo de desviación de competencias o ejercicio abusivo de ellas– o el apartamiento de los fines que en cada caso justifican la actividad de la Administración, es un vicio de estricta ilegalidad, cuya gravedad trasciende siempre a los hechos o circunstancias –en ocasiones de escasa consideración– que

legislador no hace excepciones sobre los tipos de actos que pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad o de su desaplicación. 2) La consulta a la Sala Constitucional únicamente la hará el juzgador común, “cuando tenga dudas sobre la constitucionalidad de la norma o acto”, de modo que si tiene plena convicción de la conformidad de aquél con la Norma Superior, no necesitará de tal consulta para su aplicación o desaplicación.

(26) Romero Pérez, Jorge Enrique, *op. cit.*, página 195.

(27) *Ibidem*, página 221.

concurran en los supuestos concretos en que aquél se produzca. He ahí la razón que explica la singularidad del mandato que la Constitución dirige a los Tribunales y a todo el aparato administrativo; sin ella, el mandato constitucional sería innecesario y redundante.

A pesar que para algunos autores, la desviación de poder está en el ejercicio de una potestad, con la intención de no servir el fin que la legitima y que es la causa y razón del acto,⁽²⁸⁾ para el autor del presente ensayo y en el caso que ahora ocupa nuestra atención, la desviación de las competencias en la jurisdicción constitucional, no se enmarca dentro de esa hipótesis, sino más bien, dentro de una consideración psicológica que embarga a los juzgadores, y que conlleva a una pérdida de las perspectivas reales, asentada en la no aceptación de los propios límites, sin la intención de dañar, sino la de extender el brazo normativo más allá de donde con toda lógica y justificación normativa o sin ella, puede y debe llegar.

En el caso del voto 3435-92, la Sala incurrió en un exceso de competencias con violación de elementales principios procesales constitucionales y nos obliga con ello a atender las consecuencias de esa resolución dentro de nuestro Ordenamiento, pues existen directrices emanadas de ella, que no pueden ser ajustadas en los términos indicados, y por lo tanto carecen de la validez y eficacia que debiera tener. Debemos iniciar indicando que la acción que dio origen a tal resolución fue un recurso de amparo planteado para superar la imposibilidad jurídica que existía para que el varón extranjero casado con una nacional pudiera optar por la nacionalidad costarricense como sí lo puede hacer la mujer extranjera casada con nacional, de conformidad con el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política. La Sala al resolver el amparo, asumió competencias de Poder Constituyente e indicó que en el inciso cuestionado, donde dice “*mujer*” debe leerse “*persona*”, lo que evidentemente es un vicio por exceso, pues el término que define el género humano al que está dirigido es expreso y no está sujeto ni requiere interpretación. Debemos entender que el Constituyente tiene muy claro la clase de ser humano al que se estaba refiriendo, y no puede hablarse de una discriminación histórica, en razón de que la norma en cuestión fue objeto de una reforma en 1987, que la ubican dentro de un moderno contexto. Eso significa que la voluntad y el espíritu del Constituyente derivado era *que “solamente la mujer extranjera casada con un nacional pudiese obtener*

(28) Chinchilla Marín, Carmen. *La Desviación del Poder*. Editorial Cívitas. Madrid, España, primera edición, 1991, página 83.

la nacionalidad costarricense” y cualquiera que fuesen las razones para normarlo de esa manera, la decisión es inapelable salvo que se modifique el texto a través de una reforma constitucional, pero nunca a través de un recurso de amparo. Pero el vicio de la Sala en el voto mencionado, no se queda solamente en esa asunción de competencias de Constituyente por parte de ella, sino que por medio de una acción, a la que procesalmente no se le han integrado efectos desaplicativos, —como lo es el recurso de amparo— la Sala además dispuso que “cuando en la legislación se utilicen los términos *“hombre”* o *“mujer”* deberán entenderse como sinónimos de *“persona”*, modificando instituciones jurídicas enteras, sin tener la potestad para ello. Piénsese por ejemplo en el artículo 35 del Código de Familia que dispone que:

“El marido —hombre— es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa —mujer— está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios”.

Se perdería la subjetividad propia que emana de la norma, y obliga a un replanteamiento de todo el régimen de las obligaciones alimentarias. Lo mismo se puede decir de la reforma implícita que tal resolución hace del artículo 5 de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, que establece la obligación de los partidos políticos de introducir en sus estatutos los mecanismos que garanticen la participación de la *“mujer”*, cuyo texto deberá indicar que la garantía es para la persona. Obviamente es improcedente. Entonces, a pesar que la LJC establece la vinculación *erga omnes* de las resoluciones de la Sala Constitucional, en los casos que hemos planteado a modo de ejemplo, queda evidente la imposibilidad material de darle ese carácter a resoluciones de la Sala viciadas de nulidad por excesos, y no pueden ser ejecutadas en los términos resueltos.

El artículo 48 de la Carta dice que el recurso de amparo se instaura para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución, así como los establecidos en instrumentos internacionales. Por su parte el artículo 29 de la LJC contiene las características de las acciones u omisiones que dan lugar al recurso de amparo para inmediatamente después en el artículo expresamente se prohíbe esta acción constitucional contra *“leyes u otras disposiciones normativas...”* y agrega una salvedad, consistente en la aplicación directa de dichas normas, que constituyan una infracción a los derechos fundamentales de la persona. Pero el contenido de ese párrafo primero

del artículo 30 no debe llevar a engaño, pues esa norma se vincula directamente con el artículo 48 *ibidem*, y el amparo debe convertirse en acción de inconstitucionalidad, con lo que definitivamente queda vedada la posibilidad de desaplicar normas a través de una resolución de amparo. Esa improcedencia jurisdiccional de realizar actos no autorizados expresamente es producto del principio de legalidad constitucional establecido en el artículo 11 de la Carta y no existe excepción alguna, aun tratándose de la jurisdicción constitucional. De tal manera que la resolución 3435-92 de la Sala Constitucional es absolutamente nula por violar la Constitución al asumir funciones de constituyente que no le fueron autorizadas para modificar la Carta, como también por modificar la legislación ordinaria violentando el artículo 121 inciso 1) *ibidem*, y el artículo 8 del Código Civil.

Ahora bien, con base en esos ejemplos reales planteados, y las soluciones que jurídicamente son procedentes, se confirma nuestra tesis sobre la posibilidad procesal que existe de discutir en la sede plenaria cuestiones debatidas ante la Sala Constitucional y resueltas por ésta, que de hecho ya se han planteado, se han resuelto y no han sido objeto de ninguna discusión ajena al debate propiamente dicho.⁽²⁹⁾

En el caso del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución, la Ley de Opciones y Naturalizaciones en su artículo dos establece quienes tienen la calidad de costarricenses por naturalización, pero remitiendo a la Norma Superior. Como no existen normas constitucionales, inconstitucionales, y para las reformas parciales o totales a la Constitución se deben seguir los procedimientos establecidos en los artículos 195 y 196 de ella, entendemos entonces, que la resolución comentada es una declaración de lo que nuestra Sala Constitucional considera que debería ser la redacción del inciso en referencia, sin que ello tenga efectos jurídicos reales, pues constitucionalmente le está vedado reformar la Constitución como ya lo vimos y afirmamos arriba.

En el voto 720-91, la Sala aclara que ella es el intérprete supremo de la Constitución, –lo cual no era necesario indicarlo dado que la Carta y la LJC así lo disponen expresamente–, sea que reconoce que sus potestades llegan hasta la “*interpretación*” que no incluyen la reforma,

(29) Tal han sido los casos en los procesos ordinarios de divorcio en relación con las obligaciones alimentarias del padre con sus menores hijos e incluso en relación con su consorte, como también en los reclamos ante el Tribunal Supremo de Elecciones de parte de grupos organizados de mujeres luchando por la cuota a la que alegan tener derecho de “acuerdo con la ley”, que si se siguiera la tesis de la Sala Constitucional, no tendrían derechos que reclamar.

ni siquiera para ir la adecuando a las coordenadas de tiempo y espacio como lo indica en el voto 678-91. El artículo 1 de la LJC indica que la Sala debe garantizar la supremacía constitucional, pero no la autoriza para pasar por encima de la Carta y corresponde a los órganos constitucionalmente señalados, tomar la decisión de reformar total o parcialmente la Constitución, como correctamente lo expresó la misma Sala en el primer voto indicado al expresar que:

“Es atribución, pues, de la Asamblea, y no de esta Sala, determinar la oportunidad de modificar las normas o principios de la Carta Fundamental.”

Por otro lado la Constitución y la LJC solamente permiten que sea a través de la Acción de Inconstitucionalidad que se desapliquen normas legales o infra legales, por disconformidad de éstas con la Norma Superior, de modo que no es procesalmente viable la anulación o reforma de normas válidas y eficaces, a través de un recurso de amparo, por lo que la desaplicación por la interpretación extensiva que hizo la Sala en el voto 3435-92 se debe tener por inexistente y mantenerse todo el edificio normativo relacionado con la materia, exactamente igual a como estaba antes de esa sentencia. Es decir que, tanto el Estado como cualquier interesado legitimado, podrían oponerse, en un proceso plenario en la Jurisdicción Común, a la naturalización de un extranjero casado con una nacional, si aquél pretende obtener la nacionalidad por aplicación del inciso 5) del artículo 14 constitucional en la forma que fue interpretado por la Sala, pues la norma debe considerarse inalterada.⁽³⁰⁾

11. Remedios procesales contra sentencias constitucionales materialmente nulas

Cuando la Sala Constitucional bajo el expediente número 781-S-92, entró a conocer el recurso de amparo que se interpuso contra la convocatoria anticipada de las asambleas distritales del Partido

(30) Así como la Sala Primera de la Corte no tiene competencias para resolver una acción de amparo, por incompetencia, tampoco la Sala Constitucional puede modificar la Constitución por incompetencia, pues esa potestad solamente le está atribuida al Poder Constituyente, derivado u originario, pero constituyente.

Liberación Nacional, de lleno y sin eufemismos de ninguna naturaleza, podemos decir que se extralimitó en sus competencias, pues la materia electoral le está reservada a un órgano distinto y externo al Poder Judicial. El artículo 99 de la Constitución Política al establecer que:

“La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido...”.

no deja ninguna estela de duda ni abre portillos sujetos a interpretación, sobre la competencia exclusiva otorgada al supremo órgano electoral, lo que está decididamente confirmado por el artículo 102 ibídem que en su inciso 3) le atribuye a ese órgano la competencia para:

“Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral...”.

La resolución que emitió la Sala, en el caso comentado, fue acatada en ese momento por las partes involucradas, por la declinación de competencias que había hecho el Tribunal Supremo de Elecciones, pero dicha resolución no debió surtir ningún efecto jurídico debido a la total incompetencia que por razón de la materia tenía el Tribunal Constitucional para inmiscuirse en asuntos electorales. Y sea dicho con todo respeto para la Sala, la sentencia en cuestión no tenía ninguna capacidad de decisión y por lo tanto debió ser desconocida *in toto* por todas las partes involucradas, tal como si fuese –como jurídicamente lo fue– un acto inexistente. Dichosamente el entuerto fue corregido por la misma Sala, aunque no utilizando remedios procesales como hubiese sido lo deseable –aunque normativamente inexistentes para estos supuestos– sino con una llamativa pero lógica variación de su jurisprudencia, como lo fue el posterior rechazo sistemático a toda reclamación ante ella, sobre la misma materia en diferentes conflictos de carácter electoral que posteriormente se suscitaron,⁽³¹⁾ bajo el saludable criterio de su falta de competencia en razón de la materia.

(31) Quedaría por analizar metodológicamente, el recurso de amparo ganado por el candidato Vladimir de la Cruz ante la Sala Constitucional, por la negativa de los medios de comunicación, de invitarlo a un debate político entre el candidato del Partido Liberación Nacional con el del

Parece entonces, que los únicos remedios que por ahora existen contra las sentencias constitucionales absolutamente nulas por exceso en el ejercicio de las competencias, son la declaratoria de inconstitucionalidad de las resoluciones que adolecen de dicho vicio, o que sean los mismos Tribunales Constitucionales quienes modifiquen sus propios criterios en cuanto a las potestades que tienen y plasmar en forma indubitable, el criterio jurisprudencial prevalente, sin perjuicio que las cuestiones puedan ser debatidas donde formal y materialmente correspondan.

Creemos además, que para que el segundo remedio tenga la efectividad que aquí le queremos dar, es necesario que concurren al menos dos presupuestos de Derecho:

- a) Una línea jurisprudencial bien delimitada por la constitucionalidad del derecho protegido y su consecuente amparo ante el elevado Tribunal.
- b) Una recta y bien definida línea jurisprudencial en razón de la materia.

a) Delimitación del derecho protegido

Consagradas están en la Constitución y en la LJC, que las competencias del Tribunal Constitucional son las relacionadas con la Constitución. Esa aseveración normativa, en apariencia tan simple, tiene grandes conflictos interpretativos que a la Sala le corresponde dilucidar. Es claro, como lo hemos repetido en varias ocasiones líneas arriba, que toda actuación del Poder Público debe contar con el respaldo de una norma del orden superior, como lo es la Constitución; respaldo que no constituye el espaldarazo al acto, por aplicación directa de aquélla, ya que la Carta no es un Código para situaciones concretas, sino más bien es comprensivo de situaciones generales que de alguna forma quedan enmarcadas, cuando no en su texto, al menos en su espíritu.

En ese sentido debemos ser contestes en aceptar, que las competencias constitucionales se deberían movilizar única y exclusivamente, cuando se trate de la protección de un derecho, sobre el que no cabe la menor duda de su constitucionalidad, o bien de un conflicto entre órganos que gozan de esa posición normativa. Tales derechos están bien delimitados en la Carta Política y una interpretación

Partido Unidad Social Cristiana, en razón que en él no se disputa propiamente materia electoral, aunque era sumamente difícil hacer una división material entre lo pedido por el recurrente y ésta.

excesivamente extensiva de ellos, puede tener el efecto contrario al pretendido con su protección, cual es su virtual desaparición. Así es, las libertades públicas que consagra la Constitución no son ni pueden ser de ejercicio absoluto, pues ello implicaría la violación de esa misma libertad para los demás, que hace necesario una ponderación en cada caso, para establecer la necesidad de la medida correctiva o la declaración de una extralimitación del poder público al dejarlo sin la protección debida.

b) Una línea jurisprudencial definida en razón de la materia

Con este título, lo que pretendemos afirmar, es la necesidad de aclarar en extremo, los parámetros de constitucionalidad que deben tomar en consideración los actores de los procesos de la materia, al analizar la conveniencia o inconveniencia de acudir a dicha instancia judicial, para que sus pretensiones puedan ser válidamente resueltas por una resolución válida y eficaz.

Han sido múltiples las ocasiones, en que la Sala ha aceptado para su estudio un asunto, y rechazado de plano otro con igual pretensión, otorgándole protección constitucional a uno y remitiendo a la jurisdicción común el otro, siendo ambos idénticos.⁽³²⁾ Esa necesaria delimitación de la materia que podrá ser deducida ante ese órgano jurisdiccional, permitirá a los usuarios de la Administración de Justicia, una clara concepción de lo que constituye la justicia constitucional y los medios de allegarse a ella, y no como ahora, que algunos interponen el recurso, *“por aquello de quien quita un quite”* desdibujándose tan elevada actividad conciliadora, dejándola en la inestable línea de las *suposiciones*, y no como debería ser, el último bastión de la Justicia cuando ésta ha sido denegada en contraposición a la norma madre.

Parece más factible la acción de inconstitucionalidad contra las sentencias que adolecen del vicio del exceso de competencias, que como es lógico pensar, deberá ser resuelta por los magistrados suplentes, siempre y cuando éstos tengan una demostrada independencia de criterio, acompañada de una gran capacidad de análisis.

(32) Podemos citar el caso de los señores M.A.A. y E.R.Z., ambos funcionarios del I.D.A. en cargos de directores regionales, que fueron degradados de sus cargos sin justificación alguna. Ambos recursos de amparo ingresaron casi en las mismas fechas y con iguales pretensiones. En el caso del primero no sólo se le dio curso sino que se resolvió con lugar por el fondo, y el segundo fue remitido a la jurisdicción común.

CONCLUSIONES

No parece viable en un sistema jurídico sólido, seguir creando instancias para corregir los errores en los que vayan cayendo las existentes. Pero tampoco se solventaría el problema con una norma legal o constitucional que determine la sanción aplicable a todas aquellas resoluciones que provenientes de un Tribunal Constitucional, adolecen del vicio de la incompetencia en razón de la materia. La incertidumbre se mantendría por la propia ubicación del Tribunal Constitucional dentro de la estructura del poder del Estado, que le impide a cualquier otro órgano conocer de cuestiones relacionadas con la interpretación de la Constitución.

Es por eso que el único remedio que material y formalmente podemos utilizar en aquellos casos en los que se produzcan sentencias materialmente nulas por una extralimitación en sus competencias por parte del Tribunal Constitucional, es la modificación hacia el futuro y por la propia Sala, de los criterios utilizados para arrogarse el conocimiento del asunto de que se trate, en aras de armonizar la jurisprudencia dimanante, una vez corregido el entuerto, con la Constitución, lo que estaría en perfecta armonía con los artículos 7, 9, 11, 13 y 14 de la LJC en relación con los artículos 10 y 11 de la Carta, al menos en nuestro Sistema Jurídico. Aunado a lo anterior, parece necesario que en los Tribunales del orden común se pierda el temor de considerar a todo lo emanado de la Sala Constitucional como la última *ratio legis*, dejando de lado la labor de interpretación de esas resoluciones y su posible aplicación a los casos en estudio, pues no todo puede ser *erga omnes*, aun cuando la ley así lo indique, ya que la realidad concreta de los casos conduce a lo contrario. Los jueces ordinarios no pueden obviar su indelegable competencia de resolver conforme a la ley y Constitución, y sobre todo con base en el contenido de los sumarios expuestos a su conocimiento. Si bien es cierto que los Tribunales Constitucionales son los intérpretes supremos de la Constitución, ello no significa que sean los únicos que puedan interpretarla; tarea que también les está encomendada a todas las autoridades públicas, sin perjuicio que sea aquél el único órgano público con competencias para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, acto o sentencia, con su desaparición del Ordenamiento, pero ambas situaciones son dos cosas distintas. De lo contrario se haría innecesaria tanta instancia judicial, pues las demás jurisdicciones no tendrían otra función más que la de ejecutar lo ya resuelto por aquéllos, lo que evidentemente estaría reñido con la Carta, en sus artículos 10, 11, 41, 49, 153 y siguientes.

CONTRATO DE GESTION INTERESADA

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)
Catedrático de Derecho Administrativo;
y, Contratación Pública
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) Telefax (00-506) 259-4844; Tel. 250-1160. Apartado postal (P.O. Box) 944,
Y Griega 1011.
SAN JOSE, COSTA RICA
E-mail: jorgerp@hotmail.com

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Resumen	33
1. Introducción	33
2. Definición	33
3. Elementos que integran este contrato	34
4. El contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratación administrativa, LCA	34
5. Contratos típicos, atípicos, nominados, innominados	35
6. Derecho español	36
7. Decisión del Estado de dar el aeropuerto Juan Santamaría mediante la figura del gestor	38
8. Artículo 2 de la nueva Ley de concesión de obra pública con servicios públicos de 1998	39
9. Autorización de la Contraloría General de la República	40
10. Criterio del Director General de la Contratación Administrativa	41
11. Voto 2319-98 de la Sala Constitucional	42
12. Cartel de la licitación pública 01-98 CETAC	42
13. Nulidad absoluta del reglamento del contrato de gestión interesada	43
14. Pero, ¿por qué este contrato no se realizó mediante los procedimientos que manda la Ley de concesión de obra pública con servicios públicos?	45
15. ¿Cuál es el procedimiento inconstitucional e ilegal que se está usando en esta contratación?	45
16. Criterio de la Procuraduría General de la República	48
17. Voto 6240-93 de la Sala Constitucional	48
18. Acción de inconstitucionalidad, expediente 4563-99 presentada por el Consorcio AIJS 2000 y otros	51
19. Potestades de imperio o actos de autoridad que tiene el gestor de acuerdo con el cartel de la licitación pública 01-98	52
A modo de conclusión	53
Cronología	56
Algunos artículos publicados en la prensa	60
Algunos antecedentes del contrato típico, nominado y viejo de la gestión interesada	64
Glosario	67
Bibliografía	73

Resumen

Este ensayo presenta la temática de un convenio conocido, típico y nominado **contrato de gestión interesada**, que se ha puesto de moda y en el debate público debido a que el Estado promovió la licitación 01-98 para dar a un particular el aeropuerto internacional Juan Santamaría (por 20 años) bajo esa denominación. Los intereses financieros, entre otros, son de tal magnitud que bien se puede afirmar que este negocio es uno de los más cuantiosos que se pretende hacer en nuestro país.

1. Introducción

En el país se están realizando procedimientos que tienen que ver con el conocido contrato nominado y típico llamado de gestión interesada para darle el aeropuerto Juan Santamaría a un particular.

Se trata de una de las contrataciones más grandes de la historia de este país, razón por la cual se ha levantado una fuerte discusión debido a cantidad de \$1.600 millones de dólares en juego, de los cuales \$591 millones se consideran ganancia (para el gestor se calcula en \$400 millones - Otto Guevara "Ceguera aeronáutica", *La Nación*, 2 de octubre de 1999). Es un gran negocio; y, por ello los que ganan y los que pierden chocan de frente en esta negociación.

En esta investigación, se hará un análisis jurídico a partir del terreno de la contratación administrativa.

2. Definición

Una de las posibles conceptualizaciones o definiciones, podría ser esta, la cual será matizada durante el desarrollo de esta investigación, por ello se trata de una definición de inicio.

*El contrato de gestión interesada es una modalidad que supera el concepto tradicional de concesión, por el cual un particular denominado gestor (persona física o jurídica) con personalidad propia y organizado en empresa, desarrolla un servicio público (o construye una obra pública), mediante una retribución determinada en dicho contrato (cf. Julio Nieves Borrego, **La gestión interesada en el derecho administrativo español**, Madrid: Revista de Administración Pública, Nº 26, 1958, pág. 60).*

Considero que este contrato es una modalidad del contrato administrativo típico de la concesión, con la variante de que la Administración Pública y el gestor (particular) recibe una participación en los beneficios de la ejecución y explotación del contrato.

3. Elementos que integran este contrato:

Personales: Referentes al gestor como persona.

Reales: Realización del servicio público o construcción de la obra, remuneración.

Formales: Creación contractual, incluyendo la manera del pago al gestor (cf. Nieves, cit., pág. 61).

Riesgos: Se reparten entre el gestor y el Estado (artículo 7 del reglamento en debate).

Ganancias: Se reparten entre el gestor y el Estado.

4. El contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratación administrativa, LCA

El artículo 74 de la LCA lo perfila así:

La Administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial.

Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad.

La Administración siempre conservará los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios.

La concesión de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter indefinido. Según la naturaleza del servicio, en reglamento se fijará su duración, que no podrá exceder de 25 años.

Todas las concesiones de gestión de servicios públicos estarán precedidas de un anteproyecto de explotación, en el que se definirán, minuciosamente, las condiciones de la prestación de las tarifas, las facultades de intervención administrativa y los supuestos de extinción.

Los concesionarios de gestión de servicios públicos responderán, directamente, ante terceros, como consecuencia de la operación propia de la actividad, excepto cuando el daño producido sea imputable a la Administración.

La Administración podrá variar las características del servicio concedido y el régimen tarifario, cuando existan razones de interés público, debidamente acreditadas, previo trámite del expediente respectivo. Si estas modificaciones alteran el equilibrio financiero de la gestión, la Administración deberá compensar al contratista, de manera que se restablezcan las condiciones consideradas en el momento de la adjudicación.

El régimen definido en este artículo no se aplicará a las concesiones de servicios públicos, a cargo de particulares, reguladas por ley especial.

Se hace la observación que este artículo no ha sido reglamentado.

De la redacción de este numeral se desprenden estas indicaciones, entre otras:

- Se trata de un contrato administrativo típico o nominado
- No se puede usar esta figura contractual cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad

5. Contratos típicos, atípicos, nominados, innominados

Daremos algunas definiciones de esta clase de convenios.

Contrato típico: Tiene disciplina concreta y detallada en la ley, como por ejemplo, los contratos de obra pública, suministros, gestión de servicios públicos.

Contrato atípico: Contrato *ex-novo*, fundado en la realidad legal; carente de regulación legal, razón por la que los contratantes plantean sus estipulaciones.

Contrato nominado: Es el que tiene nombre –*nomen iuris*– pudiendo tener una disciplina legal o careciendo de ella.

Contrato innominado: Carece nombre en la ley (cf. Miguel Montoro, *Contratos administrativos atípicos*, Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, págs. 27 a 38).

En la Ley de contratación administrativa nuestra, en los artículos 3.2 y 55 se refiere a esta posibilidad de que el Estado realice contratos atípicos o innominados, como por ejemplo el convenio del *leasing* –alquiler o arrendamiento financiero con opción de compra– (Renato Rey, **Ley de contratación administrativa, concordada, comentada y con pronunciamientos**. San José, IJSA, 1999, págs. 31 a 33).

6. Derecho español

En la actual ley de contratos de las administraciones públicas, ley 13 del 18 de mayo de 1995, se hace esta referencia a esta clase de contrato administrativo nominado o típico:

Se hace una regulación específica de los contratos administrativos nominados o típicos:

- Obras
- Gestión de servicios públicos
- Suministro
- Consultoría y asistencia
- Servicios
- De trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración (Fernando Martos Navarro, **Ley de contratos de las administraciones públicas**. Madrid: ed. Mad., 1995, págs. 15 y 26).

A. Contrato de gestión de servicios públicos

Concepto

La noción general del contrato de gestión de servicios públicos se contiene en el artículo 155.1 de la ley de esta materia; mediante tal convenio las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público. Es este contrato una forma indirecta de gestión de servicios públicos (art. 156-1), lo cual implica que la titularidad del servicio sigue correspondiendo a la Administración pública contratante (Juan Lavilla Rubira, “El contrato de gestión de servicios públicos”, Madrid: Civitas, en la obra: **Comentarios a la Ley de contratos de Administraciones Públicas**, Madrid: Civitas, 1996, págs. 756 a 760; y, F. Sosa Wagner, **La gestión de los servicios públicos locales**: Civitas, 1995, págs. 140 a 145).

El artículo 155 de la Ley española dice:

1. Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente ley y por las disposiciones del respectivo servicio.

El artículo 157 de esta ley española afirma:

La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

- **Concesión**, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura.
- **Gestión interesada**, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- **Concierto** con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- **Sociedad de economía mixta** en la que la Administración participe por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Artículo 156

1. *En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*
2. *En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.*

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández expresan que el contrato de gestión de servicios públicos encubre bajo esa rúbrica una pluralidad diversa de técnicas contractuales. La sumaria y convencional unificación del llamado contrato de gestión de servicios es una simple expresión de los contenidos comunes de toda gestión

indirecta; la cual, a su vez, se hace abstrayendo las peculiaridades de la gran figura contractual que ha dominado esa forma de gestión: la concesión (**Curso de derecho administrativo**, Madrid: Civitas, T. I, 1994, págs. 696 y 697).

Ley de contratos del Estado –derogada– de 1965

Artículo 63–El Estado podrá gestionar indirectamente mediante contratos, todos los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y mientras no implique el ejercicio de poderes soberanos.

Ley de contratos de las Administraciones Públicas –vigente– de 1995

Artículo 156–La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Como se observa el contenido de esas normas es el mismo.

En el *Diccionario Jurídico Espasa*, encontramos esta definición correspondiente.

Contrato de gestión de servicios públicos: *Contrato administrativo típico por el cual la Administración encomienda a una persona –natural o jurídica– la gestión de un servicio público; y, en la modalidad de gestión interesada, la Administración Pública y el contratista participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción establecida en el contrato (Madrid: Espasa-Calpe, 1998, pág. 247).*

7. Decisión del Estado de dar el aeropuerto Juan Santamaría mediante la figura del gestor.

En la Administración anterior Figueres Olsen (1994-1998) se decidió dar el aeropuerto Juan Santamaría a un gestor, de acuerdo a las cláusulas respectivas.

En ese entonces, la **Ley de concesión de obra pública** (LCOP) no permitía dar a esos bienes a los particulares.

Artículo 6, párrafo primero de la LCOP (derogada), 1994.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales, estos últimos mientras se encuentren en servicio, no pueden ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir, de ninguna forma del dominio y control del Estado.

Esta norma es una repetición y copia del **artículo 121, inciso 14** de la **Carta Magna**.

Ante esta situación, la Asamblea Legislativa promueve un proyecto de **ley de obras públicas con servicios públicos**, que finalmente, se aprueba (La Gaceta del 22 de mayo de 1998, que rige a partir de su publicación), con el fin de que sí se pueda dar en concesión –a los particulares– los aeropuertos.

8. Artículo 2 de esta nueva ley del 22 de mayo de 1998

Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten UNICAMENTE podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.

Sin embargo, la Administración del 1994-98 (Figueres Olsen) tenía mucha prisa por efectuar este contrato, razón por la que impulsa un **reglamento llamado de contratos de gestión interesada**, publicado en La Gaceta del 31 de marzo de 1998.

Este **reglamento de contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios**, el Gobierno central lo envió a la Contraloría General de la República para su aprobación, invocando el **artículo 66 del reglamento de la contratación administrativa**: *cuando se usa un contrato abierto, atípico o innominado, se debe pedir autorización a la Contraloría sobre el uso de reglamentos sobre estos convenios.*

Consideramos que esta autorización no era necesaria porque el contrato de gestión interesada no es un convenio atípico (de los que aluden los numerales **3 y 55 de la Ley de contratación**

administrativa, LCA), sino nominado y típico, con las limitaciones que el **artículo 74 de esa ley –LCA–**. Este camino inconstitucional e ilegal, lo usó el Poder Ejecutivo para argumentar, después, que la Contraloría lo había autorizado.

9. Autorización de la Contraloría General de la República

Veamos algunas fechas importantes para entender esta estrategia de la “autorización contralora”:

- Oficios 971991 y 972199 de 1997 y fax de enero de 1998: el MOPT (Dirección General de Aviación Civil) solicita autorización para el uso del citado reglamento.
- 18 de febrero de 1998 (Oficio DGCA-145-98): los subdirectores generales de contratación administrativa (de la Contraloría General de la República), le comunican al Contralor General que atendiendo a las instrucciones que les diera semana atrás, se refieren a los oficios 971991 y 97219099 ambos de 1997, por los cuales la Dirección General de Aviación Civil solicita la autorización del reglamento para los contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios, de acuerdo al artículo 66 del reglamento de la contratación administrativa; motivo por el cual emiten criterio favorable a la utilización de esa figura contractual.
- 18 de febrero de 1998 (Oficio 56-CO): el Contralor General les contesta a los indicados Sub-directores generales de la contratación administrativa, avalando su criterio. Esta institución le da la aprobación a este reglamento el 23 de febrero de 1998 (por Oficio DGCA-162-98, firmado por los Subdirectores generales de la contratación administrativa, con instrucciones del Contralor General de la República, Oficio 1580 del 18 de febrero de 1998).

Así se le remite al Presidente del Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) esa autorización; a la vez que por Oficio DGCA-177-98 del 27 de febrero de 1998, se le comunica al Ministro de Turismo, la misma información favorable a la autorización del citado reglamento.

11. **Voto 2319-98 de la Sala Constitucional sobre el proyecto de ley de concesión de obras públicas con servicios públicos**

El mismo día que sale publicado este reglamento de contratos de gestión interesada (La Gaceta del 31 de marzo de 1998), la Sala Constitucional da su sentencia sobre la consulta hecha por los disputados respecto al proyecto de ley de concesión de obras públicas con servicios públicos.

En este voto 2319-98 la Sala Constitucional afirma:

El contrato de concesión de obras o servicio público, es un contrato típicamente administrativo.

Esta concesión de obras o servicio público, exceptúa todo aquello relativo a la seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones propias del Estado, las que son indelebles e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas.

- *Así por ejemplo, cuando un **aeropuerto** sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la seguridad portuaria, migración y aduanas entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares.*
- *A criterio de esta Sala, nada impide que por medio de una ley marco, la Asamblea Legislativa faculte al Poder Ejecutivo para que dé en concesión bienes públicos, sin que sea necesario una aprobación concreta para cada caso en particular, pues se entiende que ha dado una aprobación general para tal efecto, en cumplimiento de la propia Constitución.*

12. **Cartel 01-98 para la contratación de gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto Juan Santamaría**

Este cartel puesto en circulación posteriormente a la fecha de la publicación en La Gaceta del respectivo reglamento (31 de marzo de 1998), establece:

Objetivo de esta licitación

El CETAC (Consejo Técnico de Aviación Civil) promueve esta licitación pública con el fin de recibir ofertas de compañías individuales o consorcios de compañías ("oferentes") para la dirección, operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción del aeropuerto internacional Juan Santamaría de Costa Rica.

Figura contractual: gestión interesada

El contrato de gestión interesada es la figura mediante la cual la Administración explota los servicios determinados en el presente cartel y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos resultantes de dicha gestión.

Por su parte el **reglamento para los contratos de gestión interesada de los servicios públicos aeroportuarios** (La Gaceta del 31 de marzo de 1999), define así este convenio:

Contrato de gestión interesada es la figura contractual mediante la cual la Administración pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista. Los ingresos que serán considerados para la retribución al gestor serán determinados en el respectivo cartel.

13. Nulidad absoluta de este reglamento del contrato de gestión interesada

Este reglamento del contrato de gestión interesada es nulo por inconstitucional e ilegal ya que cuando se promulgó estaba vigente la Ley de concesión de obra pública que impedía que los ferrocarriles, muelles y **aeropuertos** –estos últimos– mientras se encuentren en servicio, no pueden ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente; ni salir, de ninguna forma del dominio y control del Estado (artículo 6 de esa ley derogada), repitiendo lo que manda el numeral 121, inciso 14 de la Carta Magna:

Artículo 121, inciso 14 de la Carta Magna

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales—estos últimos mientras se encuentren en servicio— no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.

La Sala Constitucional en su **voto 2319-98**, citado, hace una **diferencia entre arrendamiento y concesión**, para los efectos de indicar que esta **ley 7762 de concesión de obras públicas y servicios públicos**, publicada en *La Gaceta* del 22 de mayo de 1998, es constitucional, de esta forma:

Arrendamiento: *aquí el arrendante asegura al arrendatario el uso y el disfrute de la cosa por un tiempo determinado a cambio del pago de una suma de dinero.*

Concesión: *Si bien es cierto que existe un plazo para la explotación del bien, el Estado puede recuperarlo; no obstante el plazo fijado y el beneficio económico que recibe el concesionario consiste exclusivamente en el canon o suma de dinero que abonan los usuarios. Tampoco implica gravamen del bien y la obra pública construida será siempre del Estado y como bien de dominio público gozará de las características de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad que le son propias a este tipo de bien.*

La Sala Constitucional consideró que este **proyecto de ley sobre obras públicas y servicios públicos** no era inconstitucional, razón por la cual el artículo 2, párrafo dos, de la **ley 7762**, publicada en *La Gaceta* del 22 de mayo de 1998, tiene plena vigencia:

Art. 2, párrafo 2.—*Los ferrocarriles, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que abí se presten, únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.*

La Sala Constitucional afirmó que a los particulares se les podrán dar los aeropuertos **únicamente** por concesión y por los procedimientos de esa ley 7762 de 1998. *A contrario sensu*, es inconstitucional usar otros tipos contractuales para darle a los particulares los muelles, aeropuertos y ferrocarriles.

De tal modo que si se utiliza la figura contractual de la **gestión interesada** para ese fin, como se está haciendo, ello comporta estas inconsistencias:

Una, el contrato de gestión solo se puede usar cuando el convenio con la Administración no implica facultades, actos de imperio o facultades de autoridad a cargo del particular contratista (tal y como lo manda el **numeral 74 de la LCA**).

Dos, este contrato bautizado incongruentemente de “**gestión interesada**”, si conlleva darle al particular el ejercicio de actos de autoridad y facultades de imperio: el cartel de esta licitación le da funciones al particular contratista de: agente de aduana, policía de migración, cobrador de impuestos, etc. Por lo tanto, no puede ser instrumentalizado este tipo de contrato que el **numeral 74 de la Ley de contratación administrativa (LCA)** define como contrato típico o nominado.

Tres, fundamentar el uso de este contrato mal llamado de “gestión interesada” en el *numeral 55 de la Ley de contratación administrativa*, es un sinsentido, porque este numeral se refiere a la facultad de la Administración de usar contratos innominados o atípicos (por ejemplo: el *leasing*), cuando esta modalidad de convenio es típico y nominado, como una forma de concesión, tal y como lo indicó García de Enterría y Tomás Ramón Fernández.

Cuatro, la conclusión es que se tenía que usar la ley de concesión Nº 7762, citada, derogar el reglamento de este contrato de gestión interesada publicado en *La Gaceta el 31 de marzo de 1998* y utilizar la ley 7762, en acatamiento de su artículo 2, párrafo segundo.

14. ¿Pero, por qué este contrato no se realizó mediante los procedimientos que manda la Ley de concesión de obra pública con servicios públicos?

La respuesta a esta pregunta se puede focalizar en Jacinto Benavente (1866-1954), quien lo explicó muy bien en su libro **Los intereses creados**, 1907.

15. ¿Cuál es el procedimiento inconstitucional e ilegal que se está usando en esta contratación?

Las normas que se están usando de modo inconstitucional e ilegal son:

Artículo 3, párrafo segundo LCA

Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo.

Artículo 55, LCA

*Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad de definir, **reglamentariamente**, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general.*

Artículo 66 del reglamento de contratación administrativa (RCA)

Si se define reglamentariamente otro tipo contractual, se debe hacer la consulta previa (solicitar autorización) a la Contraloría General de la República, siendo su criterio obligatorio y vinculante.

Por ello, la Administración Figueres Olsen le consulta a la **Contraloría** el proyecto de reglamento de contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios, dando ésta su autorización el 23 de febrero de 1998, a pesar de que existía la ley de concesión de obra pública N° 7404 de 1994, que prohibía dar los aeropuertos a los particulares y que en fecha 10 de marzo de 1998, el Director General de contratación administrativa de esa Contraloría le informó (oficio DGCA-203-98 del 10 de marzo de 1998) al jerarca de esta institución que ese reglamento tenía vicios graves y no se podía autorizar, siendo la contestación del Contralor a este Director General “un acuse de recibo a su oficio” (CO-82 del 16 de marzo de 1998).

Por mi parte, le envíe al Contralor General de la República varios documentos haciéndole de su conocimiento que ese reglamento era inconstitucional e ilegal (16 y 17 de setiembre, 5 y 6 de octubre y 2 de noviembre de 1998) y me concedió cita el 28 de octubre de este año para decirle personalmente la veracidad de las violaciones normativas de este reglamento. Sin embargo, el Contralor General hizo caso omiso de esta información que le proporcioné.

Efectivamente, me contestó el Contralor General diciéndome que hacía referencia a los memoriales que le remití con fechas 16 y 17 de

setiembre, 5 y 6 de octubre y 2 de noviembre, concluyendo que el reglamento para los contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios se ajusta plenamente a las exigencias legales y constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico y que –por ello– la **licitación 01-98** “*contrato de gestión interesada de los servicios prestados en el aeropuerto internacional Juan Santamaría*”, promovida por el Consejo Técnico de Aviación Civil, no da lugar a considerarla viciada (oficio 374-CO del 24 de noviembre de 1998, págs. 12 y 13).

También le envié el 3 de noviembre de 1998, al **Ministro de Obras Públicas** un documento con estas observaciones sobre el vicio de nulidad absoluta de todo el procedimiento licitatorio montado sobre este reglamento ilegal (por la derogatoria que la citada **ley de concesión de obras públicas con servicios públicos** había hecho del reglamento indicado), a lo cual el citado funcionario me contestó que las actuaciones en esta contratación de los servicios aeroportuarios en el Juan Santamaría se realizarán conforme a derecho, pues contaban con el respaldo de la Contraloría General y de la Procuraduría General (carta del 24 de noviembre de 1998).

También acudí a la Sala Constitucional (recurso de amparo) voto 1346-99 y acción de inconstitucionalidad –expediente 8314-99–; sin embargo, aquí tampoco se tuvo éxito, pues se rechazaron las gestiones judiciales respectivas, incluyendo la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el grupo cívico **Soberanía** (voto 1699-99). La respuesta fue un rechazo de plano.

Estas son algunas de las razones por las cuales decidí escribir estas reflexiones.

Recordamos que lo clave aquí, es que el 22 de mayo de 1998, se publica en *La Gaceta* la **nueva ley 7762 de concesión de obras públicas con servicios públicos**, que derogó –mediante su artículo 2, párrafo segundo, ya transcrito– sin duda el “*reglamento de contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios*”.



Reiteramos aquí lo que dice el cartel de esta licitación 1-98:

Cláusula I.E. Figura contractual a utilizar

La figura contractual a utilizar es la denominada "gestión interesada", figura regulada en el derecho administrativo que permite la participación privada en el desarrollo de proyectos de prestación de servicios e infraestructura pública. La base legal de esta figura contractual es la ley de contratación administrativa, en particular el artículo 55, así como el reglamento promulgado por el Consejo Técnico de Aviación Civil y aprobado por la Contraloría General de la República, denominado "reglamento de contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios", publicado en La Gaceta N° 63 del 31 de marzo de 1998.

16. Criterio de la Procuraduría General de la República

Su posición fue favorable a este reglamento citado, al decir que es *criterio no vinculante de esta Procuraduría que tanto el reglamento para los contratos de gestión interesada de los servicios aeroportuarios, decreto ejecutivo 26801-MOPT del 19 de marzo de 1998 y la licitación pública internacional 01-98 "contrato de gestión interesada de los servicios prestados en el aeropuerto internacional Juan Santamaría", promovida por el Consejo Técnico de Aviación Civil, encuentran pleno sustento constitucional y legal (oficio PGR-433-98 del 23 de setiembre de 1998).*

Este documento de la Procuraduría fue enviado por el Presidente de la República, Dr. Rodríguez, al Contralor General al día siguiente (el 24 de setiembre de 1988).

17. El Consejo Técnico de Aviación Civil no puede promover ni tramitar contratos administrativos. ¿Por qué?

Por la sencilla razón que expresó ya la Sala Constitucional en el **voto 6240-93** cuando los diputados le enviaron en consulta el proyecto de la ley de hidrocarburos.

Este voto **6240-93** lo dijo así:

Toda la contratación de la Administración Central –Poder Ejecutivo y sus dependencias– debe entenderse reservada constitucionalmente al órgano titular Presidente y Ministro. Si es inconstitucional que se autorice celebrar contratos administrativos a órganos subordinados de dicha administración central, como es el caso de la Dirección General de Hidrocarburos.

*Por ello, la **Ley de hidrocarburos manda, en su artículo 5,** que el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus competencias asignadas en esta ley, tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

***d)** Celebrar toda clase de actos y **contratos** en conexión con las actividades relacionadas con la industria de hidrocarburos conforme lo establece esta ley.*

***g) Contratar,** con entidades nacionales o extranjeras, empréstitos que deberá aprobar la Asamblea Legislativa.*

*Lo anterior en congruencia con el **numeral 140, inciso 19 de la Carta Magna:***

Suscribir los contratos administrativos, no comprendidos en el artículo 121, inciso 14 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

Esta es la misma razón para que el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) no pueda promover, firmar ni contratar por sí contratos administrativos.

Se trata el **CETAC** de un órgano desconcentrado adscrito al Ministerio de Obras Públicas, razón por la cual la unidad administrativa competente para tramitar esta licitación 01-98, es la proveeduría nacional y el órgano constitucional colegiado que debe hacerla es el Presidente de la República y el ministro del ramo (MOPT), al tenor del **artículo 140, inciso 19 de la Carta Magna**, citado; y no, el CETAC. Igual incompetencia y vicio de nulidad absoluta le corresponde al llamado **CONAVI** (Consejo Nacional de Vialidad), creado por **Ley 7798-98**, que es otro órgano desconcentrado de ese Ministerio (Cf. **La Nación** del 9 de agosto de 1999).

En lo que corresponde al criterio expresado por la Procuraduría General de la República señalo que no estoy de acuerdo con su criterio por estas razones:

A.- La **ley 7762-98** de concesión de obras públicas con servicios públicos derogó (publicada en *La Gaceta* el 22 de mayo de 1998) el reglamento de contratos de gestión interesada publicado el 31 de marzo de 1998 en *La Gaceta*.

B.- No cabe usar la figura del contrato de gestión interesada como si fuera un convenio atípico (que se utiliza al tenor de los numerales 3 y 55 de la ley de contratación administrativa, LCA), porque no lo es. Está tipificado en el artículo 74 de nuestra ley de contratación administrativa, como modalidad del contrato histórico y clásico de la concesión (ver –entre otros–, Diputado Otto Guevara, documento enviado a la Contraloría General de la República el 22 de julio de 1999, pág. 11).

C.- La ley derogada de concesión de obra pública (pero vigente, antes de la publicación de la nueva ley de concesión de obra pública 22 de mayo de 1998), no permitía que se entregara a particulares los aeropuertos, por ello la Administración Figueres Olsen impulsó en el Poder Legislativo la aprobación de esa nueva ley de concesión, lo cual dio por resultado su promulgación ese 22 de mayo de 1998, pero ya fuera de esa Administración que terminó el 8 de mayo de 1998, dando lugar a la Administración Rodríguez.

D.- Por ello fue que ante la inminente terminación de la Administración Figueres Olsen, se recurrió a la salida estratégica de un reglamento de contratos de gestión interesada, como si fuera un contrato innominado y atípico basado en los artículos 3 y 55 de la LCA y con el mecanismo de un reglamento autorizado por la Contraloría (artículo 66 del reglamento de la LCA); lo cual era y es absolutamente antijurídico e improcedente porque el contrato de gestión está anclado, como típico, en el numeral 74 de la LCA con los límites ya señalados de que no puede usarse este convenio cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad, tal y como sí se los otorga el cartel al gestor (ver apartado 19, siguiente).

E.- La inconstitucionalidad procede por cuanto el Consejo Técnico de Aviación Civil es un órgano desconcentrado y no puede promover directamente contratos. Esto solo lo puede hacer el Poder Ejecutivo (Presidente de la República y el Ministro del ramo, MOPT), mediante su proveeduría nacional.

F.- El pretender darle, por norma presupuestaria, personería jurídica y patrimonio propios al CETAC, es inconstitucional, porque solamente una Ley emanada de la Asamblea Legislativa lo podría hacer; la vía presupuestaria usada contradice la Ley Fundamental.

Por todo lo anteriormente indicado, la licitación pública 01-98, su adjudicación y todo el proceso licitatorio es absolutamente nulo, por inconstitucional e ilegal motivo por el que procede que se inicie el procedimiento pre-contractual bajo la ley de concesión de obras públicas y servicios públicos, numeral dos, párrafo segundo –citado–, que fue lo que argumenté ante la Sala Constitucional a la par del grupo Soberanía y nos fue rechazado de plano, en su momento.

18. Acción de inconstitucionalidad, expediente 4563-99 presentada por el consorcio AIJS 2000 y otros

Se presenta (julio 1999) contra el artículo 14, inciso 35 de la Ley 7018 del presupuesto ordinario para el ejercicio fiscal de 1986, por considerar que es una norma atípica de presupuesto que otorga al Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC), personería jurídica y patrimonio propio. Esto es inconstitucional, ya que por ley atípica del presupuesto no se puede dar esas características al CETAC, además éste es un órgano desconcentrado del MOPT y con esa disposición se pretende –violando la Carta Magna– convertirlo en un ente descentralizado, lo cual solo por ley ordinaria se puede hacer. Aquí se invocan los votos 6240-93 relativo al proyecto de ley de hidrocarburos, 3513-94, 170-95 de la Sala Constitucional (S.C.).

La **Procuraduría General de la República** contestó diciendo que los accionantes tenían razón, pero que se gradúen y dimensionen los efectos de la resolución de la Sala en el sentido de que se diera por bueno lo hecho anteriormente, es decir, con los alcances que indicaron los **votos 2019-92 y 3410-92**, (S.C.), para que se mantenga la contratación administrativa adjudicada en la licitación 01-98, CETAC) en los términos convenidos por la Administración activa.

No concuerdo con lo expresado por esta Procuraduría por las razones ya espuestas. Estoy de acuerdo con los motivos que fundamentan esta acción de inconstitucionalidad.

19. Potestades de imperio o actos de autoridad que tiene el gestor, de acuerdo con el cartel de la licitación pública

III. C.1. Servicios a ser prestados por el gestor en la terminal de carga

El gestor recibirá formalmente del expedidor de carga, toda la mercancía que ingrese o salga del país por el aeropuerto Juan Santamaría (AIJS)

III. C.2. Servicios en el manejo de carga a ser prestados por el gestor

- Carga y descarga ✓
- Bodegaje de carga a corto plazo (menos de 24 horas) ✓
- Manejo de carga en tránsito
- Seguridad del personal
- Seguridad de las instalaciones y carga ✓
- Inspección y evaluación regular de los servicios públicos proveídos en la terminal de carga
- Servicios de seguridad complementarios, con el fin de asegurar la seguridad de la terminal
- Etc. (la lista es de 22 servicios).

III. C.3. Funciones del gestor como auxiliar de aduanas

El gestor deberá actuar en condición de auxiliar de aduanas

III. C. 6. Servicios en la terminal de carga actualmente prestados por terceros

El gestor supervisará y coordinará la prestación de estos servicios:

- Correduría aduanera
- Servicios aeronáuticos y de despacho aéreo
- Servicios de manejo de carga

III. D. 4. El gestor supervisará y coordinará la prestación de estos servicios:

- Transporte público
- Arrendamiento de vehículos
- Estación de gasolina

III. E. Servicios generales que el gestor prestará:

- Administrativos
- Mantenimiento y limpieza
- Compra y renovación de equipo
- Seguridad aeroportuaria
- Asistencia técnica al CETAC y a la Dirección General de Aviación Civil

III. E. 5. Servicios de seguridad aeroportuaria complementaria:

El gestor prestará servicios de vigilancia aeroportuaria como complemento al de la fuerza pública. El gestor apoyará y coordinará con la fuerza pública, con el fin de mantener la seguridad del AIJS.

III. E. 7. b. El gestor será el concesionario exclusivo para explotar las **tiendas libres de derechos** en el AIJS (aeropuerto internacional Juan Santamaría).

III. E. 7. c. *El gestor asumirá el manejo y control de las operaciones e instalaciones de todos los parqueos del lado terrestre.*

IV. A. Cobro de impuestos a cargo del gestor

La gestión de cobro de las tasas, rentas y otros cargos por servicios aeroportuarios será efectuado por el gestor como parte de los servicios prestados a la DGAV (Dirección General de Aviación Civil).

A modo de conclusión

Como bien señala el Diputado Otto Guevara, en el documento que le envió al Contralor General de la República el 21 de julio de 1999 (Oficio ML-233-OGG-99) citado (págs. 1 y 2) se violan los estándares internacionales en las construcciones proyectadas establecidas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y la Federal Aviation Administration (FAA) a contra pelo de lo que manda el inconstitucional e ilegal reglamento de gestión interesada en su artículo 6. Este Reglamento contiene vicios graves que encierran nulidad absoluta no puede ser convalidado ni saneado, como lo manda el artículo 172 de la Ley de Administración Pública (LAP), no se puede presumir legítimo ni se podrá

ordenar su ejecución, numeral 169 de la LAP, además de que conlleva responsabilidad civil, administrativa y penal, artículo 170 de la LAP, por estas razones el intento de convalidación de la licitación pública 01-98 de este consabido contrato de gestión interesada que hizo el Poder Ejecutivo –Presidente de la República y el Ministro de Obras Públicas–, en Gaceta del 9 de julio de 1999, acuerdo 152, es eso: un intento fallido, además de que este acuerdo también es nulo de pleno derecho).

Asimismo, señala el diputado Guevara *el gestor prácticamente no necesita hacer ninguna inversión o muy poca. Las obras se financian y pagan con los ingresos de operación, que son fundamentalmente tributos pagados por los contribuyentes y usuarios, cedidos al gestor, con cuya garantía obtiene préstamos para hacer las obras (idem, pág. 4). Para hacer las obras previstas en el aeropuerto Juan Santamaría, al gestor le bastan y le sobran con las rentas tributarias que se le ceden y las obras más importantes las amortiza en los primeros diez años (ibídem. pág. 4).*

De acuerdo a los ingresos esperados, se sabe que en su inmensa mayoría son de carácter tributario, constituidos por el impuesto de salida a los pasajeros y las tasas de uso a las aerolíneas del aeropuerto, afirma Guevara (cit., pág. 6).

De la ganancia mínima que es de quinientos noventa y un millones de dólares (\$591 millones), se repartirían el 65% para el gestor y el 35% para el Estado (cit., pág. 7).

Es falso que se recurre al gestor porque no hay dinero para enfrentar los gastos de esta contratación, pues se sabe que los ingresos previstos para los 20 años, ascienden a la suma de mil cuatrocientos cuarenta (1.440) millones de dólares, que están compuestos abrumadoramente por ingresos tributarios (cit., pág. 10).

Hay opiniones que dicen que:

8 El gestor hace una inversión elevada.

En la licitación se usa la concesión de obra pública con las mejores normas mundiales (editorial de *La Nación* del 7 de julio de 1999).

Lo anterior es falso, pues la inversión la hace el país gracias a la cantidad enorme de tributos que se recogen en el aeropuerto Juan Santamaría, es decir, la inversión no la hace el gestor (hay que recordar aquí lo que se dijo para engatuzar con la tesis de ley de concesión de

obra pública y las inversiones cuantiosas del capital extranjero, la que resultó un engaño porque ya confesaron que el financiamiento lo va a dar el país por medio del Banco de Costa Rica, ahora que el Gobierno –con el timo de la directriz bancaria– verbaliza que limitará los créditos bancarios para contener la inflación).

Tampoco es cierto que en esta licitación del aeropuerto se está utilizando la concesión de obra pública. Se emplea el contrato llamado de “gestión interesada”; y, en cuanto a que se cumplen con las normas mundiales, es igualmente falso como lo saben en el propio MOPT.

Por esa razón, el diputado Guevara indicó que se hace un periodismo a la ligera (*La Nación*, del 31 de julio de 1999), ya que se ignora que al gestor se le reconoce una indemnización si se construye otro aeropuerto internacional en Orotina antes de que venza este contrato de 20 años; con lo cual se impide que este nuevo aeropuerto se construya (idem., *La Nación*, 16 de agosto 1999).

Además de que es falso que el Estado no tiene dinero para hacer estas obras en el aeropuerto Juan Santamaría, ya que el gestor las realiza con el dinero del Estado y no con el propio. De acuerdo con el consultor TAMS, en 20 años de este aeropuerto dejaría una utilidad líquida –proveniente de ingresos tributarios, y luego de financiar sus propias obras– de casi \$600 millones, que es casi el costo estimado del aeropuerto de Orotina (Otto Guevara, **Cierre del aeropuerto**, 23 de setiembre de 1999, *La Nación*).

Concluyo, que este contrato procede realizarlo mediante la Ley de concesión de obra pública con servicios públicos del 22 de mayo de 1998, por mandato expreso de su artículo dos, párrafo segundo que manda:

Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.

Por las razones que hemos expuesto, lo pertinente es que se anule todo lo actuado, al amparo del reglamento del contrato de gestión interesada por ser éste, inconstitucional e ilegal; y, se ajusten todos los procedimientos a la indicada Ley de concesión de obra pública con servicios públicos. De todos modos, el negocio sigue vivo para los interesados directos. Pero, al menos hay un respeto formal al Derecho.

CRONOLOGIA

1992. **Voto 6240-92** de la Sala Constitucional sobre el proyecto de ley de hidrocarburos, en donde afirma que solo el Poder Ejecutivo puede realizar contratos de administración en el seno del Poder Central, de tal modo que la Dirección General de Hidrocarburos no puede efectuar esos convenios.
1994. **12 de mayo.** Se publica en *La Gaceta*, la Ley de Concesión de la República.
- 18 de mayo.** Se publica en *La Gaceta* la Ley de Hidrocarburos.
1995. Se promulga en España la Ley de contratos de las administraciones públicas, en cuyos artículos 155 y 157 se hace referencia al contrato de gestión de los servicios públicos.
- 6 de enero.** Se publica en *La Gaceta* el reglamento a la Ley de obra pública.
1996. **1º de mayo.** A partir de esta fecha entra en vigencia la Ley de contratación administrativa, cuyo artículo 74 establece el contrato típico de concesión de gestión de servicios públicos.
1997. Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) pide autorización a la Contraloría General de la República para que le autorice el uso del reglamento de contratos de la gestión interesada en los servicios aeroportuarios.
1998. **Enero.** El CETAC envía fax a la Contraloría reiterando la solicitud citada.
- 18 de febrero.** Los Sub-directores generales de contratación administrativa (de la Contraloría) le comunican a su jefarca el Contralor General, que atendiendo a las instrucciones que les diera semanas atrás, dan su criterio favorable al reglamento ya mencionado.
- 18 de febrero.** El mismo día, el Contralor General le dice a los indicados Sub-directores generales de la contratación administrativa que le informen a los interesados acerca del aval que él le da al criterio de dichos funcionarios.
- 23 de febrero.** Los Sub-Directores generales citados, le comunican al CETAC que cumpliendo instrucciones del Contralor General, dan la autorización al uso del señalado reglamento.
1998. **27 de febrero.** El Sub-director general de la contratación administrativa, le informa al Ministro de Turismo que la Contraloría le ha dado la autorización al uso del reglamento en mención.

1998. **10 de marzo.** El Director General de la contratación administrativa, le comunica al Contralor General que el reglamento de gestión interesada, ya autorizado por la Contraloría, presenta irregularidades graves, las cuales pasa a detallar y fundamentar.

16 de marzo. El Contralor General le responde escuetamente al Director General de contratación administrativa, que le da acuse de recibo de su documento.

31 de marzo. La Sala Constitucional, por **voto 2319-98** avala el proyecto de ley de concesión de obras públicas con servicios públicos, en cuyo artículo 2, párrafo segundo se manda que únicamente por esta ley y por los procedimientos de ella se pueden dar, a los particulares, los aeropuertos.

31 de marzo. Se publica en *La Gaceta* el reglamento de contratos de gestión interesada para los servicios aeroportuarios.

Abril. Se empieza a distribuir el cartel de la licitación pública 01-98 "*contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto internacional Juan Santamaría*".

8 de mayo. Termina la Administración Figueres Olsen y comienza la Administración Rodríguez.

22 de mayo. Se publica en *La Gaceta* la Ley de concesión de obras públicas con servicios públicos.

16 de junio. Se publica en *La Gaceta* el reglamento general a la ley de concesión de obras públicas con servicios públicos.

21 de julio. *La Gaceta* publica el Decreto Ejecutivo Nº 27159-MOPT sobre la unidad de control y seguimiento del contrato de gestión interesada del aeropuerto Juan Santamaría.

23 de setiembre. La Procuraduría General de la República le comunica al Presidente de la República, su conformidad con el Reglamento citado.

24 de setiembre. El Presidente de la República le remite el documento de la Procuraduría, citado, al Contralor General.

1998. **16-17 setiembre**

5-6 octubre

2 noviembre. Documentos que el autor de esta investigación (Prof. Romero) le envía al Contralor General de la República, informándole de las violaciones a la Carta Magna y a la Ley de concesión de obras públicas en que incurre el reglamentado cuestionado.

28 de octubre. El Contralor General concede audiencia al autor de esta investigación (profesor Romero). El Contralor me ratifica su criterio que el reglamento en cuestión carece de inconstitucionalidad o ilegalidad.

3 de noviembre. Carta enviada por el profesor Romero al Ministro de Obras Públicas informándole haciéndole ver las inconstitucionalidades e ilegalidades que comete el reglamento de gestión interesada.

24 de noviembre. El Contralor General le contesta al profesor Romero indicándome que el reglamento citado está conforme a derecho.

24 de noviembre. El Ministro de Obras Públicas, manifestándole al profesor Romero que el reglamento de gestión interesada está sujeto a derecho.

1999. Sala Constitucional rechaza de plano los recursos de amparo e inconstitucionalidad que el profesor Romero y el Grupo cívico Soberanía presentaron. Votos 1346-99, 1699-99 y expediente 8314-99.

Julio. Admitida acción de inconstitucionalidad contra el CETAC presentado por consorcio AIJS 2000 y otros; expediente 4563-99, argumentándose que el CETAC no puede promover ni efectuar contratos administrativos, pues es un órgano desconcentrado; siendo solo el Poder Ejecutivo (Presidente y el Ministro de Obras Pública) el que constitucionalmente tiene esa facultad, como ya se dijo en el **voto 6240-92** referido al proyecto de la ley de hidrocarburos. Otros votos invocados S.C. 3513-94 y 170-95. Se está a la espera de la Resolución de la Sala Constitucional.

Julio. La Procuraduría General de la República contesta la audiencia dada por la Sala Constitucional en este **expediente 4563-99**, dándole la razón al accionante; pero, solicitando que se dimensionen los efectos de la sentencia hacia el futuro y se mantenga la licitación pública 01-98 del CETAC y su respectiva adjudicación.

9 de Julio. *La Gaceta* publica la adjudicación de esta licitación pública 01-98 en favor del consorcio AGI.

1999. **9 de Julio.** *La Gaceta* publica acuerdo del Presidente de la República y del Ministro de Obras Públicas ratificando la adjudicación hecha por el CETAC, convalidando cualquier defecto que pudiera sobrevenir por razón de incompetencia. Evidentemente este acuerdo olvida que la Ley de Administración Pública manda (**artículo 169:** no se presume legítimo el acto absolutamente nulo ni se podrá ordenar su ejecución, **170-1:** el ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad administrativa, civil y penal, **172:** el acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento ni por convalidación).

Este acuerdo 152 del Poder Ejecutivo (Presidente y su Ministro) es absolutamente nulo, ya que pretende, a su vez, convalidar y ratificar el otro acto nulo de pleno derecho de emitir un reglamento de gestión interesada DEROGADO por la Ley de concesión de obras públicas con servicios públicos del **22 de mayo de 1998.**

Julio. Presentan apelaciones ante la Contraloría contra el acto de adjudicación de la licitación pública 01-98, las empresas: consorcio ACR, consorcio aeropuerto desarrollo uno; y, consorcio AIJS 2000.

22 de Julio. La Contraloría General de la República recibe el documento (Oficio NL-233-OGG-99) que el diputado Otto Guevara le ha remitido a su jerarca, en el cual le expresa que el proceso licitatorio es absolutamente nulo.

Agosto. El CETAC contesta la audiencia dada por la Contraloría General, para defender la adjudicación hecha en la licitación pública 01-98.

**ALGUNOS DE LOS ARTICULOS PUBLICADOS EN LA PRENSA
(en orden cronológico)**

Título	autor	fecha	medio
1995 La concesión de obra pública.	Editorial.	24 de julio.	<i>La Nación.</i>
1998 A concesión carretera a Caldera.	Basilio Quesada.	4 de agosto.	<i>La República.</i>
Un camino correcto y seguro.	Rafael A. Calderón F.	27 de agosto.	<i>La Nación.</i>
Seguridad para inversionistas.	Rodolfo Méndez M.	10 de setiembre.	<i>La Nación.</i>
Concesión Bernardo Soto es una realidad.	Basilio Quesada.	19 de setiembre.	<i>La Nación.</i>
Aeropuertos y contratos.	Jorge Enrique Romero Pérez.	21 de octubre.	<i>La Nación.</i>
Obras en el Juan Santamaría.	Juan Mena M.	5 noviembre.	<i>La Nación.</i>
Constitución Política y bienes públicos.	Jorge Enrique Romero Pérez.	12 de noviembre.	<i>Al Día.</i>
Se acerca concesión del aeropuerto.	Basilio Quesada.	16 de noviembre.	<i>La República.</i>
La concesión del aeropuerto.	Jorge Enrique Romero Pérez.	20 de noviembre	<i>La República.</i>
5 empresas tras aeropuerto.	Hazel Frigenblatt.	16 de diciembre	<i>La Nación.</i>
5 empresas tras el Santamaría.	Basilio Quesada.	16 de diciembre.	<i>La República.</i>
Licitación para aeropuerto.	Jorge Enrique Romero Pérez.	28 diciembre.	<i>La Nación.</i>
Crítica ligera.	Rodolfo Méndez M.	31 de noviembre.	<i>La Nación.</i>

1999

Ampliarán muelles por concesión. Hazel Feigenblatt. 4 de enero.
La Nación.

Deudas y desorden reinan en aeropuerto. Kattia Bermúdez 22-28 febrero . *El Financiero.*

En vela. Julio Rodríguez. 3 de marzo. *La Nación.*

Retraso en despegue de gestor. Hazel Feigenblatt. 21 de marzo. *La Nación*

Arrecia pulso por aeropuerto. Hazel Feigenblatt. 11 de abril. *La Nación.*

Concesión de obra para la Bernardo Soto. Carolina Mora. 2 de junio.
La República.

Contraloría aprobó concesión de Bernardo Soto. Monserrat Solona. 2 de junio. *La Nación.*

Futuro incierto en muelles. Fabiola Pomareda. 23-29 junio. *Semanario Universidad.*

Política portuaria al garete. Mishelle Mitchell. 31 de mayo-6 de junio.
El Financiero.

Caldera considera administración privada. Rodolfo González. 31 de mayo-6 de junio. *El Financiero.*

Apelado proceso de gestor. Hazel Feigenblatt. 10 de junio. *La Nación*

¿Pasa algo en el Juan Santamaría? Arena. 30 de junio. *La Nación* 1º de julio.
La Nación. 2 de julio. *La Nación.*

Aeropuerto, intereses y soluciones. Editorial. 19-25 julio. *El Financiero.*

Gracias, Costa Rica. Airport Group 19-25 julio. *El Financiero.*

Carta del Ministro del MOPT a la Comisión evaluadora. Rodolfo Méndez M.,
4 de julio. *La Nación.*

Llueven críticas por nuevo gestor de aeropuerto. Rocío Estrada. 8 de julio.
La República.

Intenso debate sobre gestora. Hazel Feigenblatt. 6 de julio. *La Nación.*

El camino recto. Editorial. 7 de julio. *La Nación.*

1999

Aeropuerto tiene nuevo administrador –AGI–. (sin nombre del periodista).
5-11 de julio. *El Financiero*.

Gracias, Costa Rica. Airport Group. 12 de julio. *La Nación*.

Argumenta fallos en calificación. Basileo Quesada. 16 de julio.
La República.

La adjudicación del aeropuerto exige una amplia explicación. William
Gómez. 9 de julio. *Extra*.

Diputado Guevara cuestiona gestión. Hazel Feigenblatt. 14 de julio.
La Nación.

Licitación del Santamaría. Guillermo Constenla U. 15 de julio. *La Nación*.

Apelarán hoy adjudicación. Ernesto Rivera. 16 de julio. *La República*.

Impugnan gestor para aeropuerto. Hazel Feigenblatt. 17 de julio. *La Nación*.

En vela. Julio Rodríguez. 16 de julio. *La Nación*.

CONAVI asume obras. Hazel Feigenblatt. 22 de julio. *La Nación*.

Aviación civil perderá personería jurídica. Carolina Mora. 22 de julio.
La República.

Guevara pide anular licitación de aeropuerto. Mario Bermúdez. 23 de julio.
La República.

Periodismo a la ligera. Otto Guevara. 31 de julio. *La Nación*.

Empresas luchan por aeropuerto. Carolina Mora. 11 de agosto. *La República*.

Compare ofertas. Consorcio ACR. 15 de agosto. *La Nación*.

“Parche” en aeropuerto. Otto Guevara. 16 de agosto. *La Nación*.

Gestión interesada. Juan Mena. 19 de agosto. *La Nación*.

MOPT firme con gestor. Alexander Ramírez. 20 de agosto. *La Nación*.

Nuevo aeropuerto. Alexander Ramírez. 26 de agosto. *La Nación*.

Majadería con aeropuerto. Otto Guevara. 26 de agosto. *La Nación*.

1999

- Más denuncias por aeropuerto.** Carolina Mora. 28 de agosto. *La República*.
- La confusión de Otto Guevara.** María Lorena López. 29 de agosto. *La Nación*.
- ¿Para quién es el negociazo.** Jill L Hamieson. 2 de setiembre. *La Nación*.
- Apelaciones y aeropuerto.** Jorge Enrique Romero Pérez. 4 de setiembre. *La República*.
- Ministro rechaza la existencia de presiones.** Alexánder Ramírez. 5 de setiembre. *La República*.
- Concesiones, una mina de oro.** Hazel Faigenblatt. 5 de setiembre. *La Nación*.
- AGI defiende adjudicación.** Natalia Fonseca. 8 de setiembre. *La Prensa Libre*.
- AGI contra-atacó a ACR.** Mario Bermúdez. 28 de setiembre. *La República*.
- Turbulencia afecta licitación de aeropuerto.** Mario Bermúdez. 13 de setiembre. *La República*.
- Don Rodolfo y el aeropuerto.** Guillermo Constenla. 15 de setiembre. *La Nación*.
- ¡Negociazo!** Guillermo Constenla. 17 de setiembre. *La Nación*.
- Discusión legal.** Nota informativa. 22 de setiembre. *La Nación*.
- Cierre del aeropuerto.** Otto Guevara. 23 de setiembre. *La Nación*.
- Turbulencia en licitación del aeropuerto.** Mario Bermúdez. 25 de setiembre. *La República*.
- Gestor en líos legales.** Hazel Faigenblatt. 25 de setiembre. *La Nación*.
- Concesión de obra pública.** David Gutiérrez. 27 de setiembre, 3 de octubre. *El Financiero*.
- Aeropuerto Juan Santamaría fue adjudicado a una empresa de papel.** Consorcio (A.C.R.). 27 de setiembre. *La República*.
- Aeropuertos de Costa Rica (A.C.R.) ofrece la mejor alternativa.** Consorcio A.C.R.. 28 de setiembre. *La República*.
- El consorcio A.C.R. está desesperado.** Consorcio (A.G.I.) 28 de setiembre. *La República*.
- Ceguera aeronáutica.** Otto Guevara. 2 de octubre. *La Nación*
- Todos ganaremos.** Mario Lara E. 3 de octubre. *La Nación*.
- El consorcio Aena-Acciona informa.** José Luis Wagener. 8 de octubre. *La Nación*.
- Aeropuerto listo en diciembre.** Alexander Ramírez. 12 de octubre. *La Nación*.
- El consorcio Aena-Acciona informa.** José Luis Wagner. 8 de octubre. *La Nación*.
- Un aeropuerto de primera.** Mauricio Gutiérrez. 13 de octubre. *La Nación*.

ALGUNOS ANTECEDENTES DEL CONTRATO TÍPICO, NOMINADO Y VIEJO DE LA GESTIÓN INTERESADA

1927. Recaredo Fernández de Velazco. **Los contratos administrativos**. Madrid: Librería Victoriano Suárez, págs. 4 y 5).

Señala los dos tipos de contratos administrativos clásicos o históricos: concesión de obras públicas y concesión de servicios públicos, para lo cual cita a Maurice Hauriou, **Manual de derecho administrativo** (1919) y a Gastón Jeze, **Los principios generales del derecho administrativo** (1926).

1934. Sabino Alvarez Gendi. **Los contratos públicos**. (Madrid: Reus, pág. 175). **La concesión del servicio público**, es un contrato administrativo, por el cual la Administración cede la explotación de instalación de una obra pública al concesionario.

Concesión de obra pública: contrato administrativo por el que un particular se compromete a realizar para la Administración Pública una obra. Este autor cita a Gastón Jeze en sus libros: **Los principios generales del derecho administrativo** (1926) y **Los contratos administrativos** (1927).

1956. André De Laubadère. **Traité Théorique et Practique des Contrats Administratifs** (Paris: LGDJ; T. II, págs. 154 y 204).

Existen tres categorías de **interesados**, en este contrato administrativo: la Administración Pública, el concesionario (gestor) y los usuarios.

El gestor interesado es un particular que, como el concesionario, se compromete contractualmente a realizar un servicio público pagado por los usuarios. El contrato fija los beneficios que obtiene el gestor interesado.

1958. La Revista de Administración Pública No. 26 de España publica el ensayo de Julio Nieves Borrego, *La gestión interesada en el derecho administrativo español* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos).

1965. **Ley de Contratos del Estado** (España). (Madrid: Civitas, 10ª ed. 1994). Artículo 66

La contratación de los servicios públicos adoptará cualquiera de estas modalidades:

- Concesión.
- **Gestión interesada:** El Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato proporción.
- Concierto con persona natural o jurídica.
- Mediante la creación de una sociedad de economía mixta.

1969. Sabino Alvarez Gendin. **Doctrina jurídica de los contratos públicos del Estado y de la administración local.** (Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, págs. 176).

Formas de gestión de los contratos de servicios públicos. El artículo 66 de la Ley de contratos del Estado afirma que la contratación de los servicios adoptará cualquiera de estas modalidades:

- Concesión, por la que el contratista gestionará el servicio a su riesgo y ventura.
- Gestión interesada: *el Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.*
- Concerto: con aquella persona que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- Sociedad de economía mixta: el Estado participa en concurrencia con personas físicas o jurídicas.

1971. Fernando Garrido Falla. **Dictamen sobre concesiones de ferrocarriles del Atlántico en Costa Rica** (San José: Revista de la Contraloría General de la República, Nº 12, págs. 14-15).

El objeto de la concesión de un servicio público está naturalmente constituido por la transferencia que a favor del particular se realiza de las facultades para la **gestión** del servicio; es decir, que la figura del concesionario consiste fundamentalmente en un particular que **gestiona** un servicio público.

1972. Paul Woodbridge. **El contrato ley** (San José: Ed. Costa Rica, 155 págs).

A propósito de los contratos de la Compañía Bananera y el Gobierno de Costa Rica, este autor informa dentro de una posible clasificación de esos contratos, la figura de la gestión interesada, citando a Fernando Garrido Falla (Madrid: Tratado de derecho administrativo, T. II, pág. 122, 1962).

1974. Fernando Garrido Falla. **Tratado de derecho administrativo** (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, T. II, 5ª ed., págs. 61, 372 y 411).

El contrato sobre gestión de servicios públicos es un contrato administrativo (pág. 61).

La clasificación de los modos de gestión del servicio público:

Gestión directa por la Administración:

- Gestión indiferenciada sin órgano especial
- Establecimiento o empresa propia sin personalidad
- Como servicio público personificado
- En forma de sociedad privada

Gestión indirecta a través de:

- Concesión
- Arrendamiento
- Concierto

Gestión mixta:

- En régimen de **gestión interesada** (Estado y gestor)
- Como sociedad de economía mixta (pág. 371)

Aquí Garrido, pone al pie de página lo que manda la Ley de contratos del Estado –España– en sus numerales 62, 63 y 67 (pág. 372).

En la gestión mixta se encuentra la gestión interesada, que es una combinación de la gestión directa (mediante el Estado) y la gestión indirecta por medio del gestor (particular). Por eso es una transacción de la gestión interesada directa y la concesión, pues hace una combinación de ellas. En la tesis francesa **régie intéressé** el gestor no soporta económicamente las pérdidas de la explotación; es un simple **interesado** en los beneficios (Marcel Waline, “La notion de régie intéressé” en **Revue Droit Public**, 1948, pág. 33).

1974. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo (Madrid: Civitas, Revista de Occidente, T. I, págs. 533-534). El contrato de gestión de servicios es una simple expresión de los contenidos comunes de toda gestión indirecta, la cual se hace abstrayendo las peculiaridades de la gran figura contractual que ha dominado y sigue dominando esa forma de gestión: la concesión. La concesión de servicios públicos ha sido una de las figuras claves de la Administración Pública tradicional, porque partiendo del prejuicio liberal contra la capacidad mercantil o industrial de la Administración (Estado) venía a resolver el problema de la gestión de servicios públicos cuya explotación requería una técnica empresarial, interponiendo para dicha gestión una empresa privada, para que explote un servicio predominantemente económico que no implique el ejercicio de poderes soberanos, como dice el artículo 63 de la Ley de contratos del Estado.

1978. Oscar Moreno Gil. **Contratos administrativos** (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, págs. 1059 a 1148).

Reglamento general de contratación

Art. 201 del reglamento que repite el numeral 66 de la Ley de contratos del Estado.

Artículo 201, 2: **gestión interesada**, contrato por el cual el Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el convenio.

1995. Ley de los contratos de la Administración Pública (España).

1996. Ley de la Contratación Administrativa (Costa Rica). ‘

GLOSARIO

A

Actividad ordinaria: la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia a través de una actividad o servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos) cuya relación contractual constante o frecuente con los usuarios, tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico le impone, resultan incompatibles con el procedimiento usual del concurso.

Es la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración, que realiza frente al usuario o destinatario final. Actividad o servicio que debe estar definido previamente en la ley. (*voto 6754-98 de la Sala Constitucional*).

Administración Pública: aquella persona, regida por el Derecho Administrativo, que promueve un contrato.

Adjudicación: procedimiento por el cual se le otorga un contrato al oferente respectivo.

C

Certamen: selección del contratista o adjudicatario, por ejemplo en concursos de pintura, literatura o arquitectura.

Cesión del contrato: procedimiento por el cual un convenio se le cede a otra persona. Cuando esa cesión sea inferior al 50% del objeto del convenio, se requiere necesariamente la autorización de la Administración contratante; y, en el caso de que sea superior a ese 50%, la autorización la otorgará la Contraloría General de la República (*artículo 36 LCA*).(*)

Cláusula penal: condición conminatoria por la cual el contratante se compromete, en caso de incumplimiento, a pagar al Estado —a título de indemnización— una cantidad de dinero determinada (*artículo 34 LCA*).

Concesión de gestión de servicios públicos: contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero (gestor) la facultad de gestionar indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial. Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad (*artículo 74 LCA*).

(*) LCA: Ley de Contratación Administrativa.

Concesión de obra pública: contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga un tercero, el diseño, planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación o reparación de un bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración (*Ley 7762-98 de concesión de obras públicas con servicios públicos*).

Concesión de obra pública con servicios públicos: contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga un tercero el diseño, planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación o reparación de un bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el respectivo convenio, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración (*Ley 7762-98 de concesión de obras públicas con servicios públicos*).

Concesión de servicios públicos: contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero la prestación de un servicio público.

Concesión de instalaciones públicas: contrato administrativo por el cual la Administración podrá dar en concesión instalaciones para que terceros presten servicios complementarios, para el mejor cumplimiento del fin público (*artículos 72 y 73 LCA*).

Concurso de antecedentes: procedimiento de selección del profesional o técnico que el Estado desea contratar bajo un régimen no laboral (*artículos 64 y 65 LCA: contratación de servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas*).

Contraloría General de la República: entidad constitucional encargada de la fiscalización jurídico-contable de la hacienda pública (*artículos 183 y 184 de la Carta Magna*).

Contratación directa: procedimiento de selección del contratista público, eximido de realizarlo mediante una licitación o concurso (*artículo 2 LCA*).

Contratista: persona que resulta adjudicataria de un contrato del Estado.

Contrato: convenio o acuerdo de las partes sobre cosa y precio.

Contrato administrativo público: aquella negociación que realiza la Administración Pública o una entidad sujeta al régimen del Derecho Público (artículo 182 de la Carta Magna).

Contrato administrativo privado: aquel convenio que realiza el Estado, bajo un régimen de derecho civil o mercantil.

Contrato administrativo típico: aquel referido a los ejemplos históricos y tradicionales, como son los de obra y servicios públicos; suministros, empréstitos, concesión de gestión de servicios públicos (*artículos 57, 58, 59, 63, 76 LCA*).

Contrato administrativo atípico: se refiere a aquellos convenios que han ido surgiendo a la vida jurídica de acuerdo al desarrollo del sistema económico; apartados del campo que cubren los típicos o nominados (*artículos 3 y 55 LCA*).

Contrato de concesión: es el convenio por el cual el Estado da a un particular la explotación de un servicio público o la realización de una obra pública, manteniendo la titularidad de la propiedad.

Contrato de empréstito: convenio por el cual el Estado solicita recursos financieros, en calidad de préstamo.

Contrato de obra pública: convenio que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble público; o, la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo (*artículos 57 a 59 LCA*).

Contrato de gestión interesada: convenio modalidad del de concesión por el cual la Administración y el empresario (gestor) participarán en los resultados del servicio en la proporción que se establezca contractualmente.

Contratos de suministros: convenio que tiene por objeto darle a la Administración mercancías, productos, utensilios (*artículo 63 LCA*).

D

Declaración de concurso desierto: acto administrativo por el cual se decide –razonadamente– no adjudicar el contrato administrativo respectivo (*artículo 29 LCA*).

G

Garantía de participación: caución o aval que el oferente le da a la Administración como señal de responsabilidad y de seriedad de su plica u oferta (*artículo 33 LCA*).

Garantía de cumplimiento: caución o aval que el adjudicatario le da a la Administración en señal de su actitud seria y firme de cumplir con el contrato (*artículo 34 LCA*).

Licitación: concurso. Procedimiento de selección del contratista público (*artículo 182 de la Carta Magna*).

Licitación con financiamiento: contrato administrativo que nace del interés de la Administración por usar esta figura negocial cuando –dentro de las condiciones generadas del concurso– requiera el otorgamiento, por cuenta o gestión del contratista, de una línea de crédito para respaldar los gastos derivados de la contratación (*artículo 52 LCA*).

Licitación infructuosa: aquella que se ha promovido por la Administración, pero que resultó fallida, por alguna razón fundada (*artículo 30 LCA*).

Licitación privada: aquella que no necesita de publicación en La Gaceta del cartel ni del acto de adjudicación. La Administración invita a participar en este concurso a quienes estime preciso. Su acto de adjudicación tiene el de revocatoria. Las licitaciones restringidas y por registro son modalidades de este concurso (*artículos 44 a 48 LCA*).

Licitación pública: aquella que requiere publicación en La Gaceta del cartel o pliego de condiciones y del acto de adjudicación; éste puede ser apelado ante la Contraloría General de la República. Se considera que tiene rango constitucional, siendo la regla y el medio más idóneo para seleccionar al contratista del Estado (*artículos 182 de la Carta Magna, y, 41 y 42 LCA*).

Licitación pública con publicación internacional: se da cuando la Administración, además de realizar la publicación respectiva dentro del país, publica avisos en medios de comunicación colectiva impresos o por medio de comunicación a las legalizaciones comerciales acreditadas en territorio nacional (*artículo 43 LCA*).

O

Objeción al cartel: procedimiento por el cual se ataca el pliego de condiciones si se considera que viola las normas o principios de la contratación administrativa (*artículo 81 LCA*).

Oferta: propuesta o plica que hace el oferente a la Administración.

Ofertas en consorcio: varios oferentes pueden unir sus propuestas, sin que ello implique crear una persona jurídica distinta. Las partes que formen este consorcio responderán solidariamente ante la Administración (*artículo 38 LCA*).

Ofertas conjuntas: son aquellas propuestas que se unen, deslindando exactamente el componente diverso de la prestación a la cual se obligan dentro de la plica global (*artículo 39 LCA*).

Oferente: aplicante. Aquella persona que le hace una cotización a la Administración.

P

Pliego de condiciones: cartel. Documento de la Administración en el cual se le informa a los interesados las condiciones, requisitos, y cláusulas, bajo las cuales se le invita a participar en una negociación con el Estado. Este instrumento jurídico obliga tanto a la administración como a los oferentes; y, luego al contratista respectivo.

Precalificación de oferentes: facultad que tiene la Administración de realizar una selección previa de ofertas, con el fin de determinar aquellas que finalmente concursarán para escoger al respectivo adjudicatario (artículo 53 LCA).

Principios constitucionales de la contratación pública: son aquellos preceptos, con rango constitucional, que regulan esta negociación, como por ejemplo: equidad, buena fe, competencia (*artículo 182 de la Carta Magna*).

Programa de adquisiciones: la Administración publicará este programa para dar a conocer a los potenciales oferentes sus necesidades de contratación durante un período presupuestario determinado (*artículo 6 LCA*).

Proveduría: oficina o despacho de la Administración que se encarga de la tramitación de las compras y contratos (*artículos 103 a 107 LCA*).

Proveedores: funcionarios públicos que tienen la jefatura de las provedurías de las instituciones públicas.

R

Reajustes de precios: derecho que tiene el contratista, destinado a que se mantenga la ecuación financiera del convenio o ecuación del equivalente económico.

Recursos: remedios o impugnaciones, ya sea en las vías administrativa o judicial.

Registro de oferentes: la Administración contará con este registro para tener a su disposición una lista de potenciales oferentes en las distintas ramas o áreas de la contratación pública (*artículo 108 LCA*).

Remate o subasta: procedimiento de selección del contratista, indicando un precio con puja a la alza; o, a la baja (artículos 49, 50 y 54 LC4).

S

Selección del contratista público: procedimiento administrativo destinado a obtener la oferta más adecuada a los intereses de la Administración. Sus medios de seleccionar ese oferente, que se convertirá en adjudicatario y contratista son: las licitaciones pública y privada, contratación directa, remate o subasta, certamen.

Silencio positivo en gestiones de los contratistas: la Administración está obligada a tramitar, en un plazo de treinta días hábiles, cualquier gestión que le formule el contratista, cuando sea necesaria para ejecutar la contratación. Transcurrido ese plazo sin una respuesta motivada de la Administración, operará el silencio positivo y la gestión se tendrá por acogida. Lo anterior sin detrimento de la responsabilidad en que pueda incurrir el funcionario público, al tenor del numeral 96 de esta ley (*artículo 16 LCA*).

Subcontratación: procedimiento jurídico por el cual un contrato puede ser dado parcialmente por el contratista a otros particulares, hasta en un 50% –autorizado por la Administración– manteniendo éste sus derechos y obligaciones con la Administración, siendo los subcontratistas responsables ante él (*artículos 58 y 62 LCA*).

U

Urgencia: circunstancia que se da cuando la Administración puede dejar de aplicar los procedimientos de concurso (actuando por la vía de la contratación directa), para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, contando –necesariamente– con la autorización de la Contraloría General de la República (*artículos 2, inciso d y 80 LCA*).

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- Abreu, Adilson. **Aspectos jurídicos da licitação** (Sao Paulo. Ed. Saralva, 1992).
- Alvarado, Myrna. **Los contratos de emergencia** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Alvarez Gendin, Sabino. **Los contratos públicos** (Madrid: Reus, 1934).
- Doctrina jurídica de los contratos públicos del Estado y de la Administración Local** (Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1969).
- Arrieta, Adonay. **Reajustes de precio** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Andy, Jean Marie; Ducos, Robert.. **Droit Administratif** (Paris: Dalloz, 1986).
- Bancomext. **Cómo participar en una licitación pública en América Latina** (México: Bancomext, 1997).
- Barbe, José et al. **Contratación administrativa** (Montevideo: FCU, 1989).
- Badilla, Ana. **Comentarios a la licitación internacional 1-98, contrato de gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto internacional Juan Santamaría** (San José: Maestría en Derecho Público, Universidad de Costa Rica, 1998).
- Barletta, José. **Derechos y obligaciones de la Administración en la contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Barquero, Arlette. **El cartel de licitación** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Bendeck, Jorge et al. **Comentarios al nuevo régimen de contratación Administrativa** (Medellín: Eds. Dike, 1994).
- Berrocal, Carlos. **Concurso de antecedentes** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Betancurt, Jaime. **Nuevo estatuto general de la Contratación Administrativa** (Medellín: Dike, 1997).
- Betancur, Jaime. **Los contratos estatales** (Bogotá: Ed. G. Ibáñez, 1996).

- Nieves, Julio. **La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 26, 1958).
- Blanc, Joan et al. **Introducción a la ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Marcial Pons, 1995).
- Blanco, Héctor. **Prerrogativas del Estado en la ejecución del contrato administrativo** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Borrajo, Ignacio. **El intento de huir del Derecho Administrativo** (Madrid: revista REDA, No. 78, 1993).
- Borrego, Julio. **La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español** (Madrid: Revista de Administración Pública N° 26, 1958).
- Buslema, A.; y, S. **I contratti della pubblica amministrazione** (Padova: Cedam, 1987).
- Cassagne, Juan Carlos (director) **Derecho Administrativo** (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998).
- Cuestiones de Derecho Administrativo** (Buenos Aires: Depalma, 1987).
- Chapus, René. **Droit Administratif** (Paris: Montchrestien, 2 tomos, 1998).
- Chavarría, Norma. **La revisión de precios** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Chevallier, Jacques. **L'Etat de Droit** (Paris: Montchretien, 1992).
- Cianflone, Antonio. **L'Appalto di opera pubbliche** (Milano. Giuffré, 1988).
- Coase, Ronald H. **The firm, The Marquet and The Law** (Chicago: The University of Chicago Press, 1988).
- Essays on Economics and Economists** (Chicago: The University of Chicago Press, 1994).
- Cobrero, Eduardo. **La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia** (Madrid: Civitas, 1998).
- Correa-Freitas, Rubén. **La reforma del régimen de compras del Estado** (Montevideo: Eds. Amalio Fernández, 1991).
- Cortiñas-Peláez, León (coordinador). **Introducción al derecho administrativo** (México: Porrúa, 1994).
- Fundamentos del Derecho Económico** (México: Ed. Porrúa. 1998).

- Coscolluela, Luis. **Manual de derecho administrativo** (Madrid: Civitas, 1996).
- De Carrera, Francisca. **El Estado de derecho como sistema** (Madrid: Instituto de Estudios Constitucionales, 1996).
- De Laubadère, André. **Traité Théorique Contrats Administratifs** (Paris: LGDJ 1956).
- Traité Elémentaire de Droit Administratif** (Paris: LGDJ, 1970-71, 3 tomos).
- De Santo, Víctor (Director). **Diccionario de Ciencias Jurídicas** (Buenos Aires: Ed. Universidad, 1999).
- Del Saz, Silvia. **La huida del derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).
- De Vicente, Ricardo. **Los antes intermedios en Las leyes de procedimiento y de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).
- Dromi, José R. **Derecho administrativo** (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997).
- La licitación pública** (Buenos Aires: Astrea, 1985).
- Escola, Héctor. **Tratado de los contratos administrativos** (Buenos Aires: Depalma, 1977).
- Esquivel, Pablo. **Inconstitucionalidad por montos excesivos en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Fernández de Velasco, Recaredo. **Los contratos administrativos** (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1927).
- Fernández, Hubert. **Proyecto de reforma a la Ley del ICE (San José: Universidad de Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas N° 88. 1998).**
- La contratación administrativa en la jurisprudencia constitucional costarricense** (San José: IJSA, 1998).
- Fernández, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración** (Madrid: Civitas, 1997).
- Flores, Allan. **La licitación pública como parámetro en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

- Franco, Omar. **La contratación administrativa** (Bogotá: Eds. Abogados librería, 1994).
- Fuertes, Mercedes. **El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas** (Madrid: Marcial Pons, 1997).
- Gamboa, Maria Luisa. **Objeción al cartel** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- García de Enterría, Eduardo (Director). **Revista Española de Derecho Administrativo** (Madrid: Cívitas, Nº 1 a 100, CD-ROM, 1999)
- García de Enterría; Eduardo; Tomás Ramón Fernández. **Curso de derecho administrativo** (Madrid: Civitas. Revista de Occidente, 2 tomos, 1974; y, Civitas, 2 tomos, 1994).
- García Ortega, Pedro. **Manual de contratos del Estado** (Madrid: Espasa-Calpe, 1987).
- García-Trevijano, Ernesto. **El régimen de las garantías en la contratación administrativa** (Madrid: Civitas, 1997).
- Garrido Falla, Fernando. **Dictamen sobre las concesiones de ferrocarriles del Atlántico en Costa Rica** (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No. 12 , 1971).
- Tratado de Derecho Administrativo** (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Vol. II, 1974).
- Giannini, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo** (Milano Giuffré, 1988).
- Gimeno, José. **El control de la contratación pública** (Madrid: Civitas, 1995).
- Gómez-Ferrer, Rafael et al. **Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).
- González M. Gerardo. **El cartel** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- González Pérez, Jesús y Francisco González Navarro. **Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común** (Madrid: Cívitas, 1997, 2 tomos).
- González R. Danilo. **Los contratos de la Administración con las ONG's** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Gordillo, Agustín. **Derecho administrativo** (Argentina: CD-ROM, 1999).
- Guerrero, Omar. **Privatización de la administración pública** (Bruxelles: Revista internacional de ciencias administrativas, vol. 57, No. 1, 1990).

- Hernández, Magaly. **El proyecto de ley de administración financiera y presupuestos públicos** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Herrera M. Bethmann. **La garantía de participación** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Herrera M. Roy. **La actividad ordinaria de la Administración** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Herrera V. Mario. **Procedimientos de urgencia en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Laguna de Paz, J.C. **La renuncia de la Administración Pública al Derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 136, 1995).
- López-Elias, Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México** (México: UNAM, tesis de doctorado en Derecho, 1998).
- El contrato administrativo de compraventa internacional de alimentos** (México: UNAM, tesis de licenciatura en Derecho, 1985).
- Lucero, Manuel. **La licitación pública** (México: Porrúa, 1993).
- Luhmann, Niklas. **Poder** (Barcelona Anthropos, 1995).
- Justen Filho, Marcial. **Comentarios a ley de licitaciones e contratos** (Rio de Janeiro. Ed. Aide, 1994).
- Marienhoff, Miguel. **Tratado de derecho administrativo** (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, T. III, 1983).
- Martin-Retortillo, Sebastian. **Reflexiones sobre las privatizaciones** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).
- Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 140, 1996).
- Martínez, José. **¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).
- Mc Rae, Ana P. **Marco jurídico e institucional de la Ley general de concesión de obra pública con servicios públicos** (San José: Universidad de Costa Rica, Maestría de Derecho Público, 1998).
- Medauar, Odete. **Direito administrativo moderno** (Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998).

- Meirelles, Hely Lopes. **Licitacao e contrato administrativo** (Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ed., 1991).
- Melgarejo, Pedro. **Compendio de contratos públicos** (Madrid: Imprenta Antonio Mayoral, 1764).
- Monedero, José. **Doctrina del contrato de Estado** (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977).
- Ministerio de Comunicaciones. **Thesaurus de contratos del Estado** (Bogotá: Telecom, 1990).
- Montoro, Miguel. **Contratos atípicos** (Madrid Escuela Nacional de Administración Pública, 1969).
- Montoya, Alfredo (Director). **Enciclopedia Jurídica Básica** (Madrid: Cívitas, 4 tomos, 1995).
- Morand, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif** (París: L.G.D.J. Montchrestien, 1995).
- Moreno, José. **Contrato público** (Madrid: McGraw Hill, 1996).
- Moreno, Oscar **Contratos administrativos** (Madrid Instituto de Estudios Políticos, 1978).
- Murillo, Mauro. **La contratación administrativa en el voto 998-98 de la Sala Constitucional** (San José: revista Iustitia, Nos. 141-142, 1998).
- Navarro, Patricia. **La licitación pública en la jurisprudencia de la Sala Constitucional** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Nieto, Alejandro. **Corrupción en la España democrática** (Barcelona: Ariel, 1997).
- La "nueva" organización del desgobierno** (Barcelona: Ariel, 1996).
- El derecho administrativo sancionador** (Madrid: Tecnos, 1993).
- Ortega, Luis. **El reto dogmático del principio de eficacia** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).
- Ortiz, Eduardo. **Tesis de derecho administrativo** (San José: Ed. Stradtmann, 1998).
- Palma S., Ana. **El registro de proveedores** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Paniagua, Luis. **Potestad de recesión y resolución en la Ley de Contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, tesis de licenciatura en Derecho, 1998).

- Parada, Ramón. **Derecho administrativo** (Madrid: Marcial Pons, 1990).
- Parejo, Luciano et al. **Manual de derecho administrativo** (Barcelona: Ariel, 1998).
- y Juan Santamaría. **Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo** (Madrid: ed. Ramón Areces, 1989).
- Parra, William. **Las contrataciones estatales** (Bogotá. Ed. G. Ibáñez, 1996).
- Pérez, Teresa. **Los contratos típicos administrativos** (San José: Universidad de Costa Rica, Maestría de Derecho Público, 1998).
- Pérez de León, Bernardo, y Pérez B., Joaquín. **La contratación de las administraciones públicas** (Madrid: BOE, 1996).
- Pinar, José L. **Privatización de las empresas públicas** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).
- Porras, Rolando. **El proyecto turístico de Papagayo** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Pouyand, Dominique. **La nullité des contrats administratifs** (Paris: LGDJ, 1991).
- Rex, Renato. **Ley de contratación administrativa, concordada, comentada y con pronunciamientos** (San José: IJSA, 1999).
- Ribeiro, Roberto. **Contratos administrativos** (Sao Paulo Malheiros, 1996).
- Rodríguez, Gustavo. **Nuevos contratos estatales** (Bogotá. Ed. Willaes, 1994).
- Rodríguez, Katty. **El contrato de concesión de gestión de servicios públicos** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Rojas, Magda Inés. **La nueva caracterización de la concesión de obra pública** (San José: Imprenta Nacional, Revista Parlamentaria, agosto 1998).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. **La licitación pública en Costa Rica** (San José: Universidad de Costa Rica, 1975).
- Los contratos del Estado** (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1993).
- Documentos de trabajo para una reforma parcial a la Ley de contratación administrativa** (San José: comisión coordinada por el diputado Lic. Ovidio Pacheco, 1998).

- Romero-Pérez, Jorge Enrique. **Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 171 de la Ley del Banco Central** (San José: Sala Constitucional. Voto 5947-98).
- Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de contratación administrativa y su reglamento** (San José: Sala Constitucional, voto 998-98).
- El proyecto de Ley de contratación administrativa** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 78, 1994).
- La licitación pública en Costa Rica** (San José: Universidad de Costa Rica, 1975).
- La Ley de contratación administrativa, su reglamento y la Sala Constitucional** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 83, 1997).
- El Estado de Derecho y el Derecho procesal Administrativo** (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No. 10, 1970).
- Aeropuertos y contratos** (San José; *La Nación*, 21 octubre 1998).
- Constitución política y bienes públicos.** San José: *Al Día*, 12 noviembre 1998).
- La concesión del aeropuerto** (San José: *La República*, 20 noviembre 1998).
- Licitación para aeropuerto** (San José: *La Nación*, 28 diciembre 1998).
- Apelaciones y aeropuerto** (San José: *La República*, 4 setiembre 1999).
- La contratación administrativa: regulación internacional** (San José: inédito, 1999).
- Rouviere, Jean. **Les contrats administratifs** (Paris: Dalloz, 1930).
- Sáenz, Randall. **Reconocimiento de intereses** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Salas, Eugenie. **La garantía de participación** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Sánchez, Ileana. **Competencia de la Contraloría General de la República en la Contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).

- Sánchez, Juan. **La oferta** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Sánchez, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial** (Madrid: Tecnos, 1995).
- Sandoval, Marleny. **Nuevo régimen de contratación estatal** (Bogotá: Eds. Doctrina y ley, 1994).
- Santamaría Pastor, Juan. **Fundamentos del Derecho administrativo** (Madrid: Ed. Ramón Areces, 1991).
- Normas básicas del Derecho administrativo** (Madrid: McGraw Hill, 1998).
- Sarmiento García, Jorge. **Concesión de servicio público** (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998).
- Sayagues Laso, Enrique. **La licitación pública**. (Montevideo: Acali, 1978).
- Solano, Javio. **Contratación administrativa** (Bogotá: Ed. Librería del profesional, 1997).
- Solas, José. **Contratos administrativos y contratos privados de la administración** (Madrid: Tecnos, 1990).
- Sosa Francisco. **El contrato público de suministro** (Madrid: Civitas, 1996).
- Soto, Minor. **El inicio del procedimiento de la contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Sundfeld, Carlos. **Licitacao e contrato administrativo** (Sao Paulo: Malheiros, 1994).
- Villalta, Francisca. **Garantías para contratar con la administración pública** (Granada: Cemci, 1996).
- Vinyoles, Miguel. **La adjudicación de los contratos públicos** (Madrid: Civitas, 1995).
- Woodbridge, Paul. **El contrato-ley** (San José: Ed. Costa Rica, 1972).
- Zanobini, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** (Milano: Giuffré, 1958).

**DOCUMENTOS PARA LA HISTORIA
DEL DERECHO COSTARRICENSE**

**INICIOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD
EN COSTA RICA: EL FALLO DE LA SALA DE CASACION EN EL
CASO CHINCHILLA VS. UREÑA**

Lic. Jorge Sáenz Carbonell
Profesor de Historia del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Abogado Costarricense

El 1° de enero de 1888 marcó el inicio de una nueva y para aquel entonces revolucionaria etapa en la historia del Derecho constitucional costarricense. Al entrar en vigor esa fecha la Ley Orgánica de Tribunales emitida en 1887, se implantó en nuestro país, por primera vez, un sistema judicial de control de constitucionalidad.

Desde el inicio de nuestra historia constitucional en 1812, el control de constitucionalidad había tenido en realidad un desarrollo irregular. Las numerosas Constituciones que rigieron sucesivamente a partir de ese año optaron por encomendar esa potestad a órganos de elección popular y de naturaleza predominantemente política, como el Poder Legislativo, o se abstuvieron de regularla. Consecuentemente, este sistema, de carácter concentrado, funcionó sólo de modo ocasional, y en varias ocasiones se vio perturbado o nulificado por cuestiones políticas. La Constitución de 1869 contempló la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia suspendiese la vigencia de una disposición que considerase inconstitucional, pero aparte de que la última palabra seguía correspondiendo al Congreso, el sistema nunca llegó a ponerse en práctica, dado que esa Carta fundamental estuvo vigente poco más de un año.⁽¹⁾

La Constitución de 1871 mantuvo el sistema concentrado, ya que en un artículo claramente inspirado en la de 1812 otorgaba al Congreso la potestad de comprobar si la Constitución había sido infringida y de proveer en consecuencia lo conveniente. Sin embargo, la Ley Orgánica de Tribunales aprobada en 1887, durante la segunda etapa de vigencia de la Carta de 1871, estableció paralelamente un sistema difuso, al disponer en el inciso 1° de su artículo 8° que los funcionarios judiciales no podrían aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos contrarios a la Constitución. Al no exigir este precepto que hubiese una previa declaratoria legislativa de inconstitucionalidad, creó por primera vez un sistema judicial de control, que funcionaría de modo similar al *judicial review* del Decreto constitucional de los Estados Unidos. Ciertamente, el nuevo sistema no guardaba mucha armonía con el texto de la Constitución de 1871, que sólo contemplaba el control legislativo, pero de momento nadie reparó en ello, y el problema de la eventual inconstitucionalidad de las normas que lo regían nunca se planteó.⁽²⁾

(1) V. SAENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Orígenes del control de constitucionalidad en Costa Rica (1812-1937)*, en **Revista de Derecho Constitucional**, San José, Corte Suprema de Justicia, N° 1, enero-abril de 1991.

(2) *Ibid.*, pp. 40-41.

El sistema difuso de control judicial de constitucionalidad empezó a ser puesto en práctica inmediatamente por las autoridades judiciales. La primera resolución judicial de la que se tiene noticia en relación con este tema fue una sentencia del Juzgado 1° Civil de San José, de 10 de noviembre de de 1889, dictada en el caso *Chinchilla vs. Ureña*, en la que el juez declaró inaplicable, por inconstitucional, el artículo 395 del Código Civil. El asunto fue llevado a segunda instancia y más tarde a Casación, y tanto la Sala Segunda de Apelaciones como la de Casación –presidida por el Licenciado Vicente Sáenz Llorente e integrada además por los magistrados Manuel Vicente Jiménez Oreamuno, Pedro María León-Páez Brown, Francisco María Fuente Quirós y Máximo Fernández Alvarado– disintieron del criterio del juez y confirmaron la constitucionalidad de la norma en referencia.

Este caso, modesto en sus dimensiones, razonamientos y alcances, no tuvo mayores repercusiones en su época, pero confirmó que los tribunales estaban facultados para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Según expresa el Dr. Carlos José Gutiérrez, la situación propuesta en *Chinchilla vs. Ureña* se planteó:

“... en una forma exactamente igual al **judicial review** norteamericano. Es el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, en la cual surge un problema de conflicto entre una norma constitucional y otra legal, que es resuelta por los tribunales, como cualquier otra controversia planteada ante ellos.”⁽³⁾

El sistema difuso, que subsistió exactamente cincuenta años –hasta el 31 de diciembre de 1937–, presentó siempre una serie de deficiencias importantes,⁽⁴⁾ pero constituyó el primer esfuerzo exitoso y duradero por implantar en el ordenamiento costarricense un control efectivo de constitucionalidad. En estos momentos en que la Sala Constitucional celebra el décimo aniversario de su existencia, hemos creído de interés reproducir en esta revista el primer fallo de la Sala de Casación en materia de constitucionalidad, que constituye el verdadero *Marbury vs. Madison* de nuestra historia.

Cartago, junio de 1999.

(3) GUTIERREZ, Carlos José. *La Constitución norteamericana como ley importada*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, N° 61, setiembre-diciembre de 1988, p. 51.

(4) V. SAENZ CARBONELL, *op. cit.*, pp. 44-63.

CHINCHILLA vs. UREÑA⁽⁵⁾

(2 p.m. de 10 de marzo de 1890)

En el juicio civil ordinario seguido en el Juzgado primero civil de esta provincia por el señor Ezequiel Chinchilla y Gómez, contra el señor José María Ureña, mayores de edad, agricultores y vecinos de Santa María de Dota, para que se declare que el demandado está en la obligación de dar servidumbre de pasaje por su finca número trece mil cuatrocientos cincuenta y tres, inscripción número uno, folio setenta y uno, tomo ciento cuarenta y seis del Registro de la Propiedad, para pasar a la finca limítrofe del actor, número veintiún mil setecientos cuarenta y dos, inscripción número uno, partido de San José, tomo doscientos cincuenta y nueve, folio ciento ochenta y siete del expresado Registro, cuya demanda la funda el actor en el Decreto de 28 de Noviembre de 1881 y en los artículos 519 del Código Fiscal, 395 y 400 del Código Civil.

RESULTANDO:

- 1° Que contestada por el demandado negativamente la demanda y recibidas las pruebas rendidas por ambas partes, el Juez primero civil de esta provincia, en sentencia de las doce del día veinte de noviembre del año próximo pasado, fundándose en que es inaplicable al artículo 395 del Código Civil, en virtud de ser opuesto al artículo 29 de la Constitución, de acuerdo con el artículo 8° inciso 1°, Ley Orgánica de Tribunales, absolvió del cargo al demandado, sin especial condenación de costas.
- 2° Que de ese fallo apeló el actor por medio de su apoderado el Licenciado don José Joaquín Trejos; y la Sala Primera de Apelaciones, en sentencia de las dos de la tarde del treinta y uno de Enero de este año, y en consideración a que el demandante le asiste el derecho al pasaje que demanda, por la necesidad que ha justificado tener de él, ese pasaje debe concederse bajo las condiciones y reglas establecidas en los artículos 303 al 395 del Código Civil y 6° del decreto antes citado, y a que tratándose de una servidumbre legal y no de una expropiación de un terreno, no existe, oposición entre el citado artículo 395 del Código Civil y el

(5) El texto del fallo de la Sala de Casación figura en *Corte de Casación. Sentencias. Año de 1890*. San José, Tipografía Nacional, 1ª ed., 1892, pp. 19-21.

29 de la Constitución de la República, revocó dicho fallo y declaró que el fundo del demandado debe soportar la servidumbre de paso para el fundo del actor con las condiciones anteriormente expresadas, siendo de cargo del demandado las costas procesales del juicio, en conformidad al artículo 1072 del Código de Procedimientos Civiles.

- 3° Que el señor Licenciado don José Monge Reyes, en su carácter de apoderado del demandado, estableció contra dicho fallo el recurso de casación alegando violación de los artículos 29 de la Constitución, 395 del Código Civil y 87 del de Procedimientos Civiles.
- 4° Que en los procedimientos se han observado las formalidades de ley; y

CONSIDERANDO

- 1° Que el artículo 395 del Código Civil, que concede al propietario de un predio enclavado entre otros ajenos sin salida o sin salida bastante a la vía pública, el derecho de exigir paso por los predios vecinos para la explotación del suyo, pagando el valor del terreno y todo otro perjuicio, no es contrario al 29 de la Constitución, porque si bien éste declara inviolable la propiedad y que a nadie puede privarse de la suya, también exceptúa el caso de que medie interés público, y es evidente que lo hay en facilitar la explotación de los predios para el aumento de la producción y consiguientemente de la riqueza general, lo cual no podría verificarse sin la salida a la vía pública.
- 2° Que por lo mismo las leyes que quedan citadas han tenido perfecta aplicación en la sentencia recurrida, y no existe el motivo que a este respecto se alega en el presente recurso.
- 3° Que tampoco existe el otro motivo apuntado, esto es, infracción del artículo 87 del Código de Procedimientos Civiles, pues según aparece de autos, el fallo de segunda instancia no abraza ni concede más que lo que ha sido objeto del juicio.

Por tanto, de conformidad con los artículos 980 y 983, Código de Procedimientos Civiles, declárase sin lugar la casación demandada, y condénase al recurrente en las costas. Devuélvase los autos a la Sala de su procedencia para los efectos de ley.—Vicente Sáenz.—Manuel V. Jiménez.—Pedro León-Paéz.—Frco. Ma. Fuentes.—Máximo Fernández.—Cipriano Soto, Secretario.

DICTAMEN SOBRE LA REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

Con fecha 25 de mayo de 1998 (VI - 2061 - OV - 101 - 98) la Vicerrectora de Investigación, **Dra. Yamilet González García** le remite al Vicerrector de Docencia, **Dr. Luis Camacho Naranjo**, una comunicación en la cual le dice:

La Vicerrectoría de Investigación ha integrado una Comisión cuyo objetivo principal es llevar a cabo la evaluación de la actividad de investigación en nuestra institución. Luego de varios análisis, hemos considerado oportuno realizar esta evaluación en cuatro frentes, a saber: el proceso de investigación (proyectos, informes parciales y finales), los investigadores (publicaciones, actividades de investigación y otras), las unidades de investigación (centros, institutos) y los medios de los resultados de investigación (revistas, libros, etc.).

Por esta razón, se le encomienda al **Dr. Javier Llobet Rodríguez**, Profesor de la Facultad de Derecho, rendir un dictamen sobre la Revista de Ciencias Jurídicas, que el dictaminador entregó a la Vicerrectoría de Investigación el 18 de setiembre de 1998, el cual se reproduce a continuación.

Vicerrectoría de Investigación
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

Procedo de la siguiente manera a rendir el dictamen que ustedes me solicitaron en relación con la Revista de Ciencias Jurídicas.

Para rendir el dictamen tuve a la vista las revistas Nos. 84, 85 y 86 y los índices de la revistas 1-86. Igualmente me entrevisté con el Dr. Jorge Enrique Romero, director de la revista, el que me proporcionó además documentación correspondiente a la revista.

Se me solicitó que analizara la revista de conformidad con el reglamento de la Dirección Editorial y de Difusión Científica de la Investigación de la Universidad de Costa Rica y el reglamento para la Edición de Revistas de la Universidad de Costa Rica.

El Art. 3 de este último reglamento indica que "Toda revista de la Universidad de Costa Rica debe tener un alto nivel académico". Analizados los números indicados de la revista y los índices debe concluirse que la Revista de Ciencias Jurídicas cumple con tal requisito.

En los diversos números de la revista han escrito no sólo profesores de primer nivel costarricense (Por ejemplo: Dr. Luis Paulino Mora, Dr. José María Tijerino, Dr. Adrián Torrealba, Dr. Víctor Pérez, Dr. Jorge Enrique Romero, Dr. Eduardo Ortiz, Dr. Pedro Haba, Dra. María Antonieta Sáenz, Dr. Mario Houed Vega, Dr. Walter Antillón, Dr. Francisco Castillo González, Dr. Rubén Hernández, Dr. Ricardo Zeledón, Dr. Carlos Tiffer, Dr. Alfredo Chirino, Dr. Bernardo Van der Laet, Dr. Gerardo Trejos, Dr. Enrique Castillo, Dr. Fernando Mora, Dr. Gastón Certad, Dr. Rodolfo Piza Escalante, Lic. Henry Issa, etc.), sino también a nivel extranjero (sobresalen al respecto, por ejemplo, Dr. Salvatore Satta, Dr. Hans Heinrich Jescheck, Gian Antonio Michelli, Dr. Jean-Claude Javillier; Dr. Máximo Giannini, Dr. Jean Rivero, Dr. Eduardo García de Enterría, Dr. Augusto Fantozzi; Dr. Alessandro Baratta, Dr. Robert Barker). La calidad de dichos autores deja claro el buen nivel de la revista.

Según me informó el Director de la Revista Jorge Enrique Romero, quien además me aportó documentación, un buen número de las revistas son enviadas en intercambio al extranjero, recibiendo a cambio la Biblioteca de la Facultad de Derecho revistas publicadas en el extranjero. Lo anterior lo considero de gran importancia, puesto que es claro que el avance científico en el Derecho en donde se documenta es en las publicaciones de revistas, por lo que si se quiere estar al tanto de las discusiones jurídicas debe acudir a la consulta de revistas.

Por otro lado, el envío al extranjero permite difundir en el extranjero el pensamiento jurídico costarricense. Por mi parte, personalmente durante los cinco años que permanecí realizando estudios en el extranjero, fue de gran utilidad la consulta de las revistas de Ciencias Jurídicas que pude realizar en la Biblioteca del Instituto Max Planck de la ciudad de Friburgo en Brisgovia (R.F.A.).

Para los profesores de la Universidad de Costa Rica significa también de importancia la revista por la utilización de artículos de la misma para sus cursos. Personalmente puedo afirmar que cuando estudié en la Universidad de Costa Rica leí como parte de los cursos numerosos artículos de las revistas. Por otro lado, ahora como profesor considero también de gran utilidad dichos artículos para mis estudiantes. Por ejemplo, la conferencia que el Prof. Hans-Heinrich Jeschek impartió en Costa Rica (Revista 46), el artículo sobre Becker y Chapman de Enrique Castillo (Revista 37), los diversos artículos escritos por el Dr. Francisco Castillo (Revistas 15, 18, 17, 18, 19, 24, 26, 32, 24, 38, 46, 49), y el artículo del Dr. Fernando Cruz sobre la pena privativa de libertad (Revista 42).

Es importante señalar que desde mi perspectiva existen tres importantes revistas jurídicas en Costa Rica: la Revista de Ciencias

Jurídicas, la Revista Judicial y la Revista de Ciencias Penales. La Revista Judicial, aunque tiene artículos de carácter académico está dirigida fundamentalmente a los funcionarios del Poder Judicial, ocupando un papel importante los resúmenes de sentencias que aparecen en la Revista realizados por el Digesto de Jurisprudencia. La Revista de Ciencias Penales tiene un nivel académico alto, siendo frecuente que escriban profesores de la Universidad de Costa Rica; se trata de una revista especializada, con una determinada línea político-criminal. Por ello, considero que la Revista de Ciencias Jurídicas llena un espacio diferente al de las otras dos revistas.

En lo concerniente a la regularidad de la Revista de Ciencias Jurídicas, es de importancia mencionar que se haya llegado al No. 86, número que no es usual al que llegue una revista latinoamericana, lo que demuestra la regularidad de la revista y la aceptación de la misma. Según la conversación que sustuve con el Dr. Jorge Enrique Romero la revista no se ha dejado de publicar con regularidad (3 números anuales). Los ejemplares publicados dan fe de ello. En la información que me suministró se indicó que en 1996 no se publicó. Sin embargo, según me lo señaló el Dr. Jorge Enrique Romero no fue que durante ese año no se publicase la revista, sino que lo que se procedió fue a actualizar las fechas de la aparición de la revista, por cuanto a lo largo de los 82 números anterior se había ido acumulando un atraso de aproximadamente un año.

La impresión de la Revista es de alta calidad. La misma es publicada en la imprenta LIL, que es la de más prestigio a nivel costarricense. El costo de publicación por ejemplar, conforme a los documentos suministrados por el Dr. Jorge Enrique Romero, debo estimarlo como razonable, ello de acuerdo con la experiencia que tengo con publicaciones mías que se han realizado a través de la imprenta LIL y de otras imprentas.

En cuanto al Consejo Editorial de la Revista según los informes que me suministró el Dr. Jorge Enrique Romero se reúnen varias veces al año, guardándose las actas respectivas. Ello es de importancia en cuanto se demuestra que efectivamente se cumple la función encomendada.

En lo atinente al formato de los artículos en la información que se me suministró se indica que no existe. Sin embargo, el Dr. Jorge Enrique Romero me dijo que existen parámetros generales al respecto que se siguen, por ejemplo que el artículo tenga entre diez y treinta páginas, que el formato sea a doble espacio, que se presente bibliografía y notas al pie al final, igualmente que se acompañe información sobre el autor. En principio escriben en la revista solamente

graduados en Derecho. Sin embargo, según lo indicó el Dr. Romero se trata de ser flexible en cuanto a los requisitos, para no desestimular la presentación de artículos. Viendo el formato de artículos de los últimos números publicados no se observan grandes diferencias, por lo que no veo ningún problema al respecto.

Dejo así rendido el dictamen, quedando a su disposición si quieren que aclare algún aspecto del mismo y que me pronuncie con respecto a un aspecto adicional.

Atentamente:

Dr. Javier Llobet Rodríguez LL.M.

Profesor adjunto de la Universidad de Costa Rica

18 de setiembre de 1998

Hassemer, Winfried; Chirino Sánchez, Alfredo. **El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales** (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, 238 págs.)

Sin duda alguna el Derecho informático tiene una singular importancia en la época presente.

El contenido de este excelente libro es el siguiente:

- Capítulo I. Procesamiento de datos y protección de datos
Capítulo II. El derecho a la protección de datos personales
Capítulo III. Acerca del derecho a la autodeterminación informativa como un nuevo bien jurídico. Una contribución al análisis de la tutela de la intimidad en el proyecto de Código Penal de 1995 de la República de Costa Rica
Primera Parte: El bien jurídico intimidad ante el advenimiento de las nuevas tecnologías
Segunda Parte: El camino hacia la autodeterminación informativa
Tercera Parte: La tutela de la autodeterminación informativa en el proyecto del Código Penal de Costa Rica de 1995

De las **conclusiones** del Capítulo tercero, que presenta esta magnífica obra selecciona estas:

- *Una tutela tradicional de la intimidad como la que es posible observar en muchas constituciones políticas y legislaciones de nuestro ámbito cultural impide enfrentar de manera eficiente los peligros del "poder informático", y un abandono legislativo en esta área dejaría al ciudadano solo frente a fuerzas que van más allá de sus posibilidades de control y supervisión.*
- *La evolución manifestada por este derecho de la autodeterminación informativa lo ha llevado ya a las Constituciones Políticas de Argentina, Colombia y Brasil, así como a las de España y Portugal, como también en multitud de Constituciones de los **Lander** en la República Federal de Alemania. Este paso agrega convencimiento al carácter de derecho fundamental que ostenta, con fundamento y raigambre constitucional en el derecho a la intimidad, en el principio de libre desarrollo de la personalidad y en el de la dignidad del ser humano (págs. 226-227).*

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

Esta valiosa compilación de normas presenta este contenido:

- **Ley** sobre riesgos del trabajo, reforma al título IV del Código de Trabajo
- y los siguientes **Reglamentos**:
 - general de riesgos del trabajo
 - general de seguridad
 - general de seguridad e higiene de trabajo
 - de las comisiones de salud ocupacional
 - sobre higiene industrial
 - de seguridad en construcciones
 - de dispositivos de seguridad para protección de obras para el control de ruidos y vibraciones
 - de escaleras de emergencia
 - para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los beneficiarios del seguro de salud
- **Jurisprudencia** sobre riesgos del trabajo

En este apartado, por ejemplo, la sentencia No. 154 de la Sala Segunda de las 9:40 hs del 14 de julio de 1993 sostuvo el criterio de que de acuerdo al artículo 195 del Código de Trabajo, para la configuración del riesgo profesional, se requiere que el trabajador se encuentre prestando sus servicios en forma subordinada. Por ello la circunstancia de que el señor X, falleciera en una zona aledaña al lugar de su trabajo, no justifica el pago de las indemnizaciones solicitadas (pág. 278).

- o -

Quesada Pacheco, Jorge Arturo. **Análisis del discurso oral en el proceso penal**. (San José: EUNED, 1998; 160 páginas).

El Dr. Quesada en su **prefacio** señala que ha introducido el análisis del discurso jurídico en nuestro país, siendo un área prácticamente desconocida por los profesionales en derecho, que no se han percatado de la necesidad de utilizar de utilizar este análisis (pág. XI).

Indicando este autor que lo primero que se señala en el uso del lenguaje es que “hablamos muy mal”. Esta inseguridad lingüística tiene su triste origen en la desacertada perspectiva desde la cual se ha enseñado el español en nuestro país (pág. 101).

Este importante libro nos da el siguiente contenido:

- Capítulo I. Entre la escritura y la oralidad
- Capítulo II. La estrategia de “usted dice”: su uso y abuso
- Capítulo III. El reciclaje de temas
- Capítulo IV. Análisis de un robo agravado
- Conclusión
- Bibliografía

— o —

Trejos, Gerardo. **Derecho de familia costarricense** (San José: Juricentro, 1999, 398 páginas, Tomo II).

En la **Introducción**, el Dr. Trejos nos informa que las instituciones de que se ocupa este segundo tomo: filiación, adopción, declaración de abandono, autoridad parental, alimentos, tutela y curatela, sufrieron profundos cambios en el período legislativo 1994-1998 (pág. 18).

El contenido de este valioso libro es:

- Capítulo I. La filiación en general
- Capítulo II. La filiación matrimonial
- Capítulo III. La filiación extramatrimonial
- Capítulo IV. La filiación derivada de procreaciones asistidas
- Capítulo V. La filiación adoptiva
- Capítulo VI. La declaratoria de abandono
- Capítulo VII. La autoridad parental
- Capítulo VIII. Los alimentos
- Capítulo IX. De la tutela
- Capítulo X. De la curatela

Sin duda que esta investigación es de suyo relevante para el conocimiento y la comprensión del Derecho de Familia de nuestro país.

— o —

Fernández Ruiz, Jorge. **Derecho administrativo (servicios públicos)** (México: Porrúa, 1995, 615 páginas).

El maestro Andrés Serra Rojas, en el **Prólogo** de este libro, expresa: es una magnífica y útil contribución al estudio y reflexión de

uno de los temas más importantes del Derecho Administrativo, como es el de los servicios públicos (pág. XI).

Por su parte el autor señala, en la **Introducción**, que en el esquema individualista, que preconiza la libertad y la igualdad, el mejor Estado es el menor Estado, pues su papel se reduce al de gendarme y se concreta a cumplir la fórmula liberal *laissez faire, laissez passer*. Llevado a su extremo, el esquema liberal provoca la anarquía, en la cual, en aras de la libertad, de la libre empresa y del cambio, el hombre pierde su fin en sí mismo y pasa a ser un bien equiparable a cualquier otro de los que están en el mercado, en un proceso en que los individuos económicamente poderosos aplastan o, en el mejor de los casos, utilizan a los débiles o desamparados (pág. 1).

Es precisamente con el jurista León Duguit (1859-1928) que se establece la tesis de la solidaridad social, en donde el Estado es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados (pág. 3).

Este libro nos ofrece esta temática relativa al servicio público:

- Origen de la idea
- Principales vertientes teóricas
- Criterios para determinar el carácter público del servicio
- Principales actividades del Estado
- Servicios públicos propios e impropios
- La crisis de este servicio
- Caracteres esenciales
- Sus elementos
- Su definición
- División y clasificación
- Formas de gestión
- La huelga en estos servicios
- Ocupación temporal, requisita y militarización
- La concesión
- Nacionalización
- Precios, tasas y tarifas
- Situación jurídica del usuario
- Servicios públicos generales

Rojas Franco, José Enrique. **La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial** (San José: Mundo gráfico, 1999, 374 págs., 4ª ed.)

El Dr. Rojas Franco indica en el **Prólogo** a la cuarta edición que este libro pretende demostrar que en Costa Rica no sólo la Sala Constitucional puede suspender o limitar el poder público, sino también la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Es más, se exponen casos en que la Sala Constitucional no ha respondido a los requerimientos de los administrados y sí lo ha hecho la Jurisdicción Contenciosa administrativa, la cual –al igual– que la Sala Constitucional tiene rango constitucional (pág. XIX).

La temática de esta relevante obra es:

- Capítulo I. Sobre el Estado y la Administración Pública
- Capítulo II. La suspensión del acto en sede administrativa y jurisdiccional
- Capítulo III. El incidente de suspensión del acto o disposición administrativa impugnada
- Capítulo IV. Oportunidad procesal para solicitar la suspensión
- Capítulo V. Legitimación y partes en el incidente de suspensión
- Capítulo VI. El acto jurídico procesal que resuelve la solicitud de suspensión
- Capítulo VII. Procedencia en general del incidente. Anexo
- Capítulo VIII. Procedencia específica del incidente de suspensión
- Capítulo IX. Improcedencia del incidente de suspensión
- Capítulo X. Derecho comparado
- Capítulo XI. Doctrina comparada
- Apéndices

Sin duda esta obra es clásica en nuestro ambiente jurídico, en la cual se presenta jurisprudencia comentada de primer orden para la comprensión de este aspecto en lo contencioso administrativo.

– o –

Rivero Sánchez, Juan Carlos. **Ley general de arrendamientos urbanos y suburbanos comentada** (San José: Ediciones jurídicas Areté, 1999, 135 págs.)

En el **Prólogo** de esta investigación, su autor nos indica que desea contribuir al desarrollo inquilinario nacional (pág. 13), lo cual claro está que lo ha logrado.

Esta obra nos da meridianamente jurisprudencia de la Sala Constitucional que ayuda a la comprensión de esta ley.

De la gama de cuestiones interesantes que nos proporciona el libro, señalamos, a título de ejemplo, lo que se informa sobre el derecho de llave.

Esta Ley no elimina el derecho de llave. Debe reconocer la indemnización del derecho de llave cuando el arrendante, sin conceder la prórroga expresamente, ha suscitado en el arrendatario la confianza en una posible prórroga del arrendamiento. Debe tenerse presente que el derecho de llave no deriva de Ley, sino que se origina en usos, costumbres y prácticas mercantiles (págs. 208 y 209).

- o -

Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. **Historia del Derecho Costarricense** (San José: Juricentro, 380 págs.)

En la **Introducción** el autor indica que Costa Rica tiene a orgullo ser un Estado de Derecho y contar con una sólida tradición jurídica. Sin embargo, esa vocación legalista de los costarricenses tardó considerablemente en proyectarse al campo de la literatura jurídica (pág. 9).

Creemos, afirma el autor, que una adecuada consideración del desarrollo histórico de nuestro Derecho tampoco puede prescindir del estudio del Derecho Indiano y sus instituciones (pág. 12).

El contenido de esta importante obra es:

Primera Parte: Los derechos antiguos

Segunda Parte: El derecho indiano

Tercera Parte: El derecho costarricense: los Códigos, las Constituciones; y, el ejercicio del Derecho y la cultura jurídica.

El Profesor Sáenz Carbonell también ha publicado una relevante **Historia diplomática de Costa Rica (1821-1910)** [San José: Juricentro, 1996, 672 págs.] que constituye una valiosa contribución al conocimiento de la diplomacia nacional.

- o -

Rodríguez Vindas, Ramón Luis. **Temas de Derecho Financiero y Tributario** (Costa Rica - España). (San José: Ed. Jurídica Continental, 1999, 305 págs.)

El abogado Juan Luis Montoya Segura, Procurador Tributario de la República, afirma en el **Prólogo** de esta meritoria obra que los temas que

contiene son de gran importancia y de sobrada actualidad en el ámbito del Derecho Financiero, en los cuales el autor sagazmente combina su experiencia y formación académica en el Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid, con la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, para dar una solución a diversos problemas tributarios, que no son ajenos al ordenamiento jurídico costarricense (pág. 13).

Los sugestivos temas que se analizan en este libro son:

- *En torno a la retroactividad de normas en materia tributaria.*
- *Hacienda local costarricense: la vertiente de ingresos. El Poder tributario de las Municipalidades en Costa Rica.*
- *Aprobación de presupuestos y reforma tributaria*
- *Aproximación a los matices establecidos por la jurisprudencia constitucional española en torno a la aplicación de los principios y garantías del ordenamiento en el ámbito sancionador tributario.*
- *Sanciones accesorias en materia tributaria: el caso de España.*

En la **Presentación**, su autor manifiesta que esta obra no aborda un único tema monográfico, sino que es el producto de la recopilación de diversas investigaciones que se realizaron en España, durante la época en que se realizó los cursos necesarios para obtener la aptitud investigadora para elaborar la tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid. Todas esas investigaciones fueron publicadas en revistas españolas especializadas; y, otras en México y Venezuela (pág. 17).

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
 Ensayos:	
Protección de datos y moderno proceso penal: aspectos constitucionales y legales <i>Dr. Alfredo Chirino Sánchez</i>	9
Necesidad de aplicar el concepto de bases de datos mediante la implementación de un sistema de información territorial <i>Lic. Mario Alberto Zamora Cruz</i>	43
La nulidad de sentencias constitucionales por desviación de competencias (II) <i>Lic. César Hines Céspedes</i>	53
Contrato de gestión interesada <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	91
Documento histórico <i>Lic. Jorge Sáenz Carbonell</i>	143
Dictamen jurídico <i>Dr. Javier Llobet Rodríguez</i>	149
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i>	153

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
Ensayos:	
Protección de datos y moderno proceso penal: aspectos constitucionales y legales <i>Dr. Alfredo Chirino Sánchez</i>	9
Necesidad de aplicar el concepto de bases de datos mediante la implementación de un sistema de información territorial <i>Lic. Mario Alberto Zamora Cruz</i>	43
La nulidad de sentencias constitucionales por desviación de competencias (II) <i>Lic. César Hines Céspedes</i>	53
Contrato de gestión interesada <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	91
Documento histórico <i>Lic. Jorge Sáenz Carbonell</i>	143
Dictamen jurídico <i>Dr. Javier Llobet Rodríguez</i>	149
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i>	153