

ISSN
00347787

2008

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
116



SEPARATAS

SAN JOSÉ, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO

(Cuatrimestral)
2008

116

ISSN
00347787

2008

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
116



SAN JOSÉ, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO
(Cuatrimestral)
2008

116

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
 Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
 LIL, S.A., 1963.
 184 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

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

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

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

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Director M.L. Profesor Alder Senior Grant; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberfto Corella Quesada	Presidente
Licda. Marta Esquivel Rodríguez, Coordinadora de	Enlace
Licda. Roxana Pujol Sobalvarro	Pro-secretaria
Lic. Alejandro Madrigal Benavides	Secretaria
	Vocal 4

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Rafael González Ballar	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor Salas Solís	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 116, 2008, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

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

www.latindex.ucr.ac.cr

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

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

116

SAN JOSE, COSTA RICA
2008
MAYO - AGOSTO
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2008

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidenta:

Dra. Marina Volio Brenes

Secretaria:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Prosecretaria:

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

Tesorera:

M.Sc. María del Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

Lic. Viamney Guzmán Alvarado

Vocal 2:

Lic. Rogelio Fernández Moreno

Vocal 3:

Licda. Patricia Vega Herrera

Vocal 4:

Lic. Alejandro Madrigal Benavides

Vocal 5:

Licda. Miriam Alvarez Ross

Fiscal:

Lic. Carlos Boza Mora

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

M.Sc. Marta Bustamante Mora

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número 116 del 2008, se publican trabajos de investigación en los campos del Derecho Penal Juvenil, Servicio Público, Constitucional, Administrativo, e Internacional Privado.

Además, se incluyen las reseñas bibliográficas respectivas.

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Justicia restaurativa y sistema de sanciones alternativas en el Derecho Penal Juvenil <i>Licda. Olga Marta Mena Pacheco</i>	13
Apuntes sobre el servicio público en tiempos de globalización <i>Prof. Ronald Hidalgo Cuadra</i>	37
La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección a los derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia <i>Dr. Rodrigo Arias Grillo</i>	77
Estado: estructura y funciones <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	111
Algunas consideraciones sobre la armonización del Derecho Internacional Privado <i>Dra. Joselyn Bermúdez Abreu</i>	139
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	171

JUSTICIA RESTAURATIVA Y SISTEMA DE SANCIONES ALTERNATIVAS EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Prof. Olga Marta Mena Pacheco^()*

(Recibido 20/06/07; aceptado 10/03/08)

(*) Profesora de Derecho Penal, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
Teléfono: 2207-4114
e-mail: omena@poder-judicial.co.cr

RESUMEN

Este artículo es un acercamiento desde la legislación Penal Juvenil a la justicia restaurativa. Se señalan los mitos e inquietudes que podrían ser obstáculo para la introducción de esta práctica en la cultura costarricense. Las alternativas al juicio, las de des-judicialización y las sanciones alternativas a la privación de libertad son intentos positivos existentes sobre los que debe continuar su discusión para perfeccionarlos y elaborar otras propuestas. ¿Podrá ser aplicada la justicia restaurativa cuando se descuenta una pena de internamiento en un centro? En conclusión es necesario devolver el conflicto a quienes les pertenece (víctima y victimario) la voluntad de ambas partes es lo más importante. Las posibilidades de solución de conflictos son diversas y las respuestas infinitas. Esa es la apertura que se trata de promover.

Palabras clave: Justicia restaurativa, sanciones alternativas, alternativas al juicio, desjudicialización, pena privativa de libertad, derecho penal juvenil, víctima, victimario.

ABSTRACT

The article presents an approach to restorative justice from juvenile criminal laws. It discusses the myths and uncertainties that could obstruct the implementation of this practice in Costa Rican culture. Alternatives to courts, “de-judicialization” and alternative sanctions to incarceration are positive intents which should be discussed and developed further in order to enhance them and to create supplementary proposals. Could restorative justice be applied while serving a sentence in a criminal complex? In conclusion, it is necessary to remand the conflict to the ones who really have a stake on it, (victim and offender) and to acknowledge that the will of both parties is of most importance. Possibilities in conflict resolution are endless and this is the rationale we try to promote.

Key words: Restorative justice, alternative sanction, alternatives to court, de-judicialization, juvenile penal criminal, victim, offender.

SUMARIO

Introducción

- I. ¿Qué se entiende por justicia restaurativa?
- II. Mitos e inquietudes que impiden crear una cultura de justicia restaurativa
- III. Los centros de internamiento de menores, modelo arraigado en nuestra cultura. Ejecución de la sentencia. El fenómeno de información de las masas y alternativa propuesta
- IV. Mecanismos judiciales des-institucionalizadores en el derecho penal juvenil
- V. Personas que pueden intervenir en el desarrollo del programa restaurativo

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Se inicia el diálogo nacional para reformar y modernizar el sistema judicial en Costa Rica en 1994. El primer gran cambio se produce el 1 de mayo de 1996 con la entrada en vigor de la Ley de Justicia Penal Juvenil⁽¹⁾ que fuera adecuada a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989. Seguidamente viene la promulgación del Código Procesal Penal⁽²⁾ y continúa con el desarrollo de prácticas de Resolución de Conflictos (Programa RAC) que conducen a la promulgación de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.⁽³⁾ Posteriormente se encuentra el campo fértil para iniciar la capacitación de prácticas restaurativas y entre éstas los “círculos”⁽⁴⁾ utilizados para resolver conflictos de diversa naturaleza. No puede dejarse de mencionar que todas estas iniciativas han tenido el apoyo y han formado parte del plan de trabajo de la Comisión para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.

La justicia y prácticas restaurativas son iniciativas que traen una serie de inquietudes que no siempre están sustentadas en elementos de realidad, es más, sobre este tema se manejan una serie de mitos, generalmente ocasionados por el miedo al cambio y por el miedo inducido por algunos de los medios masivos de comunicación y ciertos grupos de poder para poder controlar a la ciudadanía, quienes por el miedo permiten o guardan silencio cuando se les limitan o disminuyen ciertas garantías.

(1) Ley No. 7576 de 6 de febrero de 1996.

(2) Ley No. 7594 de 4 junio de 1996.

(3) Ley No. 7727 de 1997, de 9 de diciembre.

(4) Stuart Barry y Pranis Kay. *Círculos de Paz, Reflexiones sobre sus características y principales resultados*. Justicia restaurativa en Costa Rica. CONAMAJ. 2006. Pranis Kay. *Manual para Facilitadores de Círculos*. Publicación de la Comisión para el mejoramiento de administración de justicia. (CONAMAJ). Es un proceso que reúne a personas que desean resolver un conflicto, o desean reconstruir un vínculo, apoyarse, tomar decisiones o realizar acciones en donde la comunicación es honesta, el desarrollo de los vínculos y el fortalecimiento comunitario son parte esencial de los resultados que se esperan.

En esta ponencia se pretende señalar en primer lugar qué es la justicia restaurativa, los mitos e inquietudes que impiden crear esta cultura. Los centros de internamiento de menores. La ejecución de la sentencia y el fenómeno de información de las masas, se propone además, una posible alternativa. Por último se mencionan los mecanismos judiciales alternos que hasta la fecha existen. Es nuestro interés poner a discusión este tema y tratar de eliminar los mitos y prejuicios que se señalan para que este proceso pueda llegar a convertirse en una cultura o en una filosofía de paz social y convivencia.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR JUSTICIA RESTAURATIVA?

a) Definición

Es un movimiento que puede incursionar en diferentes ámbitos, llámense éstos: el doméstico, el escolar, el universitario, el académico, el penal juvenil, el derecho penal para adultos, el laboral y el empresarial. Dentro del Derecho Penal Juvenil se reconoce que los conflictos en general causados por los menores de edad, así como el delito en específico causan heridas en la víctima, en las comunidades y en el mismo ofensor. La justicia restaurativa promueve la reparación del daño y permite que las partes involucradas participen en el proceso. En esta práctica hay tres sujetos procesales involucrados principalmente: la víctima, el ofensor y los miembros afectados de la comunidad. Todos ellos al ser personas interesadas directamente, participan y se involucran en la solución que se le dará al conflicto o delito cometido.

La Justicia Restaurativa es un paradigma –que por cierto no es novedoso– al haber sido practicado por los indios maori de Nueva Zelanda, por los indios estadounidenses, los canadienses y en general por las culturas aborígenes de Yukón, Nueva Guinea y Hawai.⁽⁵⁾ Leyendo la historia de otras instituciones, se puede afirmar que se encuentran vestigios de estas costumbres entre las tribus germánicas en la Edad Media.

Según el historiador romano Tácito, en las antiguas tribus germánicas sólo los delitos de interés público tenían verdaderas penas. Aquellas contra las personas o la propiedad originaban la venganza

(5) Stuart y Pranis, *ibidem*.

privada, provocaban la guerra individual, conocida con el nombre de faida. Más tarde, el derecho de guerra, o faida se perdía si el ofendido no lo ejercía inmediatamente. Esta era una lucha entre familias, clanes o tribus. Posteriormente fue admitido el rescate de las ofensas y la entrega de cabeza de ganado significaba el perdón de la faida y la indemnización del daño causado. Esto es lo que se conoce con el nombre de Composición o “Wergeld”, cuyo valor se realiza a favor de la víctima.⁽⁶⁾

Analizando lo anterior, lo que se propone con la justicia restaurativa, aunque con otro enfoque, es un retorno a esos métodos de composición del Derecho germánico de principios de la Edad Media y que fueron dejados de lado cuando irrumpe la inquisición y más tarde cuando se consolida ese modelo al ser adoptado por los nacientes estados nacionales. La composición de aquellos tiempos y la justicia restaurativa implican ambas la participación de las personas directamente involucradas en el conflicto, con la segunda –justicia restaurativa– se puede ampliar el número de participantes, lo fundamental es reconocer que cada hecho es único y que el enfoque debe variar según las circunstancias que rodean el conflicto.

b) ¿Que es lo que nos conduce a revitalizar esta práctica? Se pueden incluir aquí dos factores, en primer lugar, cuando se comete un delito, y se aplica la sanción los fines de la pena no se cumplen, el modelo es uno vindicativo, de castigo hacia el infractor. En segundo lugar, a las víctimas no se les repara el daño ni tampoco a sus relaciones.

El primer factor mencionado ha llevado a reflexionar porque en las diferentes legislaciones –hasta el día de hoy– nos enfrentamos al conflicto penal con un enfoque punitivo, retributivo o eliminatorio. Lo anterior vale tanto para el derecho penal de adultos, como para el penal juvenil, aunque con menor violencia en este último, pero en ambos con el gran inconveniente de que los conflictos no se solucionan sino que quedan en suspenso, las víctimas no se satisfacen, y el infractor no reconoce su error. El sistema punitivo –que tenemos internalizado– excluye cualquier otra alternativa o posibilidad de resolver los conflictos.

En vista de lo anterior, hay un sector importante de la doctrina que ha tendido a la exploración de otras alternativas tendentes a un enfoque rehabilitador y reparador.

(6) Mena Pacheco, Olga Marta. *La multa penal*, 1979, pág. 26.

Pensamos que en la sencillez del procedimiento, en el apoyo, en la enseñanza, en el estímulo, en la participación de la comunidad, en la asistencia de los conflictos y en la resolución del problema está, una de las respuestas para obtener el bienestar y la paz social tan ansiada por nuestras comunidades. La ventaja directamente derivada del paradigma de la justicia restaurativa es lo que nos conduce a la solución de la mayor parte de los conflictos, con un alto e importante grado de satisfacción de parte de la víctima y aceptación del error, arrepentimiento y muchas veces vergüenza por el daño causado de parte del victimario.

II. MITOS E INQUIETUDES QUE IMPIDEN CREAR UNA CULTURA DE JUSTICIA RESTAURATIVA

- a. La creencia de que el derecho penal en general y el penal juvenil en específico son la única vía para resolver los conflictos. No se maneja dentro de la ciudadanía que esas ramas del derecho, por el contrario, ejercen una función de legitimación y son un derecho penal simbólico porque después de procesos violentos, dañinos y lentos no resuelven los conflictos, más bien sirven para anestesiar a la población haciéndoles creer que se está haciendo al menos algo.
- b. Existe un reclamo de parte de la comunidad⁽⁷⁾ porque consideran que los encargados de sancionar a los infractores no están siendo efectivos, la impunidad consideran, debe resolverse con la punición efectiva, severa y universal.
- c. Existe un miedo hacia la criminalidad, fomentado por los medios comunicativos, que impresiona y conmueve a los miembros del Parlamento y al Poder Ejecutivo y los lleva a la elaboración de leyes que no observan el principio de legalidad/tipicidad, o promulgan leyes sin bien jurídico tutelado, en otras palabras, dictaminan un derecho penal de reacción; ese miedo a la criminalidad, impulsa a los legisladores además, a querer incursionar penalmente en zonas de la realidad que deberían confiarse al derecho civil, al administrativo, al comercial, al ambiental entre otras ramas del derecho.

(7) Son los medios de comunicación los que con la “notitia criminale”, ayudan a que la comunidad alimente sentimientos vindicativos, de venganza y de tolerancia cero.

- d. No se ve con buenos ojos el que a aquellas personas adultas o aquellos menores a quienes los medios de comunicación señalan como enemigos (me refiero a los sin techo, inmigrantes, los pobres, los tatuados) y a los infractores que cometen determinadas formas de criminalidad, sean tratados en forma restaurativa.
- e. Otra preocupación es que los mecanismos alternativos se conviertan en sustitutivos de la justicia formal. Ven al mediador, al facilitador⁽⁸⁾ o como lo llamen, como una persona que no tiene ninguna responsabilidad sino que podría lucrar alrededor del conflicto.
- f. Los abogados defensores tienen miedo que vayan a quedar sin clientes y pueden tratar de obstruir el que se llegue a un arreglo o se repare el daño; los fiscales consideran que cuando se cometen delitos muy graves no debe otorgarse ninguna concesión al infractor; los jueces por otro lado, pueden no creer en la conciliación o mediación, o tener miedo a ser censurados por usar tales mecanismos.
- g. En países donde el derecho penal juvenil no está rodeado de las garantías del procedimiento para adultos, y tienen problema de bandas juveniles (Honduras, El Salvador, Guatemala) la tendencia de los órganos estatales los conduce a la aprobación de un derecho penal juvenil de otra velocidad. ¿Que se quiere decir con “otra velocidad”? En muchos casos las leyes que se aprueban son una involución, o sea, son una regresión del derecho garantista, porque privan de algunas o de todas las garantías penales y procesales a los seleccionados. Eso en doctrina se conoce como un derecho penal de reacción, simbólico o como derecho penal de autor⁽⁹⁾ y por lo tanto, denota la crisis del estado social de derecho.
- h. Se señala que la justicia restaurativa se distorsionará cuando se promueva su uso por agencias gubernamentales que buscan

(8) Lo consideran un eufemismo.

(9) Zaffaroni Eugenio, Raúl. *Manual de Derecho Penal*. “...es una corrupción del derecho penal en que no se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una forma de ser del autor, que sería lo verdaderamente delictivo. El acto tiene valor de síntoma de la personalidad; lo prohibido y reprochable o peligroso sería la personalidad y no el acto”.

financiamiento o desean simplemente cumplir con ciertas directrices. El temor es que las agencias tradicionales del gobierno no cambiarán el modelo con que vienen funcionando, pero usarán la terminología de la justicia restaurativa. En igual forma el servicio comunitario o la reparación del daño se pueden tornar simples órdenes de la corte y tener poco impacto restaurativo.

III. LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE MENORES, MODELO ARRAIGADO EN NUESTRA CULTURA. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. EL FENÓMENO DE INFORMACIÓN DE LAS MASAS Y ALTERNATIVA PROPUESTA

a) Los centros de internamiento de menores. Estos internados participan de todas las características de la cárcel y responden a un “movimiento” de control social que se desarrolla desde el siglo XVIII, son la respuesta a una necesidad de vigilancia, de control y de disciplina de los individuos que conduce a una sociedad autoritaria, vertical y represiva.

La pena de prisión a pesar de no producir ningún efecto positivo en el interno y ser tan criticada conduce a preguntarnos: ¿por qué subsiste?, y ¿cuál es la razón de su éxito? Se cree que proporciona a los ciudadanos tranquilidad de no pertenecer a los que están reclusos, eso es lo que nos hace diferenciarnos.⁽¹⁰⁾ Esa tranquilidad social, esa satisfacción de ser de los de afuera y no de los de adentro, nos produce bienestar.

Estos centros, en su mayoría, están poblados de infractores contra la propiedad, por delitos de poca gravedad y peligrosidad. Sin embargo, el concepto que se maneja en el común de las personas es que la cárcel es el lugar de homicidas y violadores, no quiere decirse que estos delincuentes no existan, pero los hay en un bajo porcentaje en relación con los primeros. Por lo demás, los autores de hechos que causan un verdadero impacto social, hechos muchos que ni siquiera son perseguidos y si lo fueron, no se denunciaron, por ende, esos infractores no están en prisión, y además, pertenecen a grupos sociales que no forman parte del grupo que se selecciona secundariamente.

(10) Issa El Khoury, Henry. *Penas Alternativas y Ejecución penal*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre 1992. Año 4, No. 6.

Los centros de detención o prisiones se convierten en los controladores sociales por excelencia y hace que la sociedad ignore el resto de controles ocultos existentes. El control está en la prisión que nació precisamente para eso, pero nuestra sociedad no es una cárcel, no es controladora...⁽¹¹⁾ La prisión justifica el sistema penal, tranquiliza a los ciudadanos porque se vive una guerra, el enemigo está en prisión, el resto de la población está protegida, ese, el interno, ya no nos va a dañar, se apacigua por tanto, el sentimiento de venganza por el daño que el infractor ha producido, aunque no sea por el propio daño, pero nos mostraron –por cualquier medio de comunicación masiva– cómo lo detuvieron, quiénes lo hicieron, cuántos efectivos de la policía participaron etc.

b) Mecanismos y beneficios aplicables en la ejecución de la sentencia. Existe una desconexión o incomunicación de lo que sucede dentro de los muros del sistema penitenciario y la actividad que realizan los jueces, éstos se limitan a aplicar la ley, pero ¿qué ocurre cuando se ejecuta la sentencia?

En relación con lo anterior hay una serie de mecanismos que han sido discutidos e introducidos en los códigos procesales, –la conciliación, la suspensión del proceso a prueba– que tienen poco uso porque se continúa con el proceso formal y se vuelve a caer en el encierro. Hay otros beneficios que se aplican al dictar la sentencia condenatoria –la condena de ejecución condicional– y cuando se está ejecutando o descontando la pena una vez cumplida la mitad de la condena, se puede ser candidato del beneficio de la libertad condicional. El panorama descrito aplicado también en la legislación para adultos, ha sufrido cambios positivos en el derecho penal juvenil. Por ejemplo, de acuerdo con las estadísticas respectivas, la condena de ejecución condicional es suficientemente utilizada en nuestro medio, sin embargo, la crítica que se le hace es que es una alternativa de muy corto alcance.⁽¹²⁾

Los mecanismos y beneficios aplicables durante la ejecución de sentencia dentro de la Justicia Penal Juvenil, han sido innovadores. Se han incluido las sanciones alternativas a la pena de prisión –aunque aplicados

(11) *Ibidem*, pág. 59.

(12) Procede en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos. Art. 64 LJPJ Lo anterior quiere decir “...cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión...”.

en forma tímida– pueden llevar a la introducción de otros mecanismos restaurativos, logro con el que aún no cuenta la población adulta.

c) El fenómeno de la información de masas refuerza y magnifica el sentimiento de inseguridad y el de venganza de parte de los ciudadanos, ese es un factor que repercute en los intentos de cualquier cambio de paradigma. En vista de lo anterior es que proponemos una capacitación y concienciación de los comunicadores de masas y el desarrollo del mecanismo de la justicia restaurativa con un procedimiento sencillo utilizar los recursos actuales con que se cuentan –las medidas alternativas a la pena de prisión– y tratar de ser creativos en la aplicación de los instrumentos. Se propone que se instruya, se apoye, se capacite, se involucre, se estimule y se busque la participación comunitaria en la asistencia de ciertos conflictos para así obtener respuestas integrales sostenibles y duraderas.

Consideramos que la ventaja directamente derivada de esta alternativa es lo que podría conducir a la solución de la mayor parte de los conflictos, con un alto e importante grado de satisfacción de parte de la víctima y aceptación del error, arrepentimiento y muchas veces vergüenza por el daño causado de parte del victimario.

IV. MECANISMOS JUDICIALES DES-INSTITUCIONALIZADORES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

La legislación penal juvenil cuenta con las herramientas legales para que se apliquen una serie de sanciones alternativas al juicio tal y como se señaló en el acápite anterior, y valen para descartar el encierro por considerarlo innecesario.⁽¹³⁾ Se considera esta legislación penal juvenil ha sido creativa por dos hechos: el primero de ellos porque autoriza aplicar alternativas al juicio y en segundo lugar se cuenta con una gama de sanciones aplicables para las infracciones mínimas o de mediana delincuencia y se dejan de lado las sanciones privativas de libertad como ultima ratio.

(13) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. Convención de los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento jurídico mediante Ley 7148 vigente a partir del 2 de septiembre de 1990.

a) Las alternativas al juicio y las alternativas de desjudicialización. Las alternativas al juicio que ofrece la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica con carácter restaurativo son la conciliación,⁽¹⁴⁾ la suspensión del proceso a prueba⁽¹⁵⁾ y la reparación integral del daño. Se cuenta además con las alternativas de desjudicialización tales como criterios de remisión,⁽¹⁶⁾ la mediación, el criterio de oportunidad reglado⁽¹⁷⁾ entre otros. Esos institutos o dispositivos no significan que sean todos frecuentemente usados, pero abren la puerta para que jueces y otros sujetos procesales interesados en la justicia restaurativa exploren su implementación, se considera es necesario un cambio de actitud porque los más reacios a su utilización son los mismos operadores del derecho.

Muchas leyes especiales o códigos incluyen procesos restaurativos con claras directrices sobre la administración de los procesos. Los artículos del 61 al 67 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica describe la conciliación para victimarios juveniles, señala los requisitos generales para los procesos y los pasos que se deben tomar cuando el acuerdo entre víctima y victimario se cumple y cuando no se cumple. Declara esta ley que el juez actuará como conciliador.⁽¹⁸⁾

(14) *Ibidem*. Pág. 99. El único mecanismo de desjudicialización de carácter restaurativo. Art. 67 L.J.P.J. cuando el menor cumpla con las obligaciones pactadas en la audiencia de conciliación, el juez dictará una resolución dando por terminado el proceso y ordenando que se archive.

(15) Este es otro mecanismo de desjudicialización de carácter restaurativo, porque a solicitud de parte el juez puede suspender el proceso a prueba en todos los casos en que se pueda conceder el beneficio de la ejecución condicional de la sanción.

(16) Maxera Rita. *Mecanismos Restaurativos de las Nuevas Legislaciones Penales Juveniles: Latinoamérica y España*. ILANUD. Confraternidad Carcelaria Internacional. Señala que “los mecanismos de salida anticipada del proceso (desjudicialización) son similares aún cuando algunas veces no se denominan de la misma manera. La diferencia fundamental entre la remisión y el criterio de oportunidad es que la primera va acompañada justamente de la remisión a programas de apoyo”. Pág. 98.

(17) Es una solicitud que se hace al Juez para que se prescinda, total o parcialmente de la persecución penal, la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, Artículo 54 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

(18) Artículo 62 LJPJ “...-el Juez Penal Juvenil, en su carácter de conciliador, invitará a las partes, previamente asesoradas, a un acuerdo...”

Otras legislaciones señalan que pueden ofrecer el servicio de conciliación o mediación los abogados o el personal del gobierno. Lo anterior puede impedir el reclutamiento de mediadores o facilitadores voluntarios, que la actividad restauradora se burocratice, o que los programas de servicios de mediación estén lejos de las comunidades que los solicitan y no formen parte de ellas.⁽¹⁹⁾

Una preocupación relacionada a la anterior es que la justicia restaurativa se distorsionará cuando se promueva su uso por agencias gubernamentales que buscan financiamiento o cumplir con ciertas directrices. El temor es que las agencias tradicionales del gobierno no cambiarán el modelo con que vienen funcionando, pero usarán la terminología de la justicia restaurativa. Esto se ha visto en Inglaterra donde la policía está trabajando con programas restaurativos –las reuniones restaurativas o la advertencia restaurativa–. Investigadores han encontrado que algunos oficiales de la policía que trabajan como facilitadores no incorporaron principios de justicia restaurativa en las reuniones y las manejan de forma punitiva.⁽²⁰⁾ Lo anterior se considera puede ser un

En Nueva Zelanda, muchos programas de reuniones restaurativas son administrados por grupos comunitarios subcontratados por el gobierno para ofrecer servicios de justicia restaurativa. Esto no se considera aconsejable porque podría verse como una privatización de la justicia y alimentaría la preocupación que algunos tienen y afirman que los mecanismos alternativos se podrían llegar a convertir en sustitutos de la justicia formal.

- (19) Parker Lynette. Confraternidad Carcelaria Internacional. *El uso de prácticas restaurativas en América Latina*. “...investigadores estudiando experiencias cotidianas de violencia en Colombia y Guatemala encontraron que las personas viviendo en comunidades colombianas no estaban conscientes de la amplia gama de servicios ofrecidos por las Casas de Justicia...” ¿Que son las Casas de la Justicia? Programas que ofrecen servicios de resolución alternativa de conflictos y tienen jurisdicción para algunos casos penales, esas instituciones tienen el potencial de ofrecer alternativas restaurativas a sus ciudadanos. Sin embargo, existen un desconocimiento de estas alternativas comunitarias. Taller sobre Justicia Restaurativa en Bolivia. 2005.
- (20) The Economist. Febrero 05, 2005. *Taking liberties*. En Inglaterra la Orden contra el comportamiento antisocial (OCA) de ellas la más importante es la ASBO se usa para restringir las libertades de las personas. Las OCAs le permiten a la policía atrapar a las personas por infracciones demasiado leves para ser criminales. Las órdenes han sido impuestas a

peligro para legislaciones que aplican la conciliación obligatoria, en igual sentido los mecanismos que ofrecen resultados restaurativos como el servicio comunitario o la reparación del daño –descrita en Costa Rica– se pueden tornar en simples órdenes de la corte y tener poco impacto restaurativo. Vuelvo a llamar aquí la atención que esta cultura restaurativa es un trabajo de internalización, se necesita los partícipes comprendan lo que se hace y lograr los objetivos que se buscan.

Existe la preocupación manifestada en diferentes foros de parte de los propulsores de este proceso que cuando se legisle al respecto se destruya la creatividad y la innovación al convertirse en legislación demasiado específica. El temor es que al describir el proceso que ha de usarse, la legislación forzará a gerentes de programa o facilitadores individuales a perder de vista soluciones que serían de mayor beneficio para las partes del conflicto o para la comunidad. Un problema relacionado es la falta de claridad en los ordenamientos que autorizan a jueces u otros oficiales echar mano a estas alternativas. Por ejemplo, el Código de Proceso Penal de Guatemala le otorga al juez la libertad –bajo el criterio de oportunidad– para referir los casos a mediación o conciliación. Sin embargo, algunos jueces desconfían de los procesos de mediación y tienen preocupación de ser censurados por usar tales mecanismos.

Tal y como sucede con toda medida de reforma, el uso de la legislación para ampliar la justicia restaurativa tiene sus ventajas y desventajas. Sin embargo, el comprender tales problemas y el esforzarse por encararlos resultará en un gran beneficio para la implementación de la justicia restaurativa en una jurisdicción dada.

En síntesis se considera que mientras el sistema de justicia penal siga haciendo eco de las campañas de seguridad ciudadana, a las ideologías de la tolerancia cero y no se cuestione qué es lo que verdaderamente pone en peligro a la ciudadanía, vamos a seguir vendiendo una “justicia para marginados”, véase lo que sucede en Gran Bretaña,⁽²¹⁾ cuando en realidad los marginados lo que necesitan es cómo incorporarse a la sociedad.

vecinos mayores malhumorados, prostitutas, mendigos y hasta a madres que discuten con sus hijos. Posteriormente, algunas de estas personas han sido encarceladas por el incumplimiento de su OCA: pero más absurdo aún, un hombre fue sentenciado a 4 meses de prisión por aullar como un hombre lobo.

(21) Issa El Khoury, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre 1992. Año 4, No. 6.

b) Las sanciones alternativas en el sistema penal juvenil costarricense y la justicia restaurativa. Contamos en primer lugar con las *sanciones socio-educativas*⁽²²⁾ y entre éstas se encuentran la amonestación y la advertencia que son llamadas de atención que el juez dirige al menor para que en lo sucesivo se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social; la libertad asistida cuya duración máxima es de 2 años y al concederse la libertad, el menor queda obligado a cumplir programas educativos y a recibir orientación y seguimiento de parte del juzgado. Otra de las sanciones socio educativas es la prestación de servicios a la comunidad, ésta consiste en realizar tareas gratuitas de interés general, en entidades de asistencia, públicas o privadas, (hospitales, escuelas, parques nacionales, etc.) y por último, la reparación de los daños a la víctima que es una prestación directa de trabajo, a favor de ésta, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. En el caso de existir un acuerdo entre la víctima y el menor de edad, la pena podría ser sustituida por una suma de dinero, monto que el juez fijará y no podrá ser superior a la cuantía de los daños y perjuicio ocasionados por el hecho.

Nótese que todas las sanciones descritas podrían ser objeto o producto de una intervención restaurativa, en donde no es necesaria la participación del juez sino que una vez obtenido el acuerdo a que lleguen la víctima, el victimario y la comunidad, sea éste quien lo homologa. En nuestro caso se sugiere que podrían participar profesionales del Patronato Nacional de la Infancia, Directores o profesores de las escuelas o colegios de secundaria, profesionales pensionados, policía juvenil –siempre y cuando esté debidamente capacitada–⁽²³⁾ comunidad, familiares de la víctima y el victimario con las personas que lo apoyen, ya sean de la comunidad o familiares.

(22) Ley N° 7576. Ley de Justicia Penal Juvenil. Art. 121 inc. a).

(23) Lo que señalo no deja de producirme cierta inquietud por lo que está sucediendo en Gran Bretaña.

“El comportamiento antisocial (vecinos indeseables, mendigos, bandas juveniles, entre otros se ha convertido en una preocupación en este país. La policía carece de tiempo para recolectar la evidencia, los testigos se encuentran muy temerosos para testificar, los delitos son difíciles de probar y las sentencias no tan severas. En respuesta a tales dificultades, el gobierno ha creado una serie de herramientas legales, siendo la principal el Orden contra el comportamiento Antisocial (OCA) son una lista de restricciones adaptadas a un delincuente individual las

En segundo lugar contamos con las *órdenes de orientación y supervisión*⁽²⁴⁾ las que son mandamientos o prohibiciones impuestas por el Juez Penal Juvenil para regular el modo de vida, promover y asegurar la formación de los menores de edad. La duración de las órdenes tiene un máximo de 2 años. El cumplimiento se inicia un mes después de ordenadas y su incumplimiento acarrea la modificación de la orden.

Estas órdenes de orientación y supervisión que a continuación se enumeran, considero no son taxativas, sino que fueron señaladas por el legislador a modo de ejemplo: que el menor se instale en un lugar de residencia determinado o se cambie de él; que el menor abandone el trato con determinadas personas; que elimine la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados; que se matricule en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; que adquiera un trabajo; que se abstenga de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; que ordene el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

cuales las puede obtener ya sea en una audiencia civil o al seguir una condena criminal. Se les puede prohibir la entrada a los barrios por un mínimo de 2 años, a los niños de 10 años en adelante que causen problemas, toquen timbres, utilicen el transporte público y teléfonos celulares e incluso que pronuncie ciertas palabras se les puede aplicar una OCA. El asegurar el OCA no es tarea fácil. La evidencia basada en reportes de otros que no fueron testigos (rumores por ejemplo) ahora son admisibles en la corte. Las consecuencias de salirse de la línea son serias: un máximo de 5 años en prisión por cometer algo que no necesariamente va en contra de la ley. Esta poderosa arma es muy popular: más de mil OCAs fueron repartidas en la primera mitad del 2004.

Esto les fascina a los Miembros de la Policía Militar, los cuales estaban hartos de escuchar historias de los residentes de los diferentes lugares acerca de adolescentes locales que han aterrorizado sus barrios con música ensordecedora, quebrando ventanas y escupiendo a los peatones. Los fiscales y la policía también están satisfechos. Tenían un poder débil para lidiar con los delincuentes de bajo perfil. Ahora son tan severos que debilitan los principios sobre los cuales se ha construido el sistema de justicia criminal". Ibidem. *The Economist. Taking liberties*, pág. 10 (Traducción libre).

(24) Ley N° 7576, art. 121 inc. b).

En relación con las sanciones alternativas mencionadas, imaginemos un proceso restaurativo. El facilitador capacitado prepara y reúne a la víctima, al ofensor, a los familiares cuando los haya, a los amigos y discuten todos sobre el delito, sobre el daño que se ha producido y todos los afectados manifiestan lo que piensan y sienten. Conociendo las partes involucradas las afectaciones del resto de los participantes se discutan los pasos a seguir para que las cosas se restablezcan y las personas se repongan. El facilitador es el que coordina y se asegura de que todos los presentes participen, cooperen y lleguen a una solución, a un acuerdo, que será cosecha o producto de los interesados. Es aconsejable el acuerdo sea por escrito y posteriormente sea homologado por el juez.

En tercer lugar se enuncian las *sanciones privativas de libertad*⁽²⁵⁾ y dentro de éstas hay varios tipos de internamiento: el internamiento domiciliario, es el arresto del menor de edad en su casa de habitación con su familia o en casa de cualquier otro familiar, cuando no existan familiares, podrá también ordenarse el internamiento en una vivienda o ente privados; tiene una duración hasta de 3 años. Otro tipo es el internamiento durante tiempo libre, éste se ejecuta en un centro especializado durante el tiempo libre que disponga el menor en el transcurso de la semana. La duración es hasta 3 años. Existe una interpretación auténtica contextual en la ley de lo que se entiende por tiempo libre y se señala que es aquel que no intervenga con el horario de trabajo, ni el escolar. El último tipo de internamiento es aquel que se practica en centros especializados, esta es una medida excepcional y se aplica cuando el menor haya cometido un delito doloso previsto o descrito en el Código Penal o leyes especiales para mayores de edad, sancionado con pena de prisión superior a 6 años. Esta medida también aplica cuando el menor haya incumplido injustificadamente las sanciones socio-educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

¿Se podrá aplicar la justicia restaurativa cuando según la legislación penal juvenil corresponde alguna sanción privativa de libertad? Ante esta pregunta mi respuesta es afirmativa y veremos por qué:

La justicia restaurativa puede ser transformadora para aquellos que encuadran su conducta en un tipo penal. Ese acontecimiento junto con su consecuencia ofrece una oportunidad de transformación de la

(25) Ley N° 7576 art. 121 inc. c).

víctima y del victimario, de las personas que los acompañan y de sus relaciones futuras. Se considera que el procedimiento restaurativo produce una mutación de estructuras, de valores, de comunidades y se piensa que es más impactante en los partícipes que el procedimiento ordinario⁽²⁶⁾ por lo que se cree que en algunos casos puede conducir a mayor paz porque el conflicto individual –el delito y sus consecuencias– se convierte con el proceso descrito en paz comunitaria.

Se cree conveniente que cuando se llegue a un acuerdo restaurativo, éste sea homologado por el juez o a la inversa, cuando el juez dicta la condena del menor de edad e impone una medida de encierro aquí también se pueda llevar a cabo reuniones restaurativas. El menor en encierro necesitará más apoyo que el que se encuentra en libertad y es útil que el cumplimiento de las sanciones o alternativas se revisen en forma sistemática, puede ocurrir que después de pocos meses, el encierro no sea necesario, podemos enfrentarnos a que el menor debe ser movido de un centro a otro especializado; necesario puede ser también el revisar los aspectos relevantes al trabajo del menor y los beneficios que la labor del menor interno implican.

El objetivo de las alternativas es fomentar en el menor acciones sociales que le permitan su desarrollo personal, el reinserirse en su grupo familiar, en la sociedad o al grupo social al que pertenece, con ellas debe necesariamente promoverse también, el desarrollo de sus capacidades.

Se proponen aquí grupos de apoyo de justicia restaurativa penal, pueden estar conformados por profesionales, maestros o funcionarios pensionados. El no dejar solo al infractor sino que al asumirlo como un miembro más de la comunidad durante su tiempo de encierro, consideramos conduciría a la reducción de la cantidad de delitos y a la disminución del impacto de los mismos, además, el compromiso de la ciudadanía amortiguaría el amarillismo mediático.

V. PERSONAS QUE PUEDEN INTERVENIR EN EL DESARROLLO DEL PROGRAMA RESTAURATIVO

En primer lugar el Juez de Ejecución de la pena para que homologue los acuerdos; debe contar con una serie de funciones y entre ellas, la principal, es el control judicial de la ejecución de la pena.

(26) Los procesos restaurativos se trata que sean sencillos, en lenguaje habitual, accesible y entendible para que los partícipes comprendan lo que está sucediendo y lleguen a un acuerdo.

En segundo lugar para implementar este proceso, se hace necesaria la participación de técnicos o profesionales de otras disciplinas tales como trabajadores sociales, antropólogos, criminólogos, sociólogos y representantes de la comunidad quienes trabajarían con el victimario (interno), víctima si existe, o cuando sea posible, familiares, cualquier otro afectado y representantes de la comunidad.

La propuesta descrita podría producir reacción de parte de los operadores del derecho y hasta llegar a señalar que se trata de privatizar la justicia y que es una práctica inconstitucional.

¿Qué es lo que se busca? No es la privatización o como actualmente se le llama la apertura sino que horizontalizar el poder magnificado del juez y dividirlo entre la víctima, el victimario, los familiares y la comunidad. Se busca democratizar la justicia.

¿Cómo hacerlo? Se puede llegar a elaborar círculos restaurativos formados por las personas afectadas por el delito y que sean ellas mismas las que aporten en la solución del incidente, que el victimario repare el daño y como parte del aprendizaje respete la dignidad y el valor de cada una de las personas que participan. Puede suceder que un solo círculo no sea suficiente, pero que al cabo de varias sesiones se llegue a redactar un acuerdo de reparación. Ese acuerdo lo homologa el juez de ejecución de la pena, le da su bendición. Se considera que este procedimiento puede llegar a aplicarse en toda clase de delitos hasta en los delitos graves.

Los procesos restaurativos son una cultura y es importante el que la comunidad sea incluida para que asuma y no estigmatice a los involucrados. El quehacer penitenciario implica una serie de disciplinas técnicas y lo que aporta y piensa la comunidad no puede ser sustituido por una capacitación adicional de los jueces de ejecución o de abogados defensores o fiscales y que en ocasiones ni siquiera forman parte de la comunidad donde laboran. El suscribirnos únicamente a la capacitación o dejar la individualización de la pena y justicia restaurativa solamente en manos de profesionales en derecho considero nos conduciría al fracaso.

CONCLUSIONES

Encontramos de fundamental importancia la discusión en Costa Rica de las diferentes alternativas a la prisión, que seamos creativos y elaboremos diferentes propuestas.

La justicia restaurativa incluye políticas desintitucionalizadoras que no siempre necesitan de apoyo legislativo y pueden servir para eliminar la violencia y deterioro que genera el internamiento.

En nuestro país algunos conflictos confiados al Juez Penal Juvenil han encontrado una solución negociada sin necesidad de enviar a los menores de edad a centros de detención. Se ha tratado de dar una respuesta saludable a la violencia del sistema y es un paso que nos conduce a una sociedad más solidaria.

Consideramos conveniente –a pesar de que la legislación de menores es de avanzada– ser todavía más creativos y buscar otras soluciones que sean más eficaces para la solución de los conflictos y no creer que la agravación de las penas o eliminación de beneficios penales y procesales es lo aconsejable –como se sugiere en la prensa– porque al hacerlo estamos utilizando el derecho penal en general y el penal juvenil en específico, como reacción.

Devolver el conflicto a quienes les pertenece (víctima y victimario), porque la voluntad de ellos es lo más importante para decidir qué hacer.

Con la justicia restaurativa no se está descubriendo el agua tibia porque lo que se propone –en algún momento de la historia ha existido–. Para resolver los problemas actuales se necesita revisar, modificar y modernizar lo que en algún momento nuestros antepasados aplicaron como métodos restaurativos y evitar los errores que antaño se presentaron para no volver a ellos.

Al querer introducir esta filosofía o cultura debe iniciarse un paradigma de procedimiento que incorpore una serie de soluciones a los conflictos que se presentan. Las posibilidades de solución pueden ser muy diversas y las respuestas pueden ser infinitas, esa es la apertura que hay que tener.

La justicia restaurativa debe siempre ser voluntaria, debe existir el consentimiento de la víctima y victimario porque en el momento en que

se convierta en obligatorio cuando la autoridad social o el Estado le atribuya el carácter de sanción a su favor o para que recompense su función de justicia, traerá la muerte de este instituto porque los fines de la satisfacción del daño quedarán de lado.

Los medios de comunicación frecuentemente enfatizan el uso de condenas largas y fuertes. Políticos buscan ganar el apoyo de electores enfocándose en políticas de mano dura. Este tipo de actitudes se refuerzan en nuestras comunidades dando lugar a la total falta de preocupación por personas cumpliendo condenas privativas de libertad. Este ambiente es altamente desfavorable para la implementación de programas y políticas de justicia restaurativa.

Debemos tener claro que la justicia penal continuará siendo necesaria. Lo que se busca es que sus mecanismos tengan objetivos restauradores. Esto significa que otros elementos sean utilizados antes, sustituir los existentes por otros menos violentos y echar mano al encierro o prisión como última ratio, o sea cuando no exista ninguna otra alternativa.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA OCAÑA, Mónica y otros. *El populismo Punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del sistema Penal en España (1995-2005)* Observatorio del sistema Penal y los Derechos Humanos. Universidad de Barcelona (Abril 2005).

BERISTAIN, Antonio. *La pena retribución y las actuales concepciones criminológicas*. Depalma, Buenos Aires, 1982.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Siglo Veintiuno Editores, México, 1976.

Un diálogo sobre el poder. Alianza Editorial, Madrid, segunda reimpresión, 1985.

La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, México, primera edición, 1983.

ISSA EL KHOURY, Henry. *Penas alternativas y Ejecución Penal*. Revista de Ciencias Penales. Diciembre 1992, Año 4. No. 6.

MAXERA, Rita. *Mecanismos restaurativos en las Nuevas legislaciones penales juveniles Latinoamérica y España*. ILANUD. Seminario sobre potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y justicia penal, Bangkok 1825 abril 2005.

MENA PACHECO, Olga Marta. *La Multa Penal*. Universidad de Costa Rica. 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Ediar, Buenos Aires, 1989.

Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar. Buenos Aires. 2005 Sociedad Anónima Editora. Comercial, Industrial y Financiera.

ISSA EL KHOURY, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Diciembre 1992. Año 4, No. 6.

Penas alternativas y ejecución penal Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Noviembre 1994. Año 6, No. 9.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado "derecho penal del enemigo"* pág. 117. Libro en homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales Magisterio Nacional Número 113 Col. Tlalpan. Delegación Tlalpan C.P. 14000 México, D.F.

The Economist. *Taking liberties. Anti-social behaviour in Britain. Enemies of the state?* February 5th 2005. Pág. 10, 53 y sigts.

**APUNTES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO
EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN^(*)**

Prof. Ronald Hidalgo Cuadra^()*

(Recibido 05/06/07; aceptado 10/03/08)

(*) Profesor de la Universidad de Costa Rica.
Teléfono: 2280-6282
e-mail: ejhidalgo@poder-judicial.co.cr

RESUMEN

Estamos frente a un concepto en evolución pero que, a pesar de las transformaciones y ajustes, no ha desaparecido. La función estatal de brindar a la población de servicios de calidad, en forma eficiente y continua, permanece independientemente del nombre que se utilice.

Palabras clave: funciones estatales, servicio público, servicio de interés general, competencia, mercado.

ABSTRACT

We are facing a concept in progressive evolution which, despite of its transformations and adjustments, has not disappeared. The government's role of providing people with quality services in an efficient and continu remains regardless of the name to be used.

Key words: government duties, public utilities, general interest, services, competition, market.

SUMARIO

Introducción

- I. Aspectos generales
 - A. Origen
 - B. Los servicios públicos industriales y comerciales

- II. Perspectivas actuales
 - A. El servicio público clásico
 - B. Los servicios de interés general
 - C. Los servicios impropios

- III. Panorama en el Derecho costarricense
 - A. Una categoría flexible, pero que permanece
 - B. Reflexiones finales sobre el estado actual de la cuestión

INTRODUCCIÓN

Ocuparse del servicio público puede ejemplificar lo difícil que resulta tratar de que las construcciones teóricas respondan a una realidad política, económica y social que ha cambiado radicalmente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Casos para ejemplificar lo dicho abundan. Recordemos lo que sucedió con la banca. Según el Decreto-Ley No. 71 de 21 de junio de 1948, Nacionalización de la Banca Privada, se estableció que sólo el Estado podría movilizar, a través de sus instituciones bancarias propias, los depósitos del público. En su parte considerativa se arguyó que, dentro de la organización moderna de la economía nacional, todas las actividades agrícolas, industriales y comerciales dependen vitalmente del crédito bancario, cuya orientación es determinante del progreso o estancamiento del país; de ahí que "...funciones económicas de tal magnitud no deben estar en manos particulares sino que constituyen, por su propia naturaleza, una función pública". Hoy en día todos podemos dar fe que este razonamiento no se corresponde con la realidad que vive el país. El Estado ha liberalizado los depósitos en cuenta corriente y de ahorro, los que dejan de ser parte de la función de los bancos públicos.

Siempre se escribe sobre el servicio público, se reflexiona o al menos para algunos, tan solo se parte de que ahí está. Otro sector se ocupa de tratarlo como una figura extinguida, propia de un Estado del bienestar. Lo sí es real es que, al margen de toda discusión teórica, los movimientos comunales han enfocado sus demandas sobre el precio de lo que identifica como prestaciones a cargo del Estado como es el caso del agua y la electricidad.⁽¹⁾

El objetivo más destacable de un Estado del bienestar es el mantenimiento de un estándar de vida: asegurar una renta mínima, la reducción de la inseguridad económica y social junto con una oferta de servicios públicos de los llamados "bienes preferentes" (educación, sanidad, vivienda). En definitiva, mantener un nivel adecuado de seguridad económica y social. En el Estado del bienestar las facultades del Estado son deliberadamente empleadas para modificar el juego de las fuerzas del mercado en al menos tres direcciones:⁽²⁾ primero para

(1) ALVARENGA VENUTUOLO, Patricia. *De vecinos a ciudadanos*. San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Editorial de la Universidad Nacional, 2005, pp. 199 y siguientes.

(2) OCHANDO CLARAMUNT, Carlos. *El Estado del bienestar*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2002, p. 57.

asegurar una renta mínima a los individuos y sus familias con independencia del valor de mercado de su trabajo; segundo, reducir la amplitud de la inseguridad para facilitar a individuos y familias satisfacer contingencias sociales (enfermedad, vejez y desempleo), y tercero, para asegurar que a todos los ciudadanos les sean ofrecidos los mejores estándares disponibles en relación a cierta gama de servicios sociales como derecho exigible judicialmente según el grado de concreción previsto en las leyes. Las razones para esta intervención pública se apoyan en los elevados costes de transacción, la incapacidad de los mercados para asegurar los riesgos sociales y otros factores que hacen necesaria la regulación de la actividad económica de los actores sociales.

Claro está que el servicio público tuvo su época dorada bajo el Estado del bienestar. Nuestra Constitución Política no dio la espalda cuando el 1949 señaló que el Estado debe procurar el mayor bienestar a todos los habitantes de la República, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza (artículo 50). Los requerimientos sociales que a lo largo del tiempo ha debido soportar un modelo de Estado de bienestar le han deparado las críticas de ineficiencia, ineficacia, centralista, burocrático, paternalista, y especialmente, el deshonoroso récord de tener una crisis financiera perenne que limita seriamente su capacidad de movimiento. Estas críticas han impactado al servicio público. Permanece, sin embargo, la necesidad de aprehender ese concepto que a cada instante evoluciona y se modifica a la par que lo haga el papel del Estado. El ordenamiento jurídico no puede librarse de considerar la existencia de una rama de la función administrativa en que el Estado aparece como responsable de dar ciertos servicios al ciudadano. El mérito del servicio público en los niveles de educación y salud de la población o en la cobertura de electrificación, han sido notables. Los cambios que el país debate actualmente son señal de lo moldeable de la institución del servicio público. Para efectos de estas líneas vamos a permanecer en un plano más jurídico. La cuestión sobre cuáles servicios debe suministrar, sobre cuáles de ellos es susceptible la concesión y cuáles, por el contrario, son indelegables por el Estado de tal manera que ha de asumirlos directamente, cómo se fijan las tarifas de esos bienes o servicios estatales (si son las fuerzas del mercado o una autoridad pública), cómo se verifican las condiciones de calidad, cantidad, confiabilidad, oportunidad, ambientales y de prestación óptima de los servicios públicos, cuáles son las formas en que se articulan mecanismos para la defensa de los intereses de los usuarios (por ejemplo, audiencias para fijaciones tarifarias), cómo medir la calidad, los mecanismos de sanción para los particulares que son concesionarios

cuando falten a sus deberes o presten servicios sin contar con la concesión, etcétera, son el tipo de interrogantes que nos van a obligar a dar respuesta a la pregunta fundamental acerca de qué es el servicio público.

I. ASPECTOS GENERALES

A. Origen

El servicio público tiene su inicio en el Derecho francés a finales del siglo XIX e inicios del XX. Bajo sus rasgos iniciales consistió en una actividad considerada básica para la sociedad por lo que la titularidad y gestión de la misma quedan reservadas a los poderes públicos, si bien esa gestión podía cederse mediante concesión administrativa a un particular. Desde mediados del siglo XX esta concepción tradicional ha experimentado ajustes y en la década de los años noventa, una radical modificación tanto en Francia como en otros países europeos poseedores de figuras similares. Las tendencias de liberalización, los fenómenos económicos en los que el Estado se encuentra inmerso como un agente más, así como las políticas públicas por las que la sostenibilidad económica de un servicio o de una obra gubernamental define si se acomete un proyecto, van modelando el alcance de la gestión pública. Para la Unión Europea esto ha significado que el servicio público tradicional sea englobado por una categoría más amplia, llamada “servicio de interés general”, caracterizado en principio por una mayor liberalización de las actividades reservadas al sector público. La existencia de un ordenamiento especial para la función administrativa tiene, para los países que han recogido sus enseñanzas como el nuestro, su carta de nacimiento extendida bajo el Derecho francés como ya se dijo. La noción de servicio público intentó convertirse en la piedra angular para explicar de una manera integral toda la actividad del Estado al construir una serie de derivaciones fundamentales para los diferentes campos del quehacer jurídico.

Lo primero es el asunto de los litigios contra el Estado. El 8 de febrero de 1873 el Tribunal de Conflictos de Francia decidió el “*arrêt Blanco*”,⁽³⁾ en el que podemos derivar dos secuelas de capital importancia. Dijo el Tribunal que la responsabilidad en que puede incurrir el

(3) SORIANO GARCÍA, José E. *Los poderes del juez, la ley y la reforma del contencioso (A propósito de las competencias de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia)*. En: Revista de Administración Pública,

Estado por los daños causados a los particulares por las personas que el mismo emplea en los diversos servicios públicos no se rige por los principios establecidos en el Código civil para las relaciones entre particulares; esta responsabilidad tiene sus reglas especiales, que varían de acuerdo con las necesidades del servicio y la exigencia de conciliar los derechos del Estado con los de los sujetos privados por lo que corresponde al juez, administrativo, y no a los Tribunales ordinarios, valorar dicha responsabilidad. Existirá, pues, un derecho propio de las relaciones entre la Administración Pública y los particulares. El funcionamiento del servicio estatal quedaba a partir de ese fallo, regido por reglas especiales diferentes de las que vamos a tener por aplicables para el ámbito civil. Las controversias que se presenten no pueden quedar en manos de los tribunales comunes, por lo que resultaría necesario instituir una jurisdicción especializada para conocer, tramitar y resolver definitivamente. Esta jurisdicción va a dar aplicación a ese régimen especial que rige a la Administración Pública. Si no hay servicio público, no hay Derecho administrativo y, por ende, no existía competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Ésta es la conclusión fundamental a que se llega en el *arrêt* Blanco, fallado por el Tribunal de Conflictos. A partir de ese precedente la actividad privada de la Administración Pública escaparía al régimen del Derecho Administrativo; estaría sujeta al Derecho privado y los conflictos debían ser resueltos por los tribunales comunes.

En segundo lugar esta el tema del patrimonio. Siendo el Estado el dueño (*dominus*) de las actividades de servicio público se requerirá de una cercanía con los bienes que son necesarios para llevar esa actividad, o sea, con los cuales se van a desarrollar servicios públicos. La dogmática jurídica nos habla entonces de un vínculo indivisible (*lien indivisible*) que se presenta entre esos bienes y la actividad que se lleva a cabo en ellos para satisfacer una necesidad colectiva para explicar así la necesidad de ocupar los bienes que sean indispensables para prestar servicios públicos. Está perfectamente identificada en la historia de los

número 124, enero-abril, 1991, p. 67. El *Conseil d'Etat* aventajó al propio legislador que había dictado la Ley de 16-24 de agosto de 1790. Esta ley tenía como objetivo atribuir a la Administración la facultad para reglamentar por sí misma los litigios en los que fuera parte y prohibía a los Tribunales «*troubler de quelque maniere que ce soit, les opérations des corps administratifs*». Ver: MAURIN, André. Derecho Administrativo francés. México, Editorial Porrúa, S.A., 2004, p. 35; LAUBADÈRE, André de. Manual de Derecho administrativo. Bogotá, Editorial Temis, 1984, p. 15.

dogmas jurídicos esta técnica de utilizar instrumentalmente la titularidad del dominio público para desde ella imponer a un particular como una reserva negocial en el acto de entregar el bien a título de uso como concesionario –en cuanto derecho real administrativo– la potencialidad de recibir reglas sobre el contenido de su ocupación en el bien.

En tercer lugar tenemos el impacto que el servicio público tuvo en los contratos. Bajo la óptica del servicio público en contrato se distancia de su base arraigada profundamente en el Derecho civil para presentar “modulaciones” o matizaciones de fondo. Se entiende que en los contratos administrativos existirán poderes especiales y diferenciados de la figura del contrato civil, basados en la primacía del interés del servicio público que garanticen su correcta y fiel ejecución. Se habla entonces de cláusulas exorbitantes en la medida que reflejan una supresión de ciertos principios ordinarios de la relación contractual. Los poderes que estaremos confiando a los contratos administrativos son, básicamente los siguientes: 1. Control y fiscalización sobre la forma en que se ejecuta el contrato. En el caso del contrato de obras públicas este poder de control va más allá hasta convertirse en una verdadera potestad para dirigir al contratista quien debe atender las órdenes de servicio de los ingenieros de la Administración. 2. Mutabilidad del objeto contractual. La Administración Pública puede, cuando las necesidades del servicio público así lo exijan, imponer ciertos cambios en los términos en que fue contratada una obra o la realización de un servicio; y 3. Resolución unilateral, si el contrato ha llegado a carecer de utilidad para el servicio público

B. Los servicios públicos industriales y comerciales

La uniformidad de la teoría del servicio público no logró ser mantenida en el tiempo y en el plano jurídico la desdobló con que se dio lugar a distinguir una teoría del servicio público propiamente dicha y una teoría del servicio público industrial o comercial.⁽⁴⁾ El impacto más importante se ubicó en el sometimiento del servicio público al Derecho privado en caso de consistir en un giro industrial o comercial.

(4) LABAUDÈRE, André de. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá, Editorial Temis, 1984, p. 30 y 208.

Es admitido que el papel destacado que un sector importante de la doctrina francesa le asignara, fue incorrecto. Cuando la Administración Pública es la que ejerce actividades destinadas a producir bienes económicos, la doctrina cayó en la tentación de acudir al viejo molde del servicio público con lo que al sobreponerse las dos situaciones, al tener que dar una respuesta jurídica consistente se produce la crisis del concepto y ocasiona que se empiecen a desdibujar sus trazos fundamentales.

La discusión da inicio con el fallo “Sociedad Comercial del Oeste Africano”, conocido como el caso del transbordador Eloka, el 22 de enero de 1921 por el Tribunal de Conflictos francés. Se dijo en esa ocasión:

“Algunos servicios son, por naturaleza, de la esencia misma del estado o de la administración Pública; es necesario que el principio de la separación de los poderes garantice su pleno ejercicio, y su contencioso será de competencia administrativa. Otros servicios, por el contrario, son de naturaleza privada, y si son prestados por el estado, sólo lo son en forma ocasional o accidental, porque ningún particular se encargó de prestarlo y que es importante garantizarlos, velando por el interés general; los conflictos que ocasione su explotación competen naturalmente a la jurisdicción de derecho común.”⁽⁵⁾

Si la Administración Pública pasa de titular de servicios de carácter económico, a convertirse en la dueña de empresas, asumiendo los medios de producción y cambio, se produce una deformación sobre lo que se entiende como ente o establecimiento público, pues el carácter mercantil o industrial de la labor de la que se encarga, exige para su éxito ciertas condiciones atípicas para el tradicional establecimiento público en que el Estado ejercía una facultad de controlar el nombramiento y remoción de su personal directivo, así como en la

(5) LONG, Marceau. WEIL, Prosper. BRAIBANT, Guy. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 146. Además puede verse: ARAUJO-JUÁREZ, José. *Los servicios públicos industriales y comerciales*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. San José, año 6, número 6, 2006, p. 51.

aprobación de ciertos actos (tutela de legalidad administrativa).⁽⁶⁾ Claro que estos establecimientos públicos industriales o comerciales no pueden funcionar en un régimen ordinario, por lo que se hizo necesario dotarlos de mayor flexibilidad (controles *a posteriori*, para a una tutela de oportunidad). Realmente, esos servicios públicos son “*empresas administrativas que aseguran prestaciones a los particulares por el ejercicio habitual de actos de comercio, sin adquirir, sin embargo, la calidad de comerciantes en el sentido del derecho privado*”.⁽⁷⁾ La aparición de esta noción afectaría severamente al servicio público en su concepción original. Los servicios públicos industriales y comerciales llevados a cabo en condiciones similares a las de empresas privadas, fue una categoría comprensiva de todo tipo de negocios desde la explotación de estacionamientos, la fabricación de monedas y medallas, hasta la explotación de mataderos municipales.

La división en dos categorías –servicio público propiamente dicho y servicios públicos industriales o comerciales– explica una norma como la contenida en el artículo 3º de la LGAP:

“Artículo 3.-

1. El derecho público regulará la organización y la actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario.
2. El derecho privado regulará la actividad de los entes que, por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro, puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes.”

Este precepto separa la relación que existe entre ente público con el Derecho público. Lo que nos está diciendo es que las entidades de la Administración Pública que posean un giro eminentemente mercantil o industrial (banca, seguros, venta de licores) van a regirse por el Derecho Privado, no en cuanto a su estructura, sino en cuanto a su funcionamiento, esto es, en cuanto a la manera en que debe cumplir su cometido. La pandemia de un esquema –rígido y formalista– de Derecho público para los entes que componen nuestra Administración Pública queda rota a favor de un esquema más ligero y flexible de Derecho privado cuando el giro de la organización lo demande.

(6) BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*. Madrid. Editorial Tecnos, 1966, p. 92 y 265.

(7) *Ibidem*, p. 93.

II. PERSPECTIVAS ACTUALES

A. El servicio público clásico

Uno de los criterios para definir si estamos frente a un servicio público es que la actividad haya sido incorporada al quehacer del Estado directamente o por medio de particulares al que el Estado les permita gracias a una concesión. Pero además, semejante actividad debe ser de interés general, o sea, capaz de satisfacer necesidades colectivas. Los rasgos básicos del servicio público original se mantienen en tanto debe existir bajo esta perspectiva una mano estatal (*publicatio*), directa o indirectamente cuando se entrega a los ciudadanos como concesionarios. Esta es la orientación que podemos encontrar en la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, para la que ambas circunstancias culminan en ser del resorte del legislador, ya que es éste quien a la postre nos va a definir qué es servicio público y que no. Esto es lo que se conoce en doctrina como “concepción subjetiva” del servicio público. Ha sostenido la Procuraduría General de la República en su dictamen C-152-2000 de 7 de julio de 2000:

“En síntesis, el concepto de servicio público presenta las siguientes características:

- La actividad es de interés general.
- Interés general que se manifiesta en el carácter esencial de la actividad para el desenvolvimiento del Estado o porque satisface un interés o necesidad colectiva.
- La declaración de una actividad como servicio público determina que ésta es de naturaleza pública. La titularidad del servicio público corresponde a una Administración Pública, lo que se justifica por el interés público presente en la actividad y porque es la Administración Pública la encargada de tutelar ese interés público.
- Los particulares requieren de una habilitación especial de la Administración titular para poder gestionar la prestación del servicio público. Por ende, puede haber un ‘desdoblamiento’ entre titularidad y gestión, en especial cuando se trata de servicios industriales y comerciales.
- La Administración titular conserva siempre determinados poderes respecto de la prestación del servicio, aun cuando éste sea explotado por particulares.
- La prestación en que consiste el servicio debe estar destinada a satisfacer necesidades de los usuarios (dictamen C-009-2000 del 26 de enero del 2000).”

La elaboración del servicio público se ha encontrado unida a la proclamación de cuatro principios que han servido para definir el alcance de las obligaciones que emprende su prestación. Tales son los principios de continuidad, igualdad, adaptación y gratuidad. Por el primero se exige que el servicio deba ser ininterrumpido. En razón de las necesidades que debe realizar y proteger el estado, se postula que el servicio público debe ser permanente, de tal manera que no se deje de prestar por ningún motivo para lo que el Estado cuenta con los mecanismos de intervención que sea necesario emplear para asegurar esa continuidad. Para el caso del agua potable, la Sala Constitucional nos ilustra en su resolución número 5740-94 de las 12:33 horas del 30 de setiembre de 1994, que hace cita de la No. 4066-94 de las 16:03 del 5 de agosto de 1994, acerca de cómo puede afectarse negativamente la continuidad del servicio:

“Los particulares gozan de un derecho fundamental a recibir los servicios públicos, como lo es en este caso el de agua potable –necesidad vital primordial para los seres humanos–, que en el caso de la comunidad afectada lo brinda la Municipalidad de Escazú, cuya actividad está sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, asegurando su continuidad, eficiencia, adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisface y a la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios, como lo reconoce, por ejemplo, el artículo 4º de la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, de los hechos admitidos por el recurrido, se desprende que las irregularidades en el servicio de agua potable tienen por causa la inexistencia de ese recurso por agotamiento de las fuentes, con lo cual no existe violación a los derechos de los usuarios, sino que se trata de un problema de otra naturaleza.

II.- Si bien es cierto la Sala ha señalado en varias oportunidades que los Gobiernos locales tienen competencia y responsabilidad de suministrar a las comunidades que estén dentro de su jurisdicción el servicio de agua potable y que se encuentran en la obligación de ejercer las facultades de fiscalización que le exige la Constitución y la ley en cuanto a la

calidad y al suministro adecuado de agua potable a los vecinos de la comunidad, (ver sentencia de amparo #131-94). La Ley General de Agua Potable N°1634 del 18-9-1953 establece en el artículo 8 que “solamente en los lugares donde existe servicio de fuentes públicas, las Municipalidades pueden ordenar la suspensión de los servicios de agua potable por demora en el pago, previa notificación y plazo de cancelación de quince días”.

III.- Ahora bien, si a juicio de la Municipalidad el accionante estaba desperdiciando el agua, lo que debía hacer la entidad recurrida, en lugar de cortar arbitrariamente el servicio de agua, era poner en conocimiento de una autoridad competente el acto, aplicando lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley General de Aguas que dice: “Artículo 14: Será reprimido con multa de diez a trescientos sesenta coones o arresto de cinco a ciento ochenta días, aquel que haga uso indebido o desperdicio de agua potable de las cañerías de cualquier localidad del país. La infracción será del conocimiento de los Alcaldes de Faltas y Contravenciones...” En virtud de lo anterior y dado que en el presente caso el acto impugnado no se encuentra ajustado a derecho, el recurso debe ser declarado con lugar, advirtiendo a la Municipalidad de Escazú que no repita actos como el impugnado, toda vez que el derecho fundamental a recibir los servicios públicos indispensables, como lo es en este caso el de agua potable, debe ser protegido y debidamente fiscalizado por esa entidad, sin que por ello deban lesionarse los derechos de los administrados.”

Cuando hablamos de igualdad, nos referimos a que debe ser brindado a todos los ciudadanos sin discriminaciones. Claro está que el usuario debe cumplir requisitos de acceso, que si no las presenta, el servicio le puede ser negado, pero no estamos frente a una infracción de la igualdad, sino que el carácter de usuario debe encontrarse debidamente configurado en quien demanda que se cumpla el servicio a su favor. En la resolución 2001-01276 de las 13:30 horas del 9 de febrero de 2001 de la Sala Constitucional se expresa:

“Resulta lógico que de previo a la instalación de cualquier servicio público, se exija el cumplimiento de cada uno de los requisitos previstos para tal efecto, requisitos que no han sido cumplidos en el presente caso, puesto que la urbanización donde se encuentra la casa del recurrente no se encuentra concluida. Así las cosas, no considera esta Sala que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados haya actuado en forma arbitraria en perjuicio de los intereses del recurrente, puesto que no está en el obligación de brindar un servicio dentro de una urbanización que no cuenta con las todas condiciones necesarias para el suministro de agua potable en forma adecuada.

V.- En cuanto a la actuación de la Municipalidad de San Ramón, llama poderosamente la atención a esta Sala que la misma haya otorgado el permiso de construcción solicitado por la esposa del recurrente sin que existiera el servicio de agua potable en la urbanización donde se realizó la obra. Si bien se desprende del expediente que la solicitud de permiso se hizo con pleno conocimiento de la ausencia de agua potable, y con el respaldo simplemente de un pozo que se encontraba a veinte metros de la construcción para ser usado a fin de concluir la obra, considera este Tribunal que existió un evidente error por parte de dicha autoridad que causó un perjuicio al recurrente, por cuanto en la actualidad su casa se encuentra terminada y habitada y, sin embargo, no cuenta con la instalación del agua potable por razones obvias, al no estar terminada la instalación interna de la urbanización donde construyó. Así las cosas, la Municipalidad recurrida con su actuación propició que se colocara al recurrente en un estado de incertidumbre y grave perjuicio para su salud, por cuanto el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados se encuentra materialmente imposibilitado de instalar el servicio de agua hasta tanto la tubería interna de la urbanización no se termine, y por otro lado, el recurrente y su familia se encuentran habitando su

casa terminada gracias al permiso de construcción otorgado, y sin contar con agua potable. La potestad de autorizar las obras civiles realizadas dentro de su cantón no solamente da a las Municipalidades un importante poder, sino que conlleva una cuota no menos significativa de responsabilidades de fiscalización, que la obligan a velar porque los permisos que otorgue cuenten con todos los requisitos urbanísticos relativos a cada tipo de construcción.”

Por otro lado, la Administración Pública posee las potestades para que exista equidad, por ejemplo, limitando el número de autobuses que podían hacer uso del ferry. En su resolución 2001-01522 de las 9:08 horas del 23 de febrero de 2001, ha señalado la Sala Constitucional:

“IV.- En razón de lo expuesto, contrario a lo expuesto por el recurrente, no observa esta Sala que las medidas adoptadas por las autoridades de Ministerio de Obras Públicas y Transportes resulten discriminatorias y por ello no perjudiciales para los derechos esenciales del recurrente. Así las cosas, estima la Sala en esta ocasión al igual que en la resolución número 2001-01211, en las actuaciones impugnadas no se evidencia en este caso ningún trato discriminatorio, dado que la prioridad de paso impuesta obedece a criterios racionales, razonables y proporcionales. Aunado a que en temporada alta, se ha limitado a dos buses con prioridad de paso en cada viaje y se ha prevenido a las empresas administradoras del servicio público de Ferry a adoptar las medidas del caso para evitar que se altere la prestación del mismo. Consecuentemente y en virtud de todo lo anterior, no procede otra cosa más que la desestimación del presente recurso como en efecto se hace.

V.- No obstante, se advierte a la Dirección General de Seguridad Marítima y Portuaria, que como ente rector y competente en la materia, debe velar por que las empresas administradoras del servicio público de Ferry no concedan unilateralmente

preferencias de paso entre vehículos sin autorización, pues de esta manera sí se podría caer en una práctica irrazonable y desproporcionada, que eventualmente iría detrimento de los derechos de los usuarios.”

La adaptación al fin enuncia que el prestador del servicio debe adecuarse o modificarse para atender nuevas condiciones y, en especial, que debe estar atento a todo adelanto que mejore el servicio que se brinda de tal forma que los usuarios no se vean privados de la mejor tecnología disponible. Claro está esto es complejo en la práctica. Los deberes fundamentales de una autoridad de regulación es asegurar que un nivel razonable de las demandas por el servicio o producto son satisfechas y que las entidades o compañías concesionarias obtienen un financiamiento para llevar a cabo sus actividades.⁽⁸⁾ Ilustra lo antes dicho el delicado equilibrio que la regulación enfrenta y que puede alejarse de él o acercarse de acuerdo al estado de la tecnología imperante, las externalidades que se presenten, políticas fiscales de un momento dado, etc.

La gratuidad en el servicio es un asunto que se encuentra afectado por los principios antes enunciados. Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha equilibrado el cese por falta de pago en el caso del agua potable lo que nos muestra cómo la continuidad se encuentra entrelazada con el pago de una tarifa. Tal es el sentido que apreciamos en la sentencia número 05288 de las 10:39 horas del 30 de junio del 2000:

“En primer término, debe indicarse que el suministro de agua potable constituye un servicio público esencial y oneroso. La jurisprudencia de la Sala, en materia de suministro de agua potable, se ha dirigido fundamentalmente a la protección del derecho a la vida y a la salud de las personas físicas. Esos derechos implican la posibilidad de exigir del Estado ciertas prestaciones, ámbito en el cual el Estado se ve obligado a proporcionar algunos servicios públicos, sobre todo los que resultan esenciales

(8) GRAHAM, *Cosmo. Regulating Public Utilities*. Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 28.

para mantener condiciones sanitarias favorables a la preservación de la vida y la salud de las personas. Sin embargo, el servicio público de agua potable no se presta en forma gratuita, de ahí que cuando –por falta de pago– se interrumpe el suministro de agua potable a consumidores domésticos, se ha considerado necesario que el usuario tenga una fuente de aprovisionamiento gratuita, que es la fuente pública, accesible de manera que con una diligencia razonable de su parte, pueda aprovisionarse para sus actividades mínimas. En el caso que nos ocupa, se informa bajo fe de juramento (folios 21 y 22), que la organización comunal que administra el Acueducto Rural de Calle Valverde instaló una fuente pública al frente de la vivienda de la recurrente, por lo que no se ha lesionado su derecho a la salud y a la vida. No obstante, el Presidente de la organización comunal que administra el Acueducto Rural de calle Valverde no notificó personalmente a la amparada sobre la existencia de una deuda pendiente por concepto de prestación del servicio de agua potable y no le previno que de no pagar en determinado plazo, se le suspendería el servicio. Sobre ese aspecto, el recurrido Presidente del Acueducto Rural de calle Valverde, alega en su defensa que la recurrente estaba enterada de la existencia de la deuda en cuestión, ya que vía carta circular dirigida a la comunidad, se informó a las personas morosas por más de cinco mil colones, sobre sus deudas. Dicho argumento no es de recibo para esta Sala, ya que una circular no puede bajo ninguna circunstancia sustituir la notificación personal. La Sala ha establecido que es necesario efectuar la notificación previa a los usuarios del servicio de agua potable, a fin de que normalicen su situación, así como de dar un plazo razonable para hacerlo. Sólo cuando el moroso falta con dicho cumplimiento, la organización comunal podría interrumpir el servicio, previa instalación de una fuente pública. Por tal motivo, y en caso de que se llegara a determinar, previo apercibimiento a la recurrente, que ésta se encuentra al día en el pago del servicio, deberá la

organización comunal que administra el Acueducto de calle Valverde, proceder de inmediato, a la reinstalación del servicio de agua potable en el inmueble que habita. IV.- Por otra parte, no advierte la Sala que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados haya violentado los derechos fundamentales de la recurrente, ya que según se indica en el informe de ley, a la organización comunal que administra el Acueducto Rural de calle Valverde, le corresponde el cobro por el servicio de agua potable brindado y la interrupción de éste, si una vez cumplido el debido procedimiento, la persona morosa no cancela su deuda. Por lo anterior y según se desprende del expediente, los actos que impugna la recurrente no son imputables al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.”

El costo que exige una prestación continua, igual para todos y adaptada a las circunstancias que la sociedad o la tecnología presenten, constituye, por sí solo, un tema para estudiar más profundamente en otro lugar. Lo que, por ahora, podemos dejar establecido es que Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos consagra en su artículo 3º, un principio de servicio al costo de tal manera que la tarifa que pague el usuario contemple únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad. El artículo 31 de esta ley establece que para fijar los precios, las tarifas y las tasas de los servicios públicos, se tomarán en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestatarias. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa. Esta norma agrega que los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan Nacional de Desarrollo, constituyen elementos centrales para fijar los precios, las tarifas y las tasas de los servicios públicos.

La Sala Constitucional se ha encargado de dejar en claro que el *cuántum* de la utilidad al concesionario es ajeno a su competencia (resolución número 2000-05308 de 10:59 horas de 30 de junio de 2000).

B. Los servicios de interés general

En años más recientes se ha comenzado a proclamar un concepto amplio y objetivo de servicio público. El enfoque jurídico desde posiciones proclama que el servicio público subjetivo resulta incompatible no sólo con el mercado y la competencia, sino también con el ejercicio de derechos y libertades fundamentales. La *publicatio* supone un monopolio de *iure* y de *facto* incompatible con el ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la actividad «publicada»; incluso más, aun cuando el monopolio fuera sólo de *iure*, por admitirse la gestión indirecta, también se afectan derechos y libertades ya que su ejercicio sólo es posible tras una previa concesión administrativa, algo igualmente incompatible con el reconocimiento de derechos considerados innatos a la persona. Partiendo de estos presupuestos, se aboga por un concepto amplio y objetivo de servicio público que excluya la reserva al Estado de su titularidad. Lo importante no es quién ostenta esa titularidad, que perfectamente puede ser privada, sino el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que se asignen. La actuación del Estado debe reducirse, a lo sumo, a establecer esas obligaciones y a controlar su correcto cumplimiento.⁽⁹⁾

A la par de un alejamiento del Estado del bienestar aquejado por varios problemas y frentes en los que hizo aguas, lo que encontramos como respaldo último de esta perspectiva es un traslado al sector público de lo que propone en economía la escuela neoinstitucionalista. Esta escuela aboga por la reducción y supresión de los costos de transacción en las empresas por medio de protocolos de trabajo, uso de normas de aseguramiento de la calidad, etc., en suma de un gobierno corporativo (*corporate governance*), con el propósito de reducir o suprimir los costos de la gestión pública externalizándolos y colocándolos en manos del sector privado (sociedad civil), que los producen en menor cantidad, con lo cual se logra reducir el gasto público a la par que se incrementa el beneficio privado. Ésta es la lógica económica de los procesos de privatización de empresas públicas, de externalización de actividades administrativas no sustantivas (*outsourcing*) y de transformación de servicios públicos en actividades privadas de interés general. Bajo este enfoque se entiende como *buena gobernanza* la puesta en manos del sector privado, al que se denomina sociedad civil,

(9) HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel. *Las transformaciones del servicio público*. En: Actualidad Administrativa. LXIV. Consultado el 3 de agosto de 2007 en www.laley.net.

sean empresas u organizaciones no gubernamentales, la gestión de servicios públicos.⁽¹⁰⁾ La funcionalidad de la Administración Pública va a modificarse en dos vertientes: Una mayor participación de la sociedad civil en la gestión de los servicios públicos a través de su participación (v.gr.: mediante asociaciones) y por el otro, un mayor control sobre la calidad de los servicios.

Sean cuales fueren las razones para reclamar o aceptar la existencia de un servicio público a partir de un criterio funcional, lo cierto es que éste se ha ido imponiendo en el Derecho europeo mediante la denominación de «servicio de interés general». Este tipo de servicio ha de ser declarado por el Estado a través de un acto formal, que no por ello lo hace gubernamental. La prestación del servicio se realiza en régimen de libre concurrencia, aunque es habitual supeditarla a la obtención de un título habilitante –autorización administrativa–, y al cumplimiento de ciertas obligaciones referentes al ámbito geográfico de la prestación, calidad del servicio, tarifas, etc. Por último, el Estado puede arrogarse poderes de control y sanción respecto del cumplimiento de obligaciones en los espacios no rentables en cada caso, de tal forma que exista un servicio universal al que accedan todos.

La idea europea no es orgánica, sino funcional.⁽¹¹⁾ Los servicios de interés general que surgen suplantando al servicio público, son todos los que los poderes públicos consideran que reúnen tal interés, independientemente de que sea un establecimiento público o privado quien los lleve a cabo. Servicios de interés económico general, mencionados en el artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea, son servicios que no son diferentes de los comerciales o industriales ya conocidos por ordenamientos como el francés, son susceptibles de verse sometidos a obligaciones “de servicio público”; esto quiere decir que las empresas prestadoras de esos servicios de interés general, se vean

(10) ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *La Gobernanza Local*. En: Revista de Estudios de la Administración Local, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, enero-abril, 2003, número 291, p. 48. OLCESTE SANTOJA, Aldo. Teoría y práctica del buen gobierno corporativo. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005, pp. 175-176.

(11) MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid, Iustel, segunda edición, 2006, tomo I, pp. 1156-1159. Procuraduría General de la República, OJ-007-1999 de 11 de enero de 1999.

obligadas por regulación y para cumplir la exigencia de brindar, usando una terminología anglosajona, lo que se denomina un “servicio universal”. Cuando hablamos de servicio universal nos estamos refiriendo a que todo usuario tiene derecho a disponer de un mínimo, de calidad especificada, a un plazo razonable y un precio accesible. Para los operadores de servicios económicos liberalizados se imponen ciertas obligaciones y la que más significación tiene es la de suministrar un servicio universal. Esto es principalmente aplicado a los servicios que requieren una red para el suministro, tales como las telecomunicaciones, los ferrocarriles, el agua potable, etc. Para el caso de las telecomunicaciones nos encontramos que el servicio universal consiste en asegurar esos servicios de calidad, a un precio accesible para los consumidores, incluyendo los de bajos ingresos, en todas las regiones de la nación, incluyendo las zonas rurales, insulares y las de alto costo. Las dos razones que comúnmente son utilizadas para razonar su empleo son:⁽¹²⁾ La redistribución dirigida hacia clientes especialmente necesitados. La definición de “necesidad” es objeto de cuestionamiento, pero generalmente se entiende que comprende a los residentes de bajo ingreso, población discapacitada o de tercera edad, rural con problemas de traslado geográfico, que requiere ser tutelada frente a los incrementos de tarifas acordados de forma general, y en segundo lugar, dirigir la planificación regional, a fomentar una distribución armónica de residentes lejos de las congestionadas áreas urbanas a partir de la existencia de externalidades que no es posible internalizar o los beneficios –en términos sociales– de mantener un estilo de vida menos ciudadano. Del empleo que se ha hecho del servicio universal en materia de telecomunicaciones y demás servicios que requieran de una red, se pueden extraer sus características:⁽¹³⁾

- Conjunto definido de prestaciones que se consideran esenciales. Se garantiza la adecuada prestación sólo de aquellos servicios que se consideren esenciales o indispensables. Esta exigencia varía en función de la evolución tecnológica, la demanda del servicio por el mercado, las necesidades de los usuarios o consideraciones de política social.

(12) LAFFONT, Jean-Jacques. TIROLE, Jean. *Competition in Telecommunications*. Massachusetts, MIT Press, 2000, p. 219.

(13) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada, Editorial COMARES, S. L., 2004, p. 631.

- Accesibilidad a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica. Dado que los servicios no son almacenables, como sucede con la producción de bienes, la continuidad y regularidad en la prestación supone que el servicio deba ser disponible para todos. La igualdad garantiza que todo usuario tendrá acceso a los servicios, independientemente de su ubicación geográfica y tal la cobertura territorial impone la potencialidad de interconectar las redes. La continuidad garantiza una oferta de servicio ininterrumpida y a una calidad definida.
- A un precio asequible. Dentro de los objetivos de un servicio universal podemos encontrar el que los precios en zonas de alto costo y zonas rurales, sean razonablemente comparables a los precios de dichos servicios en áreas urbanas.

De esta manera, la regulación estatal de los servicios de interés general, en lugar de aquellos principios clásicos, habrá de partirse libertad de entrada en el sector, libertad de inversión, separación de actividades e identificación de aquéllas que sean de verdad un monopolio natural, acceso de los terceros a la red en pie de igualdad, libertad de oferta de los productos y servicios con formación competitiva de los precios.

En realidad, si se compara con el servicio público tradicional francés, los servicios de interés general se presentan como una estructura que se adapta a los problemas que aquejan a los servicios estatales monopolizados, sin que deba significar que el servicio público desaparece arrasado por el mercado. El servicio público “a la francesa” mantiene un papel insoslayable en el área social. En apoyo de esta afirmación Tomás Ramón Fernández hace cita del reporte del Consejo de Estado francés de 1994: “El servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, no su contrario”.⁽¹⁴⁾ Ambas formas persiguen una misma finalidad que consiste en la satisfacción óptima de las necesidades ciudadanas. La concepción inicial por la que se habló del servicio público como una actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por el Estado porque el cumplimiento de dicha actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la sociedad y que es

(14) FERNÁNDEZ, Tomás R. *Empresa pública y servicio público: el final de una época*. En: Revista Española de Derecho Administrativo, enero-marzo, 1996, número 89.

tal naturaleza que no puede ser realizado completamente sin la intervención de la fuerza gobernante, no prejuzga o alude a una forma o a un régimen jurídico concretos.⁽¹⁵⁾ Paralelamente, el Derecho Comunitario europeo no excluye que las empresas encargadas de servicios de interés económico general actúen en el mercado dotadas de prerrogativas que las sitúen en una posición desigual en relación con las empresas privadas y fuera de las reglas de competencia. Para Muñoz Machado estas condiciones evocan las prerrogativas exorbitantes del Derecho común que, conforme a la dogmática francesa del servicio público debían ser la nota definitoria de la organización y régimen de los servicios públicos de titularidad de la Administración.

Si el servicio debe someterse o no a la lógica del mercado y de la competencia, es una decisión soberana del Estado. Ciertamente, la dogmática puede hacer aportes de innegable importancia. La salud, la oferta pública de valores negociables o el transporte remunerado de personas bajo la modalidad de taxi son todas ellas actividades reguladas, pero no satisfacen necesidades colectivas con idéntica intensidad. Por ello solo la primera merece el calificativo de servicio público. Claro que si vamos a valorar la desaparición de la *publicatio* en los servicios públicos que tienen un arraigo constitucional, el debate se torna en un problema constitucional y por ello, jurídico en todo el sentido de la palabra. A saber: la preparación técnica de los trabajadores (artículo 67), la educación en sus niveles preescolar, general básica y diversificada en el sistema público (artículo 78), proporcionar alimento y vestido a los escolares indigentes (artículo 82) o la explotación ya administración de los recursos que enlista el *archi-citado* artículo 121 en su inciso 14 (las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas, los yacimientos de carbón y depósitos de petróleo y cualesquiera otras sustancia hidrocarburada, los depósitos de materiales radioactivos, los servicios inalámbricos, ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales), etc. Pero esto no debe llamarnos a confundir *publicatio* con monopolio. Que el Estado tenga a su cargo hospitales no impide que existan centros de salud privados. La educación o la salud pueden ser servicios llevados a cabo por particulares bajo el entendido de que se deben someter como sujetos de una actividad regulada. Para que una actividad de servicio público sea monopolio tiene que tener la declaración expresa de la titularidad estatal con exclusión de la iniciativa privada, como acontece con el caso de los seguros. Estas actividades, mercantiles o comerciales, pueden ser

(15) *Ibidem*.

llevadas a cabo por los privados, pero la presencia del Estado tiene grados diferentes: para las telecomunicaciones puede accederse como concesionario que además es regulado; para la banca sólo se es sujeto sometido a regulación.

La perspectiva objetiva del servicio público no equivale ni se asimila a la noción anglosajona de las *public utilities*. Bajo el *common law* el Estado no lleva a cabo una prestación directa de servicios sino que los deja librados a la iniciativa particular, enmarcada en un ambiente de libre competencia. En Europa, cuando una actividad era declarada servicio público, quedaba automáticamente sometida a una lógica distinta de la del mercado, cosa que ahora no sucede con los servicios de interés general. Para que una actividad sea caracterizada como una *public utility* depende de que se presenten dos características: a) Su carácter indispensable en cuanto un sector importante de la población no puede eludir su prestación y, b) El proveedor del servicio se encuentra en una situación de ventaja frente al consumidor, por lo que este necesita ser protegido.⁽¹⁶⁾ Además de esa protección a la figura del consumidor, se perciben imperfecciones que provocan un funcionamiento socialmente inaceptable. Estas son las denominadas fallas del mercado, concepto que alude a que con el simple juego del mercado no se alcanza la situación óptima de bienestar para todos. Esto hace que deban ponerse en marcha mecanismos para rechazar o neutralizar esos efectos.

Las fallas del mercado que tienen relación con nuestro tema son, por ejemplo: la explotación inapropiada de los bienes comunes (*tragedy of the commons*), externalidades positivas o negativas (aquellos efectos que los agentes no tienen en cuenta dado que no les afectan individualmente, sino al conjunto de la sociedad). La falta de información apropiada y oportuna. Las decisiones de tercera parte (*third party decision makers*) que son las opciones que no tomaría el consumidor pero las hace un tercero que no es interesado como el caso del médico que receta un medicamento más costoso dado que él no lo paga. Los pagos efectuados por terceros (*third party payments*) como sucede con los gastos médicos cubiertos por un seguro en que el consumidor realiza gastos innecesarios que no los haría de pagarlos a su costa. Los costos de información y transacción, que se producen porque para llegar a un acuerdo en el mercado es necesario desarrollar

(16) SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Regulación y servicios públicos*. Granada, Editorial Comares S.L., 2003, pp. 14 y siguientes.

un esfuerzo para informarse acerca de las condiciones de la otra parte, la definición de las prestaciones o el modo en que éstas se han de conformar en el contrato lo que implica costos importantes; la regulación puede suprimir o reducir estos gastos divulgando información asequible del trámite a seguir, definiendo las condiciones necesarias para contratar o los tipos de contratos, etc.⁽¹⁷⁾

C. Los servicios impropios

Los servicios públicos impropios o virtuales son las actividades que, sin estar reservadas al Estado ni calificadas como servicio público, no conviene que se desenvuelvan en un régimen de completa libertad económica puesto que recaen sobre asuntos en que es necesario garantizar un orden. Existe un cierto riesgo para bienes (vida, salud, patrimonio) que merecen la tutela estatal para quien entra en contacto con ese giro como cliente o usuario y es preciso prevenir un aprovechamiento indebido de los prestadores. Su titularidad nunca ha pertenecido a las Administraciones Públicas, Las condiciones para su desarrollo (tarifas, autorización previa, control e inspección por parte de la Administración Pública, etc.) son muy parecidas a las de las concesiones. La banca, los seguros, el servicio de taxi o la venta de medicamentos en las farmacias, suelen citarse como ejemplos de servicios públicos impropios o virtuales. Para tales casos no tenemos una expresa declaración de servicio público, pero el Estado se guarda facultades para sí que van más allá de un simple permiso, para ocuparse de la ordenación, prestación y control administrativo. Los efectos de una prestación insatisfactoria pueden afectar no sólo al usuario sino a un grupo o a la sociedad entera.

Como se ha indicado son actividades privadas que revisten interés para la colectividad sobre la forma en que se lleven a cabo. Están dirigidas al público, como grupo indeterminado de ciudadanos y se desarrollan en condiciones de autorización, no de concesión. Esta autorización (conformadora o constitutiva) origina una relación jurídica entre la Administración Pública y el autorizado pero sin que exista *publicatio* de la actividad. Esto ha provocado que la concepción de los servicios públicos impropios sea rechazada, señalándose que no son servicios públicos sino actividades privadas en que el poder de policía resulta particularmente intenso.⁽¹⁸⁾

(17) *Ibidem*, p. 28.

(18) FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda. *Op. cit.*, p. 126.

III. PANORAMA EN EL DERECHO COSTARRICENSE

A. Una categoría flexible, pero que permanece

El origen histórico del servicio público parece claro, pero no su delimitación jurídica. Este es un problema común en los distintos ordenamientos del que nuestro país no está exento. Esto lo confirmamos tanto a nivel constitucional como legal.

La jurisprudencia constitucional, más que ocuparse de facilitar una noción, lo que recoge es la necesidad de que sean correctamente ejecutados. La reforma que se hizo a su artículo 46, sin embargo, ha incorporado dentro del marco de sus previsiones de tono garantista, la figura del consumidor y del usuario, con lo cual el elenco de tutela se amplía al servicio público.⁽¹⁹⁾ Esta modificación ha realizado, indudablemente, el derecho fundamental de todo ciudadano a lo que suele entenderse como buen gobierno esto es que se actúe con eficacia, con acierto y con oportunidad.

La calidad siempre ha representado un imperativo en la Administración Pública pero su significación ha sido distinta con el paso del tiempo. Se ha propuesto dividir esta evolución en tres fases: La calidad en el sentido del respeto a las normas y procedimientos, la calidad en el sentido de eficacia y la calidad en el sentido de satisfacción al cliente. Para el primer caso, estamos hablando de la ausencia de errores arbitrarios, noción que corresponde a una gestión pública entendida como mero cumplimiento de las normas legales o con un lenguaje industrial “conformidad técnica a las especificaciones”. El significado de la calidad en el ámbito de los servicios públicos cambia a partir de la década de los sesenta cuando empieza a cobrar importancia la gestión por objetivos. A partir de entonces, la calidad aplicada en el sector público incluirá, además de la conformidad a las normas o procedimientos, el objetivo que se persigue con la prestación de un servicio o la elaboración de un producto. A partir de los años ochenta, el concepto de “calidad total” del sector privado se transfirió al sector público, haciendo de la satisfacción al cliente el punto de referencia para medir el grado de calidad.⁽²⁰⁾

(19) ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes. Artículo 46 de la Constitución Política. En: Constitución Política Comentada de Costa Rica, McGraw Hill, México, 2001, p. 190.

(20) OLCESTE SANTOJA, Aldo. *Op. cit.*, p. 197.

La Sala Constitucional ha declarado que existe una garantía, innominada y atípica, de calidad y eficiencia, a favor del usuario de los servicios públicos. En su resolución número 2004-5207 de las 14:55 del 18 de mayo de 2004 proclama que las administraciones públicas deben prestar servicios públicos de buena calidad con altos estándares para la debida satisfacción de las necesidades de los administrados que son sus destinatarios y ejercer cumplida y normalmente sus competencias. La eficiencia y la eficacia son, entonces, obligaciones o imperativos constitucionales que necesariamente obligan a los entes públicos a actuar responsablemente en el ejercicio de la función administrativa en sus diversas manifestaciones (actuaciones materiales o técnicas y actividad formal). En la resolución número 2004-07878 de las 15:25 horas del 20 de julio de 2004, la Sala Constitucional afirma en ese mismo sentido:

“III.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas –incluidos los asistenciales o sociales– están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía. Como veremos en el considerando subsiguiente nuestro texto fundamental recoge como derecho fundamental de las personas el del buen funcionamiento de los servicios públicos, consecuentemente los principios que informan los servicios públicos en cuanto hacen efectivo tal derecho

tienen un rango constitucional. El ordinal 4º de la Ley General de la Administración Pública dispone claramente que “La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios o beneficiarios”. La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación –por acción u omisión– de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica. La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico. La adaptación a todo cambio en el régimen legal o a las necesidades impuestas por el contexto socioeconómico significa que los entes y órganos administrativos deben tener capacidad de previsión y, sobre todo, de programación o planificación para hacerle frente a las nuevas exigencias y retos impuestos, ya sea por el aumento en el volumen de la demanda del servicio público o bien por los cambios tecnológicos. Ningún ente, órgano o funcionario público pueden aducir razones de carencia presupuestaria o financiera, ausencia de equipos, falta de renovación tecnológica de éstos, exceso o saturación de la

demanda en el servicio público para dejar de prestarlo de forma continua y regular. La igualdad o universalidad en el acceso demanda que todos los habitantes tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas. Uno de los principios rectores del servicio público que no se encuentra enunciado en el artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública lo constituye el de su obligatoriedad, puesto que, de nada serviría afirmar que deben ser continuos, regulares, uniformes y generales si el sujeto prestador no tiene la obligación de prestarlo. La administración pública prestadora del servicio público no puede escoger su clientela o usuarios, debe brindárselo a cualquiera que se lo requiera.

IV.- DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 en la medida que incorpora el principio de “eficiencia de la administración”. Esa garantía individual atípica o innominada se acentúa en tratándose de servicios públicos esenciales de carácter asistencial como los de la seguridad social y, en especial, cuando tenemos pacientes que por la patología o síndrome clínico presentado requieren

de una atención inmediata sin ningún tipo de dilación indebida para garantizarles sus derechos a la vida y a la salud.”

El panorama que nos da la legislación puede brindar más luz, pero no es completamente esclarecedor. En el Título correspondiente a los principios generales, nuestra Ley General de la Administración Pública dice en su artículo 4º:

“La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.”

La ubicación que tiene esta regla nos sirve para ilustrar que la intención de la LGAP fue la de formular un enunciado importante para la Administración Pública. En primer lugar, la norma cobija a toda la actividad que todos los entes públicos lleven a cabo, con el propósito de sujetarlos a los principios del servicio público. Como ha puesto de manifiesto la doctrina nacional la norma no distingue, en su regulación, entre los servicios públicos del tipo comercial o industrial, según la expresión francesa, de los llamados servicios públicos *régaliens* y de los meramente administrativos, por lo cual es posible entender que se ha querido irradiar el alcance de los principios aludidos, a la actividad administrativa como un todo.⁽²¹⁾ Pero la función administrativa como un todo, –de la que nos habla el artículo 49 de la Constitución Política– no debe englobarse dentro del concepto de servicio público. Ya se ha puesto en evidencia que “... la identificación del servicio público con el conjunto de la actividad administrativa y su reconducción a esa genérica idea de actividad dirigida a satisfacer el interés general conlleva el riesgo de que el concepto, como categoría técnica definida, resulte inútil.”⁽²²⁾ La Administración Pública tiene cometidos y no todos ellos

(21) MILANO SÁNCHEZ, Aldo. *El Derecho administrativo costarricense*. En: *El Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada, INAP, 2005, p. 315.

(22) FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda. *Estatuto Jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. Madrid, Imprenta Fareso, S.A., 2003, p. 115.

son servicio público. Ciertamente, cuando se trata de identificar la gestión estatal que es posible someter al juez, el Código Procesal Contencioso Administrativo nos habla de se tutelará “*cualquier conducta*” de los entes públicos regida por el Derecho administrativo (artículo 1º). Parece entonces que el propósito es que esos principios del servicio público son los que se impondrán a “*cualquier conducta*”, independientemente de si esa conducta sea o no un servicio público. Con la formulación del artículo 4º de la LGAP, no parece que debamos diferenciar las parcelas de actividad administrativa, pues van a poder exigirse para todas ellas y poco nos va a interesar si son o no servicio público, fomento o policía administrativa. Lo cierto es que el fomento o la policía no se convierten en servicios públicos aunque se les apliquen los principios que gobiernan las actividades que verdaderamente lo son. Que se deban atender aquellos principios tradicionales del servicio público para garantizarnos una continuidad o la igualdad en el acceso y disfrute, no convierte a una actividad en servicio público. La LGAP no nos ayuda para encontrar una noción satisfactoria de servicio público. El artículo 4º de la LGAP puede tener una meta ambiciosa, pues resulta notorio que esa norma busca que el quehacer de la Administración Pública tenga continuidad, igualdad y se adapte a los cambios, pero nunca que todo su papel sea un servicio público.

En la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos nos encontramos con el enunciado que se hace en su artículo 3º: servicio público es el que, por su importancia para el desarrollo sostenible del país, sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley. Muy interesante, pero aún no hay un concepto. Paralelo a lo sucedido en Francia, ni el legislador, ni la jurisprudencia ni la doctrina fueron capaces de formular un concepto de servicio público consistente y preciso. Tal vez se trata de una categoría tan variable que no puede ser encasillada en una definición normativa por el riesgo de que se vuelva obsoleta con el paso del tiempo. De la norma podemos rescatar, empero, un punto medular y es que se trata de cometidos necesarios para el *desarrollo sostenible*. Éste constituye un elemento con el cual discernir casos dudosos (seguros, licores), pero algunos inequívocos como la educación. La sociedad entiende que uno de sus problemas más importantes es dar instrucción a los niños, para que aprendan a leer, a escribir y en fin, a desarrollar sus capacidades intelectuales. Hay un interés patente. La jurisprudencia constitucional identifica la educación como un derecho fundamental, a cargo del Estado, que es disfrutado por el ciudadano por medio de la enseñanza gratuita que se le brinda

por medio del servicio público. Por ejemplo, resoluciones de la Sala Constitucional Nos. 3880-05 de las 16:57 horas del 13 de abril de 2005 y 2006-16770 de las 16:10 horas del 21 de noviembre de 2006. Si bien la importancia que ha tenido para el país la educación parece provocar en la Sala Constitucional el afán de adherirle todos los calificativos positivos que encuentre –lo que la ha llevado a tenerla desde libertad individual a la de ser derecho prestacional– podemos decir que es una actividad del Estado que sin duda alguna califica como servicio público. Las escuelas son del Estado, los maestros son funcionarios investidos como servidores públicos pertenecientes a su organización y son remunerados con cargo al presupuesto nacional.

Otra situación se presenta con una actividad que a lo largo de la historia ha mostrado un profundo arraigo estatal. Se trata del correo. De acuerdo con la Ley de Correos, No. 7768 del 24 de abril de 1998, se establece una sociedad denominada “Correos de Costa Rica S.A.”, que será el correo oficial de la República y asumirá las obligaciones y los derechos inherentes a este carácter. Le serán aplicables además de esa ley y sus reglamentos, el Código de Comercio, el Código Civil, el Código de Trabajo y las normas conexas (artículo 3). De acuerdo con el artículo 6 de esa ley, será obligación del Estado, prestar en todo el territorio nacional por medio de Correos de Costa Rica el servicio social de comunicación postal declarado servicio público (cartas clasificadas como correspondencia “LC” según el convenio de la Unión Postal Universal ley) y regulado por la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593, de 9 de agosto de 1996. Tenemos que el paradigma del servicio público normado por un Derecho administrativo desaparece cuando pueden existir servicios públicos sometidos al Derecho privado.

B. Reflexiones finales sobre el estado actual de la cuestión

Podríamos ordenar un poco lo que llevamos expuesto para tratar de lograr un enfoque con apego a la realidad jurídica de nuestro país. Lo primero que debemos rescatar es que siempre el papel de los gobernantes será ocuparse de llevar a cabo las actividades de interés general indispensables para la vida en común y las prerrogativas que ostenta el poder público constituyen la contrapartida de su obligación de dar servicios que son la razón de ser, el fundamento y el límites de sus facultades. Se trata de actividades indispensables para los ciudadanos o que poseen carácter estratégico para la economía y la

sociedad. La dimensión de esa infraestructura es una tarea de arquitectura política y económica, pero no necesariamente jurídica. Además de la educación, son actividades de servicio público la operación de infraestructuras básicas para el transporte (terrestre, ferroviario, marítimo), la provisión de agua potable, la iluminación y electrificación. El Estado fue progresivamente adueñándose de ellas, las fue *publicando* y declarándose el titular de esas actividades (*dominus*)⁽²³⁾ Por su naturaleza presentan ciertos componentes propios de un monopolio pero para eliminar toda duda, se drenó además la “libertad de empresa” (por ejemplo, cerrando toda libertad de entrada para la iniciativa privada).

No toda la actividad del Estado es un servicio público. La seguridad, a pesar de que redunde en provecho del ciudadano, no constituyen el objeto de una específica relación jurídico pública entre el usuario y la Administración. Las conductas que nos van a interesar son aquellas desplegadas dentro de la función administrativa que lleva a cabo la Administración Pública, originan una concreta relación con el ciudadano.

Por otra parte, el servicio público supone la existencia de leyes que se ocupan de normar los servicios y de jueces que se encargan de resolver con base en ese estatuto especial para la gestión que llevan adelante el Estado y los demás entes públicos. Ni la actividad legislativa ni la jurisdiccional pueden ser enfocadas de esa forma.⁽²⁴⁾ La promulgación de leyes o la tarea de dictar sentencias no constituyen servicios públicos. Aparte de que se diluiría la tradicional división del Estado en los tres fines de toda organización política (legislativa, ejecutiva y judicial) pues el servicio público comprendería absolutamente todo el quehacer gubernamental, de lo que debemos partir es que el concepto mismo de servicio público parte de que un legislador ha determinado que cierta actividad debe ser calificada como servicio público y que los tribunales juzgarán tomando en consideración que son actividades diferentes a la de las que ordinariamente llevas adelante los particulares, por los que resolverán los conflictos de interés que se

(23) CASSAGNE, Juan Carlos. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2005, p. 13.

(24) SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Noción y elementos del servicio público*. En: GONZÁLEZ DE AGUIRRE, Marta (coordinadora) *Los Servicios Públicos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, p. 3.

resuelvan con arreglo a las normas propias de esos servicios. La administración de justicia y la legislatura están ligadas al concepto de soberanía democrática en el sentido de que el legislador está desempeñando un cometido que está sujeto sólo a la Constitución; los jueces están sujetos a la Constitución Política y a las leyes. El servicio público tiene sobre sí una mayor cantidad de normas que atender en su aplicación. Además de las leyes, estarán los reglamentos, directrices, circulares, etc., La administración de justicia puede querer para sí la filosofía que se encuentra respaldando los servicios públicos ya que es una tarea que va a exigir, por ejemplo, continuidad e igualdad para el ciudadano que la reclama de la misma manera que sucede con el servicio público, pero no lo es.⁽²⁵⁾ La función administrativa en manos de la Administración Pública es independiente de la legislativa y de la jurisdiccional. El servicio público es exclusivo de la función administrativa y a esta categoría pertenece. Si el Poder Ejecutivo tiene ordenado en la Constitución Política vigilar “*el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas*” (inciso 8 del artículo 140 constitucional), no podemos deducir que se encuentra facultado para corregir la buena marcha del Poder Judicial, pues esa sería una intervención que rompe

(25) La esfera jurisdiccional no puede confundirse con la esfera de la función administrativa. En la resolución 6252-96 de las 15:00 horas del 18 de noviembre de 1996, al señalar que es constitucional la limitación a los servidores del Estado para hacer propaganda electoral durante las horas laborales, la Sala Constitucional invoca para el Poder Judicial reglas de imparcialidad de la función administrativa lo que provoca que se utilice el término “servicio público” con una cobertura tan amplia que no le dota de fronteras:

“Este tema también se encuentra resuelto por la Sala en la sentencia número 2883-96, pues se formuló acción de inconstitucionalidad no solamente contra el artículo 88 del Código Electoral, sino también contra normas similares de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aquí, en una decisión extensa, la Sala llegó a la conclusión de que no existe roce con la Constitución Política cuando el legislador, en protección de un valor importante, la transparencia e imparcialidad del servicio público, opta por imponer limitaciones como las que el numeral 88 del Código Electoral contiene. Los fines del servicio público y el bien común, hacen razonable la limitación impuesta a los servidores para hacer ostentación pública de su preferencia política. En esa sentencia, entre otros conceptos, expresó la Sala: “Considera la Sala que las prohibiciones y limitaciones en materia electoral impuestas a los servidores judiciales tienen validez constitucional, porque los deberes de objetividad y neutralidad, y los principios de independencia e imparcialidad, cubren

con el esquema constitucional de las tres funciones estatales, entrelazadas para servir de freno y contrapeso una de la otra, pero independientes entre sí.

Ciertamente podemos ubicar enunciados normativos, como el contenido en el artículo 4° de la LGAP, o concepciones muy arraigadas como la de que todo establecimiento de la Administración Pública es inembargable, entendiendo que –aunque sean bodegas o se encuentren en desuso– satisfacen en la lejanía un servicio público que a ciencia cierta, no se sabe cuál, pero sabemos que podemos hallarlo y, tarde o temprano, lograr ese engarce con un cometido prestacional, que nos movería a concluir que se trata de una categoría jurídica que pueda dar cabida a todos y cada uno los asuntos que tiene la Administración Pública.

El que los servicios de interés general signifiquen la muerte del servicio público parece ser, en la propia Unión Europea, un enunciado discutible. Los servicios de interés general pueden o bien, coexistir, o bien jugar el papel de un supraconcepto, que no niega ni excluye el de servicio público que lo engloba y lo comprende.⁽²⁶⁾

De lo que hemos recogido hasta el momento, podemos encontrarnos en condiciones para diseccionar al servicio público y hallar los elementos que, dentro de una perspectiva costarricense, nos van a delimitar esa noción:

no solo a aquellos funcionarios que administren justicia, sino también a aquellos otros servidores que laboran en puestos de apoyo de la administración de justicia entendida como servicio público. El deber de imparcialidad no corresponde exclusivamente al juez. El servicio público justicia también se presta mediante la intervención de servidores de apoyo que, aunque no administran justicia en sentido estricto, cumplen funciones importantes para la buena prestación del servicio público. Todas las tareas que corresponden a los servidores públicos, en última instancia benefician o perjudican a los usuarios, según el correcto o incorrecto modo de desempeñar el cargo. El Estado de Derecho se caracteriza entre otros aspectos, por el trato igual en las prestaciones públicas. De manera que no tiene sentido garantizar con gran celo la imparcialidad de los jueces y abandonarla en relación a los otros servidores judiciales...”

(26) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*. En: Revista de Administración Pública, número 150, septiembre-diciembre, 1999, p. 64.

- La naturaleza de la actividad. Son tareas que el Estado política y soberanamente ha asumido por distintas razones (económicas, ideológicas, sociales, históricas, etc.) mediante las que se atiende una necesidad colectiva que resulta indispensable para la vida en común.⁽²⁷⁾ Bielsa llama a diferenciar la necesidad general de la necesidad colectiva.⁽²⁸⁾ En la primera se presenta una suma de elementos homogéneos y aritméticamente se refleja en cifras positivas que equivalen al número de aquellos elementos; mientras en las necesidades colectivas hay elementos heterogéneos que en cifras reflejan sumas o restas, pues a no todos interesan por igual, pero el balance está inclinado a favor de los que muestran interés. La alimentación es una necesidad general,

(27) Sobre la reserva de ley para crear servicios públicos, en su dictamen C-293-2006 del 20 de julio de 2006, ha dicho la Procuraduría General de la República refiriéndose al artículo 3 de la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos:

“Disposición que debe entenderse en el sentido de que es servicio público la actividad calificada por tal por el legislador, para efectos de sujetarla a un determinado régimen. Pero para efectos de la citada ley N° 7593 sólo son servicios públicos los expresamente así señalados por la ley. La Procuraduría ha interpretado esa disposición, indicando que: *“no significa que solo existe servicio público si expresamente la ley indica que se trata de un servicio público o bien, si expresamente está contemplado en el artículo 5° de la Ley de la ARESEP. En efecto, aparte de que dicho artículo es una disposición de rango legal que no vincula al legislador, cabe recordar que comúnmente el legislador crea servicios públicos sin señalar expresamente que la actividad que regula y atribuye a la Administración es servicio público, lo que no desdice de la naturaleza jurídica de esa actividad. Basta, al efecto, que la actividad haya sido legalmente considerada de interés público. Se cumple, así, el principio de que la publicatio, acto de declaración de una actividad como de interés público, se realiza a través de la ley, en virtud del principio de reserva legal”* (dictamen N. C-152-2000 de 7 de julio de 2000).

A *contrario sensu*, si el legislador ha calificado determinada actividad no sólo de interés público sino de servicio público, resulta evidente que la Administración debe tenerla, para todos los efectos, como servicio público. Poco importa, al efecto, que la actividad no esté contemplada en el artículo 5 de la Ley de la ARESEP. Por consiguiente, a dicha actividad le resultará aplicable el régimen general de los servicios públicos, salvo disposición en contrario del ordenamiento.”

(28) Citado por SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Los servicios públicos*, p. 16.

desde el momento en que la sienten todas las personas, mientras el transporte es una necesidad colectiva en tanto algunos lo necesitan, pero otros no pues utilizan sus propios medios. La necesidad colectiva es una mayoría de necesidades individuales concordantes. Esas necesidades colectivas se satisfacen mediante prestaciones ofrecidas al usuario mediante la realización de un servicio o el uso de un medio técnico, como el suministro de energía eléctrica o de agua potable, al que accede bajo ciertas exigencias comunes y no discriminatorias. No debemos olvidar que el legislador ha calificado esas actividades estatales de fundamentales para contribuir al desarrollo sostenible. Hay varias definiciones del desarrollo sostenible, incluida la que se indica a continuación, que fue formulada por primera vez en 1987: *“Es el desarrollo que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas.”* (Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Comisión Brundtland: Nuestro Futuro Común Oxford: Oxford University Press, 1987). La satisfacción de las necesidades del futuro depende de cuánto equilibrio se logre entre las necesidades sociales, económicas y ambientales en las decisiones que se toman ahora y que se suele ilustrar con el siguiente diagrama en que los vértices del triángulo no deben sobreponerse uno sobre el otro:

Sociales
Equidad
Participación
Autodeterminación
Movilidad Social
Preservación de la Cultura



Económicas
Servicios
Necesidades de los Hogares
Crecimiento Industrial
Crecimiento Agrícola
Uso Eficiente de la Mano de Obra

Ambientales
Diversidad Biológica
Recursos Naturales
Capacidad Máxima Admisible
Integridad de los Icosistemas
Aire y Agua Limpios

- El sujeto que la presta. Por el momento, que la actividad sea desarrollada por la Administración Pública, o por particulares concesionarios de ésta es un elemento presente y necesario. Una mano estatal, directa o indirecta, que es el componente básico de la *publicatio*, se mantiene presente.
- El fin perseguido. La actividad tiene por fin satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales, periódicas y regulares, que forman parte de una concreta relación jurídica con el usuario.
- Relación jurídico-pública: en algunos casos el vínculo del usuario con el prestador es de naturaleza contractual, pero en otras ocasiones es típicamente estatuario. Lo que nos interesa destacar es que existe una relación jurídica que permite al ciudadano gozar, por ejemplo, de esa garantía innominada de eficiencia para demandar una mala calidad del servicio y, correlativamente, para que la Administración pueda requerir el cumplimiento de un conjunto de reglas (sea por vía contractual o por estatuto) como puede ser el pago satisfactorio de una tarifa. Entre el usuario y la Administración-concesionario existe una relación especial de poder por la que ambos podrán requerir del otro una conducta determinada dentro del marco del respectivo servicio.
- Competencia: La tendencia internacional es que pueden –y deben– existir servicios que sean prestados en un régimen de competencia asegurando el derecho a elegir del usuario. El poder de mercado es un ingrediente presente en el caso de los servicios de contenido económico. Pero lo cierto es que el estado actual del ordenamiento jurídico costarricense no lo permite a pesar de que constitucionalmente exista un derecho a elegir a favor del consumidor. La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, No. 7472 de 20 de diciembre de 1994, sustrae de la aplicación de esta normativa a los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión y los monopolios del Estado creados por ley en áreas como seguros, destilación de licor, distribución de combustibles, los servicios telefónicos, de telecomunicaciones de distribución eléctrica y de agua (artículo 9º).
- La regulación. La actividad se encuentra rigurosamente regulada por un régimen jurídico especial de Derecho público, que

suministra, correlativamente, los mecanismos necesarios para que el usuario pueda defenderse contra una negativa injustificada de acceso, mala calidad en el servicio, desactualización tecnológica, inequidad en la fijación tarifaria, etc.

**LA ACTIVIDAD CAUTELAR EN LOS PROCESOS
CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
Y CONFLICTOS DE COMPETENCIA: Especial referencia
al ordenamiento jurídico costarricense**

Dr. Rodrigo Arias Grillo^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 28/06/07; aceptado 10/03/08)

(*) Candidato a Doctor de la Universidad Carlos III de Madrid.
Derecho Público.

RESUMEN

El progreso a través de los años de la actividad cautelar dentro del derecho constitucional, manifestado principalmente por el papel y protagonismo de sus tribunales constitucionales, nos motiva a tratar de determinar el marco jurídico de adopción de la tutela cautelar constitucional. Lo anterior nos lleva a preguntar: ¿Es el tratamiento legal de las medidas cautelares distinto según sea el proceso constitucional que se persigue? Esta investigación utilizó para su elaboración un método analítico de la actividad cautelar dentro de los procesos constitucionales de a) protección de derechos fundamentales –recurso de amparo y habeas corpus–, b) control de constitucionalidad y c) conflicto de competencia. Los resultados –generales y específicos– demuestran que el ámbito de adopción y aplicación de las medidas cautelares varía según sea la naturaleza del proceso constitucional, así como por el fin que se persigue dentro del mismo y por los presupuestos jurídicos que rigen –por mandato legal expreso o discrecionalidad jurídica– un determinado ordenamiento jurídico. Finalmente, éstos resultados se proyectan en cada uno de los procesos constitucionales analizados, con la intención de aportar al estudio doctrinal y práctico de las medidas cautelares constitucionales en sus fines más nobles: a) la protección de los derechos fundamentales y b) el control de constitucionalidad.

Palabras clave: medidas cautelares, procesos constitucionales, recurso de amparo, habeas corpus, derechos fundamentales, control de constitucionalidad, conflicto de competencia, derecho procesal constitucional.

ABSTRACT

Over the years, the progress regarding precautionary measures in constitutional law, expressed mainly by the role and empowerment of the constitutional courts, encourages us in trying to determine the legal framework by which constitutional precautionary measures are adopted. This brings us to a question: ¿Does the legal treatment of precautionary measures differ depending on the type of constitutional procedure that is been followed? This research was conducted by means of an analytical method of the precautionary tutelage within the constitutional procedures of a) protection of basic and fundamental rights –constitutional guarantees and habeas corpus; b) control of constitutional block, and c) competency conflicts. The results –general

and specific– demonstrate that the scope for the adoption of precautionary measures varies depending on the nature of the constitutional procedure, as well as the aim sought and the prevailing legal requirements –by written law or by legal discretion– in a specific legal system. Finally, the abovementioned results are projected in each of the constitutional procedures analyzed, with the purpose of contributing to the doctrinal and practical study of the constitutional precautionary measures in their most noble aims: a) the protection of basic and fundamental rights and b) control of constitutional block.

Key words: precautionary measures, provisional remedies, constitutional guarantees, habeas corpus, basic rights, fundamental rights, constitutional law, constitutional procedures, constitutional process, procedural law.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Aproximación jurídica a las medidas cautelares
 1. Justificación y elementos esenciales de la actividad cautelar
 2. Presupuestos jurídicos
 3. Legitimación de las medidas cautelares constitucionales
 4. Tipología
- III. Las medidas cautelares en los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus
 1. Recurso de amparo
 - 1.a Naturaleza y objeto de las medidas
 - 1.b Medidas cautelares suspensivas
 - 1.c Medidas cautelares preventivas o anticipatorias
 2. Recurso de Habeas Corpus
 - 2.a Amenaza de detención o privación de libertad
 - 2.b Perturbaciones a la libertad del recurrente
 - 2.c Reubicación penitenciaria.
 - 2.d Derecho de traslado
 - 2.e Prisión preventiva
- IV. Las medidas cautelares en los procesos de control de constitucionalidad y conflictos de competencia
 1. Procesos de control de constitucionalidad
 - 1.a Regla general
 2. Excepciones o salvedades
 3. Conflictos de competencia
 - 3.a Naturaleza del conflicto de competencia
 - 3.b La tutela cautelar competencial
- V. SÍNTESIS DEL TRABAJO

I. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento del objeto de la jurisdicción constitucional –aquél que se entiende en el presente trabajo como la garantía de la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional, así como los derechos y libertades fundamentales– depende de una armonía entre elementos materiales y formales.

Es de interés de este autor analizar consecuentemente una de las ramas esenciales dentro del ámbito formal de la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de los procesos de control de constitucionalidad, la cual trata sobre las medidas cautelares –típicamente civiles– pero que a través de la evolución del derecho constitucional contemporáneo y la preponderancia de un reciente rol de los tribunales constitucionales, se ha ido incorporando a los mecanismos propios de tutela constitucional.

II. APROXIMACIÓN JURÍDICA A LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Justificación y elementos esenciales de la actividad cautelar

La justificación de las medidas cautelares dentro del derecho procesal –clásico y moderno– interesa en tanto se pueda con éstas encontrar un sentido a la incorporación a un determinado ordenamiento jurídico, del denominado *juicio cautelar*, el cual GUASP define como *aquél que tiene por objeto facilitar el proceso principal garantizando la eficacia de los resultados, y las medidas del mismo nombre en él adoptadas*.⁽¹⁾

Los procesos constitucionales –entiéndase aquí como los mecanismos de tutela de los derechos y libertades fundamentales y aquéllos referentes al control de constitucionalidad– requieren de una agilidad y garantía procesal idónea para hacer exactamente eso mismo: el resguardo, atención, tutela y eficaz cumplimiento de los derechos fundamentales. La Sala Constitucional de Costa Rica, al referirse a la tutela cautelar, establece que ésta “(...) es constitucionalmente obligatoria cuando pueden desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes”.⁽²⁾

(1) GUASP, J. *Derecho Procesal Civil*, 3ra. edición, tomo segundo, Madrid, 1968, página 683.

(2) Sala Constitucional de Costa Rica. Voto 6224-2005.

En cuanto a la efectividad de la decisión jurisdiccional, Martínez de Velasco establece: “*Adivinar cuál sea y llegar a él es una misión casi imposible en la que el azar no deja de estar presente. Por ello, resulta indispensable acudir a herramientas con las que, actuando sobre los efectos de uno de los elementos en juego, el tiempo, fijar ese punto de encuentro. Son las mediadas cautelares*”.⁽³⁾

Asimismo podemos justificar las medidas cautelares como remedio procesal al definirlos como “instrumentos para garantizar que durante el desarrollo del proceso el derecho cuya tutela se solicita permanezca íntegro a fin de posibilitar que la eventual sentencia en la que se llegue a reconocer el derecho resulte útil para su titular mediante la ejecución de sus pronunciamientos” (Martínez de Velasco).

De todo lo dicho, justificar la aplicación de las medidas cautelares, en este caso específicamente a los procesos constitucionales, no podría completarse sino después de verificar que sus características esenciales cumplan –como se verá a continuación– satisfactoriamente con el fin por las cuales han sido introducidas al ordenamiento jurídico en cuestión. Seguidamente se enumeraran las características esenciales o básicas de las medidas cautelares debidamente aceptada por la doctrina dominante en la materia:

a) Instrumentalidad. Esta característica ha sido definida por Calamandrei en el sentido de que las medidas cautelares “*no son nunca un fin en sí mismo, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente*”.⁽⁴⁾ (MARTÍNEZ DE VELASCO) Este tipo de medidas se denominan cautelares por eso mismo, porque son preventivas o precautorias, destinadas a prevenir la consecución de un determinado fin o bien prevenir lo que pueda dificultarlo.

b) Provisionalidad. Esta característica destaca, junto con la instrumentalidad, como una de las esenciales de las medidas cautelares. Consiste en que los efectos de la medida cautelar son provisionales, es

(3) MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín Huelin. *Las medidas cautelares en los procesos constitucionales*. /En/ Manual Práctico de medidas cautelares: Procesos Constitucionales, ordinarios y especiales. Coord. Enrique Collado García-Lajara, Granada, Editorial Comares, 2000, página 4.

(4) MARTÍNEZ DE VELASCO. *Las medidas...*, *op. cit.*, pág. 32.

decir, que existen o surgen efectos siempre de manera temporal. Esta característica se define de la siguiente manera: “*La nota de provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad básica de las medidas cautelares. Si lo que en definitiva se trata de proteger y tutelar la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente el que dicha sentencia tarde en obtenerse*”⁽⁵⁾ (CORTEZ DOMÍNGUEZ).

c) Jurisdiccionalidad. La medida cautelar sólo puede ser ordenada por un órgano con potestad jurisdiccional (y con esfera competencial idónea), es decir, tener autoridad y poder suficiente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En cuanto a los procesos constitucionales, la jurisdiccionalidad también contempla los tribunales especiales, dentro de los cuales se pueden catalogar los Tribunales Constitucionales. Sobre la naturaleza de la potestad de dictar medidas cautelares, se establece que “*(...) la adopción de las medidas cautelares, en cuanto implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituye una potestad claramente jurisdiccional y, por lo tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo a aquellos órganos que tienen encomendado su ejercicio*”⁽⁶⁾ (ORTELLS RAMOS).

d) Funcionalidad. Consecuente con los elementos de instrumentalidad y provisoriedad, la medida cautelar debe siempre cumplir una función específica, por lo cual eso impide su taxatividad al momento de regular su existencia dentro del ordenamiento jurídico. En los procesos constitucionales, es vital que dicha medida acuda a la función preventiva o precautoria de los derechos fundamentales que se pretenden tutelar. Rubén Hernández Valle la caracteriza como: “*La medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege. Por ello, las medidas cautelares no pueden ser taxativas en los procesos constitucionales, sino que más bien deben ser numerus apertus a fin de que cumplan la función de tutela efectiva en el caso concreto.*”⁽⁷⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

(5) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal*, 6ta. edición, T. 1, V. 2, Valencia, 1992, pág. 515.

(6) ORTELLS RAMOS, M. *Derecho jurisdiccional*, T. II, vol. 2do, Barcelona, 1991, pág. 270.

(7) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2005, pág. 136.

e) Variabilidad. Las medidas cautelares, en estricto apego a la jurisdiccionalidad de los órganos que las dictan y ejecutan, puede ser modificadas o adaptadas a cambios y/o incidencias que puedan ocurrir o suscitar en el caso concreto. En este sentido, la variabilidad consiste en la posibilidad de modificar una medida cautelar cuando dicha variación mejore o cumpla de manera más efectiva la función de tutela efectiva del derecho que se pretende proteger.

f) Sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*. Dicho carácter no es unánimemente considerado –por la doctrina– como elemento esencial y autónomo de las medidas cautelares, pero para efectos del presente trabajo se añadirá como tal. Se establece que la medida cautelar es siempre parte de un proceso principal y que ésta se podrá ver afectada si dicho proceso principal sufre alguna alteración sustancial. En otras palabras “*Las medidas cautelares, además de ser provisionales, de tener como límite máximo de vigencia la duración del proceso principal, se encuentran sometidas a un lapso de tiempo a la cláusula rebus sic stantibus, de modo tal que su permanencia o modificación en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial*”.⁽⁸⁾

2. Presupuestos jurídicos

La doctrina predominante en materia de medidas cautelares señala que existen dos presupuestos jurídicos por excelencia, sin negar la existencia de presupuestos adicionales para la adopción de tales medidas. Estas dos medidas se conocen como: a) *Periculum in mora* y b) *Fumus boni iuris*.

a) *Periculum in mora*. Calamadreí define dicho presupuesto de la siguiente manera “*el periculum in mora que está en la base de las medidas cautelares no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino específicamente el peligro de aquél ulterior daño marginal que podría derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario, de la resolución definitiva*”.⁽⁹⁾

(8) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Colex, 1993, pág. 43.

(9) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...) Op. cit.*, pág. 55.

El Tribunal Constitucional español, al referirse al criterio de dicho presupuesto, establece que "(...) *no puede ser otro que el utilizado para acordar o denegar libremente la suspensión no producida automáticamente (...), esto es, el de atender a la imposibilidad o dificultad de reparar los perjuicios que la entrada en vigor de la disposición impugnada podría originar.*"⁽¹⁰⁾

Adicionalmente, la Procuraduría General de la República de Costa Rica, órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia, ha dispuesto para lo que interesa lo siguiente "*En relación con el peligro en la demora o periculum in mora, podemos indicar que, cuando se inicia un proceso y se prevé que el resultado de la sentencia firme va a tardar cierto tiempo, el cual puede poner en peligro el derecho reclamado o la efectividad de la sentencia, es mejor cautelar ese derecho, es decir asegurarlo para que la futura sentencia no vaya a resultar inoperante e inútil. En ese sentido, el periculum in mora consiste en el temor fundado de que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada, grave o irreparablemente, durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal.*"⁽¹¹⁾

b) Fumus boni iuris. El segundo presupuesto consustancial para la adopción de medidas cautelares se conoce jurídicamente como "*la apariencia de buen derecho*". La doctrina reconoce que para que este presupuesto sea demostrado, no es necesario un estudio exhaustivo de los expedientes por parte del juez constitucional, sino que "(...) *para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de la plena convicción del juez.*"⁽¹²⁾

(10) Auto Tribunal Constitucional Español. 674/1984. Fundamento Jurídico Único.

(11) Procuraduría General de la República de Costa Rica. Dictamen C-123-2004 del 23 de abril del 2004. <http://www.pgr.go.cr>

(12) ORTELLS RAMOS, Manuel; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La tutela judicial cautelar en el Derecho Español*. Granada: Editorial Comares, 1996, pág. 14.

La apariencia exigida por dicho presupuesto llama a una cierta seriedad y fundamento de la medida cautelar solicitada. En este sentido, el juez constitucional no deberá examinar con detenimiento todos los elementos de prueba, sino lo que interesa para el juez constitucional es que la medida sea seria jurídicamente, con fundamento y buena intención, como bien lo señala asimismo la PGR disponiendo que “(...) *para decretar una medida cautelar; ésta debe de fundarse en cierto grado de probabilidad de que la pretensión de la demanda principal es fundado y seria, esto es, que aparentemente va a ser admitida en sentencia. En ese sentido, la indagación del fumus boni iuris, se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada; basta con que el juez compruebe y llegue al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante, probable o presumiblemente, será reconocido en la sentencia definitiva*”.⁽¹³⁾

El estudio jurídico de las medidas cautelares nos lleva a determinar otros presupuestos sustanciales para su adopción. En este sentido, Hernández señala al interés público como un elemento objetivo necesario para que operen las medidas cautelares. El interés público resulta ser un limitante para la adopción de las medidas cautelares, en donde el juez constitucional debe siempre valorar si “(...) *la medida cautelar se debe rechazar cuando su imposición cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado*”.⁽¹⁴⁾

3. Legitimación para solicitar/adoptar las medidas cautelares constitucionales

El tema de la legitimación para la solicitud y adopción de medidas cautelares se reduce a la determinación de las partes del proceso y del juez constitucional. En este sentido, existen dos sujetos legitimados que son: a) juez y b) el recurrente.

En este sentido, Hernández señala los supuestos en donde las medidas cautelares pueden ser o no ser decretadas:

(13) Procuraduría General de la República de Costa Rica. Dictamen C-123-2004 del 23 de abril del 2004. <http://www.pgr.go.cr>

(14) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, Op. cit., pág. 137.

a) Por mandato legal. Se refiere a la situación en donde se adopta o no una medida cautelar sin necesitar un juicio previo del juez constitucional. En este supuesto, es la ley la que decide sobre la procedencia o no de las medidas cautelares solicitadas por el recurrente.

El ordenamiento jurídico peruano –mediante el Código Procesal Constitucional y sus reformas– nos demuestra un ejemplo de una norma permisiva en cuanto a la procedencia de las medidas cautelares y una norma prohibitiva de las mismas, según el tipo de proceso constitucional que se trate, la contenida en el artículo 15 que dispone que “*Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento (...)*”,⁽¹⁵⁾ y por su parte la segunda se contiene en el artículo 105 que al referirse a la improcedencia de las medidas cautelares afirma que en “*En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares*”.⁽¹⁶⁾ En este caso, ninguna persona estaría legitimada de accionar una medida cautelar en un proceso de inconstitucionalidad, por mandato expreso de ley.

De igual manera en los ordenamientos jurídicos donde se regula la suspensión del acto violatorio o impugnado mediante la interposición del recurso de amparo, se está adoptando por mando legal expreso el efecto de una medida cautelar.

b) Por decisión discrecional del juez. Este supuesto se aleja del primero por cuanto aquí sí se necesita un acto volitivo por parte del juez constitucional. Sobre el alcance de las posibles medidas por adoptar, Hernández señala que “*Esta facultad del juez constitucional es muy amplia y le permite al juez constitucional dictar no sólo medidas cautelares típicas, sino también de naturaleza atípica, es decir, de carácter innovativo*”.⁽¹⁷⁾ En este supuesto es necesario aclarar que la intención del juez constitucional debe versar sobre dos pilares, la primera sería la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial, y la segunda la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales.

(15) República de Perú. Ley No. 28946 del 22 de diciembre del 2006. *Ley que modifica e Código Procesal Constitucional*. Consultada Octubre 24, 2007.

(16) República de Perú. *Código Procesal Constitucional*. Ley Número 28237 publicada el 31 de mayo del 2004.

(17) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 138.

c) Por iniciativa de la parte/recurrente. Este supuesto es sencillo, por cuando detalla la posibilidad de que la parte solicite una medida cautelar cuando considera que existe la posibilidad de que sin ésta se le vaya a lesionar un derecho o libertad fundamental. Por ser parte del proceso, está legitimado a recurrir el acto y contar con los instrumentos procesales previstos en el ordenamiento jurídico para velar por sus intereses, dentro de estos, se encuentran las medidas cautelares.

Como se comentó en el punto sobre el mandato expreso, la parte no siempre puede recurrir, dado que existen situaciones en donde por la naturaleza del proceso constitucional, se le prohíbe o limita esa posibilidad tanto a la parte como al juez, por regularse expresamente la improcedencia de las medidas cautelares en el proceso correspondiente.

Existe la situación de que un tercero/s se vea perjudicado por los efectos de la medida cautelar y solicite ser parte del proceso, o bien introduzco vía incidente un tipo de litisconsorcio necesario, que escapa de la legislación en materia de jurisdicción constitucional en muchos países, pero bien puede ser aceptada y adoptada por el juez constitucional sí así lo considera pertinente. Todo lo anterior el espíritu de la efectiva tutela cautelar en donde *resulta indispensable la presencia de todas aquellas personas que pudiesen verse involucradas en la sentencia estimatoria de un tribunal.*⁽¹⁸⁾

4. Tipología

A diferencia de una clasificación bipartita clásica del derecho civil, en donde se reconoce la división de las medidas cautelares en reales o personales, dichas medidas dentro de su aplicación a los procesos constitucionales gozan de un tipo de clasificación distinta. Carnelutti y Hernández señalan que las medidas cautelares constitucionales se clasifican primordialmente en tres categorías:

a) La medida cautelar inhibitoria. Se origina de la raíz latina “*inhibere*” que significa el *impedir o reprimir el ejercicio de facultades*, por lo cual la medida cautelar inhibitoria se da cuando el Juez constitucional impide la realización de la acción u objeto impugnado.

(18) Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 000029-F-2007 de las 11:00 horas del 19 de enero del 2007. Expediente: 03-100398-0297-CI.

El proceso cautelar inhibitorio se puede ilustrar como una suspensión transitoria dentro del proceso constitucional, en donde su adopción por parte del juez constitucional recae en el juicio cautelar en donde deber prevalecer el mayor resguardo de los derechos y libertades fundamentales en determinado caso concreto.

A manera de ejemplo, si se le otorga un permiso a una empresa para la construcción de una gasolinera, y los vecinos consideran que tal construcción degrada su derecho a un medio ambiente sano y equilibrado y pone el peligro su derecho a la salud, éstos pueden recurrir vía amparo al juez constitucional. Prima facie, el juez constitucional podría ordenar la suspensión de la construcción de la gasolinera al considerar que de no decretarla al instante la violación a los derechos fundamentales alegados podrían ser de difícil o imposible reparación

b) La medida cautelar restitutoria o de reestablecimiento. Se origina del latín “*restituere*” que significa *llevar algo al estado que antes tenía*. La medida cautelar restitutoria lo que pretende es eso mismo, el reestablecimiento a la situación anterior en cuanto a los derechos fundamentales que se alegan violentados por el recurrente.

En cuanto a los derechos de libertad de reunión y asociación, podríamos pensar en el caso en que se ordene el cierre de un centro o asociación por considerarse de fines ilícitos. En esta situación el juez constitucional podría, a solicitud de los recurrentes, ordenar la apertura o reestablecimiento del centro mientras transcurre el tiempo en que se resuelve el amparo interpuesto.

c) La medida cautelar preventiva o anticipatoria. Sobre esta medida Hernández dispone “(...) *se produce cuando el juez anticipa el cambio probable o posible de la situación (...) es bastante utilizada en los procesos constitucionales y es la que produce, en la praxis, problemas jurídicos de difícil solución*”⁽¹⁹⁾ (HERNANDEZ VALLE).

Los problemas a los que se refiere Hernández se dan por el hecho de que el juez constitucional al adoptar una medida cautelar anticipatoria podría estar de cierta manera otorgando el amparo antes de la sentencia definitiva.

(19) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, Op. cit., pág. 141.

De igual manera, se da el caso en que el juez constitucional podría decretar la adopción de *una medida cautelar en contra de lo dispuesto en un reglamento o inclusive hasta una ley, en donde provisionalmente se otorga por ejemplo una autorización de medicamentos a favor del recurrente que vaya en contra del reglamento de ente hospitalario* o bien de lo dispuesto en alguna ley de salud aplicable al caso concreto (Hernández).

De tales medidas preventivas o anticipatorias se obtienen ventajas y desventajas en cuanto a su adopción: la primera en cuanto se resguarda a criterio del juez constitucional los derechos fundamentales del recurrente mientras se realiza el proceso constitucional que dirime el conflicto planteado, mientras que el segundo conlleva el problema jurídico de otorgar las pretensiones planteadas por el recurrente antes de que existan un voto firme que así lo disponga, por lo cual podría desvirtuar de cierta manera la finalidad del proceso constitucional como tal.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE AMPARO Y HABEAS CORPUS

1. Recurso de amparo

1.a Naturaleza y objeto de las medidas

Dentro del recurso de amparo –en el ordenamiento jurídico costarricense que aquí interesa– la interposición del mismo suspende para el recurrente la aplicación de los efectos de las leyes u otras disposiciones normativas impugnadas, así como la de los actos concretos impugnados.

En el marco descrito, al interponer un recurso de amparo, éste acto no tiene efectos suspensivos en cuanto a los efectos generales de la ley.⁽²⁰⁾ En este contexto, existe una *suspensión automática* de los efectos del acto impugnado al momento de la interposición del mismo

(20) Costa Rica, Ley de Jurisdicción Constitucional, No. 7135 del 11 de Octubre de 1989. Artículo 41. Consultada 10 de Noviembre, 2007.

“Artículo 41.- La interposición del amparo no suspenderá los efectos de leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de aquellas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados. (...)”

para el recurrente, lo cual hemos dicho que se reconoce como una medida cautelar por mando legal expreso.

La tutela cautelar adoptada mediante el recurso de amparo tiene “(...) una clara finalidad preventiva con el objeto de conjurar el peligro que para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria del amparo puede tener la ejecución de un acto frente al que se impetra la protección del tribunal Constitucional. Se trata de garantizar la efectividad de la tutela que está llamando a prestar el máximo intérprete de la Constitución (...)”⁽²¹⁾ (MARTÍNEZ DE VELASCO).

Así las cosas, las medidas cautelares dentro de los procesos constitucionales de amparo cuentan con dos vertientes principales: a) las medidas suspensivas y b) las medidas preventivas o anticipatorias.

1.b Medidas cautelares suspensivas

Dentro del ordenamiento costarricense, el recurso de amparo representa un mecanismo de tutela que suspende los efectos de la ley o cualquier otra disposición normativa que se impugne, pero únicamente en cuanto se refiere a los efectos propios en perjuicio de la parte agraviada. No obstante, la continuación de los efectos del acto impugnado sí proceden en casos excepcionales mediante *la tutela cautelar constitucional*.⁽²²⁾

(21) MARTÍNEZ DE VELASCO. *Las medidas...*, *Op. cit.*, pág. 18.

“Artículo 41.- La interposición del amparo no suspenderá los efectos de leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de aquellas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados. (...)”

(22) (...) en casos de excepcional gravedad la Sala podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de la que dependa el funcionario u órgano demandado, o aún de oficio, cuando la suspensión cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, mediante las cautelas que considere procedentes para proteger los derechos o libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso a su favor.” Costa Rica, Ley de Jurisdicción Constitucional, *Ibíd.* 41. Consultada 04 de Junio, 2007.

Es aquí donde se marca una diferencia procesal en cuanto a la postura de otros ordenamientos jurídicos como el español, en donde la regla general es que los efectos del acto impugnado no se suspendan sino que continúen. En este contexto, en España lo que procede de manera excepcional es la suspensión del acto impugnado, es decir, ocurre lo inverso al caso de Costa Rica.

Asimismo en el ordenamiento español se establece la suspensión de actos de los poderes públicos mediante amparo siempre y cuando su objeto sea “(...) *evitar que el eventual amparo de derecho o libertad por razón del cual se promueve el recurso se malogre, porque el acto se ejecuta privando al amparo de utilidad*”.⁽²³⁾

Ahora bien, en España la suspensión sí procede en una situación calificada (*como mecanismo excepcional y como parte de su actividad cautelar*). Esta ponderación cuenta con tres características o nociones jurídicas elementales: a) *La suspensión del recurso de amparo en España requiere o supone que dicha suspensión no lesione un interés constitucionalmente protegido, algún derecho fundamental o libertad de la persona*; b) *Las medidas cautelares suspensivas son medidas excepcionales que sí proceden en el recurso de amparo, cuando así lo considere el Tribunal Constitucional (juicio cautelar)*; y c) *Las medidas cautelares suspensivas tienen como fin el resguardo de los derechos fundamentales y la correcta utilización de los medios y competencias atribuidos al Tribunal Constitucional para hacer valer el amparo y su finalidad*.⁽²⁴⁾

(23) Auto del Tribunal Constitucional Español. 3/1981 (Fundamento Jurídico Primero).

(24) “Dos. Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala (...), de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona. (...) la Sala o la Sección podrá adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad. ESPAÑA, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional Artículo 56.

Nuevamente dentro del análisis del derecho costarricense, las medidas cautelares suspensivas cuentan así mismo con ámbitos de acción, uno general en cuanto a la especialidad de la jurisdicción y el segundo en cuanto al tipo de acto susceptible de amparo en el cual procedan este tipo de medidas.

En cuanto al primero, las medidas cautelares que pretendan suspender efectos deben siempre estar en directo ejercicio con un derecho fundamental. Es regla general en este país que *la jurisdicción constitucional no puede sustituir la ordinaria en la solución de conflictos de naturaleza civil que no involucren directamente la el ejercicio de algún derecho fundamental.*⁽²⁵⁾

En cuanto al segundo, la suspensión de los efectos procede únicamente en los *actos positivos que limitan o eliminan derechos subjetivos del recurrente, pero sin que ningún otro particular derive derechos subjetivos de ellos (...) por cuanto en al hipótesis si no se produce dicha suspensión, se le puede producir un daño irreparable al recurrente, con lo que la eventual sentencia estimatoria a favor suyo sólo tendría efectos resarcitorios y no de reestablecimiento del derecho fundamental conculcado o amenazado de violación*⁽²⁶⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

Finalmente la Sala Constitucional de Costa Rica ha aportado valiosa jurisprudencia sobre el efectivo suspensivo del recurso de amparo así como de los lineamientos jurisprudenciales tendientes a la adopción de las medidas cautelares suspensivas, en donde entre algunas otras, se rescatan por relevancia las siguientes:

a) Carga de la prueba de la Administración. Corresponde a la autoridad recurrida la carga de la prueba para justificar la continuación de los efectos del acto impugnado, dado que la suspensión de tales efectos operan de pleno derecho salvo casos de excepción. Es deber de la autoridad recurrida demostrar que hay mayor daño o perjuicio (cierto e inminente) al interés público que el ocasionado al agraviado por la ejecución del acto impugnado.

(25) Costa Rica. Sala Constitucional. Voto 4838-93 de las 10:36 horas del 1 de octubre de 1993.

(26) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, Op. cit., pág. 148.

b) Vigencia de las medidas cautelares suspensivas. El efectivo suspensivo por mandato legal inicia a partir de la notificación de la admisión del recurso de amparo a las partes, sea mediante medio idóneo de notificación ordinaria, por parte de certificación del juez constitucional, certificación notarial, o cual otro medio fehaciente. El efecto de la medida cautelar suspensiva autorizada por juez constitucional (de oficio o a petición del recurrente) entra en vigencia por los mismos supuestos de notificación del primer supuesto. Por otro lado, los efectos de las medidas desaparecen desde que se desestime el recurso, sin ser necesaria la notificación de la sentencia desestimatoria.

c. La duración de los efectos suspensivos del acto corresponde al máximo órgano constitucional. En este caso la Sala Constitucional se ha pronunciado diciendo que *“la ley (...) señala que los actos impugnados deber ser suspendidos de pleno derecho, con la sola interposición del recurso. Le excepción a esta regla, es decir, el mantenimiento de le ejecución de o los actos impugnados, es decisión que éste reservada a la Sala en pleno”*.⁽²⁷⁾

1.c Medidas cautelares preventivas o anticipatorias

Habíamos dicho que las medidas cautelares preventivas o anticipatorias son aquellas en donde el juez constitucional anticipaba el cambio probable o posible de la situación en conflicto. Las medidas anticipatorias dentro de recurso de amparo no tienen una regulación jurídica expresa en el ordenamiento costarricense, pero lo que no es objetable es su existencia diaria en el quehacer jurisdiccional de la Sala Constitucional de este país.

Resulta interesante la comparación que hace Vecina Cifuentes del Tribunal Constitucional español con el Bundesverfassungsgericht alemán, aludiendo que éste último ostenta mayores potestades cautelares al establecer la posibilidad de *regular una situación mediante medidas provisionales, cuando el interés general lo exija, para evitar un daño inminente*. Añade asimismo, *“(...) el BVerfG cuenta con una potestad cautelar genérica, en virtud de la cual, puede adoptar tanto medidas cautelares conservativas como plenamente anticipatorios de la pretensión del actor (...)”*⁽²⁸⁾ (VECINA CIFUENTES).

(27) Costa Rica. Sala Constitucional, Voto 6568-93 de las 16:06 horas del 14 de diciembre de 1993.

(28) VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...)*, Op. cit., pág. 78.

La Sala Constitucional de Costa Rica también cuenta con una *potestad cautelar genérica* similar a la que hace referencia Vecina Cifuentes, en donde se pueden dictar medidas cautelares consideradas procedentes, así como medidas de conservación y/o seguridad que la prudencia aconseje, para evitar riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencias de los hechos realizados. Hernández resalta que dentro del entorno costarricense los campos de la salud, el ambiente y la seguridad social son los más atinados para la adopción de este tipo de medidas, por cuanto por su misma naturaleza tratan con derechos fundamentales propios de la dignidad humana, la calidad de vida de los ciudadanos y su propia vida.

Sobre el tema del medio ambiente, la misma jurisprudencia constitucional ha establecido que el amparo es la vía idónea, bajo estricto apego al principio precautorio, para velar por su tutela, incluida la cautelar. En este contexto, los amparos relacionados con “(...) *el medio ambiente deben ser resueltos por este tribunal, ya que es esta la vía creada por la Constitución para la tutela de los derechos fundamentales que se alegan amenazados, estos derechos, por su especialidad, requieren de una tutela expedita que sólo pueden garantizar el proceso sumario de amparo. (...) es de la mayor importancia constitucional (...) tiene relación directa con las tutelas del orden fundamental (...)*”.⁽²⁹⁾

Pensemos entonces en el caso en donde se autoriza el funcionamiento de una empresa química cerca de un área considerada de interés y protección ambiental, sin el estudio ambiental realizado, el juez constitucional podría *prima facie* adoptar una medida cautelar que ordene el cierre temporal de la empresa. Es decir, se otorga la pretensión del recurrente, pero con motivo de que el no otorgarla significaría o podría significar daños de imposible o difícil reparación.

En temas de seguridad social y de salud, la adopción de medidas preventivas o anticipatorias son aún más directas y propias del ser humano. En estos casos la tutela cautelar debe velar por la calidad de vida de las personas, en el peor de los casos por la calidad *mínima* de vida para que ésta sea considerada digna y protegida por el ordenamiento jurídico.

(29) Costa Rica. Sala Constitucional, Voto 2000-10466 de las 10:17 horas del 24 de noviembre del 2000.

Verbigracia, pensamos en algún adulto mayor en estado crítico que necesita de un determinante medicamento para salvarlo de la muerte. En este caso el juez constitucional puede adoptar la medida cautelar preventiva, otorgándole de manera provisional al recurrente las dosis de medicina necesaria para su supervivencia mientras se tramite el amparo. Se repite aquí el problema práctico-jurídico de la adopción de dichas medidas, en donde es muy difícil que un juez constitucional al otorgar una medida como éstas, luego llegue a desestimar el amparo y desproveer al afectado de los medicamentos que en etapas anteriores otorgó para su supervivencia. Es una discusión vigente en la doctrina moderna que cuestiona si la adopción de tales medidas preventivas o anticipatorias no son más que el otorgamiento de las pretensiones del recurrente antes de que se dicte la sentencia definitiva.

2. Recurso de Habeas Corpus

El recurso de habeas corpus dentro de ordenamiento jurídico costarricense, como proceso exclusivamente constitucional, garantiza la libertad e integridad de las personas ante cuatro supuestos fácticos que se resumen en: a) actos u omisiones que vengan de cualquier autoridad inclusive la judicial; b) amenazas a la libertad y las perturbaciones o restricciones que por parte de la Administración se establezcan indebidamente, c) restricciones ilegítimas del derecho de traslado dentro del territorio nacional; d) restricciones ilegítimas a la libre permanencia (salida e ingreso al territorio nacional).

La tutela cautelar empleada por el juez constitucional depende de la situación del caso concreto, y del tipo de recurso de habeas corpus que se trate. La doctrina moderna determina la tipología del habeas corpus haciendo su distinción entre su *naturaleza reparadora, preventiva, restringida y correctiva*⁽³⁰⁾ (HERNÁNDEZ VALLE). En este contexto, resulta necesario aclarar que *la tutela cautelar que proporciona la jurisdicción constitucional no deberá ser observada como una instancia más dentro del proceso penal*,⁽³¹⁾ por lo cual las medidas cautelares sólo

(30) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 145.

(31) (...) el procedimiento de habeas corpus no puede ser desvirtuado para, por medio de él, cambiar la función del Tribunal y constituirlo en una tercera instancia (...) “en ningún caso se ha incursionado en el mérito de los autos para sustituir a los tribunales que conocen los asuntos de la

deberían ser adoptadas dentro de supuestos específicos como los siguientes:

2.a Amenaza de detención o privación de libertad

Propio del recurso de *habeas corpus preventivo*, la adopción de medidas cautelares dependen del cumplimiento o no de ciertos lineamientos proporcionados por la jurisprudencia constitucional. En este contexto, es importante marcar la diferencia entre los rumores de peligro de detención y las amenazas de peligro de detención. En la praxis jurisdiccional, los primeros *no lesionan ningún derecho, sino hasta que efectivamente dicho acto tenga vicios de ejecutividad, porque antes sólo resulta su mera especulación respecto a la posibilidad de que dicha lesión efectivamente se concrete.*⁽³²⁾ En definitiva, no proceden medidas cautelares en casos en donde lo que existan sean rumores de detención o privación de libertad.

Antes el caso de las amenazas, éstas deben *ciertas, graves e inminentes y en proceso de ejecución*⁽³³⁾ para que las medidas cautelares preventivas procedan. Aplicando los anteriores criterios, el juez constitucional puede adoptar medidas cautelares dentro del proceso de *habeas corpus* en donde se tenga como finalidad cautelar el impedir, precaver o evitar una detención que se considera ilegítima y arbitraria.

2.b Perturbaciones a la libertad del recurrente

Propio del *recurso de habeas corpus restringido*, en donde la tutela cautelar procede siempre y cuando lo que se éste lesionando es

competencia ordinaria, a menos que se presentare un grave error en la apreciación de las pruebas o en la interpretación del derecho que conlleve una lesión a legítimo derecho a la libertad.” Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 2000-10397 de las 09:08 horas del 24 de noviembre del 2000.

(32) Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 603-91 de las 15:44 horas del 20 de marzo de 1991.

(33) “(...) no es cualquier amenaza la que produce tal efecto, sino que la misma debe ser precisa, grave, cierta, actual, concreta e inminente, pues de no ser así se estaría en presencia de un futuro incierto que podría no ocasionar ninguna violación a ese preciado derecho constitucional (...).” Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 1142-94 de las 15:03 horas del 01 de marzo de 1994.

la quietud y el sosiego de un ciudadano en cuanto a su libertad personal a raíz de perturbaciones efectuadas por una autoridad.

La tutela cautelar que emana este tipo de recurso cuenta con una limitación sustancial en cuanto a su procedencia y adopción. En este sentido, resulta necesario demarcar las fronteras de los términos perturbación con los de investigación (judicial o policial); en donde el primero trata de un trastorno en la quietud de una persona con respecto a su libertad personal, mientras que el segundo es propio de una conducta en donde su fin es aclarar el actuar ilegítimo de una o varias personas. Las medidas cautelares restringidas no proceden cuando esta de por medio una investigación policial.⁽³⁴⁾

En definitiva, las medidas cautelares sí proceden cuando el trastorno es evidenciable, cierto e inminente, por lo cual el juez constitucional debe adoptar tales medidas con el fin de impedir la continuación de dichas perturbaciones. En este orden de ideas, lo correspondiente sería ordenar a la autoridad correspondiente el cese inmediato de toda acción o actividad con tal finalidad, en miras al resguardo del derecho de libertad personal del recurrente.

2.c Reubicación penitenciaria

Propio del recurso de *habeas corpus correctivo*, no deja de ser una modalidad calificada del recurso preventivo visto anteriormente. Las medidas cautelares proceden cuando un juez constitucional vislumbra una amenaza inminente en la integridad física de un detenido dentro de una prisión, centro penitenciario, centro de detención policial, centro de reclusión y/o cualquier otra dependencia con tales fines.

El fin de la medida cautelar correctiva es que al detenido *se le traslade de sitio dentro de una prisión o se le envíe a otra distinta por estar amenazado en su integridad personal por otro reclusos, el juez constitucional emite una medida cautelar inmediata a fin de que al recurrente se le reubique inmediatamente en otro sitio de la prisión para garantizar su integridad y seguridad personal*⁽³⁵⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

(34) “(...) El hecho de que presuntos oficiales (...) se hayan avocado a investigar al promoverte (...) no tiene el efecto de lesionar la libertad e integridad personales de aquél, por lo que no constituye una circunstancia amparable (...)”. Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 6592-94 de las 14:45 horas del 09 de noviembre de 1994.

(35) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, Op. cit., pág. 145.

2.d Derecho de traslado

La tutela cautelar dentro este derecho se manifiesta en situaciones jurídicamente distintas que conllevan implicaciones en cuanto a temas de libertad personal, de traslado y tránsito, entre otras. Aquí, las medidas cautelares deben tener como finalidad el resguardo y garantía de derechos de libertad de tránsito, traslado y movimiento. Igualmente, veremos como en casos muy calificados las medidas cautelares pueden declararse improcedentes aún cuando la detención no cuente con las garantías del debido proceso y el principio de inocencia constitucionalmente consagradas.

En este sentido, podríamos pensar en el caso de las pensiones alimentarias, en donde el apremio corporal se encuentra previsto por el ordenamiento jurídico costarricense y por el cual las medidas cautelares resultarían improcedentes a la luz de la normativa vigente.

Ahora bien, merece destacarse la importancia que ha tenido la jurisprudencia constitucional en cuanto a la valoración de medidas restrictivas o cautelares de la libertad física en casos calificados, como lo sería el narcotráfico. El juez constitucional cuenta en estos supuestos con un ámbito de discreción fáctica a la hora de decidir sobre la libertad del afectado, que inclusive mediante la tutela cautelar podría ampliar las causas para denegar a excarcelación.⁽³⁶⁾

En las detenciones administrativas y policiales, propias del *habeas corpus reparador*, las medidas cautelares no proceden, porque lo que se encuentra en disputa no es la violación o no de un derecho fundamental sino la legalidad de la detención como tal (Hernández).

(36) “(...) esa ampliación corresponde al análisis específico de un determinado tipo de delincuencia: el narcotráfico. (...) las previsiones normativas dichas (...) se nos presentan como ideales en tanto que dejar al juez un ámbito de discreción fáctica a la hora de decidir sobre la libertad del imputado, discrecionalidad que no puede llegar a inquietarnos porque, como también ha precisado la jurisprudencia constitucional misma, “tiene como límites criterios de justicia, técnica lógica y conveniencia, que deben quedar patentes en la decisión judicial”. Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 4382-95 de las 15:24 horas del 8 de agosto de 1995.

2.e Prisión preventiva

La prisión preventiva es definida por la jurisprudencia constitucional costarricense como una medida cautelar excepcional, que sólo puede perseguir fines de aseguramiento procesal. Asimismo, la regla general dentro del proceso penal dispone que al imputado se le presume inocente hasta que en sentencia se demuestre lo contrario, por lo cual la privación de su libertad con anterioridad a dicha sentencia debe ser únicamente por una medida cautelar con los fines antes descritos.

Ahora bien, en cuanto al proceso constitucional de habeas corpus, la interposición de dicho recurso no suspende la prisión preventiva en favor del imputado. El razonamiento a seguir da a entender que no se puede otorgar lo solicitado interlocutoriamente, es decir, el habeas corpus no puede servir de agente liberador de un imputado en una causa penal. Asimismo, resulta difícil pensar que una medida cautelar constitucional desnaturalice o se sobreponga a una medida cautelar judicial, por la naturaleza excepcional y aseguradora de esta última para con el proceso penal que se sigue.

La garantía de la tutela cautelar dentro del habeas corpus se reduce a la constatación de ciertas condiciones previas e indispensables para decretar la prisión preventiva. En este contexto, es necesario que dentro del proceso penal existan indicios comprobados de una conducta delictiva, y para que se mantenga la medida cautelar es necesario que ésta sea fundamentada mediante resolución del juez ordinario. Así las cosas, el deber del juez constitucional en esta situación se reduce a comprobar *el cumplimiento de los requisitos establecidos, así como la fundamentación de la medida en aspectos objetivos de índole procesal, puesto que son criterios de necesario acatamiento para la limitación de un derecho tan importante como lo es la libertad personal.*⁽³⁷⁾

Por todo lo anterior, resulta difícil justificar la utilidad de una medida cautelar constitucional en un habeas corpus presentado en contra de una medida cautelar judicial. En definitiva, no procede la medida cautelar constitucional en estos supuestos y su interposición no suspende la prisión preventiva ni el impedimento de salida del país, en el sentido de que lo único procedente es el habeas corpus para la revisión por parte del juez constitucional de la prisión preventiva como tal.

(37) Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 1509-98 de las 9:36 horas del 6 de marzo de 1998.

IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONFLICTOS DE COMPETENCIA

En el ordenamiento jurídico costarricense la tutela cautelar en los procesos de control de constitucionalidad y conflictos de competencia es sin duda mucho más restringida, y a la vez caracterizada por una falta de claridad al momento de definir sus rasgos operativos y supuestos fácticos de admisibilidad y/o adopción.

1. Procesos de control de constitucionalidad

Lo primero a resaltar, es que por regir dicho ordenamiento por el sistema concentrado de control de constitucionalidad, es el tribunal o sala constitucional la única que ostenta de forma exclusiva la competencia para expulsar leyes que adolezcan de vicios de inconstitucionalidad, y que de forma coherente pueda *asumir potencialmente la potestad cautelar frente a aquellas leyes sometidas a su consideración por los órganos que la Constitución legitima* (Vecina).

Lo anterior difiere del régimen de tutela cautelar del sistema difuso de constitucionalidad, propio del sistema norteamericano, en donde cualquier órgano judicial cuenta con la competencia de poder desaplicar la ley inconstitucional, y por tanto, si bien puede desaplicarla no habría porque no pudiese suspenderla o asumir una potestad cautelar frente a ella.⁽³⁸⁾

1.a Regla general

La primera consideración que aquí nos ocupa es el efecto suspensivo de los procesos de acción de inconstitucionalidad y de la consulta (judicial y/o legislativa) de constitucionalidad. El ordenamiento

(38) “(...) existen algunos (institutos jurídicos) que sí cumplen una evidente función cautelar (...) se trata de las *temporary injunctions* y las *interlocutory injunctions*, concedidas con *order o writ*, que son órdenes dirigidas por el juez a un sujeto privado o público de hacer o no hacer una determinada acción para evitar prejuicios en el tiempo necesario para demostrar el propio derecho en el procedimiento jurisdiccional ordinario.” VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...)*, *Op. cit.*, pág. 93.

jurídico costarricense dispone que el efecto de admitir una acción de inconstitucionalidad o consulta judicial es *suspender el dictado de la resolución final en los casos en que se discuta la norma cuestionada (...) hasta tanto no haya emitido el pronunciamiento del caso.*⁽³⁹⁾ En efecto, esta suspensión es una modalidad de medida cautelar automática por mandato legal expreso.

La consulta de constitucionalidad genera la suspensión en la tramitación del proceso o recurso hasta tanto el órgano constitucional no evacue la consulta. La jurisprudencia constitucional explica que dicha suspensión *significa que el juez deba abstenerse de dictar el acto que genere dudas de constitucionalidad, para no hacer nugatorio el cumplimiento de lo que en definitiva se resuelve en esta sede.*⁽⁴⁰⁾ Asimismo, la consulta judicial de constitucionalidad, en cuanto a su alcance cautelar, no tiene efectos suspensivos en procesos distintos de aquél en que se formuló.

2. Excepciones o salvedades

Ahora bien, la regla general antes expuesta cuenta con una serie de excepciones que merecen su comentario. Primeramente, si bien la admisión de la acción de inconstitucionalidad y/o la consulta de constitucionalidad resulta en la *suspensión del dictado de la resolución final en los casos en que se discuta la norma cuestionada, esto no es así en los casos de que deba aplicarse la norma impugnada durante la tramitación del proceso, debido a que la suspensión opera en el momento procesal en que se hace necesario aplicarla* (es decir, el proceso no debe suspenderse hasta que se encuentre en la etapa procesal de la decisión final, sino debe hacerlo necesariamente con anterioridad). En este contexto, el alcance de esta tutela cautelar automática tiene una finalidad de aseguramiento procesal, en donde al juez ordinario se le impide continuar con las etapas siguientes o bien dictar un fallo definitivo o final dentro del proceso.

(39) Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 4676-93 de las 14:39 horas del 28 de septiembre de 1993.

(40) Sala Constitucional, Voto 851-96 de las 09:12 horas del 16 de febrero de 1996.

La segunda excepción conlleva una superposición del interés público sobre la regla general. En estos supuestos, es evidente y manifiesta la necesidad del juez constitucional de negar la tutela cautelar y librar el efecto suspensivo que supone la admisión de la acción de inconstitucionalidad y las consultas de constitucionalidad (judicial y legislativa) a los procesos en que ésta se aplica. Con fines ilustrativos, “(...) *si alguien recurre por vicios formales el entero Código Civil es evidente que el juez constitucional tiene la facultad de autorizar su aplicación irrestricta en todos los juicios, pues de lo contrario se produciría un grave disloque a la administración de justicia y a la paz social*”⁽⁴¹⁾ (HERNÁNDEZ VALLE).

Similar premisa se encuentra en la suspensión cautelar de las leyes autonómicas en España, en donde el interés público es considerado excepción o salvedad del acuerdo de suspensión que existe en la ejecución del acto impugnado. En este contexto, el Tribunal Constitucional dispone que *el juicio cautelar se convierte básicamente en un juicio de ponderación de los daños que le ejecución podría causar a los intereses públicos cuya tutela tiene encomendada el Estado, para el caso de no adoptarse la suspensión cautelar o levantarse la ya acordada (...) de tal forma, que la solución adoptada sea la más conveniente al interés general y la que menos perjuicios pueda causar sea cual sea la decisión final.*⁽⁴²⁾

3. Conflictos de competencia

El juicio cautelar en los procesos constitucionales de los conflictos de competencia encuentra su asidero jurídico en la misma Constitución Política costarricense. En este sentido, la jurisprudencia constitucional rescata la misión del órgano máximo de control de constitucionalidad estableciendo, entre otras, que “*esta Sala debe ofrecer un reparo a las violaciones que se cometan en el ejercicio de las competencias de la autoridad, no importando en ese caso, si a la comunidad le interesaba que se actuara como se hizo, puesto que la Constitución Política es el marco dispuesto por la sociedad para que dentro de sus disposiciones actúen los organismos públicos y de ahí la*

(41) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 152.

(42) Auto Tribunal Constitucional Español 382/1983, de 5 de agosto, Folio jurídico 1. /En/ VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares (...)*, *Op. cit.*, pág. 161.

conclusión final a la que asistimos, según la cual su olvido o torcida aplicación torna ilegítima la actuación del Estado”.⁽⁴³⁾

Dentro del contexto de nociones básicas de este tipo de proceso constitucional, en el ordenamiento costarricense no existe una enumeración taxativa de los órganos que pueden interponer este tipo de conflictos en sede jurisdiccional, sino más bien incluye dentro de su ámbito de acción a los Poderes del Estado, las municipalidades, entes descentralizados y demás personas del Derecho Público. Ahora bien, el órgano constitucional, por su propia naturaleza, puede *únicamente atender conflictos que se basen sobre disputas de competencias constitucionales*.⁽⁴⁴⁾ Es decir, cualquier conflicto de competencia o medida cautelar interpuesta que se base sobre criterios de legalidad competencial no es susceptible de tutela constitucional.

3.a Naturaleza del conflicto de competencia

La naturaleza de las medidas cautelares en los procesos de conflictos constitucionales de competencia se entienden mejor al entender la naturaleza propia de este proceso. En este contexto, la doctrina clasifica dos tipos de conflictos de competencia: a) el conflicto positivo y b) el conflicto negativo.

- **Conflicto positivo.** Propio de la disputa entre dos o más órganos públicos que sienten que el conocimiento de una pretensión se encuentra dentro de su esfera competencial. Es este sentido, la disputa se basa en declarar quien ostenta la competencia para la situación específica. Como se trata de un conflicto entre órganos propio del derecho público, son éstos órganos los que originan este tipo de conflictos ante el juez constitucional.

(43) Sala Constitucional, Voto 76-92 de las 16:30 horas del 15 de enero de 1992.

(44) “(...) se refiere a ‘conflictos o atribuciones constitucionales’, no a cualquier clase de conflictos de competencia (específicamente, no a los conflictos administrativos entre entes públicos por razón de competencias atribuidas a éstos por normas de rango inferior a la Constitución (...)). Costa Rica, Sala Constitucional, Voto 572-94 de las 9:12 horas del 28 de enero de 1994.

La naturaleza del fallo constitucional en este proceso es *declarativa* y *anulatoria*: el primero en cuanto declara la competencia a favor de una de las partes en conflicto, y la segundo porque puede darse el caso en donde el juez constitucional ordena anular los actos que la parte vencida haya realizado en cuanto a la pretensión objeto del conflicto de competencia.

- **Conflicto negativo.** Ocurre en supuestos en donde raíz de una pretensión interpuesta por una parte (pública o privado; jurídica o física) ante dos o más instancias u órganos públicos, ninguna de ellas se declara competente para conocer la pretensión planteada. En este caso, el juez constitucional emite un fallo declarativo, en donde indica cual órgano o entidad pública es la encargada de conocer la pretensión planteada.

La naturaleza del fallo constitucional es *declarativo* e *impositivo*: la primera en razón de que declara quien es el órgano competente para realizar la acción, y la segunda por cuanto el juez constitucional debería establecer un plazo prudencial para que el órgano declarado competente conozca de la pretensión planteada en ejercicio de su atribución competencial constitucionalmente reconocida.

3.b La tutela cautelar competencial

Las medidas cautelares constitucionales en esencia tienen una naturaleza predominantemente *suspensiva* en este tipo de procesos. La idea aquí es clara, las medidas cautelares deben adoptarse como un instrumento de aseguramiento procesal, conservación o innovación de la situación existente; en donde en este caso prevalece el interés de definir con certeza la atribución constitucional o esfera competencial en disputa.

Por otro lado, las medidas cautelares pueden tener también efectos *anulatorios* cuando el juez constitucional determina que deben anularse actos o resoluciones tomadas por un órgano mientras se resuelve el conflicto de competencia planteado. Este supuesto es propio de los conflictos positivos, en donde la pretensión (objeto del conflicto de competencia) es perseguida por varios órganos o entidades públicas y por ende, pueden haberse dictado actos o resoluciones específicos que deben ser remitidos a la tutela cautelar por medio del accionar del juez constitucional. En cuanto a la determinación de la función del juez constitucional "(...) *es claro que el juez constitucional podría ordenarle a dicho órgano que se abstenga de continuar dictando actos y*

realizando conductas materiales en ejercicio de la competencia cuestionada, hasta que el conflicto se resuelva por el fondo (...)⁽⁴⁵⁾ (HERNANDEZ VALLE).

El ordenamiento jurídico costarricense no regula satisfactoriamente el tema de la tutela cautelar en este tipo de procesos constitucionales, no obstante, como así sucede en la jurisdicción peruana, el “(...) *Tribunal Constitucional deberá realizar una función creativa y técnica de interpretación constitucional, pero no especulando dogmáticamente con las normas, sino concretizándolas al problema planteado, de acuerdo con los principios y métodos constitucionales, para hallar razonablemente la delimitación competencial correspondiente(...)*”⁽⁴⁶⁾ (LANDA). Todo lo anteriormente descrito persigue la finalidad de la prevención cautelar, en estricto resguardo del interés público en cuanto a los efectos que puedan suscitarse de la ejecución de actos o decisiones provenientes de conflictos de competencia, en donde el daño causado sea inminente y de difícil o imposible reparación.

En definitiva, la naturaleza de la Sala Constitucional costarricense permite que dentro de los límites constitucionales a la configuración de las medidas cautelares se introduzca la adopción de la tutela cautelar para dirimir conflictos de competencia.

V. SÍNTESIS DEL TRABAJO

A manera de conclusión se deducen las principales ideas y comentarios planteados en el anterior trabajo:

Parte General:

- Los procesos constitucionales como mecanismos de tutela requieren de una agilidad y garantía procesal idónea para lograr el resguardo, atención, tutela y eficaz cumplimiento de los derechos fundamentales. Dentro de estos mecanismos nos encontramos con las medidas cautelares constitucionales.

(45) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción (...)*, *Op. cit.*, pág. 152.

(46) LANDA, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2003, pág. 156.

ARIAS GRILLO: La actividad cautelar en los procesos constitucionales...

- Las medidas cautelares constitucionales, para su correcta adopción por parte del juez constitucional, deben contar con sus características básicas de instrumentalidad, provisionalidad, jurisdiccionalidad, funcionalidad y variabilidad.

Las medidas cautelares constitucionales cuentan con una tipología distinta a las medidas cautelares meramente civiles, por lo cual las primeras se distinguen por su naturaleza inhibitoria (impedir el ejercicio de facultades), restitutoria o de reestablecimiento (llevar algo al estado que antes tenía), y preventiva o anticipatorio (anticipación de un daño o perjuicio).

Recurso de amparo:

- Las medidas cautelares dentro del proceso constitucional de amparo cuenta con dos vertientes principales: las medidas cautelares suspensivas y las medidas cautelares preventivas o anticipatorias.
- Las medidas cautelares constitucionales que pretendan suspender efectos deben siempre estar en directo ejercicio con un derecho fundamental. La jurisdicción constitucional no puede sustituir la jurisdicción ordinaria en la solución de conflictos que no involucre directamente derechos fundamentales.
- El efecto suspensivo de la medida cautelar constitucional entra en vigor desde la notificación de la admisión del recurso de amparo a las partes por medio fehaciente e idóneo. Las medidas desaparecen desde el momento en que se desestime el recurso sin ser necesaria la notificación de la sentencia desestimatoria.
- La Sala Constitucional de Costa Rica cuenta con una potestad cautelar genérica que le permite dictar medidas cautelares (así como medidas de conservación y/o seguridad que la prudencia aconseje), para evitar riesgos materiales o evitar que se produzcan daños como consecuencia de los hechos realizados que sean objeto de la jurisdicción constitucional.

Recurso de habeas corpus:

- La tutela cautelar que proporciona la jurisdicción constitucional no debe ser observada como una instancia más dentro del

proceso penal, por lo cual las medidas cautelares sólo deberán ser adoptadas dentro de supuestos jurídicos específicos.

- No proceden medidas cautelares constitucionales en casos en donde lo que existe son rumores de detención o privación de libertad.
- Las medidas cautelares constitucionales restringidas no proceden cuando este de por medio una investigación policial. Es decir, las medidas cautelares constitucionales en supuestos de perturbación a la libertad no proceden cuando el recurrente es objeto de una investigación judicial o policial.
- En casos muy calificados como el del narcotráfico el juez constitucional pueden declarar improcedentes las medidas cautelares solicitadas por el recurrente aún cuando la detención no cuente con las garantías del debido proceso y del principio de inocencia.
- En el proceso constitucional del habeas corpus la interposición del recurso no suspende la prisión preventiva en favor del imputado. El habeas corpus no puede servir como un agente liberador (de naturaleza cautelar) de un imputado en una causa penal.

Procesos de control de constitucionalidad:

- En un sistema concentrado de control de constitucionalidad como el de Costa Rica, la Sala Constitucional (tribunal constitucional) es la única que ostenta de forma exclusiva la competencia para expulsar leyes que adolezcan de vicios de inconstitucionalidad y que puede asumir potencialmente la potestad cautelar frente a aquellas leyes sometidas a su consideración.
- La tutela cautelar dentro de un sistema difuso de control de constitucionalidad, supone que todo órgano judicial cuenta con la competencia de poder desaplicar la ley inconstitucional, o bien suspenderla o asumir potencialmente la potestad cautelar frente a ellas.
- En Costa Rica, al admitirse una acción de inconstitucionalidad o consulta de constitucionalidad se suspende el dictado de la resolución final en los casos en que se discuta la norma cuestionada hasta tanto no haya emitido el pronunciamiento del caso. Esta suspensión es una modalidad de medida cautelar automática por mandato legal.

Proceso constitucional de conflictos de competencia

- El tribunal o sala constitucional sólo puede atender conflictos en los cuales su objeto sean disputas sobre competencias constitucionales. Cualquier conflicto de competencia o medida cautelar interpuesta que se base sobre criterios de legalidad competencial no es susceptible de tutela constitucional.
- Las medidas cautelares constitucionales en los procesos de conflictos de competencia se caracterizan por tener dos efectos jurídicos predominantes: el efecto suspensivo y el efecto anulatorio.
- Las medidas cautelares constitucionales con efecto suspensivo deben adoptarse como un instrumento de aseguramiento procesal, conservación o innovación de la situación existente, en donde prevale el interés de definir con certeza la atribución constitucional o esfera competencial en disputa.
- Las medidas cautelares constitucionales con efecto anulatorio requieren que el juez constitucional anule actos o resoluciones tomadas por un órgano mientras se resuelve el conflicto de competencia planteado.

ESTADO: ESTRUCTURA Y FUNCIONES

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*

(Recibido 15/05/07; aceptado 10/03/08)

(*) Director Instituto de Investigaciones Jurídicas. Catedrático de Derecho Administrativo y Contratación Pública. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

e-mail: jorgerp9@yahoo.com; jorgerp10@gmail.com
Telfax 00-506 2250-1160; 00-506 2259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

El Estado sigue siendo un actor central en las sociedades modernas, a la par del mercado en el sistema capitalista de producción de bienes y servicios.

La estructura y las funciones del Estado son esenciales para su comprensión.

Tanto su organograma como su fluxograma ayudan a entender eso que también se llama Administración pública, para diferenciarla de la administración privada.

Palabras clave: Estado, Administración Pública, Derecho, funciones, estructura, poder.

ABSTRACT

The State continues to be a central actor in the modern societies, along with the market in the capitalist system of production of goods and services.

The structure and the functions of the State are essential for their understanding.

Both their organizational chart and flow chart help to understand that so-called Public Administration, as opposed to private administration.

Key words: State, Public Administration, Law, functions, structure, power.

SUMARIO

Introducción

- I. Estado
 1. Preliminares
 2. Definición
 3. Etimología
 4. Definición de Administración Pública
 5. Enfoque de la Sala Constitucional
 6. Definición de Administración Pública en la LAP
 - II. Versiones de la Administración Pública
 1. Estática
 2. Dinámica
 - III. Capacidad de actuación
 1. Privada
 2. Pública
 - IV. Desconcentración
 - V. Personalidad jurídica de órganos desconcentrados
 - VI. Centralización y Descentralización
 1. Instituciones autónomas
 2. Reforma al artículo constitucional 188, 1968
 3. Ley No. 4646 de 1970 (ley del 4/3)
 4. Ley No. 5507 de 1974 (Presidencias Ejecutivas)
 - VII. Tutela administrativa
 - VIII. Distinción entre tutela administrativa y jerarquía administrativa
 - IX. Directrices
 - X. Planificación
 - XI. Principios de la planificación
 - XII. El enfoque de la gerencia pública
- Conclusión
- Bibliografía

INTRODUCCIÓN

*El interés público es el fundamento de toda organización pública.
El gobierno es el encargado de la ejecución de las leyes
y de la dirección del Estado (1812)*

CHARLES JEAN BONNIN (1772-?)

En este estudio sobre estructura y funciones, el análisis no será total o global en torno al sujeto analizado.

Se asumirá una posición o un ángulo de estudio; y, desde aquí se expresarán algunas observaciones. Por ello, este análisis es parcial y se hace con la visión que se ha seleccionado y que se muestra a continuación.

Uno de los posibles enfoques para visualizar la estructura de la Administración Pública costarricense, puede ser el siguiente:

- centralizada y
- descentralizada

La *administración centralizada* es aquella compuesta por el Poder Central, es decir, el Poder Ejecutivo.

La *administración descentralizada* es aquella compuesta por las instituciones ubicadas fuera del Poder Ejecutivo.

En este espacio nos dedicaremos a la presentación de la *descentralización*, como hecho real de una de las formas de manifestarse la estructura del Estado.

A su vez, se puede usar otra perspectiva para abordar el tema de la Administración Pública:

- *Objetivamente (enfoque sustancial o material)* como una función o conjunto de actividades orientadas a una finalidad;
- *Subjetivamente (enfoque orgánico o formal)* como una estructura orgánica, que actúa como un sujeto al cual se le da la facultad de administrar. Se trata de un aparato estatal que administra.

Se hace la *indicación* de que votos a que se hace referencia en este escrito son producto de la Sala Constitucional.

I. ESTADO

1. Preliminares

El concepto de *Estado* tiene una diversidad de acepciones, perspectivas (antropológica, económica, política, jurídica, sociológica, etc.) asumidas desde diferentes ángulos; todos ellos complementarios para efectos de la comprensión de esta importante institución.

Seleccionamos una perspectiva, entre otras, para explicar el Estado.

Se puede indicar esta trilogía:

Estado-aparato: organización burocrática pública, administración pública.

Estado-comunidad: en la línea conceptual de *pueblo* políticamente organizado.

Estado-persona: percepción subjetiva, prioritaria en el entero ordenamiento jurídico.

Metodológicamente, se puede indicar que el Estado se puede ubicar en varias esferas o dimensiones:

- la persona jurídica de mayor rango en el Ordenamiento Legal: *lo jurídico*
- espacio en donde actúan los grupos de poder: *lo político*
- instrumento de poder en manos de la clase hegemónica: *lo sociológico*
- definidor de la política macroeconómica: *lo económico*

El Estado posee una personalidad única.

Se trata de una sola persona jurídica, que puede desarrollar actividades regidas por el derecho público; o, por el derecho privado.

Lo que sí se puede subrayar es que el Estado ejerce funciones prioritariamente bajo el régimen de derecho público.

2. Definición

Preliminares

El concepto de Estado puede ser definido desde diversas perspectivas u ópticas: política, sociológica, antropológica, jurídica, económica, etc.

Por ello es importante determinar y ubicar a partir de qué perspectiva se define este concepto histórico, mutable a lo largo de la Historia.

Siendo nuestra *perspectiva jurídica*, definiremos al Estado como la organización política de un pueblo sobre un territorio determinado con el fin de realizar el bien común o lograr el interés público.

Esta es una posible definición del Estado entre otras muchas.

De acuerdo con Ortiz el término Estado puede, asimismo, ser usado en dos sentidos:

- a) Estado como sujeto: en cuanto persona jurídica
- b) Estado en cuanto ordenamiento: es la comunidad organizada jurídicamente sobre la base de un poder soberano, comprendiendo los tradicionales elementos de población, territorio y gobierno (Ortiz, t. I, 2002, pp. 370 374).

Se puede indicar que el Estado, en su acepción más amplia, abarca tanto el Poder Central como al Poder Descentralizado. Atañe a la totalidad de la Administración Pública.

3. Etimología

La voz administración se deriva del latín *administratio*, compuesta de *ad* y *ministrare* (servir, cuidar). Los romanos usaban esta palabra para referirse a la función de prestar un servicio a otras personas; satisfacer las necesidades de la sociedad.

Así *minister* es el que sirve o ayuda.

Así, se cita que el romano *Sexto Julio Frontino*, en el año 70 d.c., indicó que su función era la administración de los acueductos de Roma (Guerrero, 2000, pp. 4-5, versión digital).

Publicus (latín) público. Aplícase a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa; contrapuesto a privado.

4. Definición del concepto de Administración Pública

Conjunto de entes públicos que configuran la organización administrativa de un Estado. Aquí estamos ante la idea del *Estado como aparato*.

Al Estado, se le conoce como el *ente público mayor* (cuando se refiere al Poder Central) para contrastarlo con los *entes públicos menores*, como la Caja Costarricense de Seguro Social, el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto Costarricense de Electricidad (que constituyen el poder descentralizado respecto de ese Poder Central).

5. Enfoque de la Sala Constitucional: el voto 1607-91 asume una óptica específica cuando afirma que:

*El Estado tiene la posibilidad de desplazar algunas de sus competencias –desde luego, no las constitucionales– a otras personas jurídicas creadas por él, mediante el mecanismo de la **descentralización administrativa**; o, incluso, cuando la Constitución lo permite, de una descentralización política como, por ejemplo, la que se quiere dotar a los municipios. Pero, en todas las formas de descentralización la figura jurídica del Estado desaparece para dar lugar, precisamente, a una persona jurídica diversa de él, como lo recoge, respecto de la Administración Pública, el artículo 1 de su Ley General.*

6. Definición de Administración Pública en la ley de la materia

Ley General de la Administración pública

Artículo 1

La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.

Esta definición que da la ley debe ser corregida, ya que el Estado es la totalidad que incluye el Poder Central (Poder Ejecutivo) y el Poder Descentralizado (entes públicos menores).

Esta definición formalmente dice: el Estado es el todo más una de sus partes. Si el Estado es X, la definición dada afirma que X es X más una parte de X. Por ello esta definición está errada.

Una más adecuada definición del numeral 1 citado puede ser esta:

La Administración Pública estará constituida por el Poder Central y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y derecho privado.

II. VERSIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Versión estática

El *Estado como aparato*, como estructura organizacional. Aquí se puede ubicar el *organograma* de la Administración Pública).

Organograma: gráfico que representa la estructura formal de una organización.

2. Versión dinámica

El Estado visto bajo el lente de las funciones, potestades y facultades que tiene asignadas de modo unitario o global y a la vez en el detalle de los entes públicos menores. Aquí se puede ubicar el *fluxograma*.

fluxograma: gráfico que muestra el flujo y número de operaciones secuenciales de un proceso o procedimiento para generar un bien o un servicio en una organización.

III. DOBLE CAPACIDAD DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Interesa destacar aquí la actividad pública de la Administración; no, la actividad privada.

Se sabe que el Estado tiene dos modalidades de actuación:

A) *una*, bajo el *régimen jurídico del derecho público*; y,

B) *otra* bajo el *régimen del derecho privado*.

Cuando se habla de *administraciones públicas*, podría referirse a los entes públicos menores.

IV. DESCONCENTRACIÓN

Se da cuando se atribuye en forma exclusiva una competencia a un órgano inferior al jerarca. Ocurre así una afectación al principio de jerarquía.

Se ubica dentro de un ministerio o dentro de un ente.

De ahí que se refiera a “órganos desconcentrados” ; y, no a entes “desconcentrados” (Murillo, 1988, pp. 22 y 23; y, 1976, p. 78).

En algunas circunstancias, el órgano desconcentrado tiene *personalidad jurídica instrumental*.

V. PERSONALIDAD JURÍDICA INSTRUMENTAL DE ÓRGANOS DESCONCENTRADOS

La Sala Constitucional lo ha afirmado así:

Resulta válido a la luz del Derecho de la Constitución conferir a un órgano desconcentrado, personalidad jurídica instrumental para efectos de manejar su propio presupuesto y así llevar a cabo en forma más eficiente la función pública que está llamado a desempeñar.

Precisamente esa *personificación presupuestaria* le permite administrar sus recursos con independencia del Presupuesto del ente público al que

pertenece, si bien continúa subordinado a éste en todos los aspectos no propios de la función que le fue dada por desconcentración y de los derivados de su **personalidad jurídica instrumental**. Posición análoga a la anterior ha sostenido la Procuraduría General de la República en diversos pronunciamientos, tales como los siguientes: C-176-95, C-178-95, C-189-96, Y C-075-98, entre otros (**voto 11657-01**, entre otros).

Es necesario señalar que, con la creación de la Dirección General de Hidrocarburos, se pretende configurar una institución con el régimen jurídico propio de un ente descentralizado –con capacidad contractual, autonomía financiera y presupuestaria, patrimonio propio, etc.–; bajo la cobertura de un **órgano desconcentrado, que por su naturaleza no podría contar, a lo sumo, más que con una personalidad jurídica meramente instrumental**. Dicho de otra manera, si el legislador opta por desconcentrar un órgano de una Cartera de Gobierno, no puede dotarlo de personalidad jurídica propia e independiente de ésta, en los términos de administración descentralizada, en tanto el titular de la Cartera integra con el Presidente de la República, el órgano constitucional “Poder Ejecutivo” que es su jerarca necesario; salvo que el legislador opte por crear una verdadera institución descentralizada u autónoma, la cual, en todo caso, requeriría para su creación una ley aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa (art. 189 Constitución Política), en razón, precisamente, de que su creación implica el desplazamiento de competencias que constitucionalmente corresponden al Poder Ejecutivo como jerarca de la Administración Central; de lo contrario, se conformaría un régimen de excepción, que puede conducir a una atomización del Poder Ejecutivo y de sus propias competencias que repugna a la ideología constitucional (**voto 6240- 93**).

VI. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

Antes de la Carta Magna de 1949, la estructura del Estado fue *centralizada*, focalizada en el Poder Ejecutivo (*presidencialista*). Esto se debió a una decisión de los grupos dominantes en el país (por mucho tiempo la oligarquía cafetalera) para tener un sistemático control sobre el aparato estatal y por consiguiente sobre la sociedad como un todo.

Posteriormente a la guerra civil de 1948 y a la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, la ideología que predominó en esta Asamblea, favoreció el modelo descentralizador del Estado, ya que los ganadores en la citada guerra civil, consideraron que la corrupción política de los años de 1940 a 1948, fue auspiciada por el *modelo centralista y presidencialista* del Estado.

De este modo el *modelo descentralizador* arranca con la emisión de la Carta Magna de 1949, como parte de la ideología dominante a partir de la guerra civil de 1948.

Contra la corrupción del régimen de los 8 años (1940-1948: gobiernos de Rafael Calderón Guardia –1900 a 1970–, administración: 1940-1944; y, de Teodoro Picado Michalski 1900 a 1960, administración: 1944-1948) la oposición triunfante, simbolizada en el grupo de José Figueres Ferrer (1906 a 1990; administraciones: Junta de Gobierno, 1948-1949; 1953-1957; 1970-1974) logra incluir en la Constitución Política de 1949 estos aspectos claves:

- Contraloría General de la República, artículos 183 y 184 (Como respuesta a la corrupción financiera en el Estado)
- Tribunal Supremo de elecciones, artículos 99 a 104 (como respuesta a la corrupción político-electoral)
- Contratación administrativa mediante licitación pública, numeral 182 (como respuesta a la corrupción de los contratos sin licitación)
- Instituciones autónomas, artículos 188 a 190 (como respuesta a la corrupción administrativa y política)

Al Estado dominado por la oligarquía cafetalera, configurado por la Carta Magna de 1871, con una clara tendencia presidencialista y centralista, el movimiento reformista de 1948-1949, estructura un Estado descentralizado para debilitar al Poder Ejecutivo, creando las instituciones autónomas.

1. Instituciones autónomas

Es el artículo 188 constitucional el que atañe a estas instituciones o entes públicos menores:

Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión.

Estas instituciones gozan de autonomía:

Administrativa, que significa que puede auto-administrarse para realizar su objetivo;

Política: se puede auto-dirigirse políticamente para cumplir con sus fines;

Organizativa: capacidad de auto-organizarse, de darse su propia organización.

Se trata de una autonomía integral de gobierno frente al Poder Central o Poder Ejecutivo dentro de un proceso de descentralización respecto de este Poder.

El mentor de estos entes fue el constituyente *Rodrigo Facio Brenes (1917-1961)*, quien afirmó que las instituciones autónomas como entidades descentralizadas se encargan de funciones técnicas propias del Estado moderno y están dotadas de independencia en materia de gobierno y administración; con el fin de librar esas funciones técnicas de los vaivenes de la política (cit. Murillo, 1976, pp. 87 a 90).

Estos entes tenían estas notas caracterizadoras:

- Junta Directiva, como órgano de gobierno
- Personalidad jurídica propia
- Especialidad orgánica
- Patrimonio propio
- Poderes de administración

2. Reforma al artículo 188 en 1968

El constituyente *Gonzalo Ortiz Martin* expresó que el problema se presenta en forma seria, al dotar a ciertas instituciones de una independencia de tal magnitud y envergadura, que políticamente las convierte en pequeños Estados dentro del Estado; recomendando reducir la independencia al campo administrativo (*idem*, Murillo, 1976, p. 92).

Este argumento se siguió esgrimiendo por aquellos que deseaban volver al presidencialismo y al centralismo.

Así la reforma del Estado que se dio en la Carta Magna de 1949, tuvo su reacción anti-reformista.

Al argumento de que las instituciones autónomas eran Estados centro del Estado costarricense, se le agregó la idea de que constituirían un archipiélago organizacional en el cual el Presidente de la República carecía de la dirección política, ya que no podían seguir siendo “moros sin señor” (acta legislativa de la sesión No. 53 del 27 de marzo de 1968, referente a la ley No. 4123 de este año).

Rodrigo Facio Brenes, diez años de la constituyente de 1949, se refirió a este tema señalando que la coordinación y la planificación era necesarias (1959, p. 54).

Los editoriales del periódico *La Nación* de la década de los años 60 del siglo pasado, pueden ser consultados como fuente de información de las tesis centralistas y presidencialistas, contrarias al modelo estatal plasmado en la Constituyente de 1949.

De 1949 a 1968, estas instituciones se dan de acuerdo al numeral citado 188, ya que en este año de 1968, se reforma este artículo para quitarle la autonomía de gobierno, pasando de ser entes autónomos descentralizados a meramente descentralizados, dejando la nueva redacción de este artículo 188, así:

Las instituciones autónomas gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.

Sin embargo, el título XIV de la Constitución Política se le deja el nombre de “instituciones autónomas” así como la referencia de fondo con este mismo nombre : “autónomas”, cuando lo cierto de la reforma es que dejaban de ser tales, para quedar como descentralizadas, sin autonomía de gobierno.

En la Carta Magna quedan como instituciones autónomas solamente dos:

- Municipalidades, de acuerdo al artículo 170 constitucional (autonomía territorial)
- Universidades públicas, al tenor del numeral 84 (autonomía por servicio educativo superior).

3. Ley No. 4646 de 1970 o de 4/3

En este proceso anti-reformista y de fortalecimiento del centralismo y del presidencialismo se agregó la llamada ley 4/3.

En la tercera administración de José Figueres Ferrer (1970-1974), se pone en vigencia la ley del 4/3, por la cual en las juntas directivas de las instituciones descentralizadas se nombrarán cuatro personas del partido oficial ganador y tres del partido que quedó en segundo lugar en las elecciones.

Las razones políticas reales concretas que explican esta jugada política en el nivel de la cúpula del poder, no se han hecho públicas, pero se justifican al calor de las negociaciones entre las fracciones políticas dominantes en ese entonces. Se volvió a los vaivenes políticos y a la manipulación de estas instituciones.

4. Ley No. 5507 de 1974 o de “presidencias ejecutivas”

Lo anteriormente indicado (politización de las instituciones descentralizadas), se fortaleció con la emisión de esta ley de presidencias ejecutivas, por la cual el Poder Ejecutivo tendría un control y dominio más fuerte sobre estas instituciones.

El Poder Ejecutivo nombra estos presidentes en las citadas instituciones.

Por esa ley, estos agentes públicos, son los funcionarios de mayor jerarquía en dichos entes. Además de presidir las respectivas juntas directivas.

De este modo, se tiene que del proceso de descentralización (respecto del Poder Ejecutivo) de los años 1949 a 1968, se vuelve a la re-centralización administrativa, para volver al esquema presidencialista y centralista, anterior al año 1949. Obviamente, con características cualitativas específicas. Claro está que no se trata de una simple y mera repetición.

Al futuro, se dieron más leyes para fortalecer esa recentralización, como lo fue la ley No. 6821 del 1982 de la autoridad presupuestaria y sus reformas, por ejemplo.

VII. TUTELA ADMINISTRATIVA

Se puede decir que la dirección gubernamental o tutela administrativa, es una relación intersubjetiva de carácter horizontal que se establece entre sujetos de derecho público entre el ente público mayor y los entes públicos menores.

En el contexto del Estado unitario concentrado (votos 4091-04 y 7528-97), rige el principio de la unidad de mando o dirección política a cargo de la Presidencia de la República.

Voto 7528-97

XXIX.- Desde el punto de vista constitucional, es necesario comenzar por recalcar que Costa Rica, desde su nacimiento, ha sido un **Estado unitario concentrado**, lo cual quiere decir que no ha tenido nunca ningún tipo de descentralización política propiamente dicha. La única que ha conocido, es la administrativa, sea esta territorial –municipios– o institucional (**voto 4091-94**).

La *tutela administrativa*, dirección gubernamental o dirección intersubjetiva, tiende a garantizar la unidad estatal o de la función administrativa.

Esta *dirección gubernamental* es una respuesta a lo que se llamó excesos de la descentralización, abusos de la autonomía o atomización, como críticas al modelo de Estado que puso en vigencia la Constituyente de 1949.

VIII. DISTINCIÓN ENTRE TUTELA Y JERARQUÍA ADMINISTRATIVAS

La *relación de tutela administrativa* es intersubjetiva y horizontal y se da entre entes públicos (el mayor respecto de los *menores*).

La relación de jerarquía administrativa es interorgánica y vertical y se da entre dos órganos sin personalidad jurídica (uno superior, y otro inferior), adscritos a un mismo ente público.

IX. DIRECTRICES

Se trata de un acto administrativo vinculante en cuanto a los fines y particularmente en cuanto a la forma y los medios de la conducta

dirigida, en relación con un lapso de gestión y no con un acto determinado, dentro de una relación de confianza que supone un amplio margen de discrecionalidad en el órgano o ente dirigido (Ortiz, t. III, sujetos de derecho administrativo, 1972, p. 30).

La potestad de impartir directrices es radicalmente diferente a la de dar órdenes; así como no puede confundirse con la de contralor, tampoco puede equipararse a la potestad común de mando. La orden es un mandato que regula exhaustivamente la conducta ordenada, tanto en cuanto a momento y motivo como en cuanto a contenido.

La orden es una regulación puntual y concreta de la conducta del inferior y elimina toda libertad de determinación de éste.

La directriz se limita a fijar fines o metas, no en relación con una conducta concreta, sino en relación con un lapso de administración (Ortiz, *idem*, p. 29).

La directriz tiende a lograr la coordinación entre los distintos órganos y entes con el fin de facilitar el cumplimiento de la unidad estatal (Procuraduría General de la República, oficios Nos. OJ-043-99 del 8 de abril de 1999 y C-078-99 del 23 de abril de 1999; Jinesta, T. I, 2002, pp. 34 a 36).

Con cierta frecuencia los gobiernos han pretendido dar órdenes a órganos o a los entes públicos menores, mediante la utilización de directrices, lo cual es jurídicamente improcedente.

X. PLANIFICACIÓN

Así como la *administración* es la capacidad de adoptar decisiones o acciones necesarias y llevarlas a cabo, la *planificación, programación o planeamiento*, es un instrumento preliminar o preparatorio para la toma de decisiones fundamentales (a corto, mediano o largo plazo) (Jinesta, t. I, 2002, pp. 1 a 27).

La planificación también puede ser concebida como la asignación racional de recursos escasos para el logro de los objetivos de la organización pública o privada.

Uno de los lemas conocidos es: esfuerzos concentrados en objetivos limitados y focalizados.

XI. PRINCIPIOS DE LA PLANIFICACIÓN

– *Democratización*

Es la realización de la planificación dentro del modelo democrático.

Todos los sectores sociales deben participar en este hecho social y jurídico.

Se da así una concertación social planificada y democrática.

– *Vinculante*

La planificación será vinculante para el sector público; y, voluntaria o no vinculante para el sector privado.

– *Racionalidad*

No debe ser arbitraria la planificación, al contrario debe obedecer a criterios racionales y científicos. El **voto 3410- 92** afirmó que la idea central de la planificación es la racionalidad, realizando valores finales, con pocas variables compatibles con los recursos con que se cuenta.

– *Previsión*

El ejercicio de la planificación debe tomar en cuenta la previsión, elaborando acertados ejercicios de diagnóstico y pronóstico.

– *Universalidad*

La planificación debe ser holística, total o completa; lo cual significa que pueden existir planes generales y planes parciales.

– *Unidad*

El plan debe ser global, total conformando una unidad coherente.

– *Continuidad*

La planificación debe ser un proceso permanente, continuo, que admite fases o etapas de realización.

– *Inherencia*

La planificación se aplica a los sectores privados y públicos.

Es decir, es inherente o consustancial a las organizaciones del sector privado y del público (Jinesta, idem, pp. 26 y 27).

El sistema socialista o de mercado centralizado usó la planificación vinculante, en ausencia de un sector privado o de mercado capitalista.

El sistema capitalista ha venido usando la planificación en sus empresas de mercado para la realización de su objetivo: la obtención de dividendos dentro del esquema *costo-beneficio*. La teoría económica de la maximización de la utilidad (mínimo costo-máximo beneficio o utilidad) parte de la suposición o supuesto de que existe un detallado y cuidado análisis de los costos y beneficios de las diferentes opciones en el mercado de bienes y servicios (Juan Manuel Villasuso, *La economía emocional*, La República 18/1/08, p. 14).

La empresa privada no se organiza para sacar pérdidas en el mercado, ya que de ocurrir esto la empresa desaparece. Una excepción conocida es el *dumping*, que consiste en abaratar los costos y vender los bienes o productos a precios más bajos que sus costos de producción con el fin de eliminar la competencia.

El *dumping* se considera una práctica desleal y deshonesto en el mercado; y, por tanto, teóricamente, se sanciona formal e informalmente.

Por ello, es conveniente recordar que el fin del Estado no es obtener ganancias en el mercado, cual si fuera una empresa privada.

El fin del Estado es el fin público, el bien común, la realización del interés general. Para realizar este objetivo debe utilizar la planificación y actuar bajo los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, buen gobierno, etc.

XII. EL ENFOQUE DE LA GERENCIA PÚBLICA

Con la *globalización* varias estrategias de dominación del mercado, del Estado y de la sociedad, se han puesto en práctica, acompañadas de la tesis ideológicas legitimantes respectivas.

Globalización: una de las formas de definir este concepto es el siguiente:

Intensificación de los flujos de intercambio de tecnologías, símbolos y comunicaciones en el desarrollo y la expansión del sistema capitalista (Makowski, p. 218).

Una de las estrategias para controlar el Estado y ponerlo al servicio del mercado, es el enfoque de la gerencia pública.

El uso del concepto de gerencia aplicado al manejo de los asuntos públicos, es relativamente reciente.

La noción de gerencia viene del sector privado y se orienta hacia el logro de la eficiencia organizacional (Olías, p. 3).

Se puede decir que el término *gerencia pública* se refiere a actividades que conducen a la obtención de productos públicos.

Este enfoque de la *gerencia pública* visualiza al que utiliza los servicios públicos como cliente, usuario, particular, consumidor (Olías, p. 17).

Con ello, lo que en Derecho Administrativo se conoce como el *administrado*, que posee derechos y deberes respecto de la Administración Pública, en una dimensión del Derecho Público global; lo cual supone responsabilidad civil, penal y administrativa de los agentes públicos respecto del *administrado*, dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho, se transmuta en una relación privada entre cliente y empleado del sector público.

La relación entre el administrador público y el administrado, regulada por el Derecho Administrativo, se privatiza en el marco de la nueva relación privada: empleado del Estado y el cliente.

En el contexto del Derecho Administrativo, los agentes públicos (funcionarios y empleados), tienen ese régimen de responsabilidad subjetiva y objetiva en sus tres dimensiones: penal, civil y administrativa, a la vez que deben cumplir con el principio de legalidad (el Estado y sus agentes sólo pueden actuar si existe una ley que los autoriza, de lo contrario no pueden realizar actuación de ningún tipo).

Por otra parte, en un Estado social y democrático de derecho, los ciudadanos nombran a los máximos jerarcas públicos. El poder político soberano reside en el pueblo. Los máximos administradores públicos son meros designados.

Si la relación del Estado con administrados, se transforma en una relación de clientela, esta relación queda privatizada, comercializada. Los derechos de los clientes son los derechos del consumidor, desapareciendo los derechos políticos de los ciudadanos y los derechos soberanos de los administrados.

El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en 1998, divulgó un documento que llamó Una nueva gestión pública para América Latina, en el cual indicó:

- La organización de los gobiernos debe ser más flexible con el fin de lograr mayor agilidad.
- Se debe aumentar la eficacia y la eficiencia administrativas.
- Un derecho administrativo extremadamente rígido obstaculiza la flexibilización de la Administración Pública.

Por ello, se hace necesaria una reforma gerencial al Estado, que debe incluir:

- La profesionalización de la alta burocracia pública, reducción de su clientelismo y politización.
- La Administración pública debe ser transparente.
- Los administradores públicos deben ser responsabilizados por su gestión.
- La descentralización de los servicios públicos es tarea esencial en la modernización gerencial del Estado latinoamericano.
- La Administración pública gerencial debe operar en función del control por resultados.
- Se modificará la concepción rígida burocrática, para dar lugar al ***empowerment***.

Empowerment: empoderamiento. Proceso administrativo de delegación operacional y funcional a los agentes públicos, para responsabilizarlos más adecuadamente de sus deberes.

Este concepto deviene del sector privado y se traslada, en los moldes de una de las versiones de la gerencia pública al Estado, *mutatis mutandis*.

Empowerment significa potenciación o empoderamiento que es el hecho de delegar poder y autoridad a los subordinados y de conferirles el sentimiento de que son dueños de su propio trabajo.

En inglés “**empowerment**” y sus derivados se utilizan en diversas acepciones y contextos, pero en español la palabra se encuentra en pugna con una serie de expresiones que se aproximan sin lograr la plenitud del sustantivo. Se homologan “*empowerment*” con “potenciación” y “*to empower*” con “potenciar”, mientras que caen en desuso expresiones más antiguas como “facultar” y “habilitar”.

Otras traducciones relacionadas:

To empower: dar o conceder poder; facultar, habilitar, capacitar, autorizar, dar poder de, potenciar, permitir, empoderar, otorgar el derecho (o la facultad) de, etc. Conferir poderes; (en el sentido comercial o legal) apoderar, comisionar.

Empowerment: potenciación, empoderamiento, apoderamiento.

Empowered: facultado, potenciado, fortalecido.

Powered: potenciado.

Empowerment es una herramienta de la calidad total que en los modelos de mejora continua y reingeniería, así como en las empresas ampliadas provee de elementos para fortalecer los procesos que llevan a las empresas a su desarrollo.

El *Empowerment* se convierte en la herramienta estratégica que fortalece el quehacer del liderazgo, que da sentido al trabajo en equipo y que permite que la calidad total deje de ser una filosofía motivacional, desde la perspectiva humana y se convierta en un sistema funcional.

- Los sistemas de control abarcarán el de resultados, de costos; y, el social, ejercido por los miembros de la sociedad global (versión digital, www.clad.org.ve; Martínez, 2007, pp. 84 a 87).

En este contexto, Meoño sostiene que el concepto de *gerencia pública* debe ser entendido como aquel que sintetiza la mayor capacidad de movilización de personas e instituciones hacia el cumplimiento de los objetivos legales de estas últimas (2001, p. 317).

Este enfoque de la gerencia pública es el que prevalece en esta época.

Es la aplicación y traducción de la globalización y el neoliberalismo económico en el ámbito del sector público, para hacer funcional el Estado, como máquina de poder político, en el entorno neoliberal.

De este modo tanto la economía y el Estado son neoliberales, para favorecer el predominio de las empresas transnacionales, del capital radicado en cada país subdesarrollado y la hegemonía de los países más ricos del mundo (el grupo de los siete).

CONCLUSIÓN

La organización del Estado en la temática de centralización (presidencialismo) y descentralización, ha tenido estas fases, por ejemplo:

Centralismo presidencialista, con anterioridad a la Carta Magna de 1949.

Descentralización, vía instituciones autónomas, a partir de la Carta Magna de 1949.

Rodrigo Facio Brenes (1917-1961), defensor de las instituciones autónomas en la Constituyente de 1949, dijo:

El régimen de las autonomías es descentralizar las funciones económicas fundamentales del Estado en términos tales que el crecimiento administrativo propio del mundo moderno no implique una extensión correspondiente del poder político del Ejecutivo (acta No. 166 de la constituyente de 1949, Imprenta Nacional, San José, tomo III, p. 468).

Diez años después Facio Brenes manifestó:

El régimen de autonomía pretende permitir la ampliación administrativa y técnica del Estado en una época cuyos problemas

requieren su creciente participación en la vía económica y social; pero, evitando que tal ampliación se traduzca en un peligroso acrecentamiento de la autoridad política del Estado y en una deficiente acumulación de nuevas funciones en manos del Poder Ejecutivo.

Agregando que se ha echado un poco al olvido la necesidad de coordinación institucional y de planificación (Facio Brenes, 1959, p. 54).

- Re-centralización, a partir de la reforma constitucional al artículo 188, de 1968, para eliminar la autonomía administrativa y dejarla en mera descentralización, sujeta al Poder Ejecutivo mediante la ley 4/3 y las ley de presidencias ejecutivas.

A partir de 1968, el proceso centralizador y presidencialista se ha fortalecido, con el argumento ideológico (elaborado por los grupos políticos y económicos dominantes), de que la autonomía administrativa del periodo 1949-1968, provocó excesos o abusos de autonomía, atomización, convirtiendo al Estado en un archipiélago de instituciones, sin norte, sin amo, sin dirección.

La estrategia de control sobre el Estado de parte de los grupos políticos y económicos dominantes, como se hizo en el pasado de parte de la oligarquía cafetalera, explica la nueva centralización administrativa de estas décadas de la “modernidad costarricense” con una élite financiera, industrial, bancaria, exportadora, que controla los sectores de la economía (agricultura, industria y servicios) y de la política en conjunto con el dominio sobre las empresas de comunicación colectiva.

De esta manera la dominación abarca al Estado, la economía, la política; y, las empresas privadas dueñas de los medios de comunicación, claves en el control ideológico de la población.

En estos años, el *neoliberalismo* ha forjado un Estado dominado por el capital nacional y el transnacional, en donde los flujos de importación y exportación marcan las pautas de la gestión pública; y, por supuesto de la gestión privada, beneficiada con las *políticas neoliberales* elaboradas por los siete países más ricos del mundo, en beneficio (no exclusivo, pero sí relevante) de las grandes corporaciones transnacionales.

Neoliberalismo: neologismo que hace referencia a una doctrina económica y política que considera contraproducente el intervencionismo estatal en materia social o en la economía y defiende el libre mercado capitalista como mejor garante del equilibrio y el crecimiento económico.

Es de tomar en cuenta, asimismo, que dentro del ámbito del derecho público de la regulación económica convergen lo público y lo privado, razón por la cual constatamos que el derecho público poseerá siempre una autonomía relativa respecto del derecho privado aplicable a la Administración Pública. Sin embargo, ese derecho privado aplicable al Estado nunca podrá ser el mismo que el derecho privado aplicado a los particulares, pues el Estado nunca podrá desembarazarse del interés general (Hernández, 2007, pp. 362 y 363).

Es un hecho probado que el deterioro de la soberanía del Estado, se corresponde con el creciente poder y movilidad de los actores transnacionales privados, esto es, de grandes empresas que no responden al interés común, sea en el plano nacional o global, y que encuentran en un mercado mundial desregulado el máximo terreno propicio para la búsqueda del máximo beneficio (Fernández et al, p. 33).

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Albi, Emilio. *Público y privado* (Barcelona: Ariel, 2000).
- Arellano, David *et al* (coordinadores). *Reformando al Gobierno* (México: Porrúa-CIDE, 2007).
- Bonnin, Charles. *Jean Principios de Administración pública*, 1812, (México: FCE, 2004).
- Calderón, Jorge. *La recentralización administrativa en Costa Rica*. (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas No. 52, 1985).
- Facio Brenes, Rodrigo. *Planificación económica en régimen democrático* (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Sociales, 1959, No. 4).
- Fernández, José et al. *Derecho de los negocios internacionales* (Madrid: Iustel, 2007).
- Fernández, Oscar (compilador). *Política social y descentralización en Costa Rica* (San José: Unicef, 1998).
- Ferrer, Aldo. *Hechos y ficciones de la globalización* (México: FCE, 2006).
- García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, Thompson, 2 tomos, 1999).

Guerrero, Omar. *Administración Pública* (México: UNAM- FLACSO , en *Léxico de política*, versión digital, 2000).

Las políticas públicas como ámbito de concurrencia multidisciplinaria (México: Revista Ciencia, vol. 44, No. 1, versión digital, 1993).

Clásicos de la teoría de la Administración Pública (México: Instituto Nacional de Administración Pública, en *Antología sobre la Teoría de la Administración Pública*, versión digital, 2002).

La nueva gerencia pública (México: Fontamara, 2004).

Las ciencias de la Administración en el Estado Absolutista (México: Fontamara, 1996).

La Administración Pública del Estado capitalista (México: Fontamara, 1995).

Teoría administrativa del Estado (México: Oxford, 2000).

Tecnocracia o el fin de la política (México. UNAM-IIJ, 2006).

Introducción a la Administración Pública (México: Harla, 1985).

La teoría de la Administración Pública (México: Harla, 1986).

Gerencia pública en la globalización (México: Porrúa-UAEM, 2003).

Del Estado gerencial al Estado cívico (Porrúa-UAEM, 1999).

Faurox, Roger; Bernard Spitz. *Notre Etat* (Paris: Hachetic, 2000).

Fernández, José et al. *Derecho de los negocios internacionales* (Madrid: Iustel, 2007).

Hampton, David. *Administración* (México: McGraw-Hill, 1987).

Haro, Guillermo *Servicio público de carrera* (Porrúa-INAP, 2000).

La función pública en el proceso de modernización nacional (México: IAPEM, 1991)

Hernández, Magaly. *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público* (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2007).

- Hines, César. *La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica* (San José: Mundo Gráfico, 2006).
- Hines, César; y, Magaly Hernández, compiladores. *Apuntes de Derecho administrativo* (San José: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 2008).
- Jiménez, Manrique. *Derecho Público* (San José: Ed. Jurídica Continental, 2001).
- Jinesta, Ernesto. *Tratado de derecho administrativo* (Medellín: Diké, tomos T. I, 2002 y II, 2005; III, Ius- EJC, 2007).
- Koontz, Harold; Heinz Weihrich *Administración* (México: McGraw- Hill, 1993).
- Makowski, Sara. *¿Ciudadanos globales?* (Quito: revista Ecuador Debate, No. 42, 1997).
- Martínez, José *Nueva gerencia pública* (México: Porrúa- UAEM, 2007).
- Meoño, Johnny *Crisis nacional , Estado y burocracia* (San José: Ed. Tecnológica, 2001).
- Morand-Deviller, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif* (París: Montchrestien, 2003).
- Muñoz, Oscar (editor). *Hacia el Estado regulador* (Santiago de Chile: CIEPLAN, 1992).
- Murillo, Mauro *Ensayos de derecho público I* (San José: EUNED, 1988).
- Ensayos de derecho público II* (San José: Ed. Juritexto, 1995).
- La descentralización administrativa en la Constitución Política* (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 30, 1976).
- Olías, Blanca (coordinadora). *La nueva gestión pública* (Madrid: Printice Hall, 2001).
- Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo* (Medellín: Ed. Stradtman-Diké. 3 tomos, 2002)
- Tesis de derecho administrativo* (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 3 tomos, 1972).
- Parejo, Luciano. *Derecho Administrativo* (Barcelona: Ariel, 2004).

Rojas, Enrique. *La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica* (San José: Imprenta nacional, 2 tomos, 1995).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General* (San José: EUNED, 2002).

De la descentralización a la re-centralización (San José: Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas No. 50, 1984).

Consideraciones sobre la descentralización y la centralización administrativas (San José: Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas No. 43, 1981).

Organización del Estado costarricense a partir de 1949. (San José: Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas No. 49, 1984).

Rouault, Marie-Christine. *L'essentiel du Droit Administratif général* (Paris: Gualino, 1999).

Sánchez, José. *Estudio de la ciencia de la administración* (México: Porrúa-IAPEM, 2007).

Santamaría, Juan. *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Madrid: editorial Ramón Areces, 1991).

Soncini, Stefano et al. *Manuale pratico del Diritto Amministrativo* (Padova: Cedam, 1999).

Soros, George. *Globalización* (Madrid: Planeta, 2002).

Stiglitz, Joseph. *El malestar en la globalización* (Buenos Aires: Taurus, 2002).

¿Cómo hacer que funcione la globalización? (Bogotá: Taurus, 2002).

Stoner, James; Charles Wankel. *Administración* (México: Printice-Hall, 1989).

Van Lang, Agathe et al. *Dictionarie de Droit Administratif* (Paris: Armand Colin, 1999).

**ALGUNAS CONSIDERACIONES
SOBRE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO^(*)**

*Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu^(**)*

(Recibido 26/06/07; aceptado 10/03/08)

(*) El presente artículo es un avance del proyecto de investigación titulado: "Armonización y unificación de las normas de Derecho Internacional Privado en el Proceso de Integración", adscrito al Centro de Investigaciones de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad del Zulia (CONDES-LUZ), con el número de registro CH-0110-2007.

(**) Doctora en Derecho. Magíster en Derecho Mercantil. Abogada. Profesora Agregada de Derecho Internacional Privado adscrita al Departamento de Derecho Internacional y al Centro de Investigaciones de Derecho Privado de la Universidad del Zulia. Venezuela. Correo electrónico: yoselynbermudez@hotmail.com

RESUMEN

El objeto de este artículo es formular algunas consideraciones sobre la armonización y unificación de las normas del Derecho Internacional Privado, en razón de lo cual se hace oportuno reseñar los diversos niveles de integración jurídica, analizar las generalidades sobre los procesos de armonización y unificación, y establecer algunas de sus ventajas y desventajas. La investigación es descriptiva y se aplica la técnica de la observación documental. Se concluye que la sociedad actual exige una integración normativa, que a través de los mecanismos de armonización y unificación disminuyan el surgimiento de los conflictos de leyes, en un momento en que el auge de las relaciones personales internacionales exige seguridad jurídica en cuanto a la determinación del Derecho aplicable.

Palabras clave: Armonización, unificación, Derecho Internacional Privado, integración jurídica, conflictos de leyes, Derecho aplicable.

ABSTRACT

The objective of this article is to put forward some considerations on the harmonization and unification of the norms of International Private Law, and in regard to which it is adequate to review the different levels of legal integration, to analyze the general aspects on the processes of harmonization and unification, and to point out some advantages and disadvantages of said processes. This research is descriptive, by applying the technique of documentary observation. It concludes that present society demands a normative integration which through harmonization and unification mechanisms, may diminish the appearance of conflicts of law, when the peak the international transactions demands legal certainty as for the determination of the applicable Law.

Key words: Harmonization, unification, International Private Law, legal integration, conflicts of laws, applicable Law.

SUMARIO

Introducción

1. la integración normativa desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado
2. Generalidades sobre la armonización de las normas del Derecho Internacional Privado
 - 2.1. Características
3. Nociones fundamentales sobre la unificación del Derecho Internacional Privado
 - 3.1. Características
 - 3.2. Diferencias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho uniforme
4. Ventajas y desventajas de la armonización y unificación del Derecho Internacional Privado
 - 4.1. Ventajas
 - 4.2. Desventajas

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Las causas de existencia del Derecho Internacional Privado son la diversidad legislativa y el cosmopolitismo humano. La diversidad legislativa, también denominada *factor jurídico*, consiste en el uso por parte de los Estados de su soberanía legislativa para crear normas dirigidas a regular la conducta de la población atendiendo a sus necesidades e intereses. El cosmopolitismo humano o *factor sociológico*, se relaciona con:

Las necesidades de la vida y la natural tendencia del hombre al establecer relaciones con sus semejantes, [que] constituye una de las causas que dan origen a los problemas del Derecho Internacional Privado... A medida que el comercio mundial se ha desarrollado, esta necesidad ha ido en aumento. La vida jurídica del hombre traspasa las fronteras del país del cual es súbdito, poniéndolo en contacto con las legislaciones de otros países.⁽¹⁾

Por esta razón, los Estados necesitan integrar sus ordenamientos jurídicos, para mitigar las consecuencias de la diversidad legislativa que conduce al surgimiento de eventuales problemas de orden privado relativos a la determinación del Derecho aplicable. Así lo ratifica la doctrina cuando asevera que:

... las necesidades de una sociedad internacional caracterizada a la vez por la concurrencia de las legislaciones, de políticas y de intereses estatales y por una aspiración a la colaboración internacional [procuran la búsqueda de]... la coexistencia... [,] la armonización [o unificación] de los sistemas jurídicos nacionales.⁽²⁾

Tanto los Estados como los organismos internacionales se esfuerzan para crear normas jurídicas integradas a través de la formulación de

(1) ROUVIER, J. *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Maracaibo. Ediciones Astro Data. 2001. Pág. 3.

(2) FERNÁNDEZ ROZAS, J. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Madrid. Editorial Cívitas, S.A. 1991. Pág. 65.

preceptos normativos armonizados y unificados con la pretensión de disminuir los conflictos de leyes y ofrecer mayor seguridad jurídica a las personas en sus actuaciones privadas internacionales. Por lo expuesto, el presente artículo tiene como objetivo efectuar algunas consideraciones sobre la armonización y unificación de las normas del Derecho Internacional Privado, mediante una investigación descriptiva, en la cual se aplica la técnica de la observación documental para reseñar los diversos niveles de integración jurídica; analizar las generalidades de la armonización y unificación de las normas del Derecho Internacional Privado y, establecer algunas ventajas y desventajas de estos procesos.

1. LA INTEGRACIÓN NORMATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los Estados se esfuerzan para disminuir la diversidad legislativa y con ello facilitar las actividades civiles y mercantiles con elementos de extraterritorialidad normativa, lo cual exige la creación de un sistema legal común aplicable por las naciones. Dependiendo del tipo de integración o de las finalidades perseguidas por los Estados, se determinará el nivel de integración jurídica, que dentro de un orden jerárquico de menor a mayor complejidad, puede concretarse en los siguientes: Coordinación, aproximación, armonización y unificación, en el que los rangos superiores incluyen el contenido de los rangos inferiores.

La *coordinación*. Implica la indagación en los ordenamientos jurídicos de las naciones con la finalidad de trazar directrices universales, para alcanzar un sustrato básico de igualdad jurídica, que no conlleva necesariamente a la ejecución de otras actuaciones que impliquen niveles superiores de integración legislativa. Por este motivo: "...la coordinación corresponde a la hipótesis... [según] la cual, los derechos nacionales siguen siendo lo que ellos son, el derecho comunitario no interviene más que en el plano de sus efectos para coordinarlos".⁽³⁾

La *aproximación*. Supone una actuación de carácter funcional por la cual los Estados incorporan a su Derecho interno los criterios

(3) CALEGARI DE GROSSO, L. *El nuevo orden jurídico comunitario en sus relaciones con el derecho interno y la responsabilidad del Estado ante los particulares por la no transposición de sus directivas* [en línea]. [Salvador] <<http://www.salvador.edu.ar/caleg99.htm>> [Consulta: 27 mayo 2007].

generales e internacionales establecidos en el proceso de coordinación sobre un tema determinado. Este es uno de los principales mecanismos aplicado en la Unión Europea, así lo establece el Tratado de Roma⁽⁴⁾ en su Artículo 94, al establecer que el Consejo de Europa adoptaría por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento de la Unión Europea.

La *armonización*. Su finalidad es la búsqueda de soluciones que minimicen los conflictos de leyes internacionales, mediante la formulación de preceptos normativos obtenidos a partir de la abstracción de criterios materiales que se incorporan al Derecho interno. Es más flexible que la unificación pues no implica *per se* la adopción por parte de las naciones de un cuerpo normativo uniforme, sino la creación de un conjunto de normas orientadas a la unión de ponderaciones jurídicas provenientes de diferentes Estados. Ejemplo de esto es, el Tratado de la Asunción,⁽⁵⁾ el cual determina en su Artículo 1, el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Además, dentro de este tipo se encuentran las leyes modelo,⁽⁶⁾ los contratos

(4) El *Tratado de Roma*, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), se firmó en esa ciudad el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958. Su firma coincidió con la del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), por lo que ambos son conocidos conjuntamente como los "Tratados de Roma".

(5) El *Tratado de Asunción* del 26 de marzo de 1991 es firmado entre *Argentina, Brasil, Paraguay* y *Uruguay* en *Asunción*, la Capital del Paraguay, por lo que lleva su nombre. Con él se crea el *Mercosur*.

(6) Las Leyes modelo tienen como finalidad crear un Derecho estatal armonizado mediante normas sustantivas (no atiende a problemas como la ley aplicable), además, pretende que sean introducidas en los ordenamientos jurídicos de cada Estado, permitiendo la superación de los inconvenientes derivados de la coexistencia de diversas legislaciones mediante la aplicación de preceptos básicos, y abre la posibilidad a los Estados de introducir las modificaciones necesarias para atender a sus peculiaridades y circunstancias especiales (Parra Aranguren, 1998, p. 71). También se presenta una noción formalista, determinando que: ...es un texto prejurídico con toda apariencia jurídica preparado por una agencia

modelo,⁽⁷⁾ las recomendaciones para la tarea legislativa,⁽⁸⁾ las guías legislativas,⁽⁹⁾ las declaraciones,⁽¹⁰⁾ los principios contractuales⁽¹¹⁾ y las cláusulas modelo,⁽¹²⁾ entre otros.

-
- formuladora y presentada a los Estados para que estos, en el uso de la soberanía, lo utilicen para confeccionar y promulgar una ley interna mediante la tramitación del correspondiente texto jurídico nacional de acuerdo con el procedimiento legiferante interno y sin que respecto del mismo quepa aplicar el mecanismo de ratificación aplicable a los instrumentos internacionales (Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, 2003, p. 59).
- (7) El contrato modelo establece pautas generales o básicas que se recomiendan estén presentes en un determinado contrato; además, existe la posibilidad de que las partes realicen modificaciones al mismo, ya sea incorporando algunos elementos o excluyendo otros según les convenga o no.
- (8) Una recomendación es según el Artículo 1 del Reglamento de la UNESCO: "...el acto internacional que formularía los principios directores y las normas destinadas a regular internacionalmente una cuestión. Los Estados estarían invitados a adoptar bajo la forma de ley nacional o de otra manera los principios y normas aprobadas. Con ello se respetaría la soberanía de los Estados, porque cada gobierno podría tomar como base lo recomendado al regular una determinada materia en el plano interno" (Viñas Farré, 1978, p. 23).
- (9) La guía legislativa es un texto de referencia o estándar legislativo mínimo o puramente indicativo, cuya finalidad es armonizar distintos regímenes, y se presenta en un conjunto de principios, reglas o recomendaciones legislativas sobre un número determinado de materias, diferente de un texto-artículo como sería una ley modelo, pero que podría servirle de complemento (Esplugues Mota, 2007).
- (10) La: "...*declaración* es la exposición de ciertas reglas o principios de Derecho Internacional que dos o más Estados creen conveniente exponer públicamente o solemnemente" (Guerra Iñiguez, 1991, p. 445). El órgano internacional que dicta una declaración pretende que la mayoría de sus preceptos sean respetados por la generalidad de los Estados.
- (11) Los principios para los contratos internacionales son un instrumento armonizador que contribuyen a la determinación del Derecho aplicable a las relaciones contractuales internacionales. Representan un intento para armonizar y uniformar el Derecho sustantivo aplicable a los contratos mercantiles internacionales. Su máximo ejemplo lo representan

La *unificación*. Es la técnica legislativa de mayor rigurosidad, por ello se ubica en el último escalón dentro de los niveles de integración normativa. Su carácter es formal, y en consecuencia, suscita la creación de cuerpos normativos en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, mediante la redacción de un conjunto de normas estandarizadas que contengan criterios jurídicos, económicos, comerciales y políticos, provenientes de diferentes Estados. Se sustenta principalmente en los tratados internacionales, en las reglas técnico-lingüísticas⁽¹³⁾ y la ley uniforme.⁽¹⁴⁾

-
- los Principios Unidroit, cuyo objeto es disminuir y resolver los conflictos que se susciten en las transacciones mercantiles internacionales, mediante el ofrecimiento de un conjunto de máximas del Derecho extraídas de la praxis social en la que se desenvuelven los comerciantes.
- (12) Las cláusulas modelo surgen como resultado de la actividad de sectores económicos integrados por empresarios, quienes actúan en el ámbito de sus asociaciones internacionales y formulan condiciones generales aplicables a los contratos en los que frecuentemente intervienen aquéllos como parte. Se presentan como una recomendación o un compromiso corporativo, y los comerciantes en sus actuaciones mercantiles internacionales pueden obligarse recíprocamente mediante las disposiciones contenidas en tales cláusulas, a través de su incorporación en los contratos que celebren.
- (13) Al hacer referencia a: "...reglas técnicas, puede decirse que una vez convenida la denominación de determinado objeto, quien desee referirse a él o nombrarlo tendrá que utilizar los sonidos convenidos o el grafismo convenido para conseguir el resultado de la comunicación. Este género de reglas técnicas tiene un claro carácter convencional..." (Robles, 1988, p. 147). Ejemplo de ello son los Incoterms, que son un conjunto de reglas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional de París que, dotadas de un carácter facultativo –las partes, en cada contrato las admiten de común acuerdo–, permiten concretar, de forma universal, el significado de los principales términos utilizados en los contratos de compraventa internacional, especificando los derechos y obligaciones de las partes en cada uno de ellos (Fernández Rozas, 1996, p. 296).
- (14) La ley uniforme es creada por un organismo internacional y los Estados están en la facultad de incorporarla o no a su Derecho interno. Se diferencia de la ley modelo, pues esta al ser incorporada al Derecho interno de los Estados es posible que sea objeto de modificaciones que permitan adaptarla a las necesidades e intereses de cada nación; en cambio, la ley uniforme no permite tal posibilidad. Esta ley sería incorporada al Derecho interno con la exactitud del contenido normativo que cuando fue creada en el ámbito internacional por el organismo especializado.

La unificación se diferencia de la armonización por la imposibilidad de realizar modificaciones, pues cuando el cuerpo legal unificado se incorpora al Derecho interno del Estado, no está sujeto a variabilidad o adaptación, sólo puede ser aprobado o no, en su totalidad; y en el caso de los contratos internacionales, los preceptos normativos unificados deben ser incorporados a la negociación en su texto original, por ejemplo, la sujeción del contrato a las reglas técnico-lingüísticas de los Incoterms, exige su aplicación sin reforma, so pena de desvirtuar su propósito fundamental el cual es, implementar reglas que puedan ser aplicadas e interpretadas de manera uniforme.

Al respecto, se considera que la unificación lograría un verdadero proceso de integración normativa por cuanto las normas serían iguales en diversos sistemas legales. Esta situación no se presenta con la armonización, ya que, con la incorporación de criterios materiales a los ordenamientos jurídicos de los Estados, sólo se plasman los principios rectores que de ningún modo alcanzan la homogeneización. Sin embargo, en algunas circunstancias los Estados no se acogerían a un proceso de unificación normativa debido a la imposibilidad de modificación y de adaptación a sus propósitos. Es el caso del tratado internacional, el cual constituye la fuente unificadora por excelencia, pero, su rigurosidad normativa ha ocasionado que los Estados se inhiban de ratificarlo, sobretodo en aquellos tratados que no admiten reserva.

2. GENERALIDADES SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La armonización de las normas del Derecho Internacional Privado es un mecanismo de integración normativa que a través de la combinación de criterios esenciales, conduce a la unión de ponderaciones jurídicas provenientes de diversos sistemas legales. Igualmente, produce una composición normativa con origen en los criterios antes referidos, que no implica necesariamente la adopción de un texto uniforme. Asimismo, es un punto de partida tanto para los legisladores nacionales como para los contratantes internacionales, que procura conjugar el enfoque jurídico para la prevención de los conflictos de leyes que en el orden privado puedan presentarse en un supuesto de hecho, en el cual se formula un problema de extraterritorialidad.

La búsqueda de soluciones que minimicen los conflictos de leyes internacionales de orden privado, se lleva a cabo mediante la

concertación de criterios jurídicos entre los países que poseen similitudes en sus tradiciones jurídicas y desarrollo económico, y además, sus particulares mantienen relaciones entre sí, que conllevan el surgimiento de problemas referentes a la determinación del Derecho aplicable a los supuestos de hecho en materia civil, mercantil o procesal, conectados con más de un ordenamiento jurídico. Todo lo expuesto plantea la necesidad de prever soluciones internacionales mediante la armonización de los sistemas legales nacionales.

En el proceso de armonización se pueden efectuar modificaciones, tanto por los Estados, para adecuar las normas a los intereses y necesidades de su población, como por las partes, en sus contratos internacionales; pero su finalidad inicial puede verse trastocada por la introducción de adecuaciones cuando su formulación no es clara y precisa. Esto obedece al amplio margen de maniobra que se les concede a los Estados y a los contratantes internacionales para que hagan uso de sus propias nociones y conceptos jurídicos, que a veces definen, en los distintos sistemas jurídicos contenidos diferentes.⁽¹⁵⁾

En el ámbito contractual la finalidad de la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado es generar a las partes intervinientes un clima de mutua confianza y de seguridad jurídica, que se logra mediante la superación de las barreras que obstaculizan el desenvolvimiento de las relaciones interpersonales de carácter privado en materia civil, mercantil y procesal.

Por otra parte, la armonización es un mecanismo de integración normativa de carácter flexible, capaz de adecuarse a los requerimientos de las áreas jurídicas que los Estados pretendan concordar, considerando también que, algunas materias son susceptibles de ser ajustadas con mayor facilidad que otras; por ejemplo, las normas relativas a los negocios internacionales, caracterizadas por su carácter dinámico y práctico, muestran mayor adaptabilidad que las instituciones jurídicas del Derecho de Familia, debido a su marcado carácter político circunscrito a los requerimientos poblacionales de cada nación.

(15) FRERICHES, G. (2002). "Dictamen del CES sobre "La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo". *Cuaderno de Derecho Mercantil*. 2002. No. 1. Pág. 7.

2.1. Características

La armonización del Derecho Internacional Privado posee entre algunas de sus características, las siguientes:

Es un *proceso* que consiste en la unión de criterios provenientes de diversos ordenamientos jurídicos basados en distintas culturas, sistemas económicos y sociales, entre otros aspectos de necesaria consideración. Para poder llevarlo a cabo, se amerita del cumplimiento de determinadas pautas que dilucidan la posibilidad de concordar materias específicas.

La *aplicación del método comparado*. Los esfuerzos estatales e institucionales se abocan por encontrar coincidencias y superar disensiones en distintos sistemas jurídicos. En este proceso múltiples factores políticos, culturales y económicos, entre otros, cumplen una función importante en la lucha por la integración del Derecho, donde la búsqueda de una fórmula normativa armónica suele mezclarse casi inevitablemente, con la pesquisa de la mejor norma. Se trata de comprender cómo funcionaría una institución jurídica extranjera en determinado territorio, para indagar si la solución práctica que propone ese sistema legal foráneo a un mismo problema, es más conveniente que el sistema jurídico propio, y asimismo, la posibilidad de ser adoptada en un entorno cultural, económico, social y político diferente. Por ello, es necesario la aplicación del método comparado y estudiar cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales para así encontrar y superar las desigualdades, pero respetando el particularismo de cada uno de los países en cuanto a los factores políticos, culturales y jurídicos, y sólo en aquello que responda a diferencias de intereses racionalmente defendibles.⁽¹⁶⁾

Presenta una *abstracción de criterios materiales* que constituyen los principios rectores que considerarán tanto los Estados al formular normas jurídicas sobre determinada materia, como las partes en sus acuerdos contractuales. Por esta razón puede llevarse a cabo la armonización de las normas del Derecho Internacional Privado sin la necesidad de que el proceso culmine en la creación de un instrumento normativo unificado.

(16) GARRO. *Ob. cit.* Pág. 330.

Asimismo, es un *análisis de propuestas dirigidas a disminuir los conflictos de leyes*, a través de la indagación sobre los criterios jurídicos similares existentes en los distintos ordenamientos jurídicos que se pretendan integrar. Su posterior compilación conforma los modelos generales a considerar por los diferentes Estados en su labor legislativa o por las partes en los contratos internacionales.

De igual modo, la armonización se ve *impulsada por la globalización* y en su devenir ratifica el carácter universal del Derecho Internacional Privado. Esta era posmodernista, caracterizada por el auge de las relaciones mercantiles internacionales, el dinámico intercambio de bienes y servicios facilitado por el desarrollo de la tecnología y las telecomunicaciones, conjuntamente con los nuevos mecanismos aplicados a las transacciones financieras por medio de la banca, entre otros renglones de igual importancia y participación, le han adjudicado a esta ciencia *ius privatista* la cualidad de universal, pues su ámbito de actuación, además de exceder los estrechos límites de un Estado, se circunscribe a una esfera espacial global. El Derecho como disciplina social dirigida a regular la conducta humana, es una ciencia que también tiende a armonizarse, aun cuando sus fuentes provengan de diferentes latitudes.

3. NOCIONES FUNDAMENTALES SOBRE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La unificación es la unión de criterios jurídicos, económicos, comerciales y políticos provenientes de diferentes Estados, con la finalidad de crear un conjunto de normas estandarizadas que, no admiten modificación ni por los Estados cuando las incorporan a sus ordenamientos jurídicos, ni por las partes en materia de contratos internacionales. Su propósito es evitar los conflictos de leyes producto de la diversidad legislativa entre las naciones, que implican la ardua determinación del Derecho aplicable en los eventuales conflictos de leyes relativos a las actividades civiles, mercantiles y procesales de las personas naturales y jurídicas. La unificación exige la sustitución del método conflictual aplicado tradicionalmente en la formulación de las normas de Derecho Internacional Privado, por el método material para evitar la predisposición de imponer en el plano internacional las concepciones normativas del ordenamiento jurídico interno.⁽¹⁷⁾

(17) FERNÁNDEZ ROZAS, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid. Editorial Eurolex, S. L. 1996. Pág. 41.

La doctrina considera que la unificación del Derecho Internacional Privado debería implicar la adopción de un texto común, específicamente un tratado internacional en *latu sensu*.⁽¹⁸⁾ De esta premisa se infiere que la unificación es de carácter formal en sentido estricto, pues su objeto es la creación de un instrumento jurídico unificado, que supone su incorporación por parte de los Estados a sus ordenamientos jurídicos nacionales y, por lo tanto, es susceptible de ser aplicado por los organismos jurisdiccionales de Derecho interno, además de la posibilidad de interposición de recursos ante organismos jurisdiccionales internacionales, previo el agotamiento de las instancias internas.

En el ámbito contractual, las diferencias existentes entre los Estados en cuanto a los factores económicos, culturales, políticos y sociales, conllevan a que, por ejemplo, el acuerdo regulador internacional entre los comerciantes sea una consecuencia de esas divergencias y, que la solución que se procure en caso de una disputa, no necesariamente responda a la equidad y equilibrio que debería estar presente en las relaciones contractuales internacionales. Por ello, en favor de garantizar la seguridad jurídica de los contratantes, la visión de un Derecho Internacional Privado uniforme se justifica por la existencia de supuestos de hecho que, por su naturaleza intrínseca ameritan desenvolverse en un mercado económico supranacional, lo cual cobra importancia y plantea el fenómeno de la universalidad para esta ciencia.

Por lo expuesto, se plantea entonces la idea de un Derecho Internacional Privado despolitizado, cuya uniformidad supranacional podría lograrse independientemente de la unidad política, y por tanto, no asociado a más elementos que los establecidos por las necesidades de los mercados internacionales. A modo de premisa, el empirismo que informa a la unificación de las legislaciones debe consolidarse como la mejor garantía de la efectiva adecuación de la ciencia *ius privatista* a las exigencias de los operadores jurídicos del tráfico internacional.

3.1. Características

A continuación se resumen algunas de las características sobre la unificación del Derecho Internacional Privado:

(18) GARRO, A. "La armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. 1992. No. 86. Pág. 287.

Es un *proceso* que implica el cumplimiento de varias pautas, como la confección de una lista que contenga los términos jurídicos equivalentes en diferentes Estados, la determinación del tradicional denominador común, su posterior clasificación de acuerdo con las equivalencias existentes, y por último, la formulación de las nuevas normas jurídicas.⁽¹⁹⁾

La unificación *supone la aplicación de la exégesis basada en el método comparado*, que consiste en la interpretación y síntesis de las instituciones jurídicas propias de los sistemas de Derecho que se pretendan integrar. Asimismo, se analizan su gramática, sistémica e historia, para una interpretación autónoma llevada a cabo por el organismo internacional encargado de crear el precepto normativo uniforme, procurando que esta nueva norma sea contraria al Derecho interno de los Estados involucrados en el proceso.

Es un *sistema previsor y no meramente resolutor*. Al respecto la doctrina opina que:

...se compone de un conjunto de reglas sustantivas, preñadas de disposiciones materiales sobre el régimen jurídico de las operaciones de comercio internacional sometidas al mismo; en tal sentido queda señalado que se trata de un sistema material y no adjetivo... En efecto, las normas que lo integran no remiten a otras disposiciones, nacionales en ese caso, antes bien, disciplinan directamente la materia contemplada.⁽²⁰⁾

Se difiere de esta opinión ya que, la unificación de las normas puede llevarse a cabo tanto en el ámbito sustantivo, mediante la solución del problema, como también en el ámbito adjetivo, a través de la indicación del Derecho material aplicable. El método idóneo es la

(19) KOZOLCHYK, B. *The Unidroit Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas. En Los Principios Unidroit. ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* Universidad de Carabobo. Valencia. 1998. Pág. 89.

(20) ILLESCAS ORTIZ, R.; Perales Viscasillas, P. (2003). *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Universidad Autónoma de Madrid Carlos III. Madrid. Pág. 33.

creación de normas sustantivas, que *per se* otorgan celeridad al proceso mediante la resolución del supuesto de hecho, aunque ambos métodos proporcionan seguridad jurídica en cuanto a la determinación del Derecho aplicable, contribuyendo al desarrollo de las actividades civiles y mercantiles.

Algunos autores consideran que la uniformidad del Derecho Internacional Privado puede ser considerada una *lingua franca* debido a que la:

...aproximación y... tratamiento uniforme de situaciones y problemas, presuponen un entendimiento mínimo en cuanto lo que quieren decir las distintas figuras y conceptos en juego, lo cual, a su turno, significa un lenguaje común, que obvie las discusiones meramente semánticas, pero que, además, exprese un sistema racional y ético, también común, producto del espíritu pluralista y de tolerancia tan pregonado en nuestro tiempo, que implica deposición de prejuicios, búsqueda desprevenida de lo óptimo en cada sistema, respeto de sanas costumbres comerciales generalizadas, intuición de respuestas apropiadas, vigencia de una ética rigurosa... significado genuino de una *lingua franca*.⁽²¹⁾

Los Incoterms son un ejemplo de lo expuesto, éstos son reglas creadas por la Cámara de Comercio Internacional, que tienen aplicación en la actividad comercial internacional, con la finalidad de facilitar la formulación contractual de los derechos y obligaciones de las partes en materia de transporte internacional de mercancías por vía terrestre o marítima.⁽²²⁾

(21) HINESTROSA, F. *Los Principios Unidroit: Una lingua franca. En: Los Principios Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* Valencia. Universidad de Carabobo. 1998. Pág. 190.

(22) Son términos aplicables a un contrato, que resumen mediante una abreviatura las obligaciones y responsabilidades de las partes en la negociación internacional, convirtiéndose posteriormente en verdaderas cláusulas que establecen de manera específica, el alcance de tales compromisos.

La *universalidad* es una característica del Derecho Internacional Privado que versa sobre la regulación uniforme de los derechos privados de las personas⁽²³⁾ en la comunidad internacional. Actualmente se hace referencia a la internacionalización de las actividades privadas de los particulares, de las relaciones comerciales y las normas jurídicas que las regulan. A ello ha contribuido en gran medida el desarrollo tecnológico y el de las telecomunicaciones, logrando celeridad en el comercio internacional, lo que ha propiciado la multivariiedad en los gustos de los consumidores y el incremento de economías en escala. Esta progresividad y expansión están reguladas por un Derecho con tendencia universal proclive a ser uniforme en un ámbito que excede los estrechos límites territoriales de las diferentes unidades políticas que lo integran.

Es *producto de la globalización* pues actualmente la propensión es abolir las fronteras entre los Estados, por eso se hace mención de modo ejemplar a un sólo idioma, el inglés; un sólo sistema político, el democrático; una sola religión, la fe; y además, se intensifica la búsqueda de los sistemas jurídicos unificados inducidos por el desarrollo global de arraigo internacional.

3.2. Diferencias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho uniforme

Para establecer diferencias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho uniforme, es oportuno presentar una breve noción de cada una de estas instituciones. En primer lugar, el Derecho Internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas que determinan la competencia legislativa de los Estados e indica la normativa jurídica aplicable al caso en concreto, cuando éste se encuentra sometido a más de una legislación. En segundo lugar, el Derecho uniforme es el conjunto de normas jurídicas que han sido agrupadas a través de un sólo procedimiento, el cual podría ser mediante la celebración de un tratado internacional propio del sistema tradicional, o a través de la aplicación de la técnica legislativa del *soft law* circunscrita al sistema moderno.

(23) ROUVIER. *Ob. cit.* Pág. 51.

El *sistema tradicional* creador de normas jurídicas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, establece como mecanismo para su unificación, la celebración de tratados internacionales, el cual consiste en:

...aplicar sobre su territorio las reglas que han sido unificadas. En concreto, puede consistir en la aceptación, por parte de varios Estados, de un acuerdo internacional que les obliga a introducir las reglas unificadas en su sistema de Derecho interno, o en la aceptación de un compromiso internacional que les obligue a respetar los principios fundamentales adoptados convencionalmente en el momento de legislar en el plano interno.⁽²⁴⁾

El objetivo del tratado en el ámbito del Derecho Internacional Privado es la unificación de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, mediante la creación de un cuerpo normativo uniforme, el cual: "... equivaldría a [la] regla que proporcionase una misma solución en... diversos países ante un mismo conflicto de leyes, es decir, una regla que evitara situaciones claudicantes".⁽²⁵⁾ Estas normas uniformes contenidas en un tratado internacional fundamentan la unificación del Derecho, tendencia que consiste en:

...la adopción de criterios uniformes acerca de la ley a aplicar a las diversas relaciones jurídicas... [que presuponen] la universalidad y la unidad, no sólo formal, sino también intrínseca, porque de nada serviría adoptar un criterio si fuera entendido y aplicado de modo diverso.⁽²⁶⁾

Por otra parte, en la actualidad diversos organismos internacionales se encargan de armonizar y unificar las normas de Derecho Internacional Privado. Esta actividad institucional propugna al *sistema moderno*, el cual tiene como finalidad la creación de normas en materia

(24) VIÑAS FARRÉ, R. *La unificación del Derecho Internacional Privado*. España. 1978. Pág. 12.

(25) VIÑAS FARRÉ. *Ob. cit.* Pág. 22.

(26) *Idem.*

de Derecho Internacional Privado mediante la aplicación de la técnica legislativa del *soft law*.⁽²⁷⁾ Esto resulta novedoso pues, clásicamente el tratado internacional era el único instrumento normativo creado bajo la esfera de los Estados, con la característica fundamental de la necesaria incorporación a los ordenamientos jurídicos internos; pero actualmente, existe la opción de aplicar la técnica legislativa del *soft law*, que coadyuva con el tratado internacional a la disminución de conflictos de leyes en asuntos de Derecho privado.

Ahora bien, la razón de contraponer al Derecho Internacional Privado y al Derecho uniforme, es porque este primero tiene como causa de su existencia la diversidad legislativa entre los Estados, la cual es inexistente en el Derecho unificado. La diversidad legislativa es el reflejo del Derecho como ciencia social, en razón de que, cada Estado se organiza y crea un conjunto de normas que responden a sus necesidades e intereses, surgiendo así, desde un punto de vista universal, ordenamientos jurídicos disímiles en los cuales imperan elementos propios de una nación.

Además, esta panorámica conduce a una disyuntiva, ya que, sin diversidad legislativa no tendría razón de ser la ciencia del Derecho Internacional Privado, pues, la interrogante de ¿Qué ordenamiento jurídico se debe aplicar? sería innecesaria si todos los Estados tuviesen idénticos sistemas legales; y al mismo tiempo, se concluye en la idea de que, sin diversidad legislativa no tendría sentido unificar el Derecho. Ante este planteamiento, es preciso examinar las relaciones existentes entre el Derecho unificado y el Derecho Internacional Privado, las cuales son las siguientes:⁽²⁸⁾

(27) Se puede conceptuar el *soft law* como el conjunto de normas generales originariamente no vinculantes, que une criterios de diversa índole provenientes de diferentes sistemas económicos, políticos, sociales y culturales, creado por los organismos internacionales estatales o de carácter privado. Tiene como finalidad indicar la conducta a seguir por los Estados o por los particulares en sus actividades privadas con algún elemento extranjerizante, quienes deciden de manera voluntaria e inequívoca adherirse a dicha reglamentación, evitando los posibles conflictos que puedan presentarse debido a la diversidad legislativa o a intereses contrapuestos entre las partes (Bermúdez Abreu, 2007).

(28) FERNÁNDEZ ROZAS. (1991). *Ob. cit.* Pág. 159.

Desde el punto de vista funcional. El Derecho Internacional Privado y el Derecho uniforme son sistemas jurídicos incompatibles, pues, de generalizarse el Derecho uniforme no existiría la diversidad legislativa que constituye una de las causas de existencia del Derecho Internacional Privado; asimismo, la norma de conexión no tendría razón de ser, puesto que no habría conflictos de leyes. Por lo tanto: “El Derecho uniforme se erige a partir de aquí como una opción funcional del D.I.Pr.⁽²⁹⁾ en el terreno de los métodos de reglamentación”⁽³⁰⁾ que contribuye a la disminución de los conflictos de leyes.

Desde el punto de vista técnico jurídico. Las normas de Derecho uniforme pueden ser, tanto de carácter sustantivo, y así se presentan en la mayoría de los casos, lo que permite la celeridad de la resolución de los supuestos de hecho; como excepcionalmente de carácter adjetivo, indicativas del Derecho aplicable. Caso contrario, los preceptos normativos de Derecho Internacional Privado se presentan comúnmente de modo adjetivo, sólo indican la norma material aplicable, pero no resuelven el caso concreto con inmediatez, sólo por vía excepcional, es posible la existencia de normas sustantivas de Derecho Internacional Privado.

Desde el punto de vista causal. El Derecho uniforme es un sistema regulador que contribuye con la disminución de los conflictos de leyes, los cuales son objeto de estudio y resolución por parte del Derecho Internacional Privado.

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Se considera que a la armonización y unificación del Derecho Internacional Privado es posible referirles ventajas y desventajas. En el primero de los casos, se comentan las prerrogativas que consolidan la misión de estos procesos, sin embargo, también es posible oponerle una serie de críticas, cuya finalidad no es abatir tales instituciones, sino presentarlas objetivamente.

(29) Siglas del autor que significan: Derecho Internacional Privado.

(30) FERNÁNDEZ ROZAS. (1991). *Ob. cit.* Pág. 160.

4.1. Ventajas

El logro de los objetivos propuestos en un proceso de integración. El Derecho interno de los Estados en un proceso de integración debe estar dotado de un contenido normativo similar. La armonización y la unificación de los ordenamientos jurídicos en las áreas objeto de integración, constituyen uno de los factores fundamentales para alcanzar los objetivos propuestos. Esta apreciación es válida cuando se considera una característica de la economía en las sociedades desarrolladas con un excelente progreso en la actividad mercantil, ésta es la existencia de una legislación armónica o uniforme que permite transacciones mercantiles sustentadas en mecanismos de cooperación en el proceso integrador.

La armonía en las soluciones. La práctica jurídica ha demostrado que la existencia de distintos ordenamientos jurídicos entre los Estados que forman la comunidad internacional, conlleva a que una misma controversia sea resuelta de diversas formas en diferentes Estados, con graves perjuicios para los operadores internacionales respecto de la certidumbre y la seguridad jurídica.⁽³¹⁾ Ante esto, debe procurarse la armonía internacional de soluciones mediante la armonización y unificación de las normas jurídicas de Derecho Internacional Privado, con la finalidad de que las leyes sean interpretadas y aplicadas de la manera más idéntica posible, y cualquier controversia debería ser decidida del mismo modo con independencia del Estado que la resuelva, pues si los Estados declaran aplicable la misma ley, el resultado debería ser similar con abstracción del lugar de donde sea debatida la controversia.

La unidad entre diversas legislaciones. Los Estados ejercen su soberanía legislativa mediante la creación de normas jurídicas que responden a las exigencias particulares de su población. Esta autonomía conlleva a divergencias normativas y en consecuencia, al nacimiento de conflictos de leyes, que si bien pueden disminuirse, no desaparecen por más empeño y esfuerzo que exista para conseguirlo. Constituye entonces una ardua actividad gubernamental e institucional la búsqueda, en la medida de lo posible, de la unidad entre las diversas legislaciones que dan origen a las colisiones normativas mediante la creación de normas armonizadas y unificadas destinadas a dirimir las.

(31) PARRA ARANGUREN. (1992). *Ob. cit.* Pág. 35.

La seguridad jurídica. Las normas armonizadas o unificadas reguladoras de las relaciones interpersonales, otorgan seguridad a los derechos e intereses de los operadores jurídicos internacionales. La efectividad de la anterior aseveración aparece con mayor evidencia en las leyes civiles y mercantiles armonizadas o unificadas, encaminadas a garantizar el máximo de seguridad posible en la solución de los problemas que se suscitan en las relaciones mercantiles que desbordan las fronteras nacionales. Pues:

...desde una perspectiva práctica, es más conveniente conocer de antemano el contenido exacto de las reglas que serán aplicadas por el juez, antes de enfrentar problemas... con el funcionamiento de las normas de conflicto, en particular, las dificultades inherentes al derecho extranjero.⁽³²⁾

Por lo tanto, la finalidad es proporcionar a las personas cuya actuación se desenvuelve extraterritorialmente, una mejor planificación *ex ante*, y, al mismo tiempo, *ex post*.

La neutralidad entre las partes. Ante la ausencia de una legislación uniforme, es posible el sometimiento del contrato a una ley extranjera, y es preciso tener en cuenta que, la capacidad negociadora de los Estados en desarrollo no es la más ventajosa para imponer su propia ley y tribunales. En cambio, en sistemas normativos armonizados y unificados se consolida un ordenamiento jurídico neutro para las partes. Al respecto la doctrina agrega que:

La creciente interdependencia económica y la globalización de la economía han llevado a la mayoría de los gobiernos constitucionales a implementar programas de creciente liberación de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es acompañado de un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional protagonizado por las grandes multinacionales, cuya conducta puede desempeñarse

(32) PARRA ARANGUREN, Gonzalo. (1998). *Estudios de Derecho Mercantil Internacional*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Pág. 63.

dentro de un marco jurídico que permita controlar el abuso y la codicia pero al mismo tiempo otorgue las garantías necesarias para obtener un margen razonable de rentabilidad y seguridad jurídica.⁽³³⁾

La autonomía de la voluntad de las partes. Debido al volumen de las transacciones civiles y, más aún, las mercantiles, que se desarrollan en el ámbito mundial de manera rápida y espontánea, las partes necesitan un ordenamiento jurídico lo más armónico y unificado posible, lo cual ha requerido la inclusión de un plan de acción para uniformar las normas jurídicas, tanto por la vía oficial, como por el Derecho señalado por las partes.

La contribución de los foros internacionales. La armonización y unificación de las normas jurídicas del Derecho Internacional Privado se ubica en el contexto de la creciente interdependencia económica, la globalización e integración de las regiones en mercados comunes, situación que se ha visto beneficiada, tanto por la participación de los Estados, como de los organismos *ius privatistas* en foros internacionales encargados de la creación de tratados en sentido amplio, y de normas jurídicas mediante la aplicación de la técnica legislativa del *soft law*.

La selección de las mejores prácticas. La armonización y unificación de normas jurídicas mediante la compilación de costumbres y usos internacionales, para su aprovechamiento al máximo, requiere una descripción y clasificación cuidadosa de las mejores prácticas, es decir, aquellas que sean más efectivas para las partes contratantes y las terceras personas afectadas.

4.2. Desventajas

La diversidad como hecho natural. Algún sector afirma que, la total unificación legislativa a escala universal es prácticamente imposible, porque la diversidad constituye un hecho natural y necesario. Esto se debe a que: "...el clima, la temperatura, la situación geográfica, montañosa o marítima, la naturaleza, la fertilidad del suelo, la diversidad de las costumbres, determinan en cada pueblo, con una preponderancia casi completa, el sistema de las relaciones de derecho"⁽³⁴⁾ que determinan la creación de normas jurídicas aplicables a sus nacionales.

(33) GARRO. *Ob. cit.* Pág. 331.

(34) MANCINI, P. *Journal de Droit International*. Italia. 1874. Pág. 221.

La estatización de las normas. Se admite la imposibilidad del totalitarismo jurídico, considerando que la diversidad de las leyes constituye un hecho necesario, pues la realidad conduce a diferencias de tipo legal, y cualquier pretensión de unificarlas constituiría un grave retroceso ya que, la unificación sólo podría realizarse a través de un denominador común, en cuyo caso habría una remisión a la legislación menos avanzada, única aceptable por todos los Estados.⁽³⁵⁾ Además, “Existen dificultades técnicas derivadas de las distintas concepciones jurídicas admitidas por las diversas legislaciones... [así como también] la diferente estructura social o económica de los Estados constituye[n]... serio[s] obstáculo[s] para suprimir las diferencias entre las leyes internas”.⁽³⁶⁾ Por último, las consecuencias de la unificación del Derecho Internacional Privado podrían ser petrificadoras para el progreso futuro, debido a la dificultad de experimentar nuevas fórmulas normativas en el deseo de pretender una regulación más satisfactoria para los complejos problemas que se presentan en la convivencia social internacional.⁽³⁷⁾

La interpretación liberal. La doctrina concibe la aplicación e interpretación de las normas jurídicas armonizadas y unificadas por parte de los operadores jurídicos nacionales, como una agravante que menoscaba el logro de los objetivos fundamentales de estos procesos, pues la interpretación liberal determina que:

La necesidad de explicar el derecho uniforme es crucial para que éste desarrolle su pleno potencial, empezando por los jueces y los abogados, ya que la experiencia ha demostrado que una vez que el derecho uniforme llega a convertirse en una parte integral del sistema legal interno, existe la tendencia natural por parte de los tribunales en aplicar e interpretar sus preceptos a la luz de sus propias tradiciones y conceptos legales, sin ninguna remisión a las sentencias de los tribunales de otros Estados,... con el consiguiente menoscabo del objetivo de la uniformidad.⁽³⁸⁾

(35) VALLADÁO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Brasil. Editorial Río de Janeiro. 1980. Pág. 23.

(36) PARRA ARANGUREN. (1998). *Ob. cit.* Pág. 68.

(37) PARRA ARANGUREN. (1992). *Ob. cit.* Pág. 76.

(38) FERRARI, L. *The Unidroit Principles: A common Law of contracts for the Americas*. Venezuela. 1998. Pág. 18.

Además:

...un mismo texto legal no sólo va a producir una interpretación distinta sobre la base de las variantes idiomáticas, sino, sobre todo, merced a la distinta mentalidad jurídica del intérprete, sin que el TJCE⁽³⁹⁾ tenga ni capacidad ni aptitud suficiente para resolverlas a través de millares de cuestiones prejudiciales y conceptos indefectiblemente autónomos.⁽⁴⁰⁾

El legislador internacional no ha dejado de reconocer este problema, por ello actualmente en los tratados y normas *soft law* de Derecho Internacional Privado, se incluye una disposición normativa, la cual prevé que, en la interpretación y aplicación de estos cuerpos reguladores se debe tomar en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la armonía y uniformidad de su aplicación, considerando que:

Las convenciones internacionales y otros textos de Derecho internacional... [estén] destinados a ser interpretados por juristas, principalmente jueces y árbitros, de todos los países del mundo. Cada uno de esos juristas utiliza una metodología de construcción e interpretación del derecho que proviene de la educación que recibió. La conclusión es que textos uniformes pueden dar lugar a interpretaciones contradictorias.⁽⁴¹⁾

(39) Abreviatura del autor que significa Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

(40) SÁNCHEZ, S. (2006). *Aproximación del Derecho Civil en Europa: marco comunitario y competencia de la comunidad europea*. [en línea] [Español], <<http://civil.udg.es/tossa/2002/textos/pon/1/ssl.htm>> [Consulta: 29 mayo 2007].

(41) ABASCAL, J. *Los Principios Unidroit como instrumento para interpretar o suplementar textos internacionales de Derecho uniforme o textos de Derecho interno*. En: *Los Principios Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* Valencia. Universidad de Carabobo. 1998. Pág. 213.

La jurisdicción universal. Se considera que, a la existencia de un Derecho Internacional Privado armonizado y unificado, le corresponde una jurisdicción universal, en la cual se resuelvan las posibles controversias que se presenten. Como respuesta a esto, comienzan a perfilarse en la comunidad jurídica internacional órganos judiciales con competencia universal como es el Tribunal de La Haya.

La democracia jurídica. Parece imposible e inconveniente una completa unificación, en efecto, en los tiempos actuales sólo podría obtenerse imponiendo las mismas normas en todo el mundo, pero semejante determinación sería contraria a la democracia jurídica e infringiría el derecho de cada Estado de consagrar las reglas que considere mejores, habida cuenta de sus propias tradiciones y peculiaridades.

El territorialismo jurídico. El orgullo nacional puede desempeñar un papel en contra de la armonización y unificación, en particular, cuando los Estados se encuentran satisfechos con sus normas jurídicas y no desean cambiarlas, ni siquiera por convenciones aprobadas en conferencias internacionales. Esta actitud es más apreciable cuando las leyes nacionales han sido sancionadas en época reciente, pues su reforma implicaría admitir que se incurrió en un error y que no eran tan buenas como se imaginaron.⁽⁴²⁾ Por esta razón, en algunas circunstancias, a ultranza, parece necesaria una vuelta a la *lex fori*.

La aplicabilidad a determinadas materias. Algunos sectores jurídicos son más propensos a ser armonizados o unificados en comparación con otros, en este sentido, es más fácil la aplicación de estos procesos en los ordenamientos jurídicos cuando no entren en pugna con tradiciones o peculiaridades propias de los Estados. Por lo tanto, éstos se hacen viables en mayor medida, mientras no exista regulación por la novedad de la materia o si el régimen legal es insatisfactorio.⁽⁴³⁾ Es por ello que, en los procesos de integración existen obstáculos en razón de la materia que será armonizada y/o unificada, por eso, comúnmente se excluyen las relaciones de Derecho Privado de contenido extrapatrimonial, como sería por ejemplo, el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones, por indicar algunos.

(42) EÖRSI, G. *Measures for the unifying the rules o choice of law*. Paris. Ediciones Joseph Honold. París. 1966. Pág. 300.

(43) *Idem*.

El problema de la institución desconocida y las calificaciones. Además de la interpretación liberal, la existencia de conceptos jurídicos desconocidos en determinada nación que forma parte del proceso de integración jurídica, el empleo de categorías con diferentes niveles de abstracción según la lengua, o el uso de conceptos generales propios de una lengua que en otros sistemas se expresa mediante técnicas casuísticas,⁽⁴⁴⁾ constituyen obstáculos que dificultan el logro de la integración normativa pues conduce a un deterioro en el uso de los elementos integrados presentes en el Derecho Internacional Privado.

El desconocimiento del Derecho regional. En el caso de la integración latinoamericana, los esfuerzos se ven mermados por el hecho de que los juristas tengan mayor conocimiento de las doctrinas y jurisprudencias europeas y norteamericanas sobre un determinado tema, y desconozcan lo que se haya escrito sobre esa misma materia en Latinoamérica. Además, en el caso de la jurisprudencia, el escenario se declina por la falta de obligatoriedad del precedente judicial, al igual que la ausencia de la publicación periódica y completa de las decisiones de los tribunales.⁽⁴⁵⁾

CONCLUSIONES

Aun cuando en la praxis jurídica, en mayor medida se haga referencia a la armonización y unificación de las normas de Derecho Internacional Privado, es pertinente considerar la existencia de otros niveles de integración normativa, como son la aproximación y la coordinación. La aplicación de uno u otro nivel depende de los objetivos propuestos entre las naciones. En la actualidad la armonización y unificación de las normas de Derecho Internacional Privado son las técnicas legislativas que por excelencia contribuyen a la disminución de los conflictos de leyes. También otorgan celeridad en la solución de las eventuales colisiones normativas que en el ámbito privado puedan presentárseles a los particulares. Finalmente, conceden seguridad jurídica a las personas en cuanto al Derecho aplicable,

(44) SÁNCHEZ. (2006). *Ob. cit.*

(45) MAEKELT, T. *La Codificación Interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional.* En: Libro Homenaje a Haroldo Valladío. Temas de Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1998. Págs. 182, 181.

generando la pronta resolución de las desavenencias que se puedan presentar.

Es importante resaltar que, ante las bondades en la aplicación de las técnicas legislativas armonizadoras y unificadoras de las normas de Derecho Internacional Privado, fue pertinente establecer el alcance de ambas instituciones. Esto se constata pues, cuando en el ámbito de actuación de los organismos internacionales, de los operadores jurídicos, e incluso, en la redacción de las normas jurídicas, se usan ambos términos de modo indistinto, pero, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, tanto una y como otra institución, son diferentes.

Asimismo, se hace necesario referir que la armonización es más flexible que la unificación y no implica necesariamente la adopción de un texto único o uniforme, además, abarca la unión de criterios de orden material para que sean aplicados en el Derecho interno de los Estados. En cambio, la unificación es una técnica jurídica cuyo propósito es aunar criterios jurídicos, económicos, sociales y políticos provenientes de diferentes Estados, con la finalidad de crear un conjunto de normas estandarizadas que disminuyan los conflictos de leyes producto de la diversidad legislativa.

Ahora bien, luego de establecer el alcance de las técnicas integradoras del Derecho, se establecieron las diferencias que existen entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho uniforme como el máximo nivel de composición normativa al que pueden llegar las naciones. Al respecto se concluye que, ambos Derechos se caracterizan por el antagonismo que existe entre sí, pues es la existencia de la diversidad legislativa la que da origen al Derecho Internacional Privado, y a su vez, esta pluralidad desaparece con la creación de normas uniformes. Al mismo tiempo, en los supuestos de hecho regulados por el Derecho Internacional Privado se presentan una multiplicidad de ordenamientos jurídicos susceptibles de ser aplicados; en cambio, el Derecho uniforme es un sólo sistema normativo. Por último, entre ambos sistemas de Derecho existe una relación de causalidad, ya que, las normas unificadas permiten disminuir los conflictos de leyes objeto de regulación por parte del Derecho Internacional Privado.

Tanto la armonización como la unificación de las normas jurídicas del Derecho Internacional Privado poseen como ventajas, el logro de los objetivos propuestos en un proceso de integración, la armonía de las soluciones en diferentes sistemas de Derecho, la disminución de

los conflictos de leyes, el ofrecimiento de seguridad jurídica a los particulares y la consolidación de un ordenamiento jurídico neutro para las partes que actúan en un eventual litigio. Sin embargo, presentan como desventajas que la diversidad legislativa entre las naciones es un hecho natural, en consecuencia, es imposible la creación de ordenamientos jurídicos completamente armonizados o unificados, por esta razón se invoca la inadmisibilidad de un totalitarismo jurídico. Otras desventajas son: la interpretación liberal, la inexistencia de la jurisdicción universal, el menoscabo del principio de democracia jurídica, la predisposición a la aplicación de la *lex fori*, las dificultades técnico-jurídicas producto de la diversidad legislativa, como son, el problema de las calificaciones y la institución desconocida.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL, J. *Los Principios Unidroit como instrumento para interpretar o suplementar textos internacionales de Derecho uniforme o textos de Derecho interno*. En: Los Principios Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas? Valencia. Universidad de Carabobo. 1998.

BERMÚDEZ ABREU, Y. *El soft law como método unificador del Derecho Mercantil Internacional*. Maracaibo, Venezuela. Ediciones del Vicerrectorado Académico de la Universidad del Zulia. 2007.

CALEGARI DE GROSSO, L. *El nuevo orden jurídico comunitario en sus relaciones con el derecho interno y la responsabilidad del Estado ante los particulares por la no transposición de sus directivas* [en línea]. [Salvador] <<http://www.salvador.edu.ar/caleg99.htm>> [Consulta: 27 mayo 2007].

CNUDMI (2007). *Guía de la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*. [en línea]. <www.uncitral.org> [Consulta: 23 julio 2007].

Congreso Nacional de la República de Venezuela. Código de Bustamante (1928). La Habana, Cuba. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela el 9 de Abril de 1.932.

EÖRSI, G. *Measures for the unifying the rules o choice of law*. Paris. Ediciones Joseph Honold. París. 1966.

ESPLUGUES MOTA, C. (2007). *Hacia la elaboración de un standart legislativo internacional en materia concursal: La Propuesta de Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)*. [en línea] <www.latinlex.net> [Consulta: 2 julio 2007]. (Cuaderno de Derecho Concursal. Año 1. No. 3).

FERNÁNDEZ ROZAS, J. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Madrid. Editorial Civitas, S.A. 1991.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid. Editorial Eurolex, S. L. 1996.

FERRARI, L. *The Unidroit Principles: A common Law of contracts for the Americas*. Venezuela. 1998.

BERMÚDEZ ABREU: Algunas consideraciones sobre la armonización...

FRERICHS, G. Dictamen del CES sobre "La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo". *Cuaderno Derecho Mercantil*. 2002. No. 1.

GARRO, A. "La armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. 1992. No. 86.

GUERRA IÑÍGUEZ, D. *Derecho Internacional Público*. Caracas. Signocrom Impresos C. A. 1991.

HINESTROSA, F. *Los Principios Unidroit: Una lingua franca. En: Los Principios Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* Valencia. Universidad de Carabobo. 1998.

ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, P. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Universidad Autónoma de Madrid Carlos III. Madrid. 2003.

KOZOLCHYK, B. *The Unidroit Principles as a Model for the Unification of the Best contractual Practices in the Americas. En Los Principios Unidroit. ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* Universidad de Carabobo. Valencia. 1998.

MAEKELT, T. *La Codificación Interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional*. En: Libro Homenaje a Haroldo Valladío. Temas de Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1998.

MANCINI, P. *Journal de Droit International*. Italia. 1874.

PARRA ARANGUREN, G. (1992). "La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Hemisferio (Unidroit)". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. 1992. No. 82.

PARRA ARANGUREN, G. *Estudios de Derecho Mercantil Internacional*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. 1998.

ROBLES, G. *Las reglas de derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 1988.

ROUVIER, J. *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Maracaibo. Ediciones Astro Data. 2001.

SÁNCHEZ, S. (2006). *Aproximación del Derecho Civil en Europa: marco comunitario y competencia de la comunidad europea*. [en línea] [España], <<http://civil.udg.es/tossa/2002/textos/pon/1/ssl.htm>> [Consulta: 29 mayo 2007].

VALLADÁO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Brasil. Editorial Río de Janeiro. 1980.

VIÑAS FARRÉ, R. *La unificación del Derecho Internacional Privado*. España. 1978.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

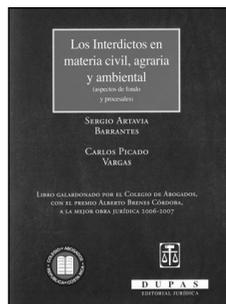
Artavia Barrantes, Sergio; Carlos Picado Vargas. ***Los interdictos en materia civil, agraria y ambiental. Aspectos de fondo y procesales.*** (San José: Colegio de Abogados. Editorial Jurídica Dupas, 2007, 898 páginas).

El Colegio de Abogados de Costa Rica, acordó designar el Premio Alberto Brenes Córdoba 2006-2007 a la obra jurídica presentada por los Doctores Sergio Artavia Barrantes y Carlos Picado Vargas denominada “*Los interdictos en materia civil, agraria y ambiental*”.

Luego de un riguroso concurso y estudio por parte de los miembros del Tribunal examinador nombrado al efecto, se tomó la decisión unánime de otorgar el máximo galardón a los forjadores del pensamiento jurídico sustantivo y procesal, cuya contribución permite garantizar un proceso de formación y actualización jurídica, tanto a abogados litigantes, a jueces y a la comunidad de derecho en general, en un tema poco estudiado y sistematizado como son los interdictos posesorios.

Al estilo de nuestro ilustre jurista, Brenes Córdoba, los autores de esta excelente obra jurídica nos presentan prácticamente un Tratado en materia de Interdictos civiles, agrarios y ambientales. Se trata de una obra sistemática que nos ofrece una visión completa del instituto, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, traduciendo la teoría en la praxis judicial.

El fin perseguido por el Colegio de Abogados de difundir la cultura jurídica en el medio nacional, se logra a plenitud. En ella se realiza un análisis histórico y evolutivo de los interdictos, desde el derecho romano, hasta su regulación actual en Europa y América Latina y su proyección en nuestro país a través de diversas reformas procesales que se avocinan. Con rigurosidad científica (recordando a los precursores del instituto, como Ihering, Savigny y Hernández Gil, entre otros), se abordan las bases fundamentales de la protección interdictal: su fundamento para la protección de la posesión de hecho, su



naturaleza jurídica y su objeto, los actos posesorios y perturbatorios, la legitimación activa y pasiva.

La utilidad práctica tiene presencia en la totalidad de la obra. Ello se refleja cuando se realiza un análisis profundo de cada una de las modalidades interdictales, a saber, el amparo de posesión, la restitución, la reposición de mojones, suspensión de obra nueva, derribo y otras acciones especiales cuando se trata de tutela de la posesión en fundos enclavados, servidumbres, o bien cuando se plantean temas relacionados con el agua, o bien las resoluciones administrativas o judiciales que no admiten tutela interdictal. En cada caso, los postulantes agotan las tesis jurisprudenciales y doctrinales y desarrollan su juicio crítico sobre algunos criterios vertidos por los tribunales nacionales, a fin de mejorar la aplicación y resaltar la versatilidad del instituto.

Desde la óptica procesal, la experticia de los autores, ya destacados procesalistas en el medio jurídico costarricense, se refleja al abordar en modo específico tanto temas de teoría general del proceso (tales como la competencia y las medidas cautelares), como las particularidades de cada etapa procesal en el proceso interdictal, haciendo un análisis puntual de los requisitos de la demanda y su contestación, las excepciones, la fase del juicio verbal o probatoria, en fin, la sentencia interdictal y sus medios de impugnación, destacando las particularidades propias de la materia agraria y ambiental.

Sin duda alguna, la obra sobre “Interdictos en materia civil, agraria y ambiental” y sus autores, Artavia Barrantes y Picado Vargas, permitirán desde la academia formar a los profesionales en derecho del presente y del futuro, para que al enfrentarse a las nuevas realidades socio-económicas, puedan encontrar soluciones jurídicas a los conflictos de hecho generados por la posesión, en un marco del máximo respeto a los valores la seguridad jurídica, del derecho y de la justicia social, como valores orientadores de nuestro Estado Social y democrático de Derecho.

Lic. Rogelio Fernández Moreno
Coordinador del Jurado
Vocal 2 Junta Directiva
Colegio de Abogados

Este libro fue galardonado por el Colegio de Abogados con el premio Alberto Brenes Córdoba, como la mejor obra jurídica del 2006-2007.

El contenido de esta premiada obra es el siguiente:

Título primero: generalidades de los interdictos

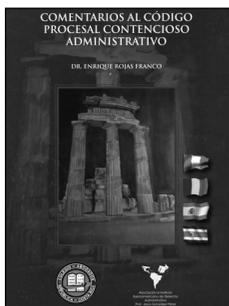
- Capítulo I. Antecedentes y regulación en el Derecho comparado
- Capítulo II. Fundamento, naturaleza jurídica y objeto de los interdictos
- Capítulo III. La posesión de hecho como objeto de los interdictos
- Capítulo IV. La posesión *ad interdictam* en materia agraria
- Capítulo V. Actos posesorios y perturbatorios en los interdictos
- Capítulo VI. Legitimación en los interdictos (partes activas y pasivas)

Título segundo: tipos de interdictos

- Capítulo VII. Interdicto de amparo de posesión
- Capítulo VIII. Interdicto de restitución
- Capítulo IX. Interdicto de reposición de mojones
- Capítulo X. Interdicto de suspensión de obra nueva
- Capítulo XI. Interdicto de derribo de obra ruinosa
- Capítulo XII. Interdicto en fundos enclavados
- Capítulo XIII. Interdicto en servidumbres
- Capítulo XIV. Interdicto en materia de aguas
- Capítulo XV. Interdictos contra resoluciones judiciales o administrativas

Título tercero: aspectos procesales de los interdictos

- Capítulo XVI. Competencia en los interdictos
- Capítulo XVII. Medidas cautelares en los interdictos
- Capítulo XVIII. La demanda interdictal
- Capítulo XIX. Las excepciones previas en los interdictos
- Capítulo XX. Contestación y sus efectos, excepciones de fondo y réplica
- Capítulo XXI. La prueba en los interdictos
- Capítulo XXII. La fase del juicio verbal y conciliación
- Capítulo XXIII. Sentencia, recursos y otros procesos de impugnación



Rojas Franco, Enrique ***Comentarios al Código procesal contencioso administrativo*** (San José: Colegio de Abogados. Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, 2008, 790 páginas).

Burgos Mata, Alvaro ***La pena sin barrotes en la jurisdicción juvenil*** (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 2007, 1191 páginas).

En la *Introducción* su autor el Dr. Burgos nos afirma que el presente trabajo tiene como propósito profundizar en un tema muy innovador en lo que a la jurisdicción de menores se refiere, como lo es la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, en su regulación dentro de la normativa tanto nacional como internacional en materia de menores.



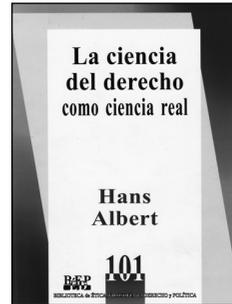
Los aspectos que este libro desarrolla son:

1. Finalidad de la sanción en la jurisdicción de menores.
2. Política criminal y sanciones no privativas de libertad en la jurisdicción de menores.
3. El trabajo como sanción en la jurisdicción de menores.
4. Teorías acerca de la delincuencia de menores.
5. El trabajo en beneficio de la comunidad en la normativa internacional de menores.
6. El trabajo en beneficio de la comunidad en la legislación española y costarricense de menores.

Conclusiones. Bibliografía.

Albert, Hans. **La ciencia del derecho como ciencia real.** Presentación, traducción y notas del Dr. Minor E. Salas (México: Fontamara, 2007, 110 páginas).

En la presentación, *Hans Albert: el derecho como tecnología social o el asalto del racionalismo crítico al moderno platonismo de las normas*, el Dr. Salas señala que la sociedad sigue siendo hostil, cruel, anónima y cambiante. Y el Derecho sigue respondiendo precisamente, a las necesidades de esa sociedad. El es, por lo tanto, cambiante, inestable, vacilante.

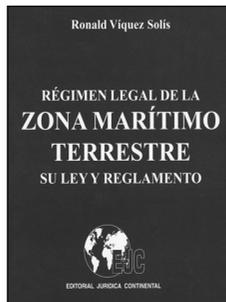


Este libro abarca dos temas del Dr. Albert:

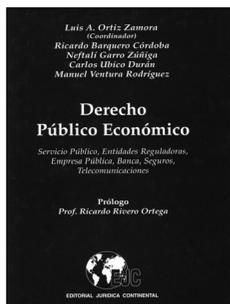
- Hacia una crítica de la jurisprudencia pura: el Derecho y la ciencia jurídica desde la perspectiva del racionalismo crítico.
- La ciencia jurídica como ciencia real: el Derecho como hecho social y la tarea de la jurisprudencia.

- o -

Viquez Solís, Ronald. **Régimen legal de la zona marítimo terrestre. Su ley y reglamento.** Incluye citas de normas relacionadas para cada artículo de la ley y del reglamento, jurisprudencia administrativa y judicial, dictámenes oficiales y anexos (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2007, 523 páginas).



Ortiz Zamora, Luis, coordinador et al ***Derecho público económico***. Servicio público, entidades reguladoras, empresa pública, banca, seguros, telecomunicaciones (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008, 355 páginas).



En el *Prólogo* el Profesor Ricardo Rivero Ortega expresa que sin democracia no puede hablarse de verdadero desarrollo, sin intervención pública económica tampoco parece posible garantizar el bienestar, como bien lo ha teorizado el economista Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998.

Los temas de este libro son:

Estado, economía y derecho	<i>Ricardo Barquero Córdoba</i>
Servicio público: un concepto en transición	<i>Alejandro Ubico Durán</i>
Las relaciones de sujeción especial en el Derecho público económico	<i>Manuel Enrique Ventura Rodríguez</i>
Regulación bancaria	<i>Luis Ortiz Zamora</i>
Desmonopolización, regulación y supervisión del mercado de seguros en Costa Rica	<i>Neftalí Garro Zúñiga</i>
Telecomunicaciones: aprendiendo a liberalizar correctamente	<i>Carlos Alejandro Ubico Durán</i>
Consecuencias de la exclusividad en la revisión técnica vehicular: la servidumbre del servicio público	<i>Luis Ortiz Zamora</i>
El control judicial de las entidades reguladoras	<i>Manuel Enrique Ventura Rodríguez</i>
Propiedad empresarial y eficiencia económica: un enfoque desde el marco de la teoría de la agencia	<i>Ricardo Barquero Córdoba</i>

— o —

Hernández Sandoval, Erika, coordinadora **Memoria del XVII Congreso Jurídico Nacional, Notariado en Costa Rica: realidad y perspectivas**, 24 a 26 de abril del 2007 (San José: Colegio de Abogados, 2007, 480 páginas).

Las mesas redondas que se realizaron fueron:

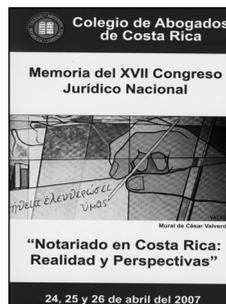
Asesoría notarial en la contratación moderna

Fraude notarial y registral

La función notarial costarricense y su desarraigo del sistema latino

Legitimación de capitales (lavado de dinero)

Fiscalización del notariado



— o —

Arias Meza, Jeannette, coordinadora **Memoria de la I Jornada Nacional de Equidad de género, Acceso a la justicia: una visión con rostro de mujer** 2007 (San José: Colegio de Abogados, 2007, 262 páginas).



Conferencias:

¿Qué es eso que llaman género?

M. Sc. Rodrigo Jiménez Sandoval

Derechos humanos y género: el acceso de la mujer a la judicatura

M.Sc. Nadia Jennifer Saundy Ellerbrock

Paneles:

El proceso de formación de la ley con perspectiva de género

Dra. Dorias Arias Madrigal et al

La política de género en el Poder Judicial en el Colegio de Abogados

M. Sc. Jeannette Arias Meza et al

Impacto de la perspectiva de género en la Administración de la justicia *Licda. Jeannette Carrillo Madrigal et al*

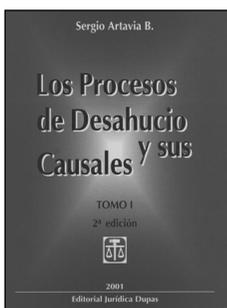
Justicia constitucional con perspectiva de género *Licda. Marta Vinocour Fournieri*

Clausura talleres de no discriminación Organizados por el Colegio de Abogados y el Poder Judicial *M. Sc. Marcela Jager Contrras*

– o –

Artavia Barrantes, Sergio. **Los procesos de desahucio y sus causales** (San José: editorial jurídica Dupas, T. I, 2001, 2da. edición, 457 páginas).

Los títulos de esta obra son los siguientes:



- I. El arrendamiento –aspectos generales–. Constitucionalidad.
 - II. Desahucio civil y agrario.
 - III. Desahucio administrativo. Supuestos y procedimiento.
- Bibliografía.

El jurista Artavia, en la *Introducción* de la primera edición, afirma que este libro se llama *Procesos de desahucio y sus causales* pues pretende abarcar todos los diversos tipos de procesos de desahucio: civil, agrario, administrativo y común o urbano; y, en complemento de ello, se hace un análisis individual de cada causal, sin la cual no se comprenderían dichos procesos.

– o –

Calderón Rodríguez, Patricia. ***Jornadas de análisis sobre el Código Procesal Contencioso Administrativo*** (San José: Facultad de Derecho, Programa de Educación Continua, Universidad de Costa Rica, 2007, 515 páginas).



Los temas que tiene este libro son:

Los principios generales del derecho en el Código Procesal contencioso administrativo

Dr. Rafael González Ballar y Dra. Magally Hernández Rodríguez

Naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contencioso administrativa

Prof. Wálter Antillón Montealegre

Partes, capacidad y legitimación en el proceso contencioso administrativo

Dr. Alvaro Enrique Mora Espinoza

Apuntes sobre el papel de la Procuraduría General de la República y de las Asesorías legales en la nueva justicia administrativa

Abogado Fernando Castillo Víquez

La aplicación de destrezas retóricas en los procesos orales y públicos

Dr. Emilio Arias

La "actividad procesal", en la nueva legislación de lo contencioso administrativo

Abogado Hubert Fernández Argüello

Procesos especiales

Abogado Ronald Hidalgo Cuadra

Artículo 2.a del Código Procesal Contencioso Administrativo

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

La terminación del proceso contencioso administrativo

Dr. César Hines Céspedes

Los recursos en el Código procesal contencioso administrativo

Dr. Luis Guillermo Herrera

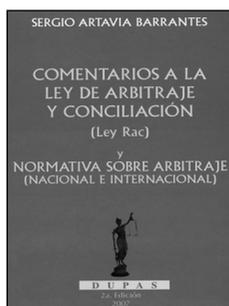
Ejecuciones de sentencias

*Lic. Horacio
González Quiroga*

Desafíos en la implementación de la oralidad en la reforma a la Jurisdicción contenciosa administrativa. Herramientas de litigación

*Abogada Maricruz
Barquero Kepfer*

Artavia Barrantes, Sergio. **Comentarios a la ley de arbitraje y conciliación; y, normativa sobre arbitraje nacional e internacional** (convenciones y reglamentos). (San José: editorial jurídica Dupas, 2007, 2da. edición, 657 páginas).



REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmrvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506) 235-0011
382405

